UNIVERSITÉ DE LORRAINE | BIBLIOTHÈQUES UNIVERSITAIRES

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 encourt une poursuite pénale.

Contact bibliothèque : ddoc-theses-contact@univ-lorraine.fr
(Cette adresse ne permet pas de contacter les auteurs)

LIENS

Code de la Propriété Intellectuelle. articles L 122. 4
Code de la Propriété Intellectuelle. articles L 335.2- L 335.10
http://www.cfcopies.com/V2/leg/leg_droi.php
http://www.culture.gouv.fr/culture/infos-pratiques/droits/protection.htm

L'ÉQUILIBRE CONTRACTUEL –

ÉTUDE DE DROIT COMMUN DES CONTRATS

Thèse en vue de l'obtention du grade de docteur en droit privé et sciences criminelles

Présentée et soutenue publiquement par

Justine POCARD

Le 18 décembre 2024, à Nancy

Sous la direction de

Monsieur Philippe CHAUVIRÉ
Professeur à l'Université Sorbonne Paris-Nord (Paris XIII)
Monsieur Rémi DALMAU
Professeur à l'Université de Lorraine

Composition du jury :

Directeurs de thèse	Monsieur Philippe CHAUVIRÉ *Professeur à l'Université Sorbonne Paris-Nord (Paris XIII)* Monsieur Rémi DALMAU *Professeur à l'Université de Lorraine*
Présidente de jury	Madame Charlotte GOLDIE-GENICON (examinatrice) *Professeure à l'Université de Nantes*
Rapporteurs	Monsieur Romain BOFFA *Professeur à l'Université Paris-Est Créteil (Paris XII)* Madame Magali JAOUEN *Professeure à l'Université Cergy-Paris*
Examinateur	Monsieur Pascal ANCEL *Professeur émérite à l'Université du Luxembourg*

L'ÉQUILIBRE CONTRACTUEL –

ÉTUDE DE DROIT COMMUN DES CONTRATS

Thèse en vue de l'obtention du grade de docteur en droit privé et sciences criminelles

Présentée et soutenue publiquement par

Justine POCARD

Le 18 décembre 2024, à Nancy

Sous la direction de

Monsieur Philippe CHAUVIRÉ
Professeur à l'Université Sorbonne Paris-Nord (Paris XIII)
Monsieur Rémi DALMAU
Professeur à l'Université de Lorraine

Composition du jury :

Directeurs de thèse	Monsieur Philippe CHAUVIRÉ *Professeur à l'Université Sorbonne Paris-Nord (Paris XIII)* Monsieur Rémi DALMAU *Professeur à l'Université de Lorraine*
Présidente de jury	Madame Charlotte GOLDIE-GENICON (examinatrice) *Professeure à l'Université de Nantes*
Rapporteurs	Monsieur Romain BOFFA *Professeur à l'Université Paris-Est Créteil (Paris XII)* Madame Magali JAOUEN *Professeure à l'Université Cergy-Paris*
Examinateur	Monsieur Pascal ANCEL *Professeur émérite à l'Université du Luxembourg*

L'université n'entend donner ni approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse, celles-ci devant être considérées comme propre à leur auteur.

REMERCIEMENTS

Rédiger une thèse en droit, c'est comme entreprendre une longue randonnée : il faut se préparer minutieusement, surmonter des obstacles imprévus, et chaque étape franchie apporte une grande satisfaction jusqu'à l'atteinte du sommet, symbolisant la soutenance finale. Ce parcours exigeant est marqué par des moments de doute et des défis à surmonter. L'entourage, tels des compagnons de randonnée, offre un soutien inestimable, une motivation constante et des conseils précieux, sans lesquels ce voyage n'aurait pas été possible. C'est pourquoi je tiens à remercier toutes les personnes qui m'ont accompagnée.

À mon directeur de thèse, Monsieur Philippe CHAUVIRÉ, qui m'a guidée avec attention et bienveillance tout au long de ces années, et m'a laissé le temps et la liberté nécessaires à la réalisation de ce travail.

À mon co-directeur de thèse, Monsieur Rémi DALMAU, que je remercie infiniment d'avoir accepté de codiriger cette thèse.

Aux membres de mon jury, les professeurs Charlotte GOLDIE-GENICON, Magali JAOUEN, Pascal ANCEL, Romain BOFFA, je vous remercie d'avoir accepté de siéger dans ce jury de thèse.

À tous les doctorants, que j'ai croisés au fil de ce parcours, devenus des amis, je tiens à les remercier pour leur présence quotidienne, leur bienveillance et leur aide de tous les jours. Je tiens, plus particulièrement, à remercier Charlotte, Julien, Pierre M. et Valérie pour leur soutien et leurs conseils depuis les débuts et pour bien d'autres choses encore. Ensuite, Chloé, Pierre E. et Saskia, qui, bien qu'ils aient pris le wagon en marche, m'ont également beaucoup apporté, je les remercie pour leur présence quotidienne, leurs mots, nos conversations et bien évidemment leurs relectures assidues. Enfin, je remercie toute l'équipe administrative, Anne, Maëlle, Marie-Claude et Pierre P., sans qui le déroulement du doctorat ne serait pas le même, merci pour votre bonne humeur quotidienne.

À ma famille, mes parents, mon frère et ma sœur, ma cousine, leurs conjoints, mes neveux et nièces, qui m'ont soutenue toutes ces années, à qui je dois tout. Je les remercie également, ainsi que Rachel et Ludo, pour toutes leurs relectures.

À Teo, je le remercie pour le soutien indéfectible et incommensurable qu'il a pu m'apporter pendant toutes ces années, pour avoir supporté mes humeurs, les hauts et les bas, pour m'avoir encouragée, soutenue, épaulée, et bien plus encore.

À ma grand-mère,
À ma famille,
À Teo

LISTE DES ABRÉVIATIONS

act.	actualités
actu.	actualisation
adde	ajouter
AJ Contrat	*Actualité juridique : Droit des contrats*
AJCA	*Actualité juridique : Droit des contrats d'affaires*
AJDI	*Actualité juridique : Droit immobilier*
al.	alinéa
anc.	ancien
APD	*Archives de philosophie du droit*
art.	article(s)
avr.	avril
Bibl. de l'institut A. Tunc	Bibliothèque de l'Institut André Tuc
Bibl. dr. privé	Bibliothèque de droit privé
BRDA	*Bulletin rapide de droit des affaires Francis Lefebvre*
Bull. civ.	*Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, chambres civiles*
C. assur.	Code des assurances
C. civ.	Code civil
C. consom.	Code de la consommation
C. proc. civ.	Code de procédure civile
CA	Cour d'appel
Cah. dr. entr.	*Cahiers de droit de l'entreprise*
Cass. Civ.	Chambre civile de la Cour de cassation
Cass. Civ. 1ère	Première chambre civile de la Cour de cassation
Cass. Civ. 2ème	Deuxième chambre civile de la Cour de cassation
Cass. Civ. 3ème	Troisième chambre civile de la Cour de cassation
Cass. Com.	Chambre commerciale de la Cour de cassation
CCC	*Contrats, concurrence, consommation*
Cf.	*Confer*
ch.	Chambre
ch. civ.	Chambre civile
chron.	Chronique

CNRTL	Centre national de ressources textuelles et lexicales
coll.	Collection
comm.	Commentaire
comp.	Comparé
Cons. const.	Conseil constitutionnel
Contra.	Contraire
D.	*Recueil Dalloz*
Dalloz actu.	*Dalloz Actualité*
DH	*Recueil Dalloz hebdomadaire*
dir.	sous la direction de
doss.	dossier
DP	*Dalloz périodique*
Dr. & patr.	*Droit & Patrimoine*
éd.	édition
et al.	et autres
F.N.D.E.	Fédération nationale pour le droit de l'entreprise
fasc.	fascicule
fév.	février
GAJC	*Les grands arrêts de la jurisprudence civile* (Dalloz)
GDJC	*Les grandes décisions de la jurisprudence civile* (PUF)
Gaz. Pal.	*Gazette du Palais*
in	dans
infra	ci-dessous
janv.	janvier
JCP	*JurisClasseur périodique (Semaine juridique)*
JCP E	*JurisClasseur périodique, édition entreprise et affaires*
JCP G	*JurisClasseur périodique, édition générale*
JCP N	*JurisClasseur périodique, édition notariale et immobilière*
juil.	Juillet
LEDC	*L'Essentiel Droit des contrats*
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence
Loyers et copr.	*Revue Loyers et copropriété*
LPA	*Les petites affiches*
n°	numéro

n^{os}	numéros
NBP	note de bas de page
not.	notamment
nov.	novembre
obs.	observations
oct.	octobre
p.	page
pp.	pages
préc.	précité
préf.	préface
PUAM	Presses universitaires d'Aix-Marseille
PUF	Presses universitaires de France
R.J.T.	*Revue juridique Thémis*
RJ com.	*Revue de jurisprudence commerciale*
RD banc. fin.	*Revue de droit bancaire et financier*
RDA	*Revue de droit d'Assas*
RDC	*Revue de droit des contrats*
RDI	*Revue de droit immobilier*
RDUS	*Revue de droit de l'Université de Sherbrooke*
Rép. civ.	*Répertoire Dalloz de droit civil*
Rép. trav.	*Répertoire Dalloz de droit du travail*
Rép. de service public	*Répertoire de service public*
RFDA	*Revue française de droit administratif*
RIEJ	*Revue interdisciplinaire d'études juridiques*
RJ Com.	*Revue de jurisprudence commerciale*
RLDC	*Revue Lamy droit civil*
RRJ	*Revue de la recherche juridique*
RTD Civ.	*Revue trimestrielle de droit civil*
RTD Com.	*Revue trimestrielle de droit commercial*
RTD Eur.	*Revue trimestrielle de droit européen*
s.	et suivant(s)
sect.	section
spéc.	spécifiquement
supra	ci-dessus

t.	tome
T. com.	Tribunal de commerce
th. dactyl.	thèse dactylographiée
TJ	Tribunal judiciaire
TLFi	Trésor de la langue française informatisée
trad.	traduction
V.	Voir
V°	*Verbo*
vol.	Volume

SOMMAIRE

(Un plan détaillé figure à la fin de l'ouvrage)

PARTIE I – L'ADOPTION D'UNE CONCEPTION FINALISTE DE LA NOTION D'ÉQUILIBRE CONTRACTUEL

TITRE 1. LE MORCELLEMENT DES CONCEPTIONS DE L'ÉQUILIBRE CONTRACTUEL

CHAPITRE 1. La genèse des conceptions de l'équilibre contractuel

CHAPITRE 2. Le rejet des conceptions restrictives de l'équilibre contractuel

TITRE 2. L'ÉLABORATION D'UNE DÉFINITION GÉNÉRALE DE L'ÉQUILIBRE CONTRACTUEL

CHAPITRE 1. L'équilibre contractuel défini comme la satisfaction des intérêts

CHAPITRE 2. L'équilibre contractuel appréhendé comme une finalité

PARTIE II – LES MÉTHODES DE RÉALISATION DE L'ÉQUILIBRE CONTRACTUEL

TITRE 1. L'IDENTIFICATION DE CRITÈRES DE RECHERCHE DE L'ÉQUILIBRE CONTRACTUEL

CHAPITRE 1. L'établissement de critères de rationalisation

CHAPITRE 2. L'établissement de critères d'appréhension des comportements

TITRE 2. L'APPLICATION DES CRITÈRES DE RECHERCHE DE L'ÉQUILIBRE CONTRACTUEL

CHAPITRE 1. L'équilibre relationnel, l'appréhension directe du comportement des parties

CHAPITRE 2. L'équilibre substantiel, l'appréhension indirecte du comportement des parties

INTRODUCTION GÉNÉRALE

1. Un funambule s'apprête à démarrer sa prestation, un mélange d'angoisse et d'excitation l'anime. Son objectif est simple, traverser le chapiteau sur une corde tendue. La réalisation du parcours s'avère cependant plus difficile, le funambule doit se préparer physiquement et mentalement, trouver son équilibre de départ pour se lancer sur la corde tremblante. Le chemin n'est pas fini, il doit maintenir cet équilibre tout au long de sa prestation jusqu'à atteindre son objectif, arriver de l'autre côté de la corde. Tout peut basculer d'un moment à un autre, l'équilibre est si vite perdu. Le funambule commence sa prestation, trouve son équilibre de départ, mais tombe. Ce sont bien entendu les aléas du métier, heureusement, un filet est tendu quelques mètres en dessous pour le rattraper. À l'image de ce funambule, les parties contractantes déterminent l'équilibre de la convention dès le départ, mais doivent le maintenir tout au long de la relation contractuelle, des négociations jusqu'à l'extinction du contrat. Les parties fixent le cap et doivent s'efforcer de le maintenir, mais des garde-fous existent en cas de perte d'équilibre. Le législateur et le juge apportent une protection à cet équilibre instable. Cette image du funambule met en lumière toutes les facettes de la notion de l'équilibre contractuel. À la fois une finalité et un parcours, à la fois statique, mais aussi évolutive, l'équilibre contractuel innerve l'intégralité du parcours contractuel, mais reste instable, entraînant des difficultés d'appréhension. Il semble ainsi nécessaire de revenir sur ces difficultés. L'intérêt d'une étude portant sur l'équilibre contractuel réside en effet dans un besoin d'apporter une clarification à la notion (**Section 1**), en adoptant une analyse de portée générale afin d'englober la diversité contractuelle qui peut se manifester (**Section 2**).

Section 1. Justification d'une étude portant sur l'équilibre contractuel en droit commun des contrats

2. Étymologie et symbole de l'équilibre. – Monsieur Joël KAYE a retracé l'histoire de l'équilibre et met en avant que « *l'équilibre et les conditions de l'équilibre occupent une place centrale dans la quasi-totalité des disciplines intellectuelles de la période médiévale* »[1]. Au cœur de différentes pensées, économique, médicale, philosophique, ou encore politique,

[1] **J. KAYE**, *Histoire de l'équilibre (1250-1375) – L'apparition d'un nouveau modèle d'équilibre et son impact sur la pensée*, Ch. JAQUET (préf.), Les belles lettres éd., 2017, spéc. p. 13.

l'auteur met également en avant que l'équilibre « *est au fondement de la discipline du droit* »[2]. Mais, « *qu'est-ce donc que* [l'équilibre] *? Si personne ne me pose la question, je sais ; si quelqu'un pose la question et que je veuille expliquer, je ne sais plus* »[3]. Comme l'indiquait Monsieur Luc GRYNBAUM dans sa thèse, « *la tâche est d'autant plus ardue que le terme* [d'équilibre] *ne comprend qu'un sens commun, il ne présente aucune charge juridique particulière* »[4]. À cet égard, il convient de revenir à la signification usuelle du mot. L'équilibre vient du latin *aequilibrium* composé de *aequus* (« égal ») et *libra* (« balance »)[5]. Il semble donc signifier littéralement l'équilibre des poids. L'équilibre, dans son sens usuel, est défini comme une « *attitude ou position stable (généralement verticale pour le corps humain) d'un corps ou d'un objet dont le poids est partagé également des deux côtés d'un point d'appui, de sorte que ce corps ou cet objet ne bascule ni d'un côté ni de l'autre* »[6]. Plus qu'un simple rapport de comparaison entre deux éléments, l'équilibre peut également se définir comme un « *juste rapport, une proportion harmonieuse entre des éléments opposés ou convenable pondération des parties d'un ensemble* »[7]. Dans cette perspective, il renvoie donc à l'harmonie, c'est-à-dire « *un rapport entre les éléments d'un tout, en tant que ce rapport permet à l'unité du tout d'envelopper réellement la multiplicité des parties* »[8]. L'équilibre recouvre ainsi une certaine dualité, puisqu'il implique, d'une part, de manière statique l'état d'harmonie entre les éléments d'un tout, d'autre part, la mesure de cet état d'harmonie. Cette dualité peut s'illustrer à travers la Justice, traditionnellement représentée par une déesse grecque, Thémis, ayant les yeux bandés et tenant, dans chacune de ses mains, un glaive et une balance. La balance représente l'une des symboliques fortes dans l'allégorie de la Justice, et notamment dans le traitement des parties au litige. Elle est l'instrument permettant au juge « *de peser le pour et le contre, le bien le mal, le juste et l'injuste* »[9]. Le juge doit ainsi prendre en compte les différents intérêts en jeu et effectuer une pesée entre ces derniers. Cette appréciation des intérêts par le juge doit permettre de tendre, autant que possible, vers l'équilibre, c'est-à-dire la Justice. Comme le

[2] **J. KAYE**, *Histoire de l'équilibre (1250-1375) – L'apparition d'un nouveau modèle d'équilibre et son impact sur la pensée*, Ch. JAQUET (préf.), Les belles lettres éd., 2017, spéc. p. 13.

[3] **SAINT AUGUSTIN**, *Les confessions*, E. TRÉHOREL et G. BOUISSOU (trad.), XI, n°14, p. 17 : « *Quid est ergo tempus ? Si nemo ex me quaerat, scio ; si quaerenti explicare volim, nescio* ».

[4] **L. GRYNBAUM**, *Le contrat contingent – L'adaptation du contrat par le juge sur habilitation du législateur,* M. GOBERT (préf.), t. 389, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2004, n°37bis, p. 34.

[5] CNRTL, V° « Équilibre » : https://www.cnrtl.fr/etymologie/%C3%A9quilibre.

[6] CNRTL, V° « Équilibre » : https://www.cnrtl.fr/definition/%C3%A9quilibre.

[7] CNRTL, V° « Équilibre » : https://www.cnrtl.fr/definition/%C3%A9quilibre.

[8] **L. GERBIER**, V° « Harmonie », *Grand dictionnaire de la philosophie*, M. BLAY (dir.), CNRS Éditions, 2003, p. 484.

[9] **L. CADIET, J. NORMAND, S. AMRANI-MEKKI**, *Théorie générale du procès*, 3ème éd., coll. Thémis, PUF, 2020, n°17, p. 54.

procès, le contrat est un lieu de rencontre de différents intérêts, si bien qu'il peut également constituer un terrain d'élection privilégié de l'équilibre.

3. La notion de contrat, lieu de rencontre des intérêts. – Le contrat peut être conçu « *comme le moyen juridique de réaliser le désir créateur de l'homme dans le temps, il apparaît alors en grande partie irremplaçable* »[10]. À cet égard, il constitue l'un des piliers de l'ordre juridique[11], permettant aux individus de réaliser leurs besoins, tout en sécurisant leur relation avec leur cocontractant. Bien qu'étant un instrument séculaire[12], définir le contrat est encore une fois complexe[13]. La notion de contrat fait l'objet de nombreux écrits laissant entrevoir la difficulté de cerner cet instrument[14]. Si une définition légale est consacrée, elle ne semble pas satisfaisante[15]. En effet, l'article 1101 du Code civil dispose que « *le contrat est accord de volontés en deux ou plusieurs personnes destinées à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations* ». Cette définition ne semble pas recouvrir l'intégralité des réalités que le contrat incarne[16], et ne permet qu'une appréhension sous le seul angle obligationnel. Or, la

[10] **J. HAUSER**, *Les contrats*, 3ème éd., coll. Que sais-je ?, PUF, 1992, p. 126.

[11] **J. CARBONNIER**, *Flexible droit – Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 10ème éd., LGDJ, 2001, p. 255.

[12] **J. HAUSER**, *Les contrats*, 3ème éd., coll. Que sais-je ?, PUF, 1992, p. 3 : « *L'accord de deux ou plusieurs volontés en vue de faire naître des obligations est sans doute aussi ancien que l'activité humaine sur la terre* ».

[13] V. en ce sens : **H. LÉCUYER**, « Le contrat, acte de prévision », *in Mélanges en hommage à François Terré, L'avenir du droit*, coll. Études, Mélanges, Travaux, Dalloz, 1999, p. 643, spéc. p. 659 : « *Nous souhaitions en revanche contribuer à démontrer l'extrême complexité, donc l'extrême richesse, du concept de contrat* » ; **J. GHESTIN, G. LOISEAU, Y.-M. SERINET**, *Traité de droit civil – La formation du contrat,* t. 1, *Le contrat – Le consentement,* 4ème éd., LGDJ, 2013, n°38, p. 29 : « *Il est très difficile de donner une définition commune du contrat* […] » ; **D. GALBOIS-LEHALLE**, *La notion de contrat : esquisse d'une théorie*, Y. LEQUETTE (préf.), t. 603, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2020, n°911, p. 533.

[14] V. not. **G. ROUHETTE**, *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, th. dactyl., R. RODIÈRE (dir.), Université de Paris, 1965 ; **G. ROUHETTE**, « La définition du contrat et la méthode juridique française », *in Droits – Revue française de théorie juridique*, t. 12, 1990, p. 59 ; **E. SAVAUX**, *La théorie générale du contrat, mythe ou réalité ?,* J.-L. AUBERT (préf.), t. 264, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 1997 ; **S. LEQUETTE**, « La notion de contrat – Réflexions à la lumière de la réforme du droit commun des contrats », *in RTD Civ*., 2018, p. 541 ; **D. GALBOIS-LEHALLE**, *La notion de contrat : esquisse d'une théorie*, Y. LEQUETTE (préf.), t. 603, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2020.

[15] V. not. **P. ANCEL**, « Évolution, pas révolution », *in Le droit des obligations d'un siècle à l'autre – Dialogues autour de la réforme du titre III du livre III du Code* civil, G. PIGNARRE (dir.), Coll. Colloques et Essais, Institut universitaire de Varenne, 2016, p. 151, spéc. n°6, p. 155, NPB n°11 ; **G. CHANTEPIE, M. LATINA**, *Le nouveau droit des obligations – Commentaires théoriques et pratiques dans l'ordre du Code civil*, 3ème éd., coll. Hors collection, Dalloz, 2024, n°75, p. 79 ; **O. DESHAYES, Th. GENICON, Y.-M. LAITHIER**, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations – Commentaire article par article*, 2ème éd., LexisNexis, 2018, p. 57-58.

[16] À cet égard, le contrat n'est pas nécessairement générateur d'obligations et peut ne régir qu'une relation entre des individus. V. en ce sens : **P. DIDIER**, « Brèves notes sur le contrat-organisation »*, in L'avenir du droit, Mélanges en l'honneur de François Terré,* coll. Études, Mélanges, Travaux, Dalloz, 1999, p. 635 ; **J.-F. HAMELIN**, *Le contrat-alliance,* N. MOLFESSIS (préf.), coll. Recherches Juridiques, Économica, 2012 ; **S. LEQUETTE**, *Le contrat-coopération – Contribution à la théorie générale du contrat*, C. BRENNER (préf.), coll. Recherches Juridiques, Économica, 2012. *Adde*. **P. ANCEL**, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *in RTD Civ.*, 1999, p. 771 ; « La force obligatoire du contrat dans le nouveau droit français des obligations », *in Mélanges offerts à Geneviève Pignarre – Un droit en perpétuel mouvement*, coll. Mélanges, LGDJ, 2018, p. 15, spéc. nos 4 et s., p. 16 et s.

notion de contrat est pleine de richesse et de diversité, « *les contrats se multiplient autant que* [de] *besoins* »[17]. Monsieur Rémy LIBCHABER avançait, à ce titre, que le contrat est « *une espèce de boîte noire dont le fonctionnement est incertain, et peut-être pas susceptible d'investigation : à l'entrée, des volontés privées ; à la sortie, des effets trouvant leur cohérence autour des obligations concernées* »[18]. Le contrat est par essence occulte et recouvre une multitude de réalités différentes. Il est donc difficile d'en déterminer les fondements[19] et une définition unitaire[20]. Selon certains auteurs, il n'existerait donc pas une notion « *pure* » de contrat, mais une succession de constructions fluctuant au gré des conceptions économiques et politiques[21]. Ces différentes conceptions doctrinales du contrat, si elles sont plurielles, peuvent, essentiellement, se scinder en deux courants doctrinaux qui se sont ainsi affrontés visant chacune d'elles à défendre une conception du contrat. D'un côté, les plus libéraux appréhendent le contrat sous le prisme de la volonté et de la liberté. Les hommes étant libres et égaux, seules les parties contractantes sont capables de conclure dans leurs propres intérêts. Ainsi, « *le contrat s'impose comme un échange égalitaire de l'instant* »[22]. D'un autre côté, des auteurs adoptent une approche renouvelée prenant en compte « *les évolutions de la sphère sociale* »[23]. À cet égard, les tenants du solidarisme postulent l'inégalité de fait entre les contractants. Ils encouragent ainsi une prise en compte des intérêts de l'autre contractant, ainsi qu'un interventionnisme du juge, permettant la protection des parties. Fondée sur des postulats différents, la notion de contrat est donc appréhendée différemment. Ces divergences sont, en outre, traversées par ce que la doctrine a pu appeler les « *crises du contrat* »[24]. Ces crises reflètent une profonde remise en compte de la conception classique du contrat, libérale et volontariste. Certains auteurs voyaient ainsi dans la remise en cause de l'autonomie de la

[17] **J.-M.-E. PORTALIS**, « Discours préliminaire prononcé lors de la présentation du projet de la commission du gouvernement », *in Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, P.-A. FENET, t. 1, Videcoq, 1836, p. 509.

[18] **R. LIBCHABER**, « Réflexions sur les effets du contrat », *in Mélanges offerts à Jean-Luc Aubert – Propos sur les obligations et quelques autres thèmes fondamentaux du droit,* coll. Études, mélanges, travaux, Dalloz, 2005, p. 211, spéc. n°6, p. 216.

[19] La notion de contrat a été traversée par des crises dont l'objet était principalement la remise en question de ses fondements classiquement admis, à savoir la vision volontariste de celui-ci.
Pour plus de développements : *cf. infra* n°74.

[20] Certains ont pu mettre en avant *« l'existence douteuse d'une notion unique de contrat »* : **J. GHESTIN, G. LOISEAU, Y.-M. SERINET**, *Traité de droit civil – La formation du contrat,* t. 1, *Le contrat – Le consentement,* 4ème éd., LGDJ, 2013, nos 42 et s., p. 35 et s.

[21] V. en ce sens : **D. GALBOIS-LEHALLE**, *La notion de contrat : esquisse d'une théorie*, Y. LEQUETTE (préf.), t. 603, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2020, n°7, p. 5 ; **J. ROCHFELD**, *Les grandes notions du droit privé,* 3ème éd., coll. Thémis, PUF, 2022, n°1, p. 525

[22] **J. ROCHFELD**, *Les grandes notions du droit privé,* 3ème éd., coll. Thémis, PUF, 2022, n°1, p. 527.

[23] **J. ROCHFELD**, *Les grandes notions du droit privé,* 3ème éd., coll. Thémis, PUF, 2022, n°1, p. 527.

[24] V. not. **H. BATIFFOL**, « La "crise du contrat" et sa portée », *in APD,* t. 13, 1968, p. 13 ; **Ch. JAMIN, D. MAZEAUD** (dir.), *La nouvelle crise du contrat*, coll. Thèmes & commentaires, Dalloz, 2003.

volonté, la mort prochaine du contrat[25]. Or, ces différentes crises du contrat marquent, plutôt, le déclin de la conception libérale du contrat fondée sur des postulats qui ne sont plus en accord avec les évolutions de la pratique contractuelle[26]. Ce n'est donc pas un déclin du contrat, mais son expansion[27]. La diversification des contrats marque un éloignement avec la figure traditionnelle du contrat fondée sur la vente, contrat instantané et égalitaire. Ces évolutions marquent ainsi une rupture avec les conceptions classiques du contrat, nécessitant un renouvellement de l'appréhension du contrat et du droit des contrats. Selon Madame Diane GALBOIS-LEHALLE, il est possible d'appréhender le contrat comme le support de réalisation des intérêts des parties. En effet, selon l'auteure, « *les intérêts des parties doivent être au cœur d'une notion réactualisée du contrat* »[28]. Elle définit l'intérêt de chacune des parties « *comme l'identification objective du projet que les parties cherchent à réaliser en participant à l'opération* »[29]. Ainsi, malgré sa diversité, le contrat peut donc être qualifié comme le support des intérêts de chacun des contractants. En outre, les diverses explorations de la notion de contrat ont pu mettre en évidence une certaine dualité[30]. Le contrat est objectivement un acte produisant des effets de droit et subjectivement une relation entre les parties contractantes. Plus précisément, le contrat est avant tout un outil permettant à des individus de satisfaire un besoin par la création d'effets de droit. Le contrat recouvre ainsi une réalité très large, la pratique contractuelle étant inventive, de nouvelles figures contractuelles voient le jour ne permettant pas nécessairement au droit des contrats d'en rendre compte. Cette diversité contractuelle complexifie ainsi l'appréhension de l'équilibre contractuel qui doit s'intégrer dans ce paysage aux multiples visages. Une conciliation entre l'équilibre et le contrat implique donc de déterminer de quelle manière associer et apprécier la juste proportion harmonieuse dans le contrat pour en atteindre cet équilibre contractuel.

[25] **Ch. JAMIN**, « Quelle nouvelle crise du contrat ? – Quelques mots en guise d'introduction », *in La nouvelle crise du contrat*, Ch. JAMIN, D. MAZEAUD (dir.), coll. Thèmes & commentaires, Dalloz, 2003, p. 7, spéc. p. 8.

[26] **D. MAZEAUD**, « Le nouvel ordre contractuel », *in RDC*, 2003, n°1, p. 295.

[27] **L. JOSSERAND**, « Aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrats », *in RTD Civ.*, 1937, p. 1, spéc. n°4, pp. 4-5 ; **P. DURAND**, « La contrainte légale dans la formation du rapport contractuel », *in RTD Civ.*, 1944, p. 73, spéc. n°29, p. 96.

[28] **D. GALBOIS-LEHALLE**, *La notion de contrat : esquisse d'une théorie*, Y. LEQUETTE (préf.), t. 603, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2020, n°913, p. 534.

[29] **D. GALBOIS-LEHALLE**, *La notion de contrat : esquisse d'une théorie*, Y. LEQUETTE (préf.), t. 603, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2020, n°913, p. 534.

[30] V. en ce sens : **O. FLIPO-BOUCHAARA**, *Le lien contractuel*, C. THIBIERGE (dir.), th. dactyl., Université d'Orléans, 2001, n^{os} 830-831, pp. 450-451.

4. « ***L'équilibre contractuel, trop c'est trop ?*** »[31] – Une nouvelle étude portant sur l'équilibre contractuel ne serait-elle pas de « *trop* » ? La question de l'équilibre contractuel semble, en effet, à la fois récurrente et controversée. Dans cette perspective, l'idée selon laquelle le débat est épuisé – si ce n'est épuisant – pourrait être avancée, notamment en raison de l'importance quantitative des écrits portant directement ou surtout indirectement sur ce thème[32]. Malgré cette abondance, il est souvent mis en avant que la détermination d'une définition de la notion d'équilibre contractuel semble inatteignable, tant la notion n'est qu'instinctive[33]. L'équilibre contractuel semble donc appréhendé de manière approximative, sans pour autant qu'une présentation uniforme ne puisse s'en dégager[34]. Les auteurs semblent faire un certain « *"pari communicationnel" de la réussite de leur acte de langage parce qu'ils présupposent une communauté de compréhension avec les destinataires de leurs textes* »[35]. En d'autres termes, le sens donné à l'équilibre contractuel « *est réputé évident pour tout le monde* »[36]. Un manque de clarté semble donc se dégager alors pourtant que l'usage du syntagme reste fréquent.

---

[31] **Th. Genicon, D. Mazeaud**, « L'équilibre contractuel : trop c'est trop ? », *in RDC*, 2012, n°4, p. 1469.

[32] V. not. **J.-P. Bugault**, *Le maintien de l'équilibre contractuel dans la pratique notariale courante,* H. Solus (dir.), th. dactyl., Université de Paris, 1945 ; **M.-A. Pérot-Morel**, *De l'équilibre des prestations dans la conclusion du contrat*, Imprimerie Allier, 1961 ; **J.-J. Barbiéri**, *Vers un nouvel équilibre contractuel ? : Recherche d'un nouvel équilibre des prestations dans la formation et l'exécution du contrat*, J.-L. Rives-Lange (dir.), th. dactyl., Université de Toulouse, 1981 ; **V. Lasbordes**, *Les contrats déséquilibrés*, C. Saint-Alary Houin (préf.), 2 tomes, coll. Institut de droit des affaires, PUAM, 2000 ; **E. M. Charpentier**, *L'équilibre des prestations : une condition de reconnaissance de la force obligatoire du contrat ?*, P.-A. Crépeau (dir.), th. dactyl., Université de McGill, 2001 ; **L. Fin-Langer**, *L'équilibre contractuel*, C. Thibierge (préf.), t. 366, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2002 ; **G. Lardeux** (dir.), *L'équilibre du contrat*, coll. Laboratoire de droit privé & sciences criminelles, PUAM, 2012 ; **F. Jacomino**, *Le contrôle objectif de l'équilibre contractuel. Entre droit commun des contrats et droit des pratiques restrictives de concurrence*, E. Mouial Bassilana (dir.), th. dactyl., Université Côte d'Azur, 2018 ; **D. Dia**, *Essai sur l'équilibre de la relation contractuelle*, N. Balat (dir.), th. dactyl., Université d'Aix Marseille, 2023.

[33] **M. Gomy**, *Essai sur l'équilibre de la convention de non-concurrence,* Y. Serra (préf.), coll. Études, Presses universitaires de Perpignan, 1999, n°6, p. 12 : « *À n'en pas douter, l'équilibre contractuel est un concept véritablement souple et fuyant qui se ressent plus qu'il ne se définit véritablement* » ; **S. Le Gac-Pech**, *La proportionnalité en droit privé des contrats,* H. Muir-Watt (préf.), t. 335, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2000, n°51, p. 37, NBP n°3 : l'auteur affirme qu'étant *« contingente, la notion d'équilibre se prête difficilement à la systématisation* ».

[34] **S. Le Gac-Pech**, *La proportionnalité en droit privé des contrats,* H. Muir-Watt (préf.), t. 335, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2000, n°51, p. 37 : « *L'équilibre souffre d'une définition peu éclairante* » ; **G. Chantepie**, *La lésion*, G. Viney (préf.), t. 467, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2006, n°54, p. 37 : « *le dynamisme actuel de la recherche sur l'équilibre contractuel peine à livrer une définition satisfaisante de la notion* ».

[35] **V. Champeil-Desplats**, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, 3ème éd., coll. Méthodes du droit, Dalloz, 2022, n°503, p. 336.

[36] **V. Champeil-Desplats**, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, 3ème éd., coll. Méthodes du droit, Dalloz, 2022, n°503, p. 336.

5. L'augmentation de l'usage du terme d'équilibre contractuel. – Ces vingt dernières années, la notion d'équilibre contractuel semble avoir fait l'objet d'une intensification dans son usage. Si les manuels de droit des contrats de la fin des années 1990 semblaient dépourvus de cette occurrence dans leurs index[37], le vocable y apparaît fréquemment aujourd'hui[38]. Son essor est donc indéniable puisque l'équilibre contractuel intègre de plus en plus les discours en droit des contrats. Plus que la doctrine, le législateur semble également s'être saisi de ce vocable, l'équilibre devenant une préoccupation, tant dans les droits spéciaux – à l'instar du droit de la consommation – mais également dans le droit commun des contrats. La réforme a apporté un vent nouveau sur le droit commun des contrats, intégrant des mécanismes inspirés des droits spéciaux insufflant l'équilibre contractuel dans les préoccupations du droit commun.

6. Les présupposés entourant l'équilibre contractuel. – Dans le prolongement, l'équilibre contractuel s'accompagne de son lot de présupposés et peut ainsi être appréhendé avec une certaine défiance ou au contraire avec un certain engouement. L'équilibre contractuel semble ainsi rimer avec interventionnisme, laissant les pleins pouvoirs au juge dans le contrôle, voire la modification, du contenu contractuel[39]. Les mécanismes associés classiquement associés à l'équilibre contractuel ressortent alors du contrôle du contenu contractuel[40], impliquant même parfois une certaine équivalence objective, tels que les mécanismes des

---

[37] V. en ce sens : **S. LE GAC-PECH**, *La proportionnalité en droit privé des contrats,* H. MUIR-WATT (préf.), t. 335, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2000, n°51, p. 37 : « *Curieusement, le terme est absent de l'index alphabétique des manuels de droit* ».

[38] V. not. **P. ANCEL**, *Droit des obligations en 12 thèmes*, 4ème éd., coll. Séquences, Dalloz, 2024 ; **R. CABRILLAC**, *Droit des obligations,* 16ème éd., coll. Cours, Dalloz, 2024 ; **F. CHÉNEDÉ**, *Le nouveau droit des contrats et des obligations*, 2ème éd., coll. À savoir, Dalloz, 2018 ; **Ph. DELEBECQUE, F.-J. PANSIER**, *Droit des obligations – Contrat et quasi-contrat,* 8ème éd., coll. Objectif droit, LexisNexis, 2018 ; **D. HOUTCIEFF**, *Droit des contrats*, 9ème éd., coll. Paradigme, Bruylant, 2024 ; **Ch. LARROUMET, S. BROS**, *Traité de droit civil,* t. 3, *Les obligations – Le contrat*, 9ème éd., coll. Corpus droit privé, Économica, 2018 ; **Ph. MALINVAUD, M. MEKKI, J.-B. SEUBE**, *Droit des obligations*, 17ème éd., coll. Manuels, LexisNexis, 2023 ; **Th. REVET, F. ZENATI-CASTAING**, *Cours de droit civil – Contrats, Théorie générale, quasi-contrats,* coll. Droit fondamental, PUF, 2014 ; **F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, et *al.***, *Droit civil – Les obligations*, 13ème éd., coll. Précis, Dalloz, 2022. *Adde*. **L. ANDREU, N. THOMASSIN**, *Cours de droit des obligations,* 9ème éd., coll. Amphi LMD, Gualino, 2024, nos 336 et s., p. 144 et s. ; **A. BÉNABENT**, *Droit des obligations*, 20ème éd., coll. Précis Domat, LGDJ, 2023, n°189 et s., p. 166 et s. ; **B. FAGES**, *Droit des obligations*, 10ème éd., coll. Manuel, LGDJ, 2020, nos 172 et s., p. 161 et s. ; **B. FAGES (dir.)**, *Le Lamy Droit du contrat,* coll. Lamy droit civil, 2024, nos 1238 et s. : à défaut de figurer dans l'index de ces manuels, l'équilibre contractuel y occupe tout de même une place prépondérante, puisqu'il figure dans le plan du manuel.

[39] *Cf. infra* n°84.

[40] Cette affirmation ressort des différents manuels de droit des contrats ou de droit des obligations abordant l'équilibre contractuel au titre du contenu contractuel. Pour plus de développements sur cette question : *Cf. infra* n°104.

clauses abusives[41], la lésion[42] ou encore anciennement la cause[43]. Si ces notions semblent *a priori* au cœur du sujet de l'équilibre contractuel, certains désaccords peuvent surgir dans la doctrine quant à la fonction de certains mécanismes. Ainsi, certains auteurs estiment que les vices du consentement sont des mécanismes d'équilibre contractuel[44], quand d'autres le réprouvent et n'accordent qu'une place restrictive à la notion[45]. L'équilibre doit ainsi se cantonner au contenu objectif du contrat.

7. Le constat d'un manque. – Et pourtant, la familiarisation à l'œuvre avec le terme d'équilibre ne saurait faire oublier l'imprécision de ses contours, comme pour mieux illustrer la formule d'ATIAS, « *plus les notions juridiques occupent une position centrale, moins elles sont définies* »[46]. Bien qu'étant usitée et redondante, *« il apparaît difficile de déceler une cohérence à la notion d'équilibre du contrat* […] *le discours juridique* [ayant] *dévoyé la notion d'équilibre au point d'en faire un mot-valise* »[47]. En effet, beaucoup de termes peuvent être employés en faisant référence à l'équilibre contractuel. Soit, ils sont employés au titre de l'appréciation de l'équilibre contractuel, tels que la proportionnalité[48], l'équivalence[49], la cohérence[50], l'abus[51] ou encore l'égalité[52]. Dans cette perspective, les analyses s'efforcent de préciser la manière dont il faut apprécier l'équilibre dans un contrat. Soit, il peut s'agir d'une espèce particulière d'équilibre contractuel, tel que l'équilibre du contenu du contrat ou des

[41] V. C.civ., art. 1171 ; C. consom., art. L212-1 et C. com., art. L442-6, 2° : Dans chacun de ces articles, pour qualifier une clauses comme étant abusives, il est nécessaire de constater un déséquilibre significiatif entre les droits et obligations des parties. Cette condition permet ainsi un rattachement instinctif à l'équilibre contractuel.

[42] V. not. **G. CHANTEPIE**, *La lésion*, G. VINEY (préf.), t. 467, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2006, n^{os} 30 et s., p. 23 et s.

[43] V. not. **J.-M GUÉGUEN**, « Le renouveau de la cause en tant qu'instrument de justice contractuelle », *in D.,* 1999, p. 352.

[44] **C. OUERDANE-AUBERT DE VINCELLES**, *Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles,* Y. LEQUETTE (préf.), vol. 19, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, Dalloz, 2002.

[45]

[46] **Ch. ATIAS**, « Restaurer le droit des contrats », *in D.*, 1998, p. 137, spéc. n°1.

[47] **G. CHANTEPIE**, « La notion d'équilibre du contrat », *in Loyers et copr.,* 2016, n°10, doss. n°6, p. 12, spéc. n°24.

[48] V. not. **S. LE GAC-PECH**, *La proportionnalité en droit privé des contrats,* H. MUIR-WATT (préf.), t. 335, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2000.

[49] V. not. **J. MAURY**, *Essai sur le rôle de la notion d'équivalence en droit civil français,* Ch. CÉZAR-BRU (dir.), Jouve éd., 1920 ; **N. FERRA**, *La notion d'équivalence en droit des contrats,* S. ROBINNE (dir.), th. dactyl., Université de Perpignan, 2018 ; **E. GUIDEMANN**, *Le principe d'équivalence en droit contractuel français*, N. MARTIAL-BRAZ (dir.), th. dactyl., Université de Paris, 2022.

[50] V. not. **D. HOUTCIEFF**, *Le principe de cohérence en matière contractuelle*, H. MUIR-WATT (préf.), 2 vol., coll. Institut de droit des affaires, PUAM, 2011.

[51] V. not. **Ph. STOFFEL-MUNCK**, *L'abus dans le contrat – Essai d'une théorie*, R. BOUT (préf.), t. 337, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2000 ; **A. HASNAOUI CHAFIAA**, *L'abus dans l'exécution du contrat*, M. K. CHARFEDDINE (préf.), coll. Logiques juridiques, L'Harmattan, 2020.

[52] V. not. **D. BERTHIAU**, *Le principe d'égalité et le droit civil des contrats,* J.-L. SOURIOUX (préf.), t. 320, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 1999 ; **M. LATINA, P. OUDOT**, *L'égalité en droit des obligations,* coll. Chemins de la pensée Juridique, Les éditions Ovadia, 2015.

prestations[53], l'équilibre relationnel[54], l'équilibre conjoncturel[55], l'équilibre structurel[56], *etc*. Ces différents termes semblent se recouper sous la notion d'équilibre contractuel, mais ne peuvent être considérer purement et simplement comme synonymes, ils n'en sont qu'une composante, abordant l'équilibre contractuel sous un prisme particulier. Il peut encore être question de l'étude d'un mécanisme particulier ou d'un domaine particulier se référant à l'équilibre contractuel[57]. Dans cette optique, les études n'appréhendent pas l'équilibre contractuel en tant que tel, mais plutôt l'équilibre en droit des contrats[58]. Seule une thèse semble consacrée à la notion même d'équilibre contractuel. Madame Laurence FIN-LANGER a été la première et semble être la seule à avoir écrit une thèse portant sur l'équilibre contractuel, étude par laquelle elle envisage la nature et le statut de l'équilibre contractuel. Elle définit la nature de l'équilibre contractuel qui « *représente un concept et une notion. En tant que concept, il sert d'instrument pour la compréhension du contrat et sur son évolution. Il met l'accent sur l'échange de prestations organisé par le contrat.* […] *La notion d'équilibre contractuel complète ce concept et vient enrichir non plus la théorie générale, mais le droit positif.* […] *cette notion désigne à la fois d'un point de vue statique, une composition harmonieuse de ce contenu caractérisé par sa diversité et d'un point de vue dynamique, la position de relative*

[53] V. not. **M.-A. PÉROT-MOREL**, *De l'équilibre des prestations dans la conclusion du contrat*, Imprimerie Allier, 1961 ; **E. M. CHARPENTIER**, *L'équilibre des prestations : une condition de reconnaissance de la force obligatoire du contrat ?*, P.-A. CRÉPEAU (dir.), th. dactyl., Université de McGill, 2001 ; **F. JACOMINO**, *Le contrôle objectif de l'équilibre contractuel. Entre droit commun des contrats et droit des pratiques restrictives de concurrence,* E. MOUIAL BASSILANA (dir.), th. dactyl., Université Côte d'Azur, 2018.

[54] V. not. **M. FONTAINE, J. GHESTIN**, *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels : comparaisons franco-belges,* t. 261, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 1996 ; **C. NOBLOT**, *La qualité du contractant comme critère légal de protection – Essai de méthodologie législative,* F. LABARTHE (préf.), t. 382, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2002 ; **A. COMBALUZIER-VAUDE**, *Contribution à la définition de la notion de partie faible dans les contrats*, D. FERRIER (dir.), th. dactyl., Université de Montpellier, 2008 ; **F. MAUME**, *Essai critique sur la protection du consentement de la partie faible en matière contractuelle*, D. HOUTCIEFF (dir.), th. dactyl., Université d'Évry-Val-d'Essonne, 2015 ; **D. DIA**, *Essai sur l'équilibre de la relation contractuelle*, N. BALAT (dir.), th. dactyl., Université d'Aix Marseille, 2023.

[55] V. not. **L. THIBIERGE**, *Le contrat face à l'imprévu,* L. AYNÈS (préf.), coll. Recherches Juridiques, Économica, 2011. *Adde*. **L. THIBIERGE**, « Le traitement du déséquilibre économique par le droit commun des contrats », *in Réforme du droit civil et vie des affaires,* M. BOURASSIN, J. REVEL (dir.), coll. Thèmes & commentaires, Dalloz, 2014, p. 233.

[56] **G. VIRASSAMY**, « Les relations entre professionnels en droit français (rapport français) », *in La protection de la partie faible dans les rapports contractuels – Comparaison franco-belge*, J. GHESTIN, M. FONTAINE (dir.), coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 1996.

[57] V. not. **M. GOMY**, *Essai sur l'équilibre de la convention de non-concurrence,* Y. SERRA (préf.), coll. Études, Presses universitaires de Perpignan, 1999 ; **A. STATHOULIAS**, *De l'équilibre – Contribution à l'étude du droit d'auteur*, E. BLARY-CLÉMENT (dir.), th. dactyl., Université de Lille 2, 2015 ; **G. DIBANGUE,** *La recherche de l'équilibre contractuel dans le cautionnement,* P. RUBELLIN (préf.), coll. Le droit aujourd'hui, L'Harmattan, 2017 ; **S. CHAUDOUET**, *Le déséquilibre significatif*, N. PERRIER (préf.), t. 609, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2021 ; **H. HADJ-AÏSSA**, *Le déséquilibre significatif dans les relations commerciales – Analyse critique du contentieux*, X. HENRY (préf.), coll. Competition Law, Bruylant, 2022.

[58] V. en ce sens : **D. DIA**, *Essai sur l'équilibre de la relation contractuelle*, N. BALAT (dir.), th. dactyl., Université d'Aix Marseille, 2023, n°25, p. 24.

stabilité de ce contenu, caractérisée alors par sa fragilité »[59]. Sa thèse permet de démontrer qu'une définition de l'équilibre est possible, dans la mesure où elle a proposé des critères de définition. Rejetant l'établissement d'un unique critère servant la définition de l'équilibre contractuel[60], son étude en dégage plusieurs. Elle estime que « *l'équilibre contractuel existe quand d'une part sur le plan quantitatif, un constat de réciprocité ou de commutativité a pu être observé et d'autre part sur le plan qualitatif, il apparaît une équivalence ou une proportionnalité entre l'ensemble des droits et des obligations* »[61]. Malgré la singularité de son approche, sa définition ne semble établir que des critères d'appréciation ou de contrôle de l'équilibre dans les contrats[62]. Dans tous les cas, les analyses impliquant l'équilibre contractuel ne permettent pas d'établir une unité, tant l'expression est abordée dans des contextes différents, avec des angles d'approches différents ou encore sous un prisme particulier.

8. La poursuite de l'édification de l'équilibre contractuel. – Au regard de ses contextes d'utilisation, l'équilibre contractuel n'était pas envisagé, ni sous un prisme unitaire, ni envisagé dans un cadre contractuel de portée générale, c'est-à-dire indépendamment des différents modèles contractuels dans lesquels il se manifeste. Il est difficile de déceler une unité dans ces différents écrits traitant directement ou indirectement de l'équilibre contractuel, tant leurs développements se situent sur des plans différents. Au contraire, l'utilisation de l'équilibre contractuel semble servir les différentes analyses et son appréhension se différencie selon son contexte d'utilisation. La limpidité de l'équilibre contractuel n'est donc qu'une apparence. Une nouvelle étude portant sur l'équilibre contractuel ne semble donc pas dépourvue d'intérêt, d'autant que l'équilibre contractuel influe de plus en plus sur les règles du droit des contrats. « *Tel un phénix qui indéfiniment renaît de ses cendres* »[63], l'équilibre contractuel ne semble

[59] **L. FIN-LANGER**, *L'équilibre contractuel*, C. THIBIERGE (préf.), t. 366, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2002, n°776, p. 569.

[60] **L. FIN-LANGER**, *L'équilibre contractuel*, C. THIBIERGE (préf.), t. 366, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2002, n^{os} 298-299, pp. 206-207 : « *La recherche d'un critère précis ne donne pas une définition satisfaisante de l'équilibre contractuel dans la mesure où elle est trop rigide par rapport à une situation complexe, mouvante et diversifiée* » (n°298, pp. 206-207) ; « *Une notion définie par un critère précis et rigide interdit en réalité toute adaptation de la réalité et toue individualisation de la solution* » (n°299, p. 207)..

[61] **L. FIN-LANGER**, *L'équilibre contractuel*, C. THIBIERGE (préf.), t. 366, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2002, n°358, p. 238.

[62] V. en ce sens : **G. CHANTEPIE**, *La lésion*, G. VINEY (préf.), t. 467, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2006, n°49, p. 34 : À propos des critères donnés par Madame FIN-LANGER : « *Pas moins de quatre critères sont susceptibles d'être pris en considération pour contrôler l'équilibre du contrat* ».

[63] **G. LARDEUX**, « Rapport introductif », *in L'équilibre du contrat,* G. LARDEUX (dir.), coll. Laboratoire de droit privé & sciences criminelles, PUAM, 2012, p. 9 : « *tel le phénix qui indéfiniment renaît de ses cendres, la question de l'équilibre du contrat, à jamais classique, revient constamment sur le devant de la scène juridique* ».

donc pas être une notion dépassée et une clarification notionnelle semble la bienvenue tant au regard des insuffisances doctrinales que de son emploi fréquent.

Sa fréquence d'usage implique une autre question à laquelle il semble qu'un éclaircissement doit également être apporté, à savoir quel est le statut de l'équilibre contractuel au sein du droit des contrats. Est-ce une notion juridique ayant des implications normatives, comme peuvent le laisser penser les auteurs craignant les effets négatifs et l'interventionniste que pourrait impliquer la notion ? Ou est-ce une notion pouvant être relativisée, ne servant que le discours ayant une portée descriptive, permettant une analyse du droit positif ? La notion étant utilisée dans divers contextes, il est nécessaire de déterminer précisément la place de la notion dans l'ordre juridique.

Toutes ces questionnements en suspens permettent de justifier l'intérêt d'une nouvelle étude portant sur la notion avec pour objectif d'y apporter une cohérence et une certaine unité. À cet égard, au regard des termes composant le syntagme, « équilibre contractuel », il semble important de dépasser les différentes spécificités de certaines figures contractuelles, l'équilibre contractuel doit pouvoir être appréhendé pour tous les contrats. Cet angle d'approche semble ainsi faire défaut. À ce titre, un examen approfondi devra être mené au regard de la notion même de contrat, ainsi que des éléments inhérents à la notion d'équilibre : d'une part, il s'agit de déterminer l'équilibre statique, à savoir la détermination de ce *qu'est* l'état d'équilibre, que signifie cette harmonie appliquée à la matière contractuelle. Une fois déterminé, il sera question de déterminer la place de la notion au sein du droit des contrats. D'autre part, il est également question de déterminer les méthodes permettant d'atteindre cet état de stabilité ainsi que de déterminer quels en sont les critères de mesure[64]. Tous ces enjeux rendent ainsi nécessaire une recherche sur l'équilibre contractuel.

Section 2. Présentation de la méthode de l'étude de l'équilibre contractuel

9. Une étude de portée générale de l'équilibre contractuel. – D'un point de vue terminologique, une étude portant sur l'équilibre contractuel doit permettre d'allier les notions

[64] **S. Le Gac-Pech**, *La proportionnalité en droit privé des contrats*, H. Muir-Watt (préf.), t. 335, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2000, n°61, p. 39 : « *quel instrument ? Quelle mesure ? Quels éléments ? Si l'on imagine une balance dans laquelle on porterait la relation contractuelle, la première interrogation porte sur le choix de l'aiguille de la balance ; la seconde relative au genre d'équilibre poursuivi (qualitatif, quantitatif, économique, monétaire) se réfère à la balance en son entier ; la troisième concerne la matérialité des variables (ou composantes contractuelles) et vise les plateaux de la balance* ».

d'équilibre et de contrat. Ainsi, peu important la nature du contrat en cause, il est question d'analyser l'équilibre au regard de la figure du contrat. Cela implique donc de cerner cet équilibre au regard de tous les particularismes attachés aux différents contrats, notamment il faudra intégrer dans les réflexions l'opposition entre les négociations ou l'adhésion, entre l'exécution instantanée ou successive, une exécution spontanée ou une inexécution, un contrat à titre onéreux ou gratuit, unilatéral ou synallagmatique, ou encore la survenance d'un événement en cours d'exécution du contrat, *etc*. Cette étude de portée générale s'est donc naturellement tournée vers une étude à l'aune du droit commun, et ce pour plusieurs raisons.

10. La justification d'une étude de droit commun. – À cet égard, deux éléments permettent de justifier cette délimitation au droit commun, qui tiennent, d'une part, à la vocation générale de ce droit et, d'autre part à l'absence de stigmatisation de la partie faible.

Le droit commun des contrats a vocation à s'appliquer à tous les contrats, dès lors qu'aucune règle spéciale ne prévoit le contraire[65]. À cet égard, une étude portant sur le droit commun permet d'étendre l'analyse de l'équilibre à la notion de contrat compris dans sa généralité et non pas seulement au regard de contrats spécifiquement identifiés[66]. D'ailleurs, l'on aurait pu penser qu'une telle étude porterait sur les droits spéciaux qui ont, pour une bonne part, été constitués avec un objectif d'équilibre contractuel[67]. Partant du constat d'une inégalité structurelle entre les parties, le législateur est en effet intervenu par la création de droits spéciaux. Il en est ainsi du contrat de travail, dans lequel le salarié se trouve en état de

[65] C. civ., art. 1105 : « *Les contrats, qu'ils aient ou non une dénomination propre, sont soumis à des règles générales, qui sont l'objet du présent sous-titre.*
Les règles particulières à certains contrats sont établies dans les dispositions propres à chacun d'eux.
Les règles générales s'appliquent sous réserve de ces règles particulières ».
Adde. **Ch. GOLDIE-GENICON**, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, Y. LEQUETTE (préf.), t. 509, « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2009, n°10, p. 17 ; **N. BALAT**, *Essai sur le droit commun*, M. GRIMALDI (préf.), t. 571, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2016, n^{os} 65 et s., p. 46 et s. : L'auteur affirme que le droit commun est composé de règles juridiques dont le domaine d'application est indéfini (n°80, p. 53), mais ayant toujours une vocation subsidiaire (n°85, p. 55).

[66] V. en ce sens **Ch. GOLDIE-GENICON**, « L'adaptation au droit commun des contrats », *in La réforme du droit des contrats spéciaux*, C.-E. BUCHER, M.-A. DAILLANT (dir.), coll. Thèmes & commentaires, Dalloz, 2023, p. 61 : « *Aucun contrat spécial ne peut vivre en autarcie, replié sur lui-même. Chaque espèce de contrat aura donc à rencontrer le droit commun, de manière plus ou moins intense, qu'il s'agisse de combler les nécessaires interstices laissés vacants par de la règlementation spéciale (la complétude, en la matière, est une illusion), d'apporter à chaque espèce contractuelle l'ossature à laquelle s'épanouir et qui pourra ensuite guider l'interprétation des dispositions spéciales, ou encore d'offrir aux cocontractants des voies distinctes de celles, parfois trop rigides, empruntées par la règlementation spéciale* ».

[67] V. en ce sens : **G. LARDEUX**, « Rapport introductif », *in L'équilibre du contrat,* G. LARDEUX (dir.), coll. Laboratoire de droit privé & sciences criminelles, PUAM, 2012, p. 9, spéc. p. 11 : « *Face à l'immobilisme des textes du Code civil, on aura noté que c'est la législation spéciale des contrats qui a, en premier lieu, accueilli l'impératif d'équilibre* ».

dépendance vis-à-vis de son employeur. Cet exemple pourrait être transposé aux contrats de consommation, contrats d'assurance, contrats de bail, *etc*. Ces situations contractuelles ont préoccupé le législateur qui a érigé un nombre de règles visant à protéger l'équilibre contractuel et notamment la partie faible de ces contrats. Il a ainsi pu être mis en avant un certain déclin, si ce n'est un dépérissement, du droit commun des contrats. Le droit commun serait, en ce sens, supplanté par les différents droits spéciaux, et n'aurait plus qu'une vocation résiduelle et désuète, ne pouvant s'adapter aux situations nouvelles. En ce sens, Monsieur Thierry REVET relevait une sorte de dualisation du droit des contrats, avec d'un côté les droits spéciaux postulant l'inégalité des parties et le droit commun postulant l'égalité des parties[68]. Toutefois, le droit commun reste une « *matrice* »[69] servant les divisions du droit des contrats. Il s'agit au fond de « *l'ensemble des règles ayant vocation à s'appliquer à tous les contrats* »[70]. Une certaine idée de normalité se dégage ainsi du droit commun des contrats, signifiant que ces « *dispositions* [constituent] *la structure normale choisie pour régir la matière considérée, il doit y être fait retour dès qu'une règle particulière n'y fait pas exception. Le droit commun assure – ou du moins devrait assurer – une certaine cohésion au sein de la discipline dont il a la charge* »[71]. Bien que la délimitation entre les règles de droit commun et de droit spécial soit « *poreuse* »[72], notamment avec le droit de la consommation[73], l'étude se limitera essentiellement aux dispositions du Code civil, historiquement considérées comme constituant le droit commun des contrats.

Dans le prolongement de cette analyse, si le droit commun s'applique à tous les contrats, il s'applique également, faute de disposition spéciale, à tous les contractants, et n'a donc pas

[68] **Th. REVET**, « Le contrat Janus ou la dualisation de la théorie du contrat », *in Mélanges en l'honneur du professeur Laurent AYNÈS, Liberté, justesse, autorité*, coll. Mélanges, LGDJ – Lextenso, 2019, p. 421 ; « Une philosophie générale ? », *in RDC*, 2016, n° hors-série, p. 5 ; « Le nouveau discours contractuel (Rapport de synthèse) », *in RDC*, 2016, n°3, p. 627 ; « Le temps d'après », *in RDC,* 2018, n°1, p. 1 : « *L'axe majeur de la réforme est d'avoir organisé le droit commun rénové du contrat sur la base de deux grandes figures, qui correspondent aux réalités contractuelles premières de l'époque : le contrat de gré à gré et le contrat d'adhésion* ». *Adde*. **Th. REVET, F. ZENATI-CASTAING**, *Cours de droit civil – Contrats, Théorie générale, quasi-contrats,* coll. Droit fondamental, PUF, 2014, spéc. n°4, pp. 33-37.

[69] Rappr : **J.-P. CHAZAL**, « Réflexions épistémologiques sur le droit commun des contrats et les contrats spéciaux », *in Études de droit de la consommation – Liber amicorum Jean Calais-Auloy*, Dalloz, 2004, p. 279, spéc. p. 284.

[70] **Ch. GOLDIE-GENICON**, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, Y. LEQUETTE (préf.), t. 509, « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2009, n°3, p. 6.

[71] **Ch. GOLDIE-GENICON**, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, Y. LEQUETTE (préf.), t. 509, « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2009, n°4, p. 7.

[72] Pour plus de développements : **Ch. GOLDIE-GENICON**, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, Y. LEQUETTE (préf.), t. 509, « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2009, n°6, p. 9.

[73] **D. MAZEAUD**, « Droit commun et droit de la consommation – Nouvelles frontières », *in Études de droit de la consommation – Liber amicorum Jean Calais-Auloy*, Dalloz, 2004, p. 697.

vocation à protéger une partie en particulier[74]. Il se destine à des individus désincarnés, c'est pourquoi il doit avoir une portée générale et abstraite[75]. La position de partie faible pouvant être fluctuante selon le déroulement de la relation contractuelle[76], le droit commun a l'avantage de permettre à une partie qui se trouve à un moment en difficulté de se saisir de ces mécanismes – alors pourtant qu'elle ne serait pas visée spécifiquement par ces règles particulières. Bien que les mécanismes soient applicables à n'importe lequel des contractants, ils ne seront utiles que dans la mesure d'un déséquilibre avéré entraînant un litige. Le droit commun permet à cet égard une appréhension objectivée de la partie faible[77], tout en intégrant une préoccupation pour l'équilibre contractuel.

11. L'évolution du droit des contrats en France et en Europe. – Depuis 1804, le droit commun des contrats n'a connu qu'une réforme d'ampleur en 2016, réforme qui est le fruit d'une lente évolution ayant eu lieu par voie jurisprudentielle et doctrinale[78]. La législation du droit commun étant restée intacte pendant plus de deux siècles, il est apparu nécessaire de procéder à la réforme du droit commun. Plusieurs raisons ont pu être avancées : tout d'abord, la jurisprudence a permis une évolution du droit commun par le biais de ses différentes interprétations. Ensuite, le droit des contrats entendu de manière large n'est pas resté inchangé. Au contraire, il est le fruit de plusieurs réformes successives dans des domaines particuliers. Le droit commun du Code civil semblait ainsi en décalage avec la pratique jurisprudentielle et les droits spéciaux. Enfin, cette réforme était aussi l'occasion de renforcer l'attractivité[79] et la

[74] **N. BALAT**, *Essai sur le droit commun*, M. GRIMALDI (préf.), t. 571, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2016. *Adde*. **Th. REVET**, « Une philosophie générale », *in RDC*, 2016, n° hors-série, p. 5 : « *cette condition cardinale de validité des contrats ne saurait, sans anachronisme, être tenue pour une politique de "protection des plus faibles" puisqu'elle bénéficie à tous les contractants, traités identiquement par le Code de 1804 – c'est là l'une de ses caractéristiques majeures, dans le prolongement de la proclamation de l'égalité civile par la Révolution, que le Code inscrit en bonne place dans ses dispositions préliminaires* ».

[75] **G. LOISEAU**, « Les vices du consentement », *in CCC*, 2016, n°5, mai 2006, dossier 3, spéc., n°16.

[76] **J. GHESTIN, G. LOISEAU, Y.-M. SERINET**, *Traité de droit civil – La formation du contrat,* t. 1, *Le contrat – Le consentement,* 4ème éd., LGDJ, 2013, n°388, pp. 292-293.

[77] **F. JACOMINO**, *Le contrôle objectif de l'équilibre contractuel. Entre droit commun des contrats et droit des pratiques restrictives de concurrence,* E. MOUIAL BASSILANA (dir.), th. dactyl., Université Côte d'Azur, 2018, n°14, pp. 11-12.

[78] V. en ce sens : **P. ANCEL**, « Évolution, pas révolution », *in Le droit des obligations d'un siècle à l'autre – Dialogues autour de la réforme du titre III du livre III du Code* civil, G. PIGNARRE (dir.), Coll. Colloques et Essais, Institut universitaire de Varenne, 2016, p. 151, spéc. n°1, pp. 151-152.

[79] Dans un contexte de mondialisation, des rapports ont été rendus sous la responsabilité de la Banque mondiale intitulés *Doing Business* afin d'évaluer les différents systèmes juridiques. Or, les pays de traditions civilistes, incluant notamment la France, ont été vivement critiqués, notamment au regard de leur attractivité. V. en ce sens : **ASSOCIATION H. CAPITANT** (dir.), *Les droits de tradition civiliste en question – À propos des Rapports Doing Business de la Banque mondiale*, vol. 1, coll. Travaux de l'Association Henri Capitant, Société de législation comparée, 2006.

compétitivité[80] du droit français, notamment afin qu'il devienne un droit de référence dans l'établissement d'un droit européen des contrats[81]. Cette réforme s'inscrit donc dans une double mouvance européenne : d'une part, au début du XX^e^ siècle[82], et avec pour ambition de répondre à une volonté d'harmonisation du droit européen des contrats, plusieurs projets doctrinaux[83] et institutionnels[84] ont, en effet, été menés par différents groupes de travail. Ces projets s'inscrivaient dans une volonté d'harmoniser les différents droits des contrats en Europe afin de faciliter les échanges transfrontaliers et renforcer la sécurité juridique des transactions. Ces différents travaux n'ont aucune valeur normative, mais plutôt ils ont surtout vocation à venir en support des droits nationaux. D'autre part, elle intervient dans un temps similaire avec d'autres volontés de réformer le droit des contrats, tel est le cas de la Belgique qui a récemment réformé son droit des contrats[85] et du droit luxembourgeois qui souhaite également moderniser son droit des contrats[86]. Ce contexte européen et les influences du Code civil dans d'autres pays

[80] **R. CABRILLAC**, *Droit européen comparé des contrats*, 2ème éd., coll. Systèmes, LGDJ, 2016, n°10, pp. 14-16.

[81] 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 : « *Dans le même temps, au cours de ces vingt dernières années, les projets européens et internationaux d'harmonisation du droit des contrats se sont multipliés : les principes Unidroit relatifs aux contrats du commerce international publiés en 1994 et complétés en 2004, les principes du droit européen des contrats (PDEC) élaborés par la commission dite Lando, publiés entre 1995 et 2003, le projet de code européen des contrats ou code Gandolfi, publié en 2000, le projet de cadre commun de référence (DCFR), qui couvre tout le droit privé et a été remis officiellement au Parlement européen le 21 janvier 2008, et enfin les travaux menés par la société de législation comparée et l'association Henri Capitant des amis de la pensée juridique française qui ont abouti à la rédaction de principes contractuels communs (PCC) publiés en février 2008.*

Il est donc apparu nécessaire, conformément au vœu émis non seulement par la doctrine, mais également par de nombreux praticiens du droit, non pas de refondre totalement le droit des contrats et des obligations, mais de le moderniser, pour faciliter son accessibilité et sa lisibilité, tout en conservant l'esprit du code civil, à la fois favorable à un consensualisme propice aux échanges économiques et protecteur des plus faibles ».

[82] **R. CABRILLAC**, *Droit européen comparé des contrats*, 2ème éd., coll. Systèmes, LGDJ, 2016, n°1, p. 9.

[83] **COMMISSION POUR LE DROIT EUROPÉEN DU CONTRAT**, *Principes du droit européen du contrat*, vol. 2, coll. Droit privé comparé et européen, Société de législation comparée, 2003 : Monsieur Ole LANDO a présidé une commission pour établir des principes communs au sein de l'Europe en vue d'édifier un droit commun contractuel ; **G. GANDOLFI** (dir.), *Code européen des contrats*, A. Giuffrè editore, 2004.

[84] V. not. **ASSOCIATION H. CAPITANT**, *Terminologie contractuelle commune – Projet de cadre commun de référence*, vol. 6, coll. Droit comparé et européen, Société de législation comparée, 2008 ; Principes contractuels communs – Projet de cadre commun de référence, vol. 7, coll. Droit comparé et européen, Société de législation comparée, 2008. *Adde*. Pour plus de développements : **R. CABRILLAC**, *Droit européen comparé des contrats*, 2ème éd., coll. Systèmes, LGDJ, 2016, n^os^ 5 et s., p. 11 et s.

[85] Loi du 28 avril 2022 portant suer le livre 5 « Les obligations » du Code civil a été publiée au Moniteur belge le 1er juillet 2022. Elle est entrée en vigueur le 1er janvier 2023. *Adde*. **I. CORBISIER**, *La réforme du droit belge des contrats dans la perspective de la réforme luxembourgeoise – Analyse comparée*, coll. Les dossiers du journal des tribunaux du Luxembourg, Larcier, 2023.

[86] Un mouvement de modernisation du droit des contrats luxembourgeois est en cours. À l'issue d'assises qui se sont tenues en 2021 (V. not. **D. HIEZ, S. MENETREY, P. KINISCH**, « Compte-rendu des premières assises du Code civil du 7 mai 2021 », *in Annales du Droit Luxembourgeois,* 2021), un comité de pilotage composé de représentants du Ministère de la justice et de l'Université du Luxembourg a été constitué. Ces derniers ont créé un groupe de travail destiné à préparer la modernisation du droit des contrats en faisant appel à des praticiens et universitaires afin qu'ils contribuent ensemble à la réflexion (Pour prendre connaissance de l'invitation à participer

permettront d'intégrer certaines réflexions étrangères provenant de pays ayant réceptionné le Code Napoléon.

12. Un affrontement doctrinal à clarifier. – L'équilibre contractuel est, nous l'avons envisagé, une notion au cœur d'intenses débats doctrinaux, mais également dans les débats législatifs. Si une franche opposition peut être perçue dans la doctrine, elle ne porte certainement pas sur une opposition entre une volonté de déséquilibre et une volonté d'équilibre. En effet, il semble que personne ne prône un déséquilibre contractuel. Alors pourquoi la notion d'équilibre contractuel est-elle source d'affrontements et de débats ?

13. Une dichotomie dans l'approche de l'équilibre contractuel. – Afin de contribuer à une clarification des termes du débat, il nous semble qu'il faille distinguer deux approches de l'équilibre contractuel. La première repose sur la détermination de ce qu'est l'équilibre contractuel. Il est donc nécessaire d'appréhender la notion en elle-même afin d'en déterminer sa finalité ainsi que son statut. La seconde repose sur la recherche de moyens appropriés pour atteindre cette finalité. L'existence d'une éventuelle opposition se trouve ainsi sur le terrain des moyens mis en œuvre pour tendre vers l'équilibre, plutôt qu'une réelle querelle sur la notion d'équilibre contractuel elle-même. Souvent envisagée du point de vue des moyens ou encore des méthodes d'appréciation, il ne semble pas que la notion d'équilibre contractuel soit étudiée pour elle-même. Cette lacune entraîne des répercussions sur la mise en place de moyens visant à atteindre cet équilibre contractuel. IHERING mettait ainsi en avant que « *le droit est une idée pratique, c'est-à-dire indiquant un but, toute une idée de tendance est essentiellement double, car elle renferme une antithèse, le but et le moyen. Il ne suffit pas en effet de montrer le but, on doit encore faire connaître le chemin qui y conduit* »[87]. L'un n'allant pas sans l'autre, cette thèse a pour ambition d'appréhender la notion d'équilibre contractuel, pour ensuite rechercher les moyens permettant de parvenir à cet équilibre contractuel.

14. L'appréhension finaliste de la notion d'équilibre contractuel. – Pour Monsieur Julien RISSER, « *s'atteler à une recherche portant sur une notion implique de prendre en compte la manière dont se forme le savoir juridique* »[88]. À partir des travaux de ATIAS, il s'avère que

au comité de travail : https://www.barreau.lu/10-juillet-2023-modernisation-du-code-civil-invitation-a-participer-au-comite-de-travail-sur-la-reforme-du-droit-des-contrats/).

[87] **R. VON IHERING**, *Le combat pour le droit,* traduit par A. F. MEYDIEU, A Durand et Pedone-Lauriel éd., 1875, p. 1.

[88] **J. RISSER**, *La notion de gage général*, Ph. CHAUVIRÉ (dir.), th. dactyl., Université de Lorraine, 2020, spéc. n°21, p. 21.

le savoir juridique se construit par un phénomène de sédimentation[89], puisque selon ce dernier « *aucune notion de droit, aucun principe, aucune qualification, aucune catégorie ne sont de purs instruments que le juriste sortirait d'un tiroir au moment où il en a besoin, et qu'il maîtriserait* »[90]. Le savoir juridique se construit successivement et par strates au fil des différentes pensées juridiques[91]. Particulièrement en matière contractuelle, une sédimentation historique a pu être constatée[92]. Les phénomènes antérieurs permettent de construire le savoir et contribuent la compréhension des différentes notions juridiques. La notion d'équilibre contractuel étant relativement récente[93], l'étude se concentrera ainsi sur son usage dans les discours juridiques depuis les travaux d'élaboration du Code civil. Cette genèse permettra, à partir d'une méthode inductive, de retracer la naissance de la notion, ainsi que ces contextes d'utilisation. À partir de ces éléments, des points communs pourront permettre d'élaborer et de proposer une définition de l'équilibre contractuel permettant de redonner une cohérence à son utilisation et d'en cerner les contours. Cela permettra également d'établir le statut de la notion dans notre droit. L'équilibre est souvent appréhendé avec une certaine crainte pour l'intégrité de l'outil contractuel et de la liberté contractuelle. De manière sous jacente, il ressort de cette notion, l'instauration d'un dirigisme contractuel, impliquant un interventionnisme accru du juge dans le contrôle, l'appréciation, voire la modification du contrat par le juge. Cette crainte vis-à-vis de l'équilibre contractuel attribue, *de facto*, un rôle nortif de la notion dans le système juridique. Une autre appréhension pourrait pourtant exister, moins radicale et plus descriptive. L'équilibre contractuel pourrait n'être qu'un principe descriptif permettant de rendre « *compte de manière synthétique du contenu des grandes tendances de l'ensemble des normes composant le droit positif* »[94]. Une étude du statut de la notion permettra ainsi de déceler la réelle place

[89] **Ch. ATIAS**, *Théorie contre arbitraire – Pour une théorie des théories juridiques*, coll. Les voies du droit, PUF, 1987 ; *Épistémologie juridique*, 1ère éd., coll. Précis, Dalloz, 2002 ; *Questions et réponses en droit*, coll. L'interrogation philosophique, PUF, 2009.

[90] **Ch. ATIAS**, *Questions et réponses en droit*, coll. L'interrogation philosophique, PUF, 2009, n°271, p. 178.

[91] **Ch. ATIAS**, *Questions et réponses en droit*, coll. L'interrogation philosophique, PUF, 2009, n°270, p. 177.

[92] Pour plus de développements : **D. DEROUSSIN**, « Le contrat à travers le Code civil des français », *in Histoire de la justice,* 2009/1, n°19, p. 247 ; **D. GALBOIS-LEHALLE**, *La notion de contrat : esquisse d'une théorie*, Y. LEQUETTE (préf.), t. 603, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2020, n°26, pp. 22-23.

[93] V. en ce sens : **L. FIN-LANGER**, *L'équilibre contractuel*, C. THIBIERGE (préf.), t. 366, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2002, n°12, p. 19 : L'expression d'équilibre contractuel « *date essentiellement du XXème siècle* ».

[94] **A. JEAMMAUD**, « Les principes dans le droit français du travail », *in Dr. soc.,* 1982, p. 618, spéc. n°1. *Adde*. **L. FIN-LANGER**, *L'équilibre contractuel,* C. THIBIERGE (préf.), t. 366, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2002, nos 560 et s., p. 399 et s. : Madame Laurence FIN-LANGER estime que l'équilibre contractuel constitue un principe descriptif, mais elle annonce également qu'il s'agit d'un principe normatif en devenir. Pour plus de développements sur ce point : *Cf. infra*. nos 151 et s.

qu'occupe l'équilibre contractuel au sein du système juridique. Cette construction permettra ainsi d'établir les bases pour établir une recherche sur les moyens de l'équilibre contractuel.

15. La recherche des moyens de l'équilibre contractuel. – L'établissement d'une définition de l'équilibre contractuel permettra de clarifier les différents discours et ainsi de se saisir de sa réception en droit positif. L'objet de cette étude sera d'élaborer une méthodologie permettant d'appréhender et de déceler les difficultés du traitement de la notion en droit positif. Ces différents critères permettront de mettre en lumière les limites d'intervention du droit positif dans le contrat, mais également les difficultés d'une intervention légale permettant de tendre vers cet équilibre contractuel. À partir de ces différents critères et difficultés soulevées, une grille de lecture du droit des contrats pourra ainsi en ressortir avec une analyse critique du droit positif dans sa recherche de l'équilibre contractuel.

16. Annonce de plan. – Pour mener à bien cette étude, il convient d'avoir une approche finaliste de la notion d'équilibre contractuel permettant de clarifier les différents discours (**Partie I**). Une fois l'élaboration de cette définition achevée, le second temps de l'analyse se concentrera sur la recherche des moyens de l'équilibre contractuel en droit positif (**Partie II**).

PARTIE I – L'ADOPTION D'UNE CONCEPTION FINALISTE DE LA NOTION D'ÉQUILIBRE CONTRACTUEL

PARTIE II – LES MÉTHODES DE RÉALISATION DE L'ÉQUILIBRE CONTRACTUEL

PARTIE I - L'ADOPTION D'UNE CONCEPTION FINALISTE DE LA NOTION D'ÉQUILIBRE CONTRACTUEL

17. Devant faire face à de nombreuses mutations, qu'elles tiennent à la pratique contractuelle ou encore aux évolutions législatives, la question de l'équilibre contractuel semble prendre un nouveau virage. L'appréhension de cette notion ne peut se faire sans étudier les différents sens qui ont pu lui être attribués. Malgré la profusion de l'emploi du vocable équilibre contractuel, on ne peut que regretter l'absence de clarté de cette notion. L'on pourrait être amené à penser que l'équilibre contractuel renvoie à une réciprocité parfaite entre les droits et obligations des parties ; toutefois, une difficulté s'impose puisque tous les contrats ne sont pas commutatifs. Qu'en est-il alors de l'équilibre contractuel dans les autres contrats ? Est-ce à dire que cette notion ne peut s'entendre que dans un contexte particulier ? En outre, comment savoir si la réciprocité entendue est parfaite, est-ce à dire que tous les contrats doivent nécessairement et impérativement réaliser un acte neutre, ne procurant ni gain, ni perte ? Encore une fois, nous pouvons en douter. Étant un outil au cœur de la vie économique, la plupart des contrats doivent permettre aux contractants d'en retirer un avantage, quand bien même il s'agirait d'une « *satisfaction extrapatrimoniale* », à l'instar des contrats à titre gratuit[95]. L'objectif sera alors de démontrer la portée générale de l'équilibre contractuel en trouvant un critère commun à la figure contractuelle. Une étude sera donc menée sur les contextes d'utilisation de la notion, en adoptant une méthode inductive. Bien que comportant quelques failles[96], cette méthode va permettre de mettre en lumière les différents points communs dans l'utilisation de l'expression d'équilibre contractuel, quand bien même plusieurs conceptions seront identifiées. En d'autres termes, cette méthode permet « *de rassembler des éléments divers en un ensemble cohérent* »[97].

[95] V. en ce sens : **F. CHÉNEDÉ**, *Les commutations en droit privé – Contribution à la théorie générale des obligations,* A. GHOZI (préf.), coll. Recherches Juridiques, Économica, 2008, n°191, p. 174.

[96] **V. CHAMPEIL-DESPLATS**, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, 3ème éd., coll. Méthodes du droit, Dalloz, 2022, n°601, p. 402 : L'auteure reproche à cette méthode la possibilité d'un manque de rigueur et notamment, il lui paraît difficile de rassembler la totalité des éléments se rapportant à l'objet de la recherche pour en déduire des traits généraux.

[97] **J.-L. BERGEL**, *Méthodologie juridique – Fondamentale et appliquée*, 3ème éd., coll. Thémis droit, PUF, 2018, n°83, p.150.

Ces différents points communs pourront permettre de dégager une définition de portée générale de l'équilibre contractuel[98].

18. Cette étude mettra en évidence un certain morcellement dans les conceptions de l'équilibre contractuel (**Titre 1**). Ce constat de l'incomplétude des approches de l'équilibre contractuel conduira, tout de même, à mettre en évidence certains points communs, qui permettront de redonner une cohérence aux différentes utilisations de la notion. Entendue dans une acception plus large, une définition générale de l'équilibre contractuel pourra être établie démontrant finalement que l'équilibre contractuel innerve tout le droit des contrats (**Titre 2**).

TITRE 1 – LE MORCELLEMENT DES CONCEPTIONS DE L'ÉQUILIBRE CONTRACTUEL

TITRE 2 – L'ÉLABORATION D'UNE DÉFINITION GÉNÉRALE DE L'ÉQUILIBRE CONTRACTUEL

[98] Les faiblesses de cette méthode étant ce qu'elles sont, la définition proposée devra être présentée comme une définition parmi d'autres possibles, elle ne découlera finalement que des choix intégrant la recherche de cette définition. Il s'agira donc de dégager une définition opérationnelle dans le cadre de cette étude.

TITRE 1. *LE MORCELLEMENT DES CONCEPTIONS DE L'ÉQUILIBRE CONTRACTUEL*

19. Malgré l'absence de définition établie de l'équilibre contractuel, cette notion devient de plus en plus prégnante dans le discours juridique. Un retour aux origines de l'apparition de cette expression favorisera la compréhension de la manière dont elle a été appréhendée en doctrine, et intégrée dans le discours législatif. Cette contextualisation mettra en lumière diverses conceptions de l'équilibre contractuel. L'évocation de ces différentes analyses semble ainsi indispensable à l'étude de l'équilibre contractuel. D'une part, elle permet de rendre compte de la diversité des apports doctrinaux en la matière, d'autre part, ces analyses constituent un préalable nécessaire à l'appréhension de la notion. Ce passage éclairera sur l'origine de la notion et les débats qu'elle a pu susciter. Nous verrons que ces différentes conceptions ne sont pas sans lien avec celles du contrat. La construction de la notion d'équilibre contractuel souffre alors des fluctuations et des présupposés entourant la notion de contrat. À titre d'illustration, le contrat est souvent appréhendé sous le seul prisme de l'échange[99]. Cette vision restrictive du contrat trouve son origine dans la conception du droit des contrats, essentiellement fondé sur un contrat synallagmatique très usuel, la vente. Or, le contrat peut s'illustrer dans bien d'autres formes, la créativité de la pratique pouvant en attester. Tel est le cas du crédit-bail qui est une technique de financement apparue dans les années 60 et inspirée du *finance-leasing* apparu aux États-Unis[100]. Cette vision du contrat influence nécessairement l'appréhension de l'équilibre contractuel, puisqu'à son tour, il n'est envisagé que sous le seul prisme de l'échange et non pas au regard de la diversité que le contrat peut offrir. Pourtant, il est employé dans des contextes dépassant cette restriction. À cet égard, l'équilibre contractuel a pu faire l'objet d'une étude dans le cadre du cautionnement qui n'est pas un contrat synallagmatique, mais un contrat unilatéral[101]. Malgré cette diversité doctrinale et législative, certains points communs pourront être dégagés permettant d'avancer vers une définition de l'équilibre contractuel, adaptée à

[99] **J.-M. POUGHON**, *Histoire doctrinale de l'échange*, J.-P. BAUD (préf.), t. 194, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 1987 ; **F. ZENATI-CASTAING, Th. REVET**, *Cours de droit civil, Contrats, Vente (Droits communs français et européen) – Échange*, 1ère éd., coll. Droit fondamental, PUF, 2016, n°108, p. 270 : « *L'échange est plus qu'un contrat, il constitue la protohistoire du contrat en même temps que celle de l'économie* ».

[100] V. en ce sens : **R.-N., SCHÜTZ**, V° « Crédit-bail », *in Rép. civ.*, Dalloz, oct. 2015 (actu. janv. 2024), spéc. n°1.

[101] V. en ce sens : **G. DIBANGUE**, *La recherche de l'équilibre contractuel dans le cautionnement – Regards croisés entre le droit français et le droit OHADA*, P. RUBELLIN (préf.), coll. Le droit aujourd'hui, L'Harmattan, 2017.

l'évolution du contrat. Une démonstration critique de ces différentes conceptions essentiellement restrictives conduira à mettre en évidence une certaine portée générale attachée à la notion d'équilibre contractuel.

20. Procédant à la genèse de l'équilibre contractuel (**Chapitre 1**), notre analyse permettra d'appréhender les contextes dans lesquels est apparue la notion d'équilibre contractuel dans le discours juridique. Ces différents contextes recèlent une certaine restriction dans l'approche de l'équilibre contractuel en ce sens que la notion est utilisée dans des situations particulièrement définies. Un rejet de ces conceptions devra alors être entrepris par une analyse critique (**Chapitre 2**).

CHAPITRE 1 – *La genèse des conceptions de l'équilibre contractuel*

CHAPITRE 2 – *Le rejet des conceptions restrictives de l'équilibre contractuel*

CHAPITRE 1. LA GENÈSE DES CONCEPTIONS DE L'ÉQUILIBRE CONTRACTUEL

21. Établir la genèse de l'équilibre contractuel « *implique de faire le récit de sa création, en évoquant les différents éléments qui ont contribué à l'apparition de la notion* »[102]. Plus précisément, l'apparition d'une notion suppose la recherche de deux éléments : une recherche terminologique ainsi qu'une recherche conceptuelle[103]. Tout d'abord, une recherche des occurrences de l'équilibre contractuel dans les différents écrits à la fois législatifs et doctrinaux permettra d'appréhender les contextes dans lesquels elle est utilisée. Cette recherche étant à elle seule insuffisante, il sera nécessaire de la compléter par une approche conceptuelle afin de déceler les prémices de cette notion. Les contours de la notion pourront ainsi être précisés en identifiant notamment ses contextes d'utilisation, mais également en déterminant ses implications juridiques. L'analyse terminologique et conceptuelle sera limitée au cadre de la politique législative dans laquelle la terminologie d'équilibre apparaît de plus en plus fréquente (**Section 1**), puis au discours doctrinal qui a contribué à sa construction (**Section 2**).

Section 1. L'équilibre contractuel, une notion servant la politique législative

22. L'élaboration des règles de droit par le législateur repose sur deux éléments, à savoir le choix d'une politique juridique et la mise en œuvre d'une technique juridique[104]. La politique législative est celle qui vise à donner une orientation, un objectif dans l'élaboration des règles de droit. Elle permet de mettre en place une stratégie législative en vue d'atteindre cet objectif à plus ou moins court terme[105]. Il s'agit donc de mettre en œuvre les politiques juridiques et de les articuler avec l'ensemble des normes à l'aide de la technique juridique en vue de produire

---

[102] **L. GRYNBAUM**, *Le contrat contingent – L'adaptation du contrat par le juge sur habilitation du législateur,* M. GOBERT (préf.), t. 389, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2004, n°22, p. 24.

[103] **J.-L. BERGEL**, *Méthodologie juridique – Fondamentale et appliquée*, 3ème éd., coll. Thémis droit, PUF, 2018, nos 60 et s., p. 107 et s.

[104] **P. DEUMIER**, *Introduction générale au droit*, 7ème éd., coll. Manuel, LGDJ, 2023, n°66, pp. 69-70. *Adde.* **J. FOYER**, « La volonté politique », *in Hommage à Jean Carbonnier,* coll. Thèmes & commentaires, Dalloz, 2007, p. 135 : « *La législation est une opération à procédure, faites d'une succession d'actes par lesquels s'exprime une volonté politique* ».

[105] **J. CARBONNIER**, *Sociologie juridique,* 2ème éd., coll. Quadrige, PUF, 2004, pp. 279-281. *Adde*. V. not. **J.-L. BERGEL**, « Avant-propos », *in RRJ – Cahiers de méthodologie juridique,* 1989-4, p. 763 : *« En définitive, par "formulation d'objectifs", il faut entendre les déclarations d'objectifs, de caractère finaliste, poursuivant un but de politique juridique, exprimées dans les textes de lois, même s'il ne s'agit que de déclarations d'intention très générales n'ayant pas d'effet matériellement normatif ».*

les effets recherchés par cette politique[106]. La politique législative renvoie alors aux finalités qui devront être, autant que faire se peut, assignées à la règle de droit. La finalité correspond à un objectif à atteindre, elle « *relève de l'idéal* […]*, elles sont des orientations pour la réflexion et des exigences pour la conduite* »[107]. La notion d'équilibre figurant dans certains rapports législatifs[108], il semble pertinent de l'envisager dans le cadre des politiques législatives en matière contractuelle. Cela nécessite de s'intéresser à l'évolution du droit des contrats et d'analyser si la notion d'équilibre contractuel apparaît comme une finalité dans la politique législative du droit des contrats. La terminologie d'équilibre contractuel ne figure dans aucun texte législatif, pas plus qu'elle ne fait partie des objectifs explicitement mentionnés par les rédacteurs du code. Bien que la terminologie d'équilibre contractuel soit absente des énoncés normatifs (**Paragraphe 1**), une étude de la politique législative mise en œuvre en 1804 permettra d'en déceler les évolutions postérieures à l'adoption du Code civil Napoléon et de mettre en évidence la présence, fût-elle discrète, de la notion (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 1. Une absence formelle de la notion d'équilibre contractuel dans la politique législative de 1804

23. Le Code civil de 1804 ne mentionnait pas l'équilibre contractuel de manière formelle, en tant que préoccupation de la législation contractuelle (**A**). Bien que l'expression n'apparaisse pas en tant que telle, ni dans les textes, ni dans les préoccupations législatives, il est tout de même possible d'y déceler les prémices de l'équilibre contractuel (**B**).

A. Une notion absente des textes législatifs

24. Une expression absente en 1804. – La notion d'équilibre contractuel ne figurait dans aucun texte au moment de la rédaction du Code civil. Elle n'est, ni présente dans les discours relatifs au Code civil[109], ni dans le Code civil lui-même. Pour autant, deux termes ayant une

[106] V. **Th. Genicon**, « Les juristes en droit des contrats : oppositions juridiques ou oppositions politiques ? – Réflexions sur la dimension politique de la technique juridique en droit des contrats »*, in La place du juriste face à la norme*, coll. Thèmes & commentaires, Dalloz, 2012, p. 85. *Adde*. **C.-A. Michel,** *La concurrence entre les sûretés,* Ph. Dupichot (préf.), t. 580, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2018, n°42, p. 44 : « *La technique est ainsi le prolongement de la politique législative* ».

[107] **F. Ost**, *A quoi sert le droit ? Usages, fonctions, finalités,* coll. Penser le droit, Bruylant, 2016, p. 59.

[108] V. not. 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.

[109] **P.-A. Fenet**, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, 15 t., Videcoq, 1827-1836. *Contra.* **P.-A. Fenet**, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 14, Videcoq, 1836, p. 131 : Il faut tout de même préciser que le terme « *d'équilibre raisonnable* » dans les contrats de vente apparaît dans le tome 14. Dans ce contexte, il est utilisé comme synonyme de l'équivalence.

étymologie commune à l'équilibre sont employés en matière de droit des contrats. Bien qu'elles soient liées, ces notions devront toutefois être distinguées de l'équilibre contractuel. Il s'agit de l'équité, d'une part, (**1**) et de l'équivalence, d'autre part (**2**).

1. La notion d'équité

25. Figure du Code civil en 1804. – Selon POTHIER, le principe d'équité avait toute son importance et devait « *régner dans les conventions* »[110]. Dans le recueil des travaux préparatoires, il est d'ailleurs mentionné de manière rhétorique : « *Les conventions n'ont-elles pas leur véritable base dans l'équité naturelle ?* »[111]. Dès 1804, cette notion figure dans le Code civil à l'article 1135, ancien, qui dispose que « *Les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donne à l'obligation d'après sa nature* »[112].

26. Signification de l'équité. – La détermination de la définition de l'équité pose des difficultés tant la notion est difficile à cerner[113]. L'équité vient du terme latin *aequitas*, et de la même racine latine que l'équilibre et l'équivalence, *aequus*. Ce terme signifie « *justice fondée sur l'égalité ; devoir de rendre à chacun le sien ; principe qui commande de traiter également des choses égales* »[114]. L'équité est donc composée de deux éléments[115]. D'une part, l'équité comprend une partie immuable, c'est d'abord une référence au « *droit naturel, la morale sociale* »[116]. D'autre part, l'équité est également un principe qui permet d'assouplir la loi au regard de circonstances particulières. L'équité est donc un outil qui permet de laisser une marge

---

[110] **R.-J. POTHIER**, *Traité des obligations*, J.-L. HALPÉRIN (préf.), coll. Bibliothèque Dalloz, Dalloz, 2011 (réédition de l'ouvrage paru initialement en 1821 chez Tomine et Fortic), n°33, p. 19.

[111] **P.-A. FENET**, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 1, Videcoq, 1836, p. CXIJ ; **P.-A. FENET**, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 13, Videcoq, 1836, 96 : **BIGOT-PRÉAMENEU** estime que « *l'équité étant la base de tous les contrats, la loi a dû venir au secours de celui envers lequel le contrat devenait injuste* ».

[112] Devenu art. 1194 du Code civil depuis la réforme du droit des obligations issue de l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

[113] Plusieurs études portent sur cette notion : **A. DESSENS**, *Essai sur la notion d'équité*, M. PERREAU (dir.), imprimerie Boisseau, 1934 ; **Ph. JACQUES**, *Regards sur l'article 1135 du Code civil*, F. CHABAS (préf.), vol. 46, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, Dalloz, 2005 ; **C. MOULY-GUILLEMAUD**, *Retour sur l'article 1135 du Code civil – Une nouvelle source du contenu contractuel*, D. FERRIER (préf.), t. 460, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2006 ; **Ch. ALBIGES**, *De l'équité en droit privé*, R. CABRILLAC (préf.), t. 329, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2000.

[114] **ASSOCIATION H. CAPITANT** (dir.), *Vocabulaire juridique*, 14ème éd., coll. Quadrige, PUF, 2022, V° « Équité ».

[115] **A. DESSENS**, *Essai sur la notion d'équité*, M. PERREAU (dir.), imprimerie Boisseau, 1934, pp. 101-103. *Adde*. **S. LE GAC-PECH**, *La proportionnalité en droit privé des contrats,* H. MUIR-WATT (préf.), t. 335, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2000, n°79, p. 45.

[116] **S. LE GAC-PECH**, *La proportionnalité en droit privé des contrats,* H. MUIR-WATT (préf.), t. 335, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2000, n°79, p. 45.

d'appréciation quant aux conséquences de l'application d'une loi qui pourraient paraître excessives et permet de donner une certaine flexibilité à la loi[117].

27. L'équité, outil de modulation des effets de la loi. – Selon les rédacteurs du Code civil, la loi est générale et abstraite et ne peut se préoccuper de la casuistique[118]. La casuistique est alors reléguée au stade du jugement[119]. Le juge doit donc procéder à l'application de la loi aux faits qui lui sont présentés. Elle est donc « *une réponse aux excès du droit* […]. *Par son aspect correctif, l'équité revient, pour celui qui l'utilise, à évaluer la solution concrète qui résulte de la seule application de la règle juridique, pour amender le cas échéant ce résultat* »[120]. Selon Monsieur Christophe ALBIGES, « *toute référence à l'équité doit être motivée par la recherche d'une solution correspondant aux exigences du cas particulier* »[121]. L'article 1135, ancien, du Code civil permet une sorte de modulation des effets de la loi dès lors que les conséquences de son application sont excessives. Il faut toutefois nuancer le propos, en ce sens que l'équité n'est pas « *un recours au juge contre la loi* »[122]. Elle se justifie au contraire parce que la loi est générale et abstraite et que par conséquent, « *elle ne peut parfaitement s'appliquer à chaque particulier soumis au juge. D'où le pouvoir accordé au juge de corriger la loi pour mieux l'adapter aux faits* »[123].

---

[117] **Ph. JACQUES**, *Regards sur l'article 1135 du Code civil*, F. CHABAS (préf.), vol. 46, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, Dalloz, 2005, n°28-1, pp. 51-52 : « *Ainsi considérée l'équité n'entre pas véritablement en conflit avec la règle rigide et la sécurité que celle-ci est censée incarner puisqu'elle n'intervient que pour rétablir la justice dans un cas d'espèce, lorsque les conséquences de l'application de la loi générale apparaissent déraisonnables* ».

[118] **J.-M.-E. PORTALIS**, « Discours préliminaire prononcé lors de la présentation du projet de la commission du gouvernement », *in Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, P.-A. FENET, t. 1, Videcoq, 1836, p. 467 : « *Il ne faut point de lois inutiles ; elles affaibliraient les lois nécessaires ; elles compromettraient la certitude et la majesté de la législation* ».

[119] **G. RIPERT**, *La règle morale dans les obligations civiles*, 4ème éd., LGDJ, 1949, n°15, p. 25 : « *Le juge est le législateur des cas particuliers* » ; **J.-M.-E. PORTALIS**, **J.-M.-E. PORTALIS**, « Discours préliminaire prononcé lors de la présentation du projet de la commission du gouvernement », *in Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, P.-A. FENET, t. 1, Videcoq, 1836, p. 469 et 476 : « *Un code, quelque complet qu'il puisse paraître, n'est pas plutôt achevé, que mille questions inattendues viennent s'offrir aux magistrats. Car les lois une fois rédigées demeurent telles qu'elles ont été écrites* » ; « *La science du législateur consiste à trouver dans chaque matière, les principes les plus favorables au bien commun : la science du magistrat est de mettre ces principes en action, de les ramifier, de les étendre, par une application sage et raisonnée, aux hypothèses privées ; d'étudier l'esprit de la loi quand la lettre tue : et de ne pas s'exposer au risque d'être, tour à tour, esclave et rebelle, et de désobéir par esprit de servitude* ».

[120] **Ch. JARROSSON, F.-X. TESTU**, V° « Équité », *in Dictionnaire de culture juridique,* D. ALLAND, S. RIALS (dir.) coll. Quadrige, PUF, 2003, p. 635.

[121] **Ch. ALBIGES**, *De l'équité en droit privé*, R. CABRILLAC (préf.), t. 329, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2000, n°502, p. 331.

[122] **C. PERELMAN**, « Cinq leçons sur la justice », *in Droit, morale et philosophie*, vol. VIII, coll. Bibliothèque de philosophie du droit, LGDJ, 1968, p. 2, spéc. p. 18.

[123] **J.-P. CHAZAL**, « De la signification du mot loi dans l'article 1134 al. 1er du code civil », *in RTD Civ.,* 2001, p. 265.

28. L'équité en matière contractuelle. – Une fois mieux cernée, cette notion doit être appréciée au regard du contrat et de l'article 1135, ancien, du Code civil susmentionné. Selon Monsieur Philippe JACQUES, « *le contenu des conventions comprend donc deux volets celui qui a pour origine l'accord des contractants d'une part et celui qui est composé d'éléments puisés dans l'équité l'usage ou la loi d'autre part* »[124]. Les contractants peuvent ainsi établir leur relation contractuelle sur mesure, mais le contenu du contrat ne se limite pas à cet accord. Le contenu contractuel doit tenir compte également de l'usage, de l'équité et de la loi[125]. De ce point de vue, certains auteurs ont pu mettre en avant que l'équité a été utilisée comme un instrument de « *forçage du contrat* »[126]. Au moyen de l'équité, le juge pourrait ainsi imposer des obligations aux parties, sans que ces dernières ne se soient prononcées sur l'insertion de telles obligations dans le contenu de leur contrat. Ce faisant, le juge forcerait la chose des parties pour leur prescrire des obligations[127]. De manière plus nuancée, on peut se demander si l'équité n'a pas été utilisée, non pas pour imposer de quelconques obligations supplémentaires, mais essentiellement pour mettre en lumière des obligations qui, au regard de la nature du contrat, étaient sous-jacentes[128] et devaient s'imposer.

29. L'exemple de l'obligation de sécurité. – Sur le fondement de l'équité, les juges ont ainsi pu déduire une obligation de sécurité à la charge du transporteur dans le cadre d'un contrat

---

[124] **Ph. JACQUES**, *Regards sur l'article 1135 du Code civil*, F. CHABAS (préf.), vol. 46, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, Dalloz, 2005, n°35, p. 86.

[125] V. not. **P. ANCEL**, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *in RTD Civ.*, 1999, p. 771, spéc. n°7 : « *Cette subordination* [à la loi] *permet d'expliquer que le contenu de la norme contractuelle échappe dans une large mesure à la volonté des parties : soit que le droit étatique impose tel ou tel contenu au contrat par des lois impératives, soit que, dans le silence des parties, il prescrive au juge d'intégrer dans la norme contractuelle le contenu des lois supplétives et/ou de le compléter par le recours aux usages ou à l'équité selon la formule de l'article 1135 du code civil* » ; **R. LIBCHABER**, *Le contrat au XXI^e siècle – L'ingénierie juridique et les nouveaux contrats d'affaires*, coll. Droit des affaires, LGDJ, 2020, n°11, p. 27 : « *La loi, souvent par le truchement des règles jurisprudentielle, contribue à la détermination du contenu de l'acte pour des éléments considérés comme essentiels par l'ordre juridique. Il s'ensuit que tout n'est pas volontaire dans le contrat, car cet ordre s'efforce d'imposer dans chaque structure des règles qui, tenant à la nature des choses, n'ont pas besoin d'avoir été voulues pour produire leurs effets : une garantie des vices cachés, lorsqu'une propriété est transférée ; une obligation de surveillance quand des objets doivent être laissés sans surveillance par leur propriétaire* ».

[126] **L. JOSSERAND**, « L'essor moderne du concept contractuel » *in Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény,* t. II, Sirey, 1934, p. 333, spéc. p. 340 : l'expression de « *forçage du contrat* » est attribuée à Louis JOSSERAND. *Adde*. **L. LEVENEUR**, « Le forçage du contrat », *in Dr. & patr.*, 1998, n°58, p. 69 ; **B. GUIDERDONI**, *Le forçage du contrat par le juge*, D. BUREAU (dir.), th. dactyl., Université de Caen, 2002 ; **R. BLOUGH**, *Le forçage, du contrat à la théorie générale*, D. FENOUILLET (préf.), PUAM, 2011.

[127] **L. JOSSERAND**, *Cours de droit civil positif français*, t. II, *Théorie générale des obligations – Les principaux contrats du droit civil, les suretés*, 3ème éd., Recueil Sirey, 1939, n°490, p. 294 : « *Notre jurisprudence est de plus en plus favorable à ce procédé de forçage du contrat, à cette sorte d'inflation obligationnelle qui consiste à mettre dans cadre contractuel plus qu'on n'y avait trouvé jusque-là, à assortir la convention d'engagements sous-entendus assez nombreux et assez étroits pour commander l'éventuelle responsabilité des parties* ».

[128] V. en ce sens : **F.-X. TESTU**, « Le juge et le contrat d'adhésion », *in JCP G.*, 1993, n°18, I, p. 3673, spéc. n°24.

de transport[129]. Il s'agissait d'une situation dans laquelle un individu, qui avait acheté un billet de transport sur un navire, fut blessé à la suite de la chute d'un tonneau mal arrimé. Il réclama alors des dommages et intérêts pour la réparation de son préjudice physique en saisissant le tribunal désigné compétent dans le contrat de transport. L'incompétence de ce tribunal a été soulevée au motif que sa compétence ne relevait que de la mauvaise exécution du contrat, c'est-à-dire le transport d'un point à un autre. Autrement dit, le dommage subit par le transporté ne résultait pas d'une mauvaise exécution du contrat. Les juges de la Cour de cassation décidèrent au contraire « *que l'exécution du contrat de transport comporte, en effet, pour le transporteur l'obligation de conduire le voyageur sain et sauf à destination* ». Cette affirmation implique donc que la blessure était due à la mauvaise exécution du contrat de transport rendant ainsi le tribunal compétent et les dispositions de la responsabilité contractuelle applicables. Cette obligation de sécurité a pu s'étendre à tous les contrats de transport de quelque nature qu'ils soient, mais également à d'autres types de contrats[130]. L'obligation de sécurité n'est pas la seule illustration possible, d'autres obligations ont également pu être découvertes sur le fondement de l'équité[131].

30. L'équité dans l'ancien article 1134 du Code civil. – Un auteur estime que le terme « *loi* » dans l'article 1134 du Code civil[132] est intimement lié à l'équité[133]. Si la force obligatoire traduit une certaine contrainte, celle d'exécuter ses engagements, elle n'est pas absolue. Seules les conventions respectant l'équité, celles qui sont justes, sont obligatoires. C'est en ce sens que doit s'interpréter l'introduction à l'alinéa 3 de l'article qui concerne l'exécution de bonne foi du contrat. « *En effet, en précisant que les conventions s'exécutent de bonne foi, le législateur a voulu simplement confirmer la suppression de la catégorie des contrats de droit strict et donner ainsi au juge, dans tous les cas, les plus larges pouvoirs pour faire prévaloir*

[129] Not. Cass. civ. 21 novembre 1911 : *DP,* 1913, I, 249, note L. SARRUT ; *S,* 1912, I, 73, note Ch. LYON-CAEN ; *GAJC*, t. 2, 13ème éd., n°276 ; *GDJC*, décision n°72. *Adde*. **J.-L. HALPÉRIN**, « La naissance de l'obligation de sécurité », *in Gaz. Pal.,* 1997, n° spécial, p. 1176.

[130] Cette obligation de sécurité a été étendue aux contrats de bail immobilier en faveur du locataire (ex. : Cass. Civ. 23 juin 1955 : *D.*, 1995, p. 653 ; *JCP,* 1955, II, p. 8981) ; aux contrats d'hôtellerie en faveur du client (ex. : Cass. Civ., 6 mai 1946 : *JCP,* 1946, II, p.3236, note RODIÈRE) ; ou encore aux contrats de jeux forains (Cass. Civ., 5 janv. 1959 : *D.*, 1959, p.106). *Adde*. **Ph. DELEBECQUE**, « La dispersion des obligations de sécurité dans les contrats spéciaux », *in Gaz. Pal.,* 1997, n° spécial, p. 1184.

[131] Pour ne citer qu'un exemple, les juges ont également déduit de l'équité contractuelle, une obligation d'information (désormais, elle est plutôt fondée sur le bonne foi) : Sur ce point, voir les développements de : **M. FABRE-MAGNAN**, *De l'obligation d'information dans les contrats – Essai d'une théorie,* J. GHESTIN (préf.), t. 221, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 1992, spéc. nos 446 et s., p. 356 et s.

[132] C. civ., art. 1134 al. 1er anc. : « *Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites* ».

[133] **J.-P. CHAZAL**, « De la signification du mot loi dans l'article 1134 al. 1er du code civil », *in RTD Civ.,* 2001, p. 265, spéc. nos 15 et s.

l'équité »[134]. Selon cet auteur, si « *les parties* […] *sont le mieux à même de déterminer la juste proportion dans la répartition de leurs droits et obligations* […] *cette liberté n'est pas sans limite* »[135]. Il ajoute que « *le contrat est présumé traduire l'équité naturelle jusqu'à ce qu'il soit démontré qu'il recèle une injustice caractérisée et intolérable* »[136]. Dans cette perspective, le juge tient une place centrale dans le maintien de la justice contractuelle. Cette vision de l'équité rejoint la notion d'équilibre contractuel.

31. L'équité, un instrument au service de l'équilibre contractuel. – L'équité est ainsi un instrument par lequel les juges peuvent garantir une certaine justice contractuelle. Elle est, à ce titre, un instrument permettant de préserver ou de rétablir l'équilibre contractuel. Les deux notions ne doivent toutefois pas se confondre. L'équité est avant tout un instrument mis à la disposition des juges au moment de l'application de la loi aux faits litigieux qui leur sont soumis. Au contraire, l'équilibre contractuel, tel qu'on l'envisage, répond à une finalité contractuelle[137] et doit être exprimé au-delà du seul cadre litigieux. En ce sens, Monsieur François-Xavier TESTU constate que l'équité est utilisée comme un moyen au service du rééquilibrage d'un « *contrat conclu dans un contexte inégalitaire* »[138]. En effet, il remarque que l'usage de l'article 1135, ancien, du Code civil a essentiellement permis de déduire des obligations à la charge des professionnels dans le cadre de contrats d'adhésion. Le fondement de l'équité met donc des obligations supplémentaires à la charge de la partie forte, et au bénéfice des parties faibles[139]. Cet outil justifie et légitime l'immixtion du juge dans un contrat pour rétablir son équilibre[140]. L'équité est donc un moyen au service de la finalité d'équilibre

---

[134] **J.-P. CHAZAL**, « De la signification du mot loi dans l'article 1134 al. 1er du code civil », *in RTD Civ.,* 2001, p. 265, spéc. n°21.

[135] **J.-P. CHAZAL**, « De la signification du mot loi dans l'article 1134 al. 1er du code civil », *in RTD Civ.,* 2001, p. 265, spéc. n°21.

[136] **J.-P. CHAZAL**, « De la signification du mot loi dans l'article 1134 al. 1er du code civil », *in RTD Civ.,* 2001, p. 265, spéc. n°22.

[137] *Cf. infra* nos 146 et s.

[138] **F.-X. TESTU**, « Le juge et le contrat d'adhésion », *in JCP G*., 1993, n°18, I, p. 3673, spéc. n°24 : « *Certes la jurisprudence, qui s'appuie sur l'article 1135 du Code civil, prétend faire découler de la nature de la convention cette obligation qui en est conçue comme une suite nécessaire. Mais il est clair que le but concret poursuivi est un rééquilibrage du contrat conclu dans un contexte inégalitaire* ». *Adde*. **F. MAUME,** *Essai critique sur la protection du consentement de la partie faible en matière contractuelle,* D. HOUTCIEFF (dir.), th. dactyl., Université d'Évry-Val-d'Essonne, 2015, nos 474 et s. p. 234 et s. : Toutefois ce dernier estime que si l'article 1135 du Code civil peut être utilisé comme un outil de protection de la partie faible, il n'est pas suffisant.

[139] **F.-X. TESTU**, « Le juge et le contrat d'adhésion », *in JCP G*., 1993, n°18, I, p. 3673, spéc. n°27 : « *Si l'on prend l'exemple le plus éprouvé, c'est-à-dire celui de l'obligation de sécurité, il faut bien admettre que, depuis l'exploitant de jeux forains jusqu'à l'hôtelier, c'est classiquement à la charge du professionnel et au bénéfice du consommateur, qu'une telle obligation est reconnue* »

[140] **J.-P. CHAZAL**, « De la signification du mot loi dans l'article 1134 al. 1er du code civil », *in RTD Civ.,* 2001, p. 265, spéc. n°23 : « *En principe, la convention des parties est une loi pour le juge, c'est-à-dire une règle*

contractuel[141]. Les deux notions peuvent également être distinguées au regard de leur temporalité. L'équité est un outil utilisé par le juge que lorsqu'un litige est élevé devant lui, tandis que l'équilibre contractuel concerne de manière plus générale tous les contrats, et ce, dès le moment de leur formation. L'équité peut donc être appréhendée comme un instrument de contrôle de l'équilibre contractuel permettant au juge de sauvegarder les intérêts des parties au litige. Une autre notion est utilisée dans le Code civil, ayant la même racine latine, il s'agit de l'équivalence.

2. La notion d'équivalence

32. Présence de la notion d'équivalence subjective. – L'équivalence vient du terme latin *aequivalentia*, qui signifie « *quantité, valeur égale* »[142]. L'équivalence renvoie au parallèle effectué entre deux éléments « *de même valeur quantitative* »[143]. En matière contractuelle, particulièrement dans les contrats synallagmatiques commutatifs, l'équivalence correspond à la comparaison des différents droits et obligations, pas nécessairement de même nature[144] : on parle alors d'équivalence des prestations[145]. Le Code adopte une vision subjective de l'équivalence, autrement dit, les parties déterminent elles-mêmes l'équivalence de leurs prestations dans leur contrat, « *peu* [important] *que cette équivalence ne soit pas réelle* »[146].

---

avec laquelle il doit mesurer les droits et obligations de chacun. Ce n'est que si l'utilisation de cette règle conduit à une solution manifestement injuste que son immixtion est légitime pour rétablir l'équilibre ».

[141] Voir en ce sens : **C. MOULY-GUILLEMAUD**, *Retour sur l'article 1135 du Code civil – Une nouvelle source du contenu contractuel*, D. FERRIER (préf.), t. 460, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2006, n°1, p. 1 : « *L'article 1135 du Code civil paraît consacrer l'interprétation au rang des palliatifs de l'exécution stricte du contrat puisque son précepte autorise le juge à s'émanciper du cadre étroit de la seule recherche des volontés au sein de l'accord qui lui est soumis, pour lui adjoindre les obligations dont l'absence se révèlerait préjudiciable à l'équilibre contractuel* » ; **Ch. ALBIGES**, *De l'équité en droit privé*, R. CABRILLAC (préf.), t. 329, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2000, n°234, p. 149 : L'équité « *représentant un outil pour rechercher l'équilibre entre intérêts divergents* afin d'assurer "l'accommodement des intérêts" » ; **Th. REVET**, « Le projet de réforme et les contrats structurellement déséquilibrés », *in D.*, 2015, p. 1217 : l'auteur estime que le juge n'était pas totalement démuni face aux déséquilibres, notamment au regard des articles 1134 et 1135 du Code civil.

[142] CNRTL, V° « Équivalence » : https://www.cnrtl.fr/definition/équivalence.

[143] TLFi, V° « Équivalent » : http://stella.atilf.fr/Dendien/scripts/tlfiv5/advanced.exe?8;s=2473379640;.

[144] C. civ., art. 1104 : « *Il est commutatif lorsque chacune des parties s'engage à donner ou à faire une chose qui est regardée comme l'équivalent de ce qu'on lui donne, ou de ce qu'on fait pour elle.*
Lorsque l'équivalent consiste dans la chance de gain ou de perte pour chacune des parties, d'après un événement incertain, le contrat est aléatoire ». *Adde*. **J. MAURY**, *Essai sur le rôle de la notion d'équivalence en droit civil français,* M. CÉZAR-BRU (dir.), th. dactyl., Université de Toulouse, 1920.

[145] **J. FLOUR, J.-L. AUBERT, É. SAVAUX**, *Droit civil – Les obligations – L'acte juridique*, 18ème éd., coll. Université, Dalloz, 2024, n°505, p. 668 : « *Tout juste convient-il de préciser que l'équivalence dont il est question est celle de la valeur des prestations, de leur évaluation monétaire, l'argent servant, ici comme ailleurs, d'étalon à tout* ».

[146] **J. FLOUR, J.-L. AUBERT, É. SAVAUX**, *Droit civil – Les obligations – L'acte juridique*, 18ème éd., coll. Université, Dalloz, 2024, n°124, p. 163. *Adde*. **Th. REVET, F. ZENATI-CASTAING**, *Cours de droit civil – Contrats, Théorie générale, quasi-contrats,* coll. Droit fondamental, PUF, 2014, n°110, p. 212. Comp. **J. GHESTIN**, « La généralisation d'un contrôle objectif de l'équivalence des prestations est-elle opportune ? », *in Mélanges Jean-*

C'est en cela que l'équivalence subjective doit se distinguer de l'égalité[147] : « *l'égalité se révèle être une exigence stricte, contrairement à l'équivalence qui admet l'existence de différences de situations dès lors qu'elles sont compensées de manière satisfaisante* »[148]. En outre, l'équivalence ne constitue pas une condition de validité du contrat[149]. Toutefois, une « *présomption d'équivalence* »[150] existe dès lors que les conditions de validité du contrat sont respectées. En effet, dès lors que le consentement est exempt de vice, que les parties ont la capacité de conclure un contrat, que l'objet et la cause répondent aux exigences de validité, le contrat est présumé répondre à une équivalence subjective suffisante. *A contrario*, le Code civil est indifférent à l'équivalence objective, c'est-à-dire à une équivalence de valeur entre les prestations contractuelles. Le contrat étant la chose des parties, c'est à elles de déterminer et d'élaborer leur contrat.

33. Rejet constant d'un principe d'équivalence objective. – Si la notion d'équivalence apparaît dans le Code, elle n'est pas utilisée dans son sens arithmétique. En effet, le droit positif pose un principe d'indifférence envers une équivalence objective des prestations[151]. De ce point de vue, le Code civil ne laisse aucun doute quant à cette exclusion. L'ancien article 1118, devenu le nouvel article 1168 du Code civil, ainsi que l'article 1706[152] du même code en matière d'échanges, excluent explicitement l'équivalence des prestations objectives. Ce rejet s'explique, notamment, par la difficulté d'apprécier objectivement la valeur[153] des prestations[154] :

Louis Baudouin, Yvon Blais éd., 2001, p. 343, spéc. n^{os} 10 et s., p. 353 et s. : GHESTIN privilégie les termes d'équivalence contractuelle.

[147] *Contra*. **J. MAURY**, *Essai sur le rôle de la notion d'équivalence en droit civil français*, t. 1, Ch. CÉZAR-BRU (dir.), Jouve éd., 1920, p. 31 : « *L'équivalence, ce n'est pas autre chose que l'égalité des valeurs d'échange de deux prestations corrélatives* » ; **D. BERTHIAU**, *Le principe d'égalité et le droit civil des contrats*, J.-L. SOURIOUX (préf.), t. 320, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 1999.

[148] **E. GICQUIAUD**, *L'équivalence en droit de l'entreprise*, Ph. BRIAND (préf.), coll. Thèses, Institut universitaire de Varenne, 2013, n°7, p. 14.

[149] C. civ., art. 1168 : « *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* ».

[150] **J. MAURY**, *Essai sur le rôle de la notion d'équivalence en droit civil français*, Ch. CÉZAR-BRU (dir.), Jouve éd., 1920, pp. 177-179.

[151] Sauf exceptions légales, telles que la lésion.

[152] C. civ., art. 1706 : « *La rescision pour cause de lésion n'a pas lieu dans le contrat d'échange* ».

[153] **ASSOCIATION H. CAPITANT** (dir.), *Vocabulaire juridique*, 14ème éd., coll. Quadrige, PUF, 2022, V° « Valeur » : « *ce que vaut, en argent, une chose ; le montant de la somme d'argent qu'elle représente, sa valeur pécuniaire, en générale calculée d'après sa valeur vénale* ». *Adde*. Pour une analyse détaillée de la notion de valeur en droit des contrats : **Ph. JOUARY**, *Contribution à l'étude de la valeur en droit privé des contrats,* J. GHESTIN (dir.), th. dactyl., Université Paris I, 2002.

[154] **J.-P. CHAZAL**, *De la puissance économique en droit des obligations,* D. LEFÈBVRE (dir.), t. 2, th. dactyl., Université de Grenoble II, 1996, n°671, p. 508 : « *certains auteurs, dans leurs développements consacrés à la*

« *Suivre la conception objective conduirait à décider que le seul défaut d'équivalence entre l'avantage reçu et le sacrifice consenti par un contractant suffit à faire annuler ou modifier le contrat. C'est la tradition canonique du juste prix. Sur le plan pratique, elle se heurte à une difficulté de mise en œuvre tenant à l'incertitude, trop connue des économistes, de la notion de valeur. Certes, cette difficulté n'est pas insurmontable : pour beaucoup de prestations, il serait possible de se référer à un prix courant. Mais on satisferait très mal ainsi la justice. D'une part, le fait que le prix courant ait été respecté ne démontre pas toujours que le contrat soit équitable : les salaires qui étaient payés dans l'industrie au XIX^e^ siècle, en économie libérale, le prouvent ; ce qui se fait n'est pas forcément ce qui doit ou devrait se faire. D'autre part, et inversement, le contrat peut être équitable, bien que n'ayant pas été conclu au prix courant : il est légitime, par exemple, de payer cher ce que l'on désire intensément par goût personnel, comme une pièce de collection ou un souvenir de famille ; la valeur comporte un élément irréductible de subjectivité* »[155].

Ce rejet s'explique par ailleurs pour des raisons de sécurité juridique. Puisqu'il est complexe de fixer objectivement la valeur d'une chose ou d'une prestation, il serait difficilement concevable de permettre aux juges d'apprécier cette équivalence et de s'immiscer dans la chose des parties. Un trop grand risque pour la pérennité des contrats et pour la sécurité juridique des conventions se présenterait[156]. L'insécurité provoquée par cette généralisation « *ruinerait l'institution contractuelle* »[157] et « *paralyserait toute initiative contractuelle* »[158]. N'est ainsi retenue qu'une appréciation subjective de l'équivalence des prestations, autrement dit, seules les parties déterminent l'équivalence des prestations de leur contrat.

34. L'équivalence, instrument de mesure du contenu contractuel. – L'équivalence n'est donc pas une condition de validité en elle-même, puisque seules les parties sont à même de déterminer l'équivalence contractuelle qui sert au mieux leurs intérêts. Elle a parfois pu être rapprochée de la cause ainsi que du mécanisme de la lésion. S'agissant de la première, un auteur a affirmé que « *la cause, c'est l'équivalent voulu* »[159]. En effet, il définit la cause comme « *la*

lésion, ont expliqué que le droit n'a pas à se préoccuper des déséquilibres économiques dans les contrats, et ce en raison des incertitudes et de l'irrationalité affectant la notion de valeur ».

[155] **J. FLOUR, J.-L. AUBERT, É. SAVAUX**, *Droit civil – Les obligations – L'acte juridique,* 18ème éd., coll. Université, Dalloz, 2024, n°507, p. 670.

[156] V. en ce sens **H., L. et J. MAZEAUD, F. CHABAS**, *Leçons de droit civil*, t. 2, *Obligations, Théorie générale*, 9ème éd., Montchrestien, 1998, n°209, p. 204.

[157] **L. GRYNBAUM**, *Le contrat contingent – L'adaptation du contrat par le juge sur habilitation du législateur,* M. GOBERT (préf.), t. 389, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2004, n°46, p. 40.

[158] **L. GRYNBAUM**, *Le contrat contingent – L'adaptation du contrat par le juge sur habilitation du législateur,* M. GOBERT (préf.), t. 389, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2004, n°46, p. 40.

[159] **J. MAURY**, *Essai sur le rôle de la notion d'équivalence en droit civil français,* t. 1, Ch. CÉZAR-BRU (dir.), Jouve éd., 1920, p.157. *Adde.* **M.-A. PÉROT-MOREL**, *De l'équilibre des prestations dans la conclusion du contrat*, Imprimerie Allier, 1961, p. 229 et s.

force qui justifie, d'un patrimoine à un autre, un déplacement de valeur »[160] et ajoute que « *l'équivalent est cause ; il l'est parce que dans le domaine économique la conscience sociale estime juste tout déplacement de valeur auquel correspond un déplacement de même amplitude, approximativement* »[161]. Selon cet auteur l'équivalence est donc associée à une condition de validité du contrat. S'agissant de la seconde, un autre auteur estime qu'« *il y a lésion dans le contrat, parce que le contrat, dès son origine, ne pouvait pas rapporter au contractant l'équivalent, de ce qu'il donnait et que, par conséquent, il en résultait pour lui un dommage* »[162]. L'équivalence objective et la lésion vont donc de pair. Cette dernière est ainsi définie par le critère de l'équivalence[163]. L'équivalence objective est donc admise en droit positif, seulement dans les situations spécifiquement identifiées par le législateur[164]. L'équivalence conduit ainsi à appréhender deux mécanismes de validité du contrat, l'un ayant une portée générale, la cause, l'autre ayant une portée plus limitée, la lésion. En tout état de cause, que l'équivalence soit associée à la lésion ou à la cause, qu'elle soit objective ou subjective, elle renvoie nécessairement à l'appréciation en valeur du contenu contractuel.

Dès 1804, une préoccupation pour le contenu du contrat apparaissait donc déjà sous le terme d'équivalence des prestations. Rejetée dans son acception objective pour des raisons de sécurité juridique, il n'en demeure pas moins qu'elle était admise dans une acception subjective. Elle respectait ainsi l'orientation donnée au droit commun des contrats de laisser une place importante à la libre détermination du contrat par les parties. L'équivalence objective peut donc être appréhendée comme un instrument de contrôle du contenu contractuel. À cet égard, les

---

[160] **J. MAURY**, *Essai sur le rôle de la notion d'équivalence en droit civil français,* t.2, Ch. CÉZAR-BRU (dir.), Jouve éd., 1920, p. 449.

[161] **J. MAURY**, *Essai sur le rôle de la notion d'équivalence en droit civil français,* t.2, Ch. CÉZAR-BRU (dir.), Jouve éd., 1920, p. 450.

[162] **E. DEMONTÉS**, *De la lésion dans les contrats entre majeurs (étude de droit positif et de législation comparée),* LGDJ, 1924, p. XI.

[163] **J. FLOUR, J.-L. AUBERT, É. SAVAUX**, *Droit civil – Les obligations – L'acte juridique,* 18ème éd., coll. Université, Dalloz, 2024, n°505, p. 668 : « *Elle peut se comprendre 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* » ; **B. LEWASZKIEWICZ-PETRYKOWSKA**, « La lésion : acte illicite ou vice du consentement ? », *in Mélanges en l'honneur du Doyen Georges WIEDERKEHR, De code en code*, Coll. Mélanges, Dalloz, 2009, p. 511 : « *Le droit civil, en général, entend par « lésion » l'exploitation d'une situation défavorable (juridique ou de fait) de l'autre personne pour en obtenir des avantages patrimoniaux en disproportion flagrante avec sa propre obligation* […] *La lésion mène à une disproportion évidente entre les prestations, une équivalence entre les parties est troublée par elle* ».

[164] C. civ., art. 1118 anc. : « *La lésion ne vicie les conventions que dans certains contrats ou à l'égard de certaines personnes, ainsi qu'il sera expliqué en la même section* ». *Adde*. **G. CHANTEPIE, M. LATINA**, *Le nouveau droit des obligations – Commentaires théoriques et pratiques dans l'ordre du Code civil*, 3ème éd., coll. Hors collection, Dalloz, 2024, n°428, p. 432 ; **O. DESHAYES, Th. GENICON, Y.-M. LAITHIER**, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations – Commentaire article par article*, 2ème éd., LexisNexis, 2018, p. 325.

conditions de validité du contrat prévoient des garde-fous destinés à préserver cette équivalence subjective. À travers ces notions d'équité et d'équivalence se dégagent ainsi les prémices de l'équilibre contractuel.

B. Les prémices de l'équilibre contractuel

35. Des valeurs sous-jacentes. – Bien que la locution « équilibre contractuel » ne soit pas employée formellement au moment de la rédaction du Code, les rédacteurs se préoccupent pourtant d'aboutir à une certaine harmonie contractuelle, tant du point de vue du contenu contractuel que de la relation entre les contractants. Certains auteurs ont d'ailleurs estimé qu'« *il est* […] *sans doute faux de penser que les rédacteurs du Code civil de 1804 avaient ignoré le principe d'équilibre contractuel* »[165]. Plusieurs raisons permettent d'abonder en ce sens.

36. Une méfiance envers les comportements humains. – Le contrat est un instrument permettant de régir juridiquement les relations des individus, un outil de protection[166] et de prévision[167] reposant sur un accord passé entre des contractants. Le contrat permet de répondre aux divers besoins des contractants[168] et « *de créer une situation juridique nouvelle dont la nécessité s'est fait sentir* »[169] permettant un encadrement juridique de la relation contractuelle. Les rédacteurs avaient donc conscience de la grande utilité de l'outil contractuel et de sa diversité[170]. Il était question de laisser, autant que faire se peut, les contractants libres d'établir

[165] **M. GARNIER-ZAFFAGNINI**, *Le standard juridique – Essai d'une théorie générale à l'épreuve du droit des contrats*, M. LATINA (dir.), th. dactyl., Université Côte d'Azur, 2022, n°434, p. 333 : l'auteure s'appuie sur d'autres écrits qu'elle cite en notes de bas de page. *Adde*. **F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, et *al.***, *Droit civil – Les obligations*, 13ème éd., coll. Précis, Dalloz, 2022, n°394, p. 441 : « *En dépit de la présentation caricaturale des créateurs et contempteurs de la théorie de l'autonomie de la volonté, l'exigence de justice et d'équilibre n'a jamais été absente du droit français* » ; **O. PENIN,** « La justice et la liberté dans la réforme du droit des contrats », *in CCC*, n°8-9, 2017, étude n°9, p. 1, spéc. n°1 : « *En réalité, il est faux de penser que l'équilibre contractuel était ignoré des rédacteurs du Code civil* ».

[166] **D. ALLAND**, « Ouverture : le contrat dans tous ses états », *in Droits – Revue française de théorie juridique*, t. 12, 1990, p. 1 : « *On ne rappellera jamais assez que le contrat a été conçu comme un instrument destiné à surmonter une méfiance fondamentale vis-à-vis de l'homme* ».

[167] **H. LÉCUYER**, « Le contrat, acte de prévision », *in Mélanges en hommage à François Terré, L'avenir du droit*, coll. Études, Mélanges, Travaux, Dalloz, 1999, p. 643.

[168] **P.-A. FENET**, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 14, Videcoq, 1836, p. 465 : **ALBISSON** estime que « *La société ne s'est formée et ne subsiste que par la réciprocité des besoins et de l'échange continuel des services.* » ; **J.-M.-E. PORTALIS**, « Discours préliminaire prononcé lors de la présentation du projet de la commission du gouvernement », *in Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, P.-A. FENET, t. 1, Videcoq, 1836, p. 509 : Dans son discours préliminaire, PORTALIS affirme lui aussi que les « *contrats se multiplient autant que leurs besoins* » ; **P.-A. FENET**, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 13, Videcoq, 1836, p. 338 : **JAUBERT** quant à lui estime que « *les besoins ont créé les conventions* ».

[169] **E. DEMONTÉS**, *De la lésion dans les contrats entre majeurs (étude de droit positif et de législation comparée),* LGDJ, 1924, p. IX.

[170] **J.-M.-E. PORTALIS**, « Discours préliminaire prononcé lors de la présentation du projet de la commission du gouvernement », *in Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, P.-A. FENET, t. 1, Videcoq, 1836,

leur relation contractuelle. Le contrat crée, entre les parties, « *un lien sanctionné par le droit* »[171]. Cette force obligatoire est, en effet, indispensable au système juridique, « *la sécurité des relations sociales, la prévisibilité des actions des individus ne peuvent être assurées que si les contrats passés se voient reconnaître un minimum de force sanctionnée par le droit* »[172]. Toutefois, une certaine méfiance vis-à-vis des comportements humains pouvait déjà être constatée. D'aucuns ne voyaient dans le contrat que la manifestation d'une liberté totale, par laquelle les individus auraient pu librement fixer le contenu de leur contrat en vertu d'une volonté purement autonome[173]. Pour les rédacteurs, la volonté autonome ne renvoie pas à une « *volonté individuelle échappant à toute détermination, mais* [à] *la volonté raisonnable* »[174]. Ils avaient conscience des dangers du volontarisme et de la nature égoïste de l'homme[175] et misaient ainsi « *sur une recherche raisonnable de l'intérêt particulier* »[176], notamment par la protection du consentement dans le contrat. Si dans un discours, PORTALIS affirme tout d'abord que les hommes doivent pouvoir « *traiter librement sur tout ce qui les intéresse* », il ajoute que

pp. 509-510 : « *Leurs besoins les rapprochent ; leurs contrats se multiplient autant que leurs besoins. Il n'y a point de législation dans le monde qui ait pu déterminer le nombre et fixer la diversité des conventions dont les affaires humaines sont susceptibles. De là cette foule de contrats connus, dans les lois romaines, sous le titre de contrats innommés* ».

[171] **P. ANCEL**, *Droit des obligations en 12 thèmes*, 4ème éd., coll. Séquences, Dalloz, 2024, p. 227. *Adde*. **E. DEMONTÉS**, *De la lésion dans les contrats entre majeurs (étude de droit positif et de législation comparée),* LGDJ, 1924, p. IX.

[172] **P. ANCEL**, *Droit des obligations en 12 thèmes*, 4ème éd., coll. Séquences, Dalloz, 2024, p. 227.

[173] **G. ROUHETTE**, « La force obligatoire du contrat – Rapport français – Observations critiques », *in Le contrat aujourd'hui : comparaisons franco-anglaises*, D. TALLON, D. HARRIS (dir.), LGDJ, 1987, p. 27, spéc. p. 30 : l'auteur relève même la quasi-inexistence du terme volonté dans le Code civil.

[174] **D. DEROUSSIN**, « Le contrat à travers le Code civil des français », *in Histoire de la justice,* 2009/1, n°19, p. 247, spéc. p. 264.

[175] **P.-A. FENET**, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t.6, Videcoq, 1827, p. 362 : ce recueil reprend les propos prononcés par **PORTALIS** lors d'un exposé des motifs en séance du 23 février 1803 (4 ventôse an XI) : « *Des jurisconsultes ont poussé le délire jusqu'à croire que des particuliers pouvaient traiter entre eux comme s'ils vivaient dans ce qu'ils appellent l'état de nature, et consentir tel contrat qui peut convenir à leurs intérêts comme s'ils n'étaient gênés par aucune loi. De tels contrats, disent-ils, ne peuvent être protégés par des lois qu'ils offensent ; mais comme la bonne foi doit être gardée entre des parties qui se sont engagées réciproquement, il faudrait obliger la partie qui refuse d'exécuter le pacte à fournir l'équivalent ce que les lois ne permettraient pas d'exécuter en nature. Toutes ces dangereuses doctrines, fondées sur des subtilités, et éversives des maximes fondamentales, doivent disparaître devant la sainteté des lois. Le maintien de l'ordre public dans une société est la loi suprême. Protéger des conventions contre cette loi, ce serait placer des volontés particulières au-dessus de la volonté générale, ce serait dissoudre l'État* » ; *Adde*. **X. MARTIN**, « L'insensibilité des rédacteurs du Code civil à l'altruisme », *in RHD,* 1982, vol. 4, p. 589 ; **X. MARTIN**, « Nature humaine et Code Napoléon », *in Droits*, 1985, vol. 2, p. 117 ; **B. OPPETIT**, « Portalis philosophe », *in D.,* 1995, p. 331 ; **A. BÜRGE**, « Le code civil et son évolution vers un droit imprégné d'individualisme libéral », *in RTD civ.,* 2000, p. 1 ; **Ch. JAMIN**, *Le solidarisme contractuel : un regard franco-québécois : 9e Conférence Albert-Mayrand,* Thémis, 2005, p. 9 : « *Les codificateurs se méfient des individus qu'ils estiment être plutôt gouvernés par les passions que par la raison* » ; **Y. LEQUETTE**, « Libres propos », *in* dossier « Devenir de l'autonomie de la volonté », *Droit et philosophie,* vol. IV, 2012, p. 149 ; **D. GALBOIS-LEHALLE**, *La notion de contrat : esquisse d'une théorie*, Y. LEQUETTE (préf.), t. 603, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2020, n°9, pp. 7-8 : « *Dans l'esprit des codificateurs, la tutelle étatique devait constituer la garantie de l'individu* ».

[176] **Y. LEQUETTE**, « Bilan des solidarismes contractuels », *in Études de Droit privé - Mélanges offerts à Paul Didier*, Économica, 2008, p. 247, spéc. p. 256.

« *la liberté de contracter ne peut être limitée que par la justice, par les bonnes mœurs, par l'utilité publique* »[177]. La liberté contractuelle ne doit pas être absolue. Ainsi, les articles 6 et 1134 ancien du Code civil[178], devenu l'article 1103, apportent des restrictions à cette liberté. La justice, les bonnes mœurs et l'utilité publique demeurent les garde-fous permettant d'éviter toute dérive contractuelle. Ces mécanismes juridiques permettent ainsi d'encadrer la relation contractuelle et de parvenir à une harmonie au sein du contrat.

37. Sensibilité du Code civil aux parties faibles. – Le droit des contrats de 1804 prend ainsi en considération les potentiels comportements abusifs des contractants et édicte des règles menant à une protection des parties. Les rédacteurs du Code civil n'étaient donc pas insensibles à la protection des parties au contrat[179], ayant conscience des possibilités d'abus. Tel est le cas des protections apportées aux personnes vulnérables par le Code civil (majeurs protégés et mineurs)[180]. Il s'agit des personnes pour lesquelles « *l'infériorité* […] *provient d'un état permanent de faiblesse intellectuelle* »[181]. Il y a donc une volonté de protéger des individus identifiés comme étant des parties faibles avec une incapacité permanente[182]. De même, le Doyen RIPERT estimait que la théorie des vices du consentement « *a été admise pour permettre*

---

[177] **J.-M.-E. PORTALIS**, « Discours préliminaire prononcé lors de la présentation du projet de la commission du gouvernement », *in Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, P.-A. FENET, t. 1, Videcoq, 1836, pp. 509-510.

[178] C. civ., art. 6 : « *On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs* ».

C. civ., art. 1134 al. 1er : « *Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites* ».

[179] **G. RIPERT**, *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, 2ème éd., LGDJ, 1948, n°82, p. 147 : « *L'idée de protection des faibles n'est étrangère à aucune législation. Elle a dicté au législateur la notion d'incapacité* » ; **Ph. STOFFEL-MUNCK**, « L'autonomie du droit contractuel de la consommation : d'une logique civiliste à une logique de régulation », *in RTD Com.*, 2012, p. 705, spéc. n°16 ; **R.-M. ZANG NDONG**, *Le droit des pratiques restrictives de concurrence et la protection de la partie faible dans la relation commerciale*, E. BLARY-CLÉMENT (dir.), th. dactyl., Université de Lille, 2014, p. 28 : « *Le droit n'est pas insensible à cette réalité. Ainsi en est-il du droit pénal qui sanctionne l'abus de faiblesse ou du droit civil qui assure une protection au mineur, supposé faible du fait de son âge, et au majeur incapable* » ; **Y. STRICKLER**, « La protection de la partie faible en droit civil », *in LPA*, 2004, n°213, p. 6 : « *Si la recherche de la juste mesure est au cœur de la législation actuelle, il faut néanmoins reconnaître que protéger le faible est une constante du droit civil* » ; **L. FIN-LANGER**, « La vulnérabilité en droit privé », *in Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux,* n°18, 2020, p. 11, spéc. p. 12 : l'auteure évoque la « *faiblesse inhérente à la personne* ».

[180] C. civ., art. 1146 : « *Sont incapables de contracter, dans la mesure définie par la loi : Les mineurs non émancipés ; Les majeurs protégés au sens de l'article 425 ».*

[181] **G. RIPERT**, *La règle morale dans les obligations civiles*, 4ème éd., LGDJ, 1949, n°50, p. 91. *Adde*. **Y. STRICKLER**, « La protection de la partie faible en droit civil », *in LPA*, 2004, n°213, p. 6 : « *c'est la théorie des vices du consentement qui constituera le moyen d'assurer la protection de la partie faible* ».

[182] **M. FONTAINE**, « La protection de la partie faible dans les rapports contractuels (rapport de synthèse) », *in La protection de la partie faible dans les rapports contractuels – Comparaison franco-belge*, J. GHESTIN, M. FONTAINE (dir.), coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 1996, p. 615, spéc. n°2, p. 616 : l'auteur parle de « *faiblesse inhérente* ». *Adde*. **L. JOSSERAND**, « La protection des faibles par le droit », *in Évolutions et Actualités – Conférences de droit civil,* Recueil Sirey, 1936, p. 159, spéc. p. 170 : « *Dans la conception traditionnelle, qui est restée en vigueur, la faiblesse était prémunie contre les abus de force par un système d'incapacités* ».

la protection d'un contractant qui lutte dans le contrat avec des armes inférieures et pour empêcher que l'autre partie ne tire un avantage de cette infériorité connue d'elle et quelquefois créée par elle »[183]. Un auteur estime pourtant que la protection de la partie faible n'était pas une préoccupation du législateur en 1804, car le Code civil est fondé sur l'égalité des parties contractantes[184]. Cette vision s'explique au regard de la politique d'abstraction menée, dans un contexte politique particulier[185], permettant de « *rompre avec la société d'Ancien Régime qui enchâssait les individus dans leur déterminisme social, les révolutionnaires* [ayant] *réduit ces derniers à de pures abstractions* »[186]. Le Code civil a été rédigé à l'issue de la Révolution française qui prônait des idées fortes de liberté[187], d'égalité[188] et d'individualisme[189]. Bien que la protection de la partie faible ne fût pas une préoccupation prépondérante de l'époque, le principe d'égalité n'interdisait pas pour autant l'existence d'une protection. Le principe d'égalité devant la loi tel que considéré en droit public, « *se déploi*[e] *donc dans trois directions : un respect de l'égalité devant la loi qui impose un traitement identique des*

[183] **G. RIPERT**, *La règle morale dans les obligations civiles*, 4ème éd., LGDJ, 1949, n°41, p. 76. *Adde*. **J. GHESTIN, G. LOISEAU, Y.-M. SERINET**, *Traité de droit civil – La formation du contrat,* t. 1, *Le contrat – Le consentement,* 4ème éd., LGDJ, 2013, n°1099-1100, pp. 857-861.

[184] **Th. REVET**, « Une philosophie générale », *in RDC*, 2016, n° hors-série, p. 5 : « *cette condition cardinale de validité des contrats ne saurait, sans anachronisme, être tenue pour une politique de "protection des plus faibles" puisqu'elle bénéficie à tous les contractants, traités identiquement par le Code de 1804 – c'est là l'une de ses caractéristiques majeures, dans le prolongement de la proclamation de l'égalité civile par la Révolution, que le Code inscrit en bonne place dans ses dispositions préliminaires* ».

[185] **X. MARTIN**, « Fondements politiques du Code Napoléon », *in RTD Civ.,* 2003, p. 247 : La rédaction du Code civil fait suite à la période révolutionnaire française qui a révélé une réelle fracture sociale. L'un des objectifs de sa confection est de répondre aux problèmes sociétaux de l'époque et de reconstruire des fondations politiques stables. *Adde*. **A.-J. ARNAUD**, *Les origines doctrinales du Code civil français,* vol. IX, M. VILLEY (préf.), coll. Bibliothèque de philosophie du droit, LGDJ, 1969 ; **J.-F. NIORT**, *Homo Civilis – Contribution à l'histoire du Code civil,* J.-L. HALPÉRIN (préf.), coll. Histoire des Institutions et des Idées Politiques, PUAM, 2004, p. 35 et s.

[186] **Ch. JAMIN**, *Le solidarisme contractuel : un regard franco-québécois : 9e Conférence Albert-Mayrand*, Thémis, 2005, p. 10 : L'auteur évoque la « *philosophie politique de l'abstraction* » née à l'issue de la Révolution. *Adde*. **P. ROSANVALLON**, *Le modèle politique français*, Le seuil, 2004, p. 121 : « *L'impératif d'égalité, requis pour faire de chacun un sujet de droit et un citoyen à part entière, implique en effet de considérer les hommes dépouillés de leurs déterminations particulières* ».

[187] La philosophie des Lumières a influencé les idées postrévolutionnaires en insistant sur la liberté de chaque individu. En ce sens : **F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, et *al.***, *Droit civil – Les obligations*, 13ème éd., coll. Précis, Dalloz, 2022, n°22a, p. 9 : « *La philosophie des Lumières professe que chaque homme est fondamentalement libre* ». C'est d'ailleurs sur le fondement de cette idée de liberté qu'il apparaît que chaque individu est libre, ce faisant, il ne peut être assujetti à d'autres individus. *Adde*. **Ph. MALAURIE**, « L'utopie et le bicentenaire du Code civil », *in 1804-2004 Le code civil – Un présent, un passé, un avenir,* Dalloz, 2004, p.1, spéc. n°9, p. 6 : « *L'essentiel dans une loi, et plus encore dans un Code, c'est son esprit, son idéologie* […] *pour le Code civil, essentiellement celles des Lumières : un monde nouveau, supprimant les privilèges, assurant le bonheur universel, l'harmonie sociale, la liberté, l'égalité des personnes, …* ».

[188] **Ch. JAMIN**, *Le solidarisme contractuel : un regard franco-québécois : 9e Conférence Albert-Mayrand*, Thémis, 2005, p. 10 : « *Ces idées sont fondées sur une puissante politique de l'abstraction. Pour rompre avec la société d'Ancien Régime qui enchâssait les individus dans leur déterminisme social, les révolutionnaires ont réduit ces derniers à de purs abstraction* ».

[189] **D. HOUTCIEFF**, *Droit des contrats*, 9ème éd., coll. Paradigme, Bruylant, 2024, n°43, p. 75 : « *La Révolution renversa privilèges et ordres établis pour faire prévaloir l'individualisme et la propriété* ».

situations semblables, mais qui permet une discrimination justifiée par une situation particulière, cette dernière pouvant prendre la forme d'une volonté égalisatrice »[190]. Ne faisant aucune distinction selon le contractant, ces règles protègent la partie la plus faible du rapport contractuel[191]. Elles permettent ainsi de s'appliquer peu important la qualité du contractant, sans stigmatiser sa position de faiblesse. En l'occurrence, la logique de protection est objectivée et « *n'est pas due à des parties identifiées par leur appartenance à une catégorie, mais elle s'entend d'une protection fonctionnelle. Sous cet angle de vue, la partie faible est celle dont la fonction contractuelle se trouve compromise* »[192]. Cette protection généralisée des parties contractantes mène les rédacteurs à se préoccuper des risques d'injustices en matière contractuelle.

38. Une préoccupation quant aux risques d'injustices dans les contrats. – L'analyse des travaux préparatoires du Code civil permet d'entrevoir les prémices de l'équilibre contractuel au travers de la notion de justice dans le contenu du contrat. PORTALIS semble sensible au besoin de justice dans les contrats et évoque ainsi « *le danger de certaines clauses ou de certains pactes stipulés dans les baux à ferme* », ou encore, « *la prétention révoltante* » d'un associé souhaitant « *partager tous les profits d'une société, sans en partager les risques* »[193]. De même, dans la présentation du corps législatif et l'exposé des motifs initiés par PORTALIS, en matière de vente, l'équilibre du contenu contractuel est envisagé du point de vue de l'équivalence entre le prix et la chose vendue[194]. Il existait donc une préoccupation pour la

[190] **D. BERTHIAU**, *Le principe d'égalité et le droit civil des contrats*, J.-L. SOURIOUX (préf.), t. 320, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 1999, n°106, p. 56.

[191] **F. CHÉNEDÉ**, « L'équilibre contractuel dans le projet de réforme », *in RDC*, 2015, n°3, p. 655.

[192] **F. JACOMINO**, *Le contrôle objectif de l'équilibre contractuel. Entre droit commun des contrats et droit des pratiques restrictives de concurrence,* E. MOUIAL BASSILANA (dir.), th. dactyl., Université Côte d'Azur, 2018, n°14, pp. 11-12.

[193] **J.-M.-E. PORTALIS**, « Discours préliminaire prononcé lors de la présentation du projet de la commission du gouvernement », *in Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, P.-A. FENET, t. 1, Videcoq, 1836, p. 510.

[194] **P.-A. FENET**, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 14, Videcoq, 1836, p. 131 : « *Il y a donc à examiner si cet intérêt, ou cet avantage, est réel ou imaginaire, s'il est proportionné, c'est-à-dire s'il y a un équilibre raisonnable entre ce que l'on donne et ce que l'on reçoit* ».

justice du contenu contractuel[195], bien que, de leur aveu, la limite à fixer n'était pas aisée[196]. Une matérialisation de cette préoccupation se révèle notamment au moyen des quatre conditions de validité du contrat.

39. Une préoccupation pour l'équilibre contractuel diffusée parmi les quatre conditions de validité. – Si les personnes sont censées contracter dans leur propre intérêt, certaines situations identifiées aboutissent à des contrats injustes[197]. Les auteurs du Code civil, nous l'avons vu, ont manifesté une certaine une méfiance envers les comportements humains. Pour y parer, quatre conditions étaient exigées au titre de la validité du contrat, un consentement exempt de vice, un objet licite, une cause certaine et une capacité. Ces conditions de validité protègent, à la fois l'intérêt général et les intérêts particuliers. Un auteur exprime l'idée selon laquelle les conditions prévues à l'article 1108 du Code civil « *expriment les deux exigences sociales que le contrat doit satisfaire pour être valable : d'une part, respecter l'intérêt général de la cité, c'est-à-dire ne pas contrevenir à l'ordre public ; d'autre part, préserver l'intérêt individuel des parties, c'est-à-dire ne pas léser injustement l'un des cocontractants* »[198]. En d'autres termes, les quatre conditions de validité du contrat sont les piliers d'un contrat, permettant de ne pas contrevenir aux différents intérêts contractuels. Les règles concernant la validité du contrat participent donc à l'instauration d'une certaine harmonie contractuelle[199], à travers laquelle transparaît l'équilibre contractuel. Ces quatre conditions de validité permettent

[195] Un auteur permet d'appuyer le propos : **F. CHÉNEDÉ**, « L'équilibre contractuel dans le projet de réforme », *in RDC,* 2016, n°3, p. 655, spéc. n°1 *:* « *C'est dire que si la justice a toujours été au cœur de la matière contractuelle, les moyens de sa sauvegarde ont évolué, et ce, non pas de façon anarchique, loin de là, mais tout de même par à-coups, par touches successives, et donc, nécessairement, sans réflexion ou vision d'ensemble* ». *Adde*. **Ph. MALINVAUD**, « La protection des consommateurs », *in D.*, 1981, p. 49 : « *Le respect de l'équilibre contractuel est une préoccupation très ancienne* » ; **Ph. STOFFEL-MUNCK**, *L'abus dans le contrat – Essai d'une théorie*, R. BOUT (préf.), t. 337, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2000, n°367, p. 309 : en évoquant l'équilibre contractuel, « *le Code civil de 1804 n'était pas non plus indifférent à ces préoccupations* » ; **M. BARBA**, « Formation du contrat de consommation en droit européen : transparence, équilibre, loyauté », *in Le droit européen de la consommation au XXIe siècle – État des lieux et perspectives*, M. COMBRET (dir.), coll. Droit de l'Union européenne, Bruylant, 2022, p. 245, spéc. n°10, pp. 252-253.

[196] **J.-M.-E. PORTALIS**, « Discours préliminaire prononcé lors de la présentation du projet de la commission du gouvernement », *in Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, P.-A. FENET, t. 1, Videcoq, 1836, p. 510 : « *La liberté de contracter ne peut être limitée que par la justice, par les bonnes mœurs, par l'utilité publique. Mais c'est précisément lorsqu'il s'agit de fixer ces limites, que les difficultés naissent de toutes parts* ».

[197] C'est la notion de justice qui apparaît dans les travaux préparatoires du Code civil.

[198] **F. CHÉNEDÉ**, « L'équilibre contractuel dans le projet de réforme », *in RDC*, 2015, n°3, p. 655.

[199] **L. FIN-LANGER**, *L'équilibre contractuel*, C. THIBIERGE (préf.), t. 366, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2002, n°373, p. 252 : à propos des vices du consentement, l'auteure estime que leur « *finalité reste de protéger cette volonté*. […] *En protégeant le consentement des parties, le droit prévient l'apparition d'un déséquilibre contractuel* » ; **F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, et *al.***, *Droit civil – Les obligations*, 13ème éd., coll. Précis, Dalloz, 2022, n°394, p. 441. *Adde*. **C. OUERDANE-AUBERT DE VINCELLES**, *Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles,* Y. LEQUETTE (préf.), vol. 19, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, Dalloz, 2002.

ainsi de protéger la liberté contractuelle qui ne peut exister pleinement que si les contractants ont la possibilité de contracter en connaissance de cause, c'est-à-dire en ayant un consentement libre et éclairé et la capacité de contracter. Ainsi, chaque pilier du contrat « *envisage un aspect particulier de l'équilibre du contrat* »[200]. Les vices du consentement et la capacité assurent ou rétablissent un équilibre entre les parties ; les conditions relatives à l'objet et à la cause, désormais le contenu licite et certain, participent à l'équilibre du contenu du contrat[201].

40. Une préoccupation à nuancer. – Il ne faut pas non plus propulser la protection des parties contractantes au premier rang des préoccupations des rédacteurs du Code. Bien que conscients des possibles abus comportementaux des contractants, ces derniers ont avant tout fondé le droit des contrats sur la liberté, dès lors que les parties étaient aptes à consentir, et ce, de manière libre et éclairée. Ainsi, pour reprendre le discours de PORTALIS :

> « *On gouverne mal quand on gouverne trop. Un homme qui traite avec un autre homme doit être attentif et sage ; il doit veiller à son intérêt, prendre les informations convenables, et ne pas négliger ce qui est utile. L'office de la loi est de nous protéger contre la fraude d'autrui, mais non pas de nous dispenser de faire usage de notre propre raison. S'il en était autrement, la vie des hommes, sous la surveillance des lois, ne serait qu'une longue et honteuse minorité ; et cette surveillance dégénérerait elle-même en inquisition.*
>
> *C'est un autre principe, que les lois, faites pour prévenir ou pour réprimer la méchanceté des hommes, doivent montrer une certaine franchise, une certaine candeur. Si l'on part de l'idée qu'il faut parer à tout le mal et à tous les abus dont quelques personnes sont capables, tout est perdu. On multipliera les formes à l'infini, on s'accordera qu'une protection ruineuse aux citoyens ; et le remède deviendra pire que le mal. Quelques hommes sont si méchants, que, pour gouverner la masse avec sagesse, il faut supposer les plus mauvais d'entre les hommes, meilleurs qu'ils ne sont* »[202].

Les auteurs du Code ont donc veillé à instaurer un équilibre entre la liberté laissée aux contractants et les règles encadrant les risques de dérives. Cet équilibre a été trouvé avec les quatre conditions de validité du contrat, mais également avec les trois principes régissant le droit des contrats, à savoir la liberté contractuelle, la force obligatoire et la bonne foi[203]. Ainsi,

---

[200] **S. LE GAC-PECH**, *La proportionnalité en droit privé des contrats,* H. MUIR-WATT (préf.), t. 335, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2000, n°67, pp. 40-41. *Adde*. **F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, et *al.*,** *Droit civil – Les obligations*, 13ème éd., coll. Précis, Dalloz, 2022, n°394, pp. 441-442.

[201] V. en ce sens : **S. LE GAC-PECH**, *La proportionnalité en droit privé des contrats,* H. MUIR-WATT (préf.), t. 335, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2000, n°67, p. 41.

[202] **J.-M.-E. PORTALIS**, « Discours préliminaire prononcé lors de la présentation du projet de la commission du gouvernement », *in Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, P.-A. FENET, t. 1, Videcoq, 1836, pp. 514-515.

[203] **A. BÉNABENT**, *Droit des obligations,* 20ème éd., coll. Précis Domat, LGDJ, 2023, nos35 et s., p. 45 et s.

la liberté contractuelle n'empêche pas une certaine protection, mais il est nécessaire de trouver un seuil de protection pour éviter de déresponsabiliser les contractants et, plus largement, tout effet pervers. Ce qui primait alors était la recherche d'un équilibre contractuel subjectif[204], c'est-à-dire d'un équilibre déterminé par les parties. Cet équilibre se suffisait à lui-même à moins que la loi ne soit pas respectée[205].

***

41. Conclusion paragraphe 1. – Si la terminologie d'équilibre contractuel n'apparaissait pas à l'origine du Code civil, l'étude a pu démontrer des manifestations des valeurs de l'équilibre et des outils permettant de contrôler l'équilibre et si besoin de le rétablir. C'est ainsi que d'autres terminologies, ayant la même étymologie latine, figurent dans le Code civil, à savoir l'équivalence et l'équité. Bien que proches, ces expressions ne peuvent être employées comme synonyme de l'équilibre contractuel. Elles sont des moyens participant à l'harmonie recherchée, l'équilibre contractuel. De même, des prémices de l'équilibre peuvent être découvertes puisqu'une des préoccupations des rédacteurs a été de trouver une juste proportion entre la liberté contractuelle et ses limites. La liberté contractuelle n'est donc pas toute puissante, des règles viennent l'encadrer, protégeant à la fois l'intérêt général et l'intérêt particulier. Ces règles s'articulaient essentiellement autour des quatre conditions de validité du contrat. Elles s'adaptaient à la pratique contractuelle de l'époque visant plutôt des contrats synallagmatiques instantanés, la vente constituant le principal modèle contractuel. La relation contractuelle était ainsi pensée « *comme devant s'exécuter en un trait de temps et, partant, comme ne liant les contractants que de façon temporaire, voire éphémère* »[206]. Toutefois, l'évolution de la pratique contractuelle fait apparaître des contrats plus élaborés, pourvus d'une architecture juridique complexe[207]. L'essor de ces nouvelles pratiques justifie le besoin d'évolution du droit des contrats et de la politique législative menée en matière contractuelle

[204] **M. GARNIER-ZAFFAGNINI**, *Le standard juridique – Essai d'une théorie générale à l'épreuve du droit des contrats*, M. LATINA (dir.), th. dactyl., Université Côte d'Azur, 2022, n°434, p. 333 : « *Il est donc sans doute faux de penser que les rédacteurs du Code civil de 1804 avaient ignoré le principe d'équilibre contractuel. Simplement, ceux-ci n'en avaient consacré qu'une vision subjective* ».

[205] C. civ., art. 1134 : « *Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites* ». *Adde*. **J.-P. CHAZAL**, « De la signification du mot loi dans l'article 1134 al. 1er du code civil », *in RTD Civ.,* 2001, p. 265.

[206] **J. ROCHFELD**, *Les grandes notions du droit privé,* 3ème éd., coll. Thémis, PUF, 2022, p. 528 ; **R. LIBCHABER**, *Le contrat au XXIe siècle – L'ingénierie juridique et les nouveaux contrats d'affaires*, coll. Droit des affaires, LGDJ, 2020, n°16, p. 31.

[207] **R. LIBCHABER**, *Le contrat au XXIe siècle – L'ingénierie juridique et les nouveaux contrats d'affaires*, coll. Droit des affaires, LGDJ, 2020.

avec, cette fois, l'émergence de la terminologie d'équilibre contractuel dans le discours législatif.

Paragraphe 2. Une notion émergente devenue un objectif de politique législative

42. L'évolution de la société et de la pratique contractuelle a eu un impact sur les orientations législatives. Si, à l'origine, le droit des contrats n'existait qu'à travers le Code civil, le législateur a réduit cette prédominance par la multiplication des droits spéciaux. Certains auteurs ont d'ailleurs envisagé l'hypothèse du dépérissement du droit civil[208]. Cette évolution a toutefois permis l'émergence formelle de la notion d'équilibre contractuel dans les objectifs de la politique législative (**A**), entraînant une matérialisation de cet objectif dans la loi (**B**).

A. L'équilibre contractuel comme objectif de politique législative

43. L'exclusion de l'étude des objectifs formulés dans la loi. – De nombreux auteurs se sont intéressés à la formulation d'objectifs dans la loi. Ils se sont notamment interrogés sur le point de savoir si un objectif peut avoir une valeur normative[209]. Cette question ne sera pas examinée, dans cette étude, puisque la terminologie d'équilibre contractuel n'intègre pas, à proprement parler, le contenu même de la loi[210], mais plutôt les titres[211], les rapports[212] ou encore les préambules. Nous nous intéresserons donc à la politique législative entendue comme le projet politique, les orientations données aux différentes réformes en matière contractuelle.

---

[208] **R. Libchaber**, « Le dépérissement du droit civil », *in Qu'est-ce qu'une discipline juridique ? Fondation et recomposition des disciplines dans les facultés de droit,* F. Audren, S. Barbou des Places (dir.), coll. Contextes, LGDJ, 2018, p. 243 ; **P. Ancel**, « Le droit civil, modèle disciplinaire ? » *in Qu'est-ce qu'une discipline juridique ? Fondation et recomposition des disciplines dans les facultés de droit,* F. Audren, S. Barbou des Places (dir.), coll. Contextes, LGDJ, 2018, p. 227 ; **F. Rouvière**, « L'avenir du droit civil », *in RTD Civ.,* 2019, p. 451 ; **Ch. Jamin,** « Mort du droit civil ? », *in Mélanges en l'honneur de Jacques Mestre,* LGDJ, 2019, p. 541.

[209] V. **J.-L. Bergel** (dir.), *La formulation d'objectifs dans les textes législatifs* (dossier)*, in RRJ – Cahiers de méthodologie juridique,* n°4, 1989-4 ; **B. Faure** (dir.), *Les objectifs dans le droit,* coll. Thèmes & commentaires, Dalloz, 2010.

[210] À ce titre, l'étude portant sur la formulation d'objectifs dans la loi exclu explicitement de sa problématique les objectifs formulés dans l'exposé des motifs et les intitulés : V. **J.-L. Bergel**, « Avant-propos », *in RRJ – Cahiers de méthodologie juridique,* 1989-4, p. 763.

[211] V. **J. Risser**, « Un titre de loi peut-il convaincre ? Étude sur l'argument *a rubrica* », *in Droits*, n°74, 2022, p. 215 ; **Ch. Dubois**, « Le plan du code pénal, outil d'interprétation des incriminations – De la pertinence de l'argument *a rubrica* en droit pénal », *in D.*, 2022, p. 1477. *Adde*. **F. Rouvière**, « L'argument *a rubrica* », *in RTD Civ.,* 2022, p. 1005, « Retour sur l'argument *a rubrica* », *in RTD civ.,* 2023, p. 501.

[212] V. not. 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.

44. Le droit des contrats influencé par la politique législative. – Selon un auteur « *la place de la politique en droit des contrats est un sujet vertigineux* »[213], pour autant, le droit des contrats est une matière « *éminemment politique* »[214]. En effet, le contenu de la règle de droit « *est la traduction et la mise en œuvre d'un projet politique : il exprime une conception de la vie sociale et de l'organisation de la société* »[215], il en est donc de même en matière contractuelle. Madame Muriel FABRE-MAGNAN explicite cette idée en affirmant qu'« *aucune règle du droit n'est neutre, et en particulier toutes les règles du droit des contrats sont inspirées par des choix politiques, que ce soit la protection de la partie faible, le libre jeu du marché et des cocontractants, la diminution des coûts de transaction, l'égalisation de la concurrence, etc.* »[216]. Pour citer un exemple, un auteur soutient qu'un droit inspiré de solidarisme a pour fonction de corriger les excès de la société et spécialement dans le domaine des contrats déséquilibrés[217]. Ainsi, les choix des règles contractuelles formulées par le législateur traduisent des objectifs de politique législative à atteindre[218].

45. Une politique mise en œuvre par la technique juridique. – Les objectifs assignés aux règles de droit sont donc empreints de politique[219], leur mise en œuvre relève quant à elle

---

[213] **Th. GENICON**, « Les juristes en droit des contrats : oppositions juridiques ou oppositions politiques ? – Réflexions sur la dimension politique de la technique juridique en droit des contrats », *in La place du juriste face à la norme,* coll. Thèmes & commentaires, Dalloz, 2012, p. 85.

[214] **P. ANCEL**, *Droit des obligations en 12 thèmes*, 4ème éd., coll. Séquences, Dalloz, 2024, p. 50 : « *Ces quelques exemples suffisent sans doute à convaincre que le droit des contrats, y compris dans ses aspects les plus techniques et les plus abstraits, est une matière éminemment politique, et toutes ces questions sont du reste, en France, au cœur des débats politiques les plus actuels. Derrière la réponse que le droit positif apportera à ces différents cas, il y a des choix de société. Il n'est dès lors pas étonnant que les solutions qui traduisent les grands équilibres de la matière aient considérablement évolué depuis l'époque du Code civil* ».

[215] **J.-L. AUBERT, E. SAVAUX**, *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil,* 19ème éd., coll. Sirey, Dalloz, 2023, n°39, p. 39. *Adde*. **J. ROCHFELD**, *Les grandes notions du droit privé,* 3ème éd., coll. Thémis, PUF, 2022, n°1, p. 525 : l'auteure met en avant l'influence des conceptions politiques et de la vision que l'on adopte du contrat, qui est un acte social, sur la définition et la conception adoptée du contrat.

[216] **M. FABRE-MAGNAN**, *Droit des obligations – Contrat et engagement unilatéral*, 7ème éd., coll. Thémis, PUF, 2024, n°169, p. 156.

[217] **Ch. JAMIN**, « Quelle nouvelle crise du contrat ? – Quelques mots en guise d'introduction », *in La nouvelle crise du contrat*, Ch. JAMIN, D. MAZEAUD (dir.), coll. Thèmes & commentaires, Dalloz, 2003, p. 7, spéc. p. 26 ; *Le solidarisme contractuel : un regard franco-québécois : 9e Conférence Albert-Mayrand*, Thémis, 2005, p. 25.

[218] **M. FABRE-MAGNAN**, *Droit des obligations – Contrat et engagement unilatéral*, 7ème éd., coll. Thémis, PUF, 2024, n°167, p. 155 : « *Le droit en général et le droit des contrats en particulier jouent certainement un rôle politique. Ils ont à gérer des rapports de pouvoir, des rapports de force, et la loi pourra décider dans une plus ou moins grande mesure de rééquilibrer ces rapports et même de protéger des classes sociales particulières (les salariés, les consommateurs, les locataires, etc.). Les juges ont également un rôle à jouer dans la détermination d'une politique jurisprudentielle* ».

[219] En ce sens : **J. CAILLOSSE**, « Les rapports de la politique et du droit dans la formulation d'"objectifs" », *in Les objectifs dans le droit,* B. FAURE (dir.), coll. Thèmes & commentaires, Dalloz, 2010, p. 13, spéc. pp. 23-24 : « *C'est pourquoi il ne me semble pas même abusif d'affirmer qu'en parlant droit, les juristes sont conduits, malgré eux le cas échéant, à parler politique. En aucune façon parce qu'ils en viendraient à se prononcer, explicitement ou cauteleusement, pour ou contre telle ou telle proposition politique, mais plus simplement parce que la substance même de leur discours est au cœur du politique. C'est cela que faisait valoir jadis M. Villey en affirmant que tout*

de la pure technique contractuelle. Cette dernière exprime donc la politique juridique « *par la langue du droit, la mouler dans les notions et concepts juridiques, s'assurer de sa conformité aux normes supérieures, la fondre dans l'ensemble des principes juridiques existants, la rendre opérationnelle par les méthodes adéquates, bref, il faudra y appliquer toute la technique du droit* »[220]. Autrement dit, cette influence des idéologies politiques n'écarte pas pour autant les arguments de technique juridique[221]. Au contraire, la technique juridique et la politique juridique sont complémentaires et indispensables dans l'élaboration de la règle de droit. Cette argumentation juridique permet de servir la construction du droit des contrats au regard de divers objectifs fixés.

46. Une distinction entre l'objectif et sa mise en œuvre. – Les objectifs peuvent différer selon les sensibilités de chacun, mais un même objectif peut également faire l'objet de débats. Sa mise en œuvre peut, en effet, faire l'objet de discussions portant notamment sur l'adéquation des moyens adoptés en vue de parvenir à cette finalité. Les arguments juridiques utilisés pour défendre telle ou telle position sont des arguments de politiques dissimulés démontrant une volonté de répondre à un objectif précis[222]. Tel est le cas par exemple de la liberté contractuelle qui a longtemps été considérée comme le seul moyen de respecter les intérêts particuliers et l'intérêt général[223].

juriste est partisan, par le fait même d'être juriste. Le choix revendiqué du seul registre technique n'y change rien, car cette technicité- là intéresse au plus haut point les manières de nouer le lien social autour de croyances instituées ».

[220] **P. DEUMIER**, *Introduction générale au droit*, 7ème éd., coll. Manuel, LGDJ, 2023, n°66, p. 70.

[221] **Th. GENICON**, « Les juristes en droit des contrats : oppositions juridiques ou oppositions politiques ? – Réflexions sur la dimension politique de la technique juridique en droit des contrats », *in La place du juriste face à la norme,* coll. Thèmes & commentaires, Dalloz, 2012, p. 85. *Adde.* **Ph. JESTAZ**, *Le droit*, 11ème éd., coll. Connaissance du droit, Dalloz, 2021, p. 115 : « *La théorie, quant à elle, est une construction de l'esprit propre à justifier le résultat souhaité au regard de la technique juridique* ».

[222] V. en ce sens : **Th. GENICON**, « Les juristes en droit des contrats : oppositions juridiques ou oppositions politiques ? – Réflexions sur la dimension politique de la technique juridique en droit des contrats », *in La place du juriste face à la norme,* coll. Thèmes & commentaires, Dalloz, 2012, p. 85, spéc. p. 93.

[223] **Ph. MALINVAUD, M. MEKKI, J.-B. SEUBE**, *Droit des obligations*, 17ème éd., coll. Manuels, LexisNexis, 2023, n°36, p. 24 : « *Pendant longtemps, la liberté contractuelle a été considérée comme le meilleur moyen de réaliser l'équilibre entre les intérêts particuliers et par là même de satisfaire l'intérêt général* ».

47. L'équilibre contractuel, un objectif de politique juridique[224]. – L'équilibre contractuel intègre donc ces différents objectifs[225]. En ce sens, l'équilibre contractuel est une finalité à atteindre. Cette finalité d'équilibre contractuel, *a priori*, fait consensus dans la doctrine. L'objectif est de parvenir à une harmonie contractuelle, d'autant que le contrat est un rouage important du fonctionnement de l'économie et de la société. De fait, le déséquilibre contractuel n'est jamais prôné. Le législateur ou les commissions législatives utilisent ainsi de plus en plus l'orientation de l'équilibre contractuel pour influencer les différentes réformes. L'équilibre contractuel est alors mentionné comme un objectif à atteindre, autrement dit une finalité. C'est, au contraire, sur la mise en œuvre de l'objectif que les désaccords peuvent naître. Un exemple permettra d'illustrer le propos.

48. Exemple de choix de politique juridique. – Dans le cadre de la présentation du projet de réforme des contrats spéciaux, Monsieur Philippe STOFFEL-MUNCK[226] met en avant l'intérêt d'avoir un droit supplétif de volonté dans le but, pour les parties, de pouvoir « *conformer leur relation à l'équilibre des intérêts qui leur aura paru adapté dans leur cas particulier* »[227]. Il s'agit là d'un argument reflétant une conception libérale du contrat. En réponse à cette affirmation, un auteur affirme que cette conception révèle « *le souci de ne pas modifier radicalement les équilibres existants* […]. *Mais le choix opéré en faveur de plus de liberté n'est pas une conséquence nécessaire de l'émergence d'autres formes de protection du contractant. Il s'agit bien au contraire d'un choix de politique juridique*, *qui mérite d'être*

---

[224] Sur cette notion, un auteur estime que la politique juridique « *permet de rendre compte d'une orientation prise dans le traitement d'une question de droit par le législateur, le juge ou le système juridique en son entier et ce, généralement, afin d'orienter les comportements sociaux.* » : **Th. GENICON**, « Les juristes en droit des contrats : oppositions juridiques ou oppositions politiques ? – Réflexions sur la dimension politique de la technique juridique en droit des contrats », *in La place du juriste face à la norme,* coll. Thèmes & commentaires, Dalloz, 2012, p. 85, spéc. p. 86.

[225] **J. CARBONNIER**, *Droit civil,* t. IV, *Les obligations*, 22ème éd. refondue, coll. Thémis droit privé, PUF, 2000, n°78, p. 156 et s : « *L'État prend fait et cause pour le contractant victime de l'injustice, en lui donnant les moyens de se dégager du contrat injuste ou de le rééquilibrer* » ; **G. CHANTEPIE**, « La notion d'équilibre du contrat », *in Loyers et copr.,* 2016, n°10, doss. n°6, p. 12, spéc. n° 1 : « *La lutte contre les déséquilibres est souvent affichée comme un objectif du législateur* » ; **H. BARBIER**, « De l'appréciation souple de l'équilibre contractuel : florilège de contreparties en tous genres », *in RTD Civ.*, 2018, p. 102 : « *L'équilibre contractuel est devenu ces dernières années une préoccupation centrale du droit des contrats* » ; **M. BLEUSEZ**, *La perfection du contrat,* C. BRENNER (dir.), th. dactyl., Université de Paris Panthéon-Assas, 2021, n°322, p. 355 : « *L'atteinte à l'équilibre contractuel est une question dont les réponses relèvent moins à notre avis de la technique que de la politique contractuelle* ».

[226] Si nous ne pouvons pas qualifier cet avant-projet comme émanant du législateur à proprement parler (V. **Ph. JESTAZ, Ch. JAMIN**, « L'entité doctrinale française », *in D.*, 1997, p. 167), le gouvernement a souhaité constituer une commission composée essentiellement d'universitaires en vue d'obtenir des orientations quant à une future réforme du droit des contrats spéciaux. À l'appui de leurs travaux, il est donc possible d'en prendre l'exemple pour expliciter des orientations de la politique juridique contractuelle.

[227] **Ph. STOFFEL-MUNCK**, « Présentation de l'avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux », [en ligne] http://www.textes.justice.gouv.fr/art_pix/presentation_avant_projet.pdf.

discuté plus avant »[228]. Peu importent les justifications apportées au choix de faire primer la liberté sur la protection, l'auteur affirme que cette prise de position n'est finalement qu'un choix politique de la part des membres de la commission de réforme des contrats spéciaux. Cette illustration permet d'affirmer que l'équilibre contractuel se trouve, en effet, être une ligne directrice à suivre dans le projet de réforme. Toutefois, sa mise en œuvre révèle les profonds désaccords à propos du droit des contrats. L'un estime que l'équilibre doit être déterminé par les parties elles-mêmes, puisqu'elles sont les seules capables de défendre leurs propres intérêts. L'autre, quant à lui, estime que le moyen de la liberté est discutable. La terminologie d'équilibre contractuel a donc fini par intégrer les objectifs de politique législative.

B. La matérialisation de l'équilibre contractuel comme objectif de politique législative

49. Une apparition formelle récente. – La notion d'équilibre contractuel semble être sous-jacente aux débats législatifs depuis 1804. Toutefois, la terminologie elle-même se manifeste de manière formelle plus tardivement. Elle est tout d'abord apparue dans les débats parlementaires portant sur la loi *Godart* relative au contrat d'assurance du 12 juillet 1930. L'exposé des motifs indiquait, à cet égard, le besoin de « *rétablir l'équilibre entre l'assureur et l'assuré* »[229]. Ensuite, c'est notamment dans la loi prévoyant la révision des rentes viagères en 1963[230] que l'équilibre fait son apparition. En outre, en 1996, un premier intitulé de loi intègre cette notion d'équilibre en matière commerciale par le biais d'une loi portant sur la loyauté et l'équilibre des relations commerciales[231]. Bien qu'elle soit formalisée plus tardivement, des chantiers législatifs ont été entrepris avec pour ambition d'apporter des correctifs au droit commun et rétablir un équilibre contractuel disparu[232]. Notamment, ces réformes successives ont pour ambition commune de rétablir l'équilibre contractuel en partant

[228] **G. CHANTEPIE**, « Avant-projet de réforme des contrats spéciaux : sources et inspirations », *in Dalloz Actualité,* 11 mai 2022.

[229] J. O. Recueil des documents parlementaires de la chambre des députés, session ordinaire 1925, p. 637, Annexe n°1544 (cité par : **Ph. STOFFEL-MUNCK**, *L'abus dans le contrat – Essai d'une théorie*, R. BOUT (préf.), t. 337, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2000, n°371, p. 310, note de bas de page n°1399).

[230] Loi n°63-628 du 2 juillet 1963 de finances rectificative est venue modifier la Loi n°49-420 du 25 mars 1949 portant sur la révision de certaines rentes viagères constituées entre particuliers qui prévoit à son art. 4 al. 4 : « *Les mêmes rentes viagères peuvent, à défaut d'accord amiable, faire l'objet d'une majoration judiciaire dans les conditions déterminées à l'article 2 bis ou au dernier alinéa de l'article 4 bis de la présente loi, si, par suite des circonstances économiques nouvelles, le jeu de l'indice de variation choisi a pour conséquence de bouleverser l'équilibre que les parties avaient entendu maintenir entre les prestations du contrat* […] » (nous soulignons).

[231] Loi n°96-588 du 1 juillet 1996 sur la loyauté et l'équilibre des relations commerciales (nous soulignons).

[232] **J. MESTRE**, « L'évolution du contrat en droit privé », *in L'évolution contemporaine du Droit des contrats – Journées René Savatier,* PUF, 1985, p. 41, spéc. p. 46 et s.

du constat d'un déséquilibre structurel dans certaines situations identifiées. Ces correctifs participent d'une parcellisation du droit des contrats[233]. Entre 1804 et 2018, le contrat, ainsi que le droit des contrats entendu de manière large[234], a donc subi des évolutions et des modifications.

50. La prise de conscience de l'insuffisance du droit commun des contrats. – Le droit commun des contrats exigeait un certain équilibre contractuel avec un minimum d'exigence de respect des intérêts des contractants[235]. Ces exigences entraient ainsi en conformité avec la politique menée à l'époque, celle de laisser les contractants libres de déterminer leur contrat, dès lors qu'ils étaient aptes à consentir en pleine connaissance de cause. Toutefois, l'évolution de la société fut telle qu'il est apparu comme un droit inadapté aux différentes réalités sociales[236]. L'équilibre contractuel, tel qu'il était envisagé, est devenu insuffisant pour faire face à « *la multiplication des situations d'inégalité* [qui a] *balayé ce postulat initial, et a contribué à légitimer l'interventionnisme du législateur et du juge dans le contrat* »[237]. Les droits spéciaux ont permis de répondre à des besoins de circonstances[238], justifiant un interventionnisme plus fort du législateur pour protéger l'équilibre contractuel. Cette parcellisation a, par ailleurs, engendré un besoin de réforme du droit commun pour harmoniser toutes ces évolutions et adapter le droit commun aux nouveaux besoins. Ainsi, nous explorerons, la prise en compte de l'équilibre contractuel à travers la spécialisation du droit des contrats (**1**) , puis à travers la réforme du droit commun des contrats (**2**).

---

[233] Expression employée par certains auteurs : **Th. IVAINER**, « Le contrat moderne face à la prolifération des statuts de personnes », *in JCP*, 1977, I, p. 2876, spéc. n°44 ; **J.-P. CHAZAL**, *De la puissance économique en droit des obligations,* D. LEFÈBVRE (dir.), t. 1, th. dactyl., Université de Grenoble II, 1996, p. 32.

[234] Cela comprend ainsi le droit commun des contrats, les droits spéciaux des contrats, ainsi que le droit des contrats spéciaux.

[235] *Cf. supra* n°39.

[236] **G. CORNU**, *Regards sur le Titre III du Livre III du Code civil "Des contrats ou des obligations conventionnelles en général" (Essai de lecture d'un titre du Code)*, DEA de droit privé, Les cours du droit, 1977, n°31, p. 21 ; **F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, et *al.***, *Droit civil – Les obligations*, 13ème éd., coll. Précis, Dalloz, 2022, n°394, p. 443 : « *Par la suite, et notamment à partir de la fin du XIX^e^ siècle, ces règles sont apparues insuffisantes pour garantir le "juste" dans les relations contractuelles. Cela ne tient nullement à une erreur de perspective des rédacteurs du Code civil, ni aux lacunes de la philosophie dont ils s'étaient inspirés, mais seulement à l'évolution de la réalité contractuelle, et, plus précisément, à l'apparition de conventions dans lesquelles l'une des parties, en position de force, était en mesure d'imposer à l'autre sa loi contractuelle* ».

[237] **M. LATINA**, V° « Contrat : généralités – Principes directeurs du droit des contrats », *in Rép. Civ.,* Dalloz, mai 2017 (actu. avril 2023), spéc. n°108. *Adde*. **J. ROCHFELD**, *Les grandes notions du droit privé,* coll. Thémis, PUF, 2022.

[238] **F. CHÉNEDÉ**, « L'équilibre contractuel dans le projet de réforme », *in RDC*, 2015, n°3, p. 655 : « *C'est dire que si la justice a toujours été au cœur de la matière contractuelle, les moyens de sa sauvegarde ont évolué, et ce, non pas de façon anarchique, loin de là, mais tout de même par à-coups, par touches successives, et donc, nécessairement, sans réflexion ou vision d'ensemble* ».

1. La parcellisation du droit des contrats

51. Une spécialisation du droit des contrats. – Le XX^e^ siècle[239] a donc été l'occasion d'un « *mouvement législatif de droit spécial* »[240]. Certains auteurs ont même évoqué un « *éclatement du droit civil* »[241]. Une grande partie de cette spécialisation a été effectuée en vue de protéger une partie identifiée au contrat[242] dès lors qu'elle subissait la supériorité de l'autre partie. Cette supériorité s'illustre par une emprise, qu'elle soit économique, informationnelle, technique ou sociale d'une partie sur l'autre[243] et d'une grande part d'unilatéralisme dans la relation contractuelle. Certains auteurs ont alors avancé que « *le droit des contrats connaît tout particulièrement cette prolifération de statuts de personnes qui aboutit à une application catégorielle des règles du droit privé* »[244]. À travers cette identification des parties faibles[245],

[239] Il faut toutefois remarquer que la protection des parties faibles en matière civile a débuté au milieu du XIX^e^ siècle et selon CAPITANT, cette phase a débuté avec la loi du 22 juillet 1867 qui a aboli la contrainte par corps, en raison d'une volonté de protection des débiteurs. Cette loi est, dit-il, « *inspirée de l'esprit démocratique et humain qui caractérise la seconde phase* » : **H. CAPITANT**, « Les transformations du droit civil français depuis cinquante ans », *in Les transformations du droit dans les principaux pays depuis cinquante ans – Livre du cinquantenaire de la société de législation comparée,* t. 1, LGDJ, 1922, p. 31, spéc. p. 31.

[240] **G. CORNU**, *Regards sur le Titre III du Livre III du Code civil "Des contrats ou des obligations conventionnelles en général" (Essai de lecture d'un titre du Code)*, DEA de droit privé, Les cours du droit, 1977, n°29, p. 20. *Adde*. **J.-J. BARBIÉRI**, *Vers un nouvel équilibre contractuel ? : Recherche d'un nouvel équilibre des prestations dans la formation et l'exécution du contrat*, J.-L. RIVES-LANGE (dir.), th. dactyl., Université de Toulouse, 1981.

[241] **J.-L. AUBERT**, « La recodification et l'éclatement du droit civil hors le Code civil », *in Le Code civil 1804-2004 – Le livre du bicentenaire,* Dalloz, Litec, 2004, p. 123. *Adde.* **G. LARDEUX**, « Le droit des contrats spéciaux hors le Code civil », *in LPA*, 2005, n°183, p. 3 : l'auteure évoque le « *pullulement des droits spéciaux* » ; **Ch. GOLDIE-GENICON**, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, Y. LEQUETTE (préf.), t. 509, « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2009, n°10, p. 16 ; **F. COLLART DUTILLEUL, Ph. DELEBECQUE**, **C.-E. BUCHER**, *Contrats civils et commerciaux*, 12ème éd., coll. Précis, Dalloz, 2023, n°5, p. 6.

[242] **Ph. JESTAZ**, « Droit commun et droit spécial », *in RTD Civ.,* 2022, p. 837 : « *Citons d'un mot la litanie des contrats spéciaux ou des régimes spéciaux de responsabilité. En général, leur invention a été dictée par le souci de protéger une certaine catégorie de justiciables : la partie faible au contrat, la victime qui sera mieux ou plus vite indemnisée, en principe du moins, car il arrive que le régime spécial ne réussisse pas dans tous ses objectifs* ». *Adde.* Du même auteur, « L'évolution du droit des contrats spéciaux dans la loi depuis 1945 », *in L'évolution contemporaine du Droit des contrats, Journées René Savatier*, PUF, 1985, p. 117 ; **E. S. DE LA MARNIERRE,** « Les législations de protection », *in D.*, 1950, p. 93 ; **Ph. LE TOURNEAU**, « Quelques aspects de l'évolution des contrats », *in Mélanges offerts à Pierre Raynaud*, Dalloz-Sirey, 1985, p. 349, spéc. n°2, p. 349.

[243] **A. COMBALUZIER-VAUDE**, *Contribution à la définition de la notion de partie faible dans les contrats*, D. FERRIER (dir.), th. dactyl., Université de Montpellier, 2008.

[244] **G. VIRASSAMY**, « Les relations entre professionnels en droit français (rapport français) », *in La protection de la partie faible dans les rapports contractuels – Comparaison franco-belge*, J. GHESTIN, M. FONTAINE (dir.), coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 1996, n°1, p. 479. *Adde*. **L. JOSSERAND**, « Sur la reconstitution d'un droit de classe », *in DH.*, 1937, chron. p. 1 : JOSSERAND condamnait ces prises de position en avançant la création d'un droit des classes. On passe ainsi d'une logique d'abstraction en réponse à la Révolution et aux privilèges, pour retourner à une identification spécifique des parties aux contrats et en fonction de leur identification, le législateur leur accordait des droits particuliers ; **G. RIPERT**, *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, 2ème éd., LGDJ, 1948, n°91, p. 164 ; **E. DOCKÈS**, « Sur la reconstitution d'un droit de classe », *in Un ordre juridique nouveau ? Dialogues avec Louis Josserand*, W. DROSS, Th. FAVARIO (dir.), coll. Droit privé et sciences criminelles, Mare & Martin, 2014, p. 75.

[245] **F. MAUME**, *Essai critique sur la protection du consentement de la partie faible en matière contractuelle,* D. HOUTCIEFF (dir.), th. dactyl., Université d'Évry-Val-d'Essonne, 2015, n° : il s'agit d'un « *contractant ne*

les droits spéciaux ont permis de leur apporter une protection adaptée au regard de la situation identifiée[246]. À titre d'exemples[247], il est possible de mentionner le droit du travail qui oppose l'employeur au salarié[248], la réglementation des baux d'habitation qui oppose le bailleur au locataire[249], ou encore le droit de la consommation opposant le professionnel au consommateur[250]. Le domaine commercial n'échappe pas à cette recherche de protection[251]. Au premier abord, un professionnel ne nécessite aucune protection, car il est habituellement envisagé comme la partie forte du contrat, il pèse sur lui, « *une présomption de compétence* »[252]. Toutefois, des relations commerciales déséquilibrées ont pu être constatées, incitant le législateur à la création de dispositions protectrices, notamment les pratiques restrictives de concurrence prévues aux articles L. 442-1 et suivants du Code de commerce[253]. Sans revenir en

pouvant exercer pleinement son libre arbitre, à cause d'une situation particulière d'inégalité entre celui-ci et son cocontractant ».

[246] **D. MAZEAUD**, « Constats sur le contrat, sa vie, son droit », *in LPA,* 1998, p. 8 : « *Désormais, les qualités et les caractéristiques personnelles des cocontractants, les rapports de force qu'ils entretiennent tout au long du processus contractuel sont pris en considération dans la détermination du régime de leurs relations contractuelles* ».

[247] Pour des développements détaillés de l'évolution de la législation contractuelle protectrice des parties faibles, V. **G. RIPERT**, *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, 2ème éd., LGDJ, 1948, nos92 et s., p. 165 et s.

[248] La loi du 22 mars 1841 relative au travail des enfants employés dans les manufactures, usines ou ateliers interdit le travail des enfants mineurs de moins de 8 ans. C'est la première loi en France qui commence à réguler le travail des mineurs en prenant en considération leur vulnérabilité et leur infériorité. *Adde*. Un auteur énonce que « *En droit du travail, la situation d'infériorité n'apparaît pas vraiment comme un trait caractéristique de telle ou telle règle. Elle serait plutôt une dimension de cette branche du droit toute entière, parce que la protection du salarié est de sa nature même* » : **G. COUTURIER**, « Les relations entre employeurs et salariés en droit français (rapport français), *in La protection de la partie faible dans les rapports contractuels – Comparaisons franco-belges*, J. GHESTIN, M. FONTAINE (dir.), t. 261, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 1996, p. 143, spéc. n°1, p. 143. *Adde*. Pour revenir sur l'évolution du droit du travail : **N. OLSZAK**, *Histoire du droit du travail,* coll. Corpus histoire du droit, Économica, 2011.

[249] La loi du 9 mars 1918 relative aux modifications apportées aux baux à loyer par l'état de guerre est la première de son espèce à considérer que les locataires (notamment les « petits locataires ») et les bailleurs ne sont pas égaux. *Adde*. **J.-L AUBERT**, « Les relations entre bailleurs et locataires en droit français (rapport français) », *in La protection de la partie faible dans les rapports contractuels – Comparaison franco-belge*, J. GHESTIN, M. FONTAINE (dir.), coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 1996, p. 165.

[250] Une série de lois a été adoptée à partir des années 1970 en vue, notamment d'apporter une protection aux consommateurs face aux professionnels. Pour plus de détails : **D. FENOUILLET (dir.)**, *Droit de la consommation – Droit interne et européen*, 1ère éd., coll. Dalloz action, Dalloz, 2020, n°011.61 et 012.13.

[251] V. **Ch. JAMIN, D. MAZEAUD (dir.)**, *Les clauses abusives entre professionnels,* coll. Études juridiques, Économica, 1999.

[252] **G. VIRASSAMY**, « Les relations entre professionnels en droit français (rapport français) », *in La protection de la partie faible dans les rapports contractuels – Comparaison franco-belge*, J. GHESTIN, M. FONTAINE (dir.), coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 1996, p. 479, spéc. n°4, p. 481.

[253] Cet article a d'ailleurs fait l'objet d'une modification récente avec la loi n°2023-221 du 30 mars 2023 tendant à renforcer l'équilibre dans les relations commerciales entre fournisseurs et distributeurs. Cette loi avait là encore pour objectif de rétablir l'équilibre contractuel : « *sécuriser les chaînes d'approvisionnement, prolonger durablement les dispositions actuellement non définitives, parfaire les conditions de transparence et de bonne foi qui doivent s'appliquer à la négociation pour en équilibrer le rapport de forces économique* » : propos tiré de la Proposition de la loi n°575 visant à sécuriser l'approvisionnement des Français en produits de grande consommation du 29 novembre 2022.

détail sur chacun de ces droits spéciaux[254], nous pouvons affirmer qu'ils répondent à une nécessité de circonstances[255]. Pour ces différents droits, le constat d'une inégalité structurelle des parties fonde le besoin d'apporter des protections spécifiques à la partie identifiée comme étant plus faible[256].

52. L'objectif d'équilibre contractuel par la protection des parties dites faibles. – À la différence du droit commun des contrats qui part du postulat d'une égalité des parties, ces différents droits spéciaux prônent, au contraire, l'inégalité des parties[257]. À partir de ce constat, se sont construits des droits spéciaux adaptés à l'évolution de la société et permettant de dépasser l'utopie de l'égalité contractuelle[258]. Les discours législatifs intègrent la nécessité de protéger l'équilibre contractuel en danger du fait de cette disparité entre les parties[259]. Des auteurs peu enclins à cette protection sectorielle estiment qu'il s'agit là d'un équilibre artificiel imposé par le législateur[260]. Toutefois, cette protection de la partie faible semble avoir évolué par rapport à celle accordée dans le Code civil de 1804[261]. Désormais, les mesures prises en considération de la partie faible vont atteindre la partie désignée comme forte « *afin qu'il n'exploite pas injustement le plus faible ; le handicap est pour lui, non pour sa victime désignée* »[262]. L'équilibre contractuel est donc la finalité à atteindre. Pour atteindre cette finalité, le législateur a choisi d'intervenir de manière sectorielle avec l'identification précise de situations d'inégalité des parties, inégalités entraînant un risque accru pour le maintien de l'équilibre contractuel.

---

[254] **S. LE GAC-PECH**, « Bâtir un droit des contractants vulnérables », *in RTD Civ.,* 2014, p. 581 : « *Noyées dans un dédalle de normes, les dispositions protectrices ne sont pas suffisamment exploitées. Éparpillées dans la théorie générale, les contrats spéciaux et les droits spéciaux du contrat, elles restent en grande partie méconnues* ».

[255] V. en ce sens : **S. LE GAC-PECH**, « Bâtir un droit des contractants vulnérables », *in RTD Civ.*, 2014, p. 581.

[256] **G. RIPERT**, *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, 2ème éd., LGDJ, 1948, n°81, p. 146 : « *Il faut les protéger pour rétablir l'égalité* ».

[257] **G. RIPERT**, *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, 2ème éd., LGDJ, 1948, n°68, pp. 121-122 : *« L'expérience démontre que la liberté ne suffit pas à assurer l'égalité, car les plus forts deviennent vite des oppresseurs. Il appartient alors à l'État d'intervenir pour la protection des faibles.* […] *Cette protection des faibles par le droit a amené, surtout ces dernières années, une floraison extraordinaire de mesures légales. ».*

[258] **D. MAZEAUD**, « Constats sur le contrat, sa vie, son droit », *in LPA,* 1998, p. 8 : « *Produit de la philosophie individualiste et du libéralisme économique qui imprégnaient le Code civil et ceux qui l'ont interprété, le droit des contrats dont nous avons hérité reposait sur une utopie : celle de contractants qui, en toute liberté et indépendance et sur un pied d'égalité, se promettaient fidélité et loyauté pendant toute la durée de leur relation contractuelle* ».

[259] **Th. REVET**, « Le projet de réforme et les contrats structurellement déséquilibrés », *in D.*, 2015, p. 1217.

[260] **Ph. JESTAZ**, « L'évolution du droit des contrats spéciaux dans la loi depuis 1945 », *in L'évolution contemporaine du Droit des contrats, Journées René Savatier*, PUF, 1985, p. 117, spéc. p. 134.

[261] *Cf. supra n°*37.

[262] **L. JOSSERAND**, « La protection des faibles par le droit », *in Évolutions et Actualités – Conférences de droit civil,* Recueil Sirey, 1936, p. 159, spéc. p. 171.

53. Une spécialisation et une stigmatisation critiquables. – Cette identification des parties peut toutefois soulever des difficultés. D'une part, plusieurs critiques peuvent être émises quant à cette spécialisation. Comme peut le dénoncer Madame Sophie Le GAC-PECH, « *si le tissu normatif apte à assurer la protection des contractants vulnérables existe indéniablement, foisonne même, il n'en demeure pas moins stérile* »[263]. Il existe ainsi de nombreuses dispositions protectrices, qui sont cependant méconnues, notamment en raison de leur éparpillement dans les différents droits spéciaux. Par conséquent, les protections apportées ne peuvent être effectives. D'autre part, l'identification précise des parties faibles laisse de côté les contractants qui n'entrent pas dans ces catégories. En outre, si l'on peut effectivement identifier certaines situations de faiblesse, elles ne doivent pourtant pas être figées, la faiblesse d'une partie pouvant être évolutive. Un débat s'était d'ailleurs posé en ces termes au sujet de la faiblesse non reconnue des professionnels, alors que certains auraient souhaité leur faire bénéficier de protections similaires aux consommateurs[264]. En ce sens, il a pu être avancé qu'il est regrettable de procéder à une stigmatisation de la partie faible[265], la protection accordée à une partie spécifique peut aboutir à un renversement des positions dans le contrat. Pour répondre à ces critiques, il a pu être proposé de « *bâtir un droit des contractants vulnérables* »[266]. Cette proposition montre le besoin de se préoccuper de l'équilibre contractuel dans le droit commun des contrats, qui s'adresse à tous les contractants, peu important leur qualité. En tout état de cause, la réforme de 2016-2018 du droit des obligations semble avoir intégré cet objectif d'équilibre contractuel dans sa politique.

2. La réforme du droit commun des contrats

54. Un droit commun dépassé. – La parcellisation annoncée du droit des contrats a permis de répondre à un grand nombre de besoins de circonstances, sans pour autant se préoccuper du droit des contrats déjà existant, le droit commun. Prenant acte des carences du droit commun, les droits spéciaux ont permis d'établir une certaine compensation. Pour autant,

[263] **S. LE GAC-PECH**, « Bâtir un droit des contractants vulnérables », *in RTD Civ.*, 2014, p. 581.

[264] **D. MAZEAUD**, « Constats sur le contrat, sa vie, son droit », *in LPA,* 1998, p. 8 ; « Les professionnels sont des consommateurs comme les autres », *in Liber amicorum – Mélanges en l'honneur de Philippe Merle*, coll. Études, mélanges, travaux, Dalloz, 2012, p. 517.

[265] Il est en effet possible que la partie habituellement reconnue comme forte subisse une certaine vulnérabilité. Des auteurs évoquent à ce titre une « *vulnérabilité inversée* ». V. en ce sens : **L. FIN-LANGER**, « La vulnérabilité en droit privé », *in Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux,* n°18, 2020, p. 11, spéc. p. 16 ; **Ph. MALINVAUD**, « La protection des consommateurs », *in D.,* 1981, p. 49, spéc. p. 62.

[266] **S. LE GAC-PECH**, « Bâtir un droit des contractants vulnérables », *in RTD Civ.*, 2014, p. 581.

le droit commun apparaît comme vieillissant, ne permettant pas de s'adapter aux nouveaux besoins[267], et notamment un renforcement de l'équilibre contractuel.

55. Vers le déclin du droit commun ? – Traversé par des crises[268], par une « *explosion de ses formes* »[269], et un amoncellement de législations spécialisées[270], le droit des contrats a subi de nombreuses modifications, mais « *ne s'est transformé que par touches successives, sans vision d'ensemble* »[271]. Une partie de la doctrine a donc appelé de ses vœux à une réforme du droit commun des contrats[272]. Le droit commun est apparu, non seulement comme un droit dépassé, voire désuet, mais surtout, un droit qui ne s'articule plus correctement avec les droits spéciaux. D'un droit de référence, identifié comme le socle du droit des contrats, il devient seulement un droit résiduel[273], ne s'appliquant qu'à titre subsidiaire. Ces critiques émises à l'encontre du droit commun, quelque peu excessives, peuvent être tempérées. Des auteurs, bien moins pessimistes, ont émis l'idée que le droit commun garderait « *le prestige* [de détenir] *le lexique de mots souches et le stock de principes qui sont les sédiments de la mémoire juridique* »[274]. À ce titre, on peut prendre l'exemple des principes du droit commun, la liberté contractuelle, la force obligatoire et la bonne foi. Par ailleurs, un auteur relève qu'« *après tout*

[267] Un auteur se demande si ce n'est pas plutôt les postulats sur lesquels sont fondés le droit des contrats qui empêchent une adaptation du droit commun, plutôt que le droit en lui-même : **J. JULIEN**, « Dogmatisme et pragmatisme dans le nouveau droit des contrats », *in Études offertes à Jacques Combret,* coll. Les mélanges, Defrénois, 2017, p. 225, spéc. p. 226 : « *Plus précisément, ce sont les postulats du droit des contrats qui apparurent en décalage de plus en plus profond avec la réalité contractuelle, justifiant assurément de remettre l'ouvrage sur le métier* ».

[268] V. not. **H. BATIFFOL**, « La "crise du contrat" et sa portée », *in APD*¸ t. 13, 1968, p. 13 ; **Ch. JAMIN, D. MAZEAUD (dir.)**, *La nouvelle crise du contrat*, coll. Thèmes & commentaires, Dalloz, 2003.

[269] **Ph. JESTAZ**, « L'évolution du droit des contrats spéciaux dans la loi depuis 1945 », *in L'évolution contemporaine du Droit des contrats, Journées René Savatier*, PUF, 1985, p. 117, spéc. p. 134.

[270] **J.-M GUÉGUEN**, « Le renouveau de la cause en tant qu'instrument de justice contractuelle », *in D.,* 1999, p. 352, spéc. n°34 : L'auteur évoque un « *colonialisme expansif des droits spéciaux* ».

[271] **C. THIBIERGE-GUELFUCCI**, « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », *in RTD Civ.* 1997, p. 357, spéc. n°4.

[272] V. not. **L. CADIET**, « Interrogations sur le droit contemporain des contrats », *in Le droit contemporain des contrats – Bilan et perspectives,* L. CADIET, G. CORNU (dir.)*,* coll. Travaux et recherches, Économica, 1987, p. 7 ; **J.-M GUÉGUEN**, « Le renouveau de la cause en tant qu'instrument de justice contractuelle », *in D.,* 1999, p. 352, spéc. n°37 ; **C. THIBIERGE-GUELFUCCI**, « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », *in RTD Civ.* 1997, p. 357 ; **F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE,** *Droit civil – Les obligations*, 10ème éd., coll. Précis, Dalloz, 2009, n°45, p. 49 ; **D. MAZEAUD**, « Le changement en droit des contrats », *in RDA,* 2015, n°10, p. 81.

[273] **F. COLLART DUTILLEUL, Ph. DELEBECQUE**, **C.-E. BUCHER**, *Contrats civils et commerciaux*, 12ème éd., coll. Précis, Dalloz, 2023, n°5, p. 6. Pour une position plus nuancée : **F. GRUA**, « Le Code civil, code résiduel ? », *in RTD Civ.,*2005, p. 253 ; **N. BALAT**, *Essai sur le droit commun*, M. GRIMALDI (préf.), t. 571, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2016.

[274] **J. CARBONNIER**, « Le code civil », *in Les lieux de mémoire,* t. II, *La nation,* P. NORA (dir.), Gallimard, 1986, p. 293, spéc. p. 306.

le droit commun a toujours eu une vocation subsidiaire à s'appliquer »[275]. Malgré cette vocation subsidiaire qui tendait à s'accroître avec la multiplication des droits spéciaux, le droit commun reste le droit de référence s'agissant des conditions de validité générales applicables à tous les contrats. Le contrat pour être valide doit, *a minima*, respecter un consentement libre et éclairé, une capacité des parties et un contenu licite et certain.

56. Un besoin de réformer le droit commun. – Bien qu'une partie du droit commun n'ait pas perdu de sa pertinence, il n'en demeure pas moins qu'une réforme était nécessaire[276]. D'une part, pour intégrer l'évolution du droit des contrats insufflée par la jurisprudence, d'autre part, pour procéder à la modernisation du droit en prenant acte du développement considérable de la pratique contractuelle. Sur ce dernier point, on a pu évoquer la révolution industrielle, avec l'apparition de nombreux contrats non négociés (contrat de travail, contrats d'assurance, contrat de transport, contrats de consommation, *etc*.) ; mais il faut également envisager la révolution numérique qui aggrave le manque de lisibilité des contrats. Un auteur illustre le propos : « *la dématérialisation de l'échange des consentements conduit à ce que l'une des parties ait pré-rédigé l'entier contenu du contrat, tandis que l'autre se contente de "cliquer", fût-ce deux fois, pour manifester son acceptation. L'adhésion dématérialisée est encore moins réfléchie : qui peut prétendre avoir lu les conditions générales d'un contrat avant de télécharger une application sur son téléphone ?* »[277]. Ces différentes évolutions ont donc conduit à l'élaboration et la publication de différents avant-projets[278]. Ces réflexions ont abouti à une réforme réalisée par ordonnance le 10 février 2016[279], suivie d'une loi de ratification adoptée le 20 avril 2018[280].

---

[275] **Ch. GOLDIE-GENICON**, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, Y. LEQUETTE (préf.), t. 509, « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2009, n°10, p. 17.

[276] **C. THIBIERGE-GUELFUCCI**, « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », *in RTD Civ.,* 1997, p. 357 : Dans cet article, l'auteure en appelle à une réforme du droit commun des contrats.

[277] **R. BOFFA**, « Article 1108 : le contrat d'adhésion », *in RDC*, 2015, n°3, p. 736, spéc. n°1. *Adde*. **D. COHEN**, « Ampleur et qualités du consentement donné par clic de souris », *in LPA,* 2014, n°164, p. 3.

[278] **P. CATALA (dir.)**, *Rapport sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations (Articles 1101 à 1386 du Code civil et du droit de la prescription (Articles 2234 à 2281 du Code civil)*, 2005, [en ligne] http://www.justice.gouv.fr/art_pix/RAPPORTCATALASEPTEMBRE2005.pdf ; **F. TERRÉ (dir.)**, *Pour une réforme du droit des contrats*, coll. Thèmes & commentaires, Dalloz, 2008 ; Projet de réforme du régime des obligations et des quasi-contrats, 2011, [en ligne] http://www.textes.justice.gouv.fr/art_pix/avant_projet_regime_obligations.pdf.

[279] Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

[280] Loi n°2018-287 du 20 avril 2018 ratifiant l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

57. L'équilibre contractuel, un choix de politique législative de la réforme de 2016. – Face au constat de la modification des comportements contractuels, d'une « *enflure normative* » des contenus contractuels[281] et de la conclusion de plus en plus massive de contrats d'adhésion ou de contrats types, le législateur a décidé d'intervenir. Les objectifs de la réforme tendent ainsi à renforcer les préoccupations envers les contractants en vue d'améliorer la justice contractuelle et donc, l'équilibre contractuel[282]. Certaines innovations permettent de traduire cette volonté, à savoir le mécanisme des clauses abusives et du déséquilibre significatif[283], l'exécution excessivement onéreuse[284], l'avantage manifestement excessif[285], la généralisation de la bonne foi[286], ou encore l'exigence d'une obligation d'information précontractuelle[287]. Ces mécanismes permettent une protection accrue pour les parties en situation d'infériorité, avec pour objectif de prévenir les déséquilibres contractuels qui en résulteraient[288]. Une certaine

[281] **M. MEKKI**, « La densification normative du contrat », *in La densification normative – Découverte d'un processus,* C. THIBIERGE et *al*., Mare & Martin, 2013, p. 719, spéc. p.724 : « *L'enflure normative renvoie à l'idée que le contrat ne cesse de voir son contenu s'étendre. Il s'opère un gonflement normatif du contrat. Cette densification normative est l'œuvre des parties qui cherchent pour certaines d'entre elles la conclusion d'un contrat sur mesure* ». *Adde*. **M. MEKKI**, « L'inflation contractuelle », *in Lex-electronica,* vol. 23, 2018, p. 131 ; **J.-P. CHAZAL**, « Les nouveaux devoirs des contractants – Est-on allé trop loin ? », *in La nouvelle crise du contrat,* Ch. JAMIN, D. MAZEAUD (dir.), coll. Thèmes & commentaires, Dalloz, 2003, p. 99, spéc. p. 106 et s. : l'auteur évoque « *l'hypertrophie contractuelle* ».

[282] 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 : « *Renforcer l'attractivité de notre droit n'implique pas pour autant de renoncer à des solutions équilibrées, protectrices des parties, mais aussi efficaces et adaptées aux évolutions de l'économie de marché* ». *Adde*. **F. ANCEL**, « L'esprit de la réforme du droit des contrats », *in La réforme du droit français des contrats*, B. FAUVARQUE-CAUSSON, G. WICKER (dir.), vol. 31, coll. Droit comparé et européen, Société de législation comparée, 2019, p. 9, spéc. p. 15 ; **H. BARBIER**, « Les grands mouvements du droit commun des contrats après l'ordonnance du 10 février 2016 », *in RTD Civ.,* 2016, p. 247 ; **T. RONZIER**, *La sécurisation des standards dans le nouveau droit commun des contrats : étude à partir des standards liés à l'équilibre contractuel*, M. LAROCHE et J. KLEIN (dir.), th. dactyl., Université de Normandie, 2022, n°12, p. 32.

[283] V. C. civ., art. 1171.

[284] V. C. civ., art. 1195.

[285] V. C. civ., art. 1141 et 1143.

[286] V. C. civ., art. 1104 et 1112.

[287] V. C. civ., art. 1112-1.

[288] Deux thèses récentes portent sur les standards liés à l'équilibre contractuel insérés dans le Code civil à l'issue de la réforme. Elles y évoquent l'avantage manifestement excessif, le déséquilibre significatif, l'exécution excessivement onéreuse, *etc*. : V. **M. GARNIER-ZAFFAGNINI**, *Le standard juridique – Essai d'une théorie générale à l'épreuve du droit des contrats*, M. LATINA (dir.), th. dactyl., Université Côte d'Azur, 2022 ; **T. RONZIER**, *La sécurisation des standards dans le nouveau droit commun des contrats : étude à partir des standards liés à l'équilibre contractuel*, M. LAROCHE et J. KLEIN (dir.), th. dactyl., Université de Normandie, 2022. Sur ce même sujet : **S. LE GAC-PECH**, « Les nouveaux remèdes au déséquilibre contractuel dans la réforme du Code civil », *in LPA,* 2016, n°162-163, p. 7.

ligne directrice de la réforme se distingue[289] dans le sens d'un objectif d'équilibre contractuel et de la protection des intérêts des parties[290].

58. L'accueil de l'unilatéralisme par le législateur. – La réforme du droit des contrats a été l'occasion pour le législateur d'opérer un choix de politique contractuelle et d'accueillir une dose supplémentaire d'unilatéralisme au sein du droit commun des contrats, plutôt que de le proscrire. En effet, une certaine ambiguïté peut être mise en avant avec l'unilatéralisme qui, d'une part, est une source substantielle d'abus et de domination, mais qui, d'autre part, est indispensable « *dans un monde où le temps se comprime de plus en plus* »[291]. Il permet à cet égard une certaine « *efficience du mécanisme contractuel* »[292]. Notamment, l'utilisation du contrat d'adhésion, archétype de l'unilatéralisme en matière contractuelle, « *a permis aux entreprises puissantes de réaliser de substantielles économies par la suppression des coûts de*

[289] Bien que certains auteurs évoquent l'absence de réelle politique de la réforme du fait d'une absence de prise de partie, il n'en demeure pas moins que l'équilibre contractuel faisait partie de ces différentes lignes directrices de la réforme. Concernant l'absence de ligne politique : V. **Th. GENICON**, « Conjurer la "faiblesse obligatoire" du contrat (éléments de solution pour un juste compromis en droit des contrats) », *in* Table ronde : Les défis du droit des contrats, *in CCC*., 2020, n°12, dossier 12 : « *Il est au moins un point de départ sur lequel les avis nous semblent pouvoir converger : la réforme de 2016-2018 est orpheline d'une ligne politique. Au-delà de quelques objectifs consensuels, tels la lisibilité des textes et l'accessibilité au droit, il est bien difficile d'en pénétrer l'esprit car, bien souvent, elle marie l'eau et le feu (parfois même dans un seul et même texte). Tantôt déjudiciarisation et unilatéralisme, tantôt forte pénétration du juge ; tantôt solidarisme, tantôt libéralisme ; tantôt liberté contractuelle, tantôt impérativité ; tantôt objectivisme, tantôt subjectivisme ; tantôt esprit consumériste, tantôt esprit affairiste ; tantôt technique et précision, tantôt flou entretenu et notions standards... Tout se mêle dans ce chaudron réformateur, sans que rien de nettement dominant n'émerge* » ; **M. LATINA**, « Apprécier la réforme », *in RDC*, 2016, n°3, p. 615. Comp. **H. BARBIER**, « Les grands mouvements du droit commun des contrats après l'ordonnance du 10 février 2016 », *in RTD civ.*, 2016, p. 247.

[290] **H. VILLAIN**, *Contrat d'adhésion et justice contractuelle – Étude comparée franco-québécoise*, S. CHASSAGNARD-PINET (dir.), th. dactyl., Université de Lille, 2022, n°514 , p. 557 : « *Les droits communs français et québécois des contrats offrent désormais des outils dont l'objectif principal est de l'intérêt de l'adhérant et de rétablir l'équilibre contractuel* ».

[291] **B. MOORE**, « Hélène Villain, Contrat d'adhésion et justice contractuelle - Étude comparée franco-québécoise »*, in RTD Civ.*, 2022, p. 988. *Adde*. **G. BERLIOZ**, *Le contrat d'adhésion*, B. GOLDMAN (préf.), LGDJ, 1973, n°21, p. 20 : « *L'expansion industrielle, en accélérant et intensifiant les échanges ainsi qu'en changeant d'échelle les mécanismes d'adaptation, supprime la négociation individuelle : les techniques de conclusion des contrats uniformes et sans débat sont économiquement indispensables sous peine de faire de cette conclusion un processus extrêmement coûteux, lent et complètement inadapté au volume et à la rapidité des opérations commerciales. L'adhésion à un contrat standardisé et prérédigé, soumis par un intermédiaire sans pouvoir de négociation, est indispensable* » (nous soulignons).

[292] **B. MOORE**, « Hélène Villain, Contrat d'adhésion et justice contractuelle - Étude comparée franco-québécoise »*, in RTD Civ.*, 2022, p. 988. *Adde*. **M. ARMAND-PREVOST, D. RICHARD**, « Le contrat déstabilisé (de l'autonomie de la volonté au dirigisme contractuel) », *in JCP*, 1979, I, p. 2952, spéc. n°1 : « *Les entreprises modernes ne sont pas en mesure de discuter chacun de leurs contrats avec chacun de leurs clients ce qui ne serait pas viable économiquement. Pour elles, le contrat d'adhésion présente les avantages du prêt-à-porter par rapport au sur mesure. L'apparition du contrat d'adhésion était inéluctable. Son utilité et même son caractère indispensable sur le plan économique sont incontestables* » ; **H. JUILLET-REGIS**, *La force obligatoire du contrat – Réflexion sur l'intérêt au contrat*, B. TEYSSIÉ (dir.), th. dactyl., Université de Paris Panthéon-Assas, 2015, n°244, p. 157 : « *la figure du contrat d'adhésion a rendu maints services aux activités économiques. Leur utilité pour la fluidité des transactions est indiscutable*. […] *La standardisation industrielle et l'accélération des temps de production nécessitent la standardisation contractuelle et l'accélération des temps de transaction* ».

négociation »[293]. Aussi paradoxal que cela puisse être[294], cette reconnaissance par le législateur de l'unilatéralisme dans le droit des contrats permet aussi d'aboutir à un meilleur équilibre contractuel. En effet, les risques engendrés par cet unilatéralisme vont être contrebalancés par des dispositions permettant d'éviter autant que possible les risques de déséquilibre. Cet accueil permet ainsi de reconnaître la réalité de la pratique contractuelle tout en essayant d'en maîtriser les risques.

59. La dualisation du droit commun des contrats, ou l'importance du contexte de formation du contrat. – Le droit commun est fondé sur un postulat d'égalité des parties. L'intégration de l'unilatéralisme dans le droit commun des contrats conduit à y intégrer un second postulat, qui repose, cette fois, sur l'inégalité des parties. Dans cette perspective, Monsieur Thierry REVET évoque la « *dualisation de la théorie du contrat* » et la « *crise de la théorie générale du contrat* »[295]. Cette dualisation renvoie à un droit des contrats s'adressant, d'une part, à des contractants en situation d'égalité, et d'autre part, à des contractants en

[293] **J.-P. CHAZAL**, *De la puissance économique en droit des obligations,* D. LEFÈBVRE (dir.), t. 1, th. dactyl., Université de Grenoble II, 1996, spéc. n°54, p. 54. *Adde*. Certains auteurs saluent l'introduction du contrat d'adhésion dans le droit commun : V. not. **R. BOFFA**, « Article 1108 : le contrat d'adhésion »*, in RDC*, 2015, n°3, p. 736, spéc. n°2 : « *Pourtant, il nous semble fondamental que la distinction entre enfin dans le Code civil. On ne saurait en effet laisser au droit spécial ce qui constitue de nos jours l'immense majorité du phénomène contractuel. Nier l'existence du contrat d'adhésion dans le Code civil, c'est faire de notre droit commun un droit résiduel, un droit des contrats conclus entre particuliers. Si le Code civil doit rester un modèle, il doit embrasser l'ensemble des conventions. Il faut donc se réjouir que le projet consacre ce qui constitue sans doute la summa divisio moderne du droit des contrats* » ; **Th. REVET**, « À propos de l'article de Bernard Beignier "Pour un nouveau code civil" », *in D.,* 2019, p. 1011, spéc. n°4 : « *La grande réussite de cette réforme, abstraction faite de ses faiblesses non négligeables, dont je parlerai un peu plus loin, est, à mon avis, d'avoir fait en sorte que le droit commun prenne acte que la figure générale du contrat ne consiste plus dans le seul contrat de gré à gré, mais, en outre, dans le contrat d'adhésion* ».

[294] Une récente thèse a entrepris l'analyse du mécanisme du contrat d'adhésion au regard de la justice contractuelle. Une fois la surprise du sujet passée, elle met en lumière que l'intégration du contrat d'adhésion, outil potentiel de domination et d'abus, dans le droit permet de favoriser la justice contractuelle et donc la prise en compte de l'équilibre contractuel : « *Le contrat d'adhésion était devenu le témoin éloquent de la nécessité d'introduire plus de justice contractuelle au sein du droit des contrats. C'est là tout le paradoxe, mais aussi toute la richesse de la notion de contrat d'adhésion. Ce dernier a beau être un instrument potentiel de déséquilibre contractuel, il est aussi, à travers les dispositions qui composent son régime, le catalyseur d'une expression plus large de la justice contractuelle et d'une application toujours plus soutenue de ce principe. Parce qu'il est un outil d'exploitation des parties les plus vulnérables par les contractants les plus forts, le contrat d'adhésion mobilise des règles destinées à corriger ce déséquilibre et à réintroduire de la justice dans le rapport contractuel* » : **H. VILLAIN**, *Contrat d'adhésion et justice contractuelle – Étude comparée franco-québécoise*, S. CHASSAGNARD-PINET (dir.), th. dactyl., Université de Lille, 2022, n°516, p. 559.

[295] **Th. REVET**, « Le contrat Janus ou la dualisation de la théorie du contrat », *in Mélanges en l'honneur du professeur Laurent AYNÈS, Liberté, justesse, autorité*, coll. Mélanges, LGDJ – Lextenso, 2019, p. 421 ; « Une philosophie générale ? », *in RDC*, 2016, n° hors-série, p. 5 ; « Le nouveau discours contractuel (Rapport de synthèse) », *in RDC*, 2016, n°3, p. 627 ; « Le temps d'après », *in RDC,* 2018, n°1, p. 1 : « *L'axe majeur de la réforme est d'avoir organisé le droit commun rénové du contrat sur la base de deux grandes figures, qui correspondent aux réalités contractuelles premières de l'époque : le contrat de gré à gré et le contrat d'adhésion* ». *Adde*. **Th. REVET, F. ZENATI-CASTAING**, *Cours de droit civil – Contrats, Théorie générale, quasi-contrats,* coll. Droit fondamental, PUF, 2014, spéc. n°4, pp. 33-37.

situation d'inégalité[296]. Cette dualisation se fondait, d'abord, sur le constat d'une opposition entre le droit commun – fondé sur l'égalité des parties – et les droits spéciaux des contrats – créés en vue de protéger les déséquilibres identifiés entre certaines parties au contrat –[297]. Ensuite, l'auteur a pu illustrer cette dualisation avec la réforme du droit des obligations[298]. L'ordonnance s'attache, en effet, « *à faire coexister, au sein du droit commun, deux visions du contrat : l'une égalitaire et fondée sur la libre volonté ; l'autre, structurellement inégalitaire et ancrée dans les rapports de puissance* »[299]. L'intention du législateur a été d'intervenir dans des situations contractuelles de crise « *dans lesquelles le destin du contrat se trouve, en réalité, placé entre les mains d'un contractant* »[300]. Autrement dit, il est intervenu pour rendre compte d'une réalité de la pratique contractuelle qui entraîne des risques pour l'équilibre contractuel.

60. Un régime commun également protecteur. – Cette dualisation du droit des contrats est bienvenue, en ce sens qu'elle permet de rendre compte de la réalité. Tous les contrats ne peuvent, en effet, se fonder sur une égalité de fait des parties. Toutefois, la dualisation impliquerait une coexistence de régime au sein même du droit commun, or, il n'en est rien. À notre sens, il y aurait plutôt un régime général s'appliquant à tous les contrats et un régime plus spécifique, s'additionnant au premier, permettant une protection renforcée dans le cadre des contrats d'adhésion[301]. Ce dernier a d'ailleurs été qualifié « *d'embryonnaire* »[302] dans la mesure où seules deux dispositions y sont rattachées. La première est la neutralisation des clauses

---

[296] **Ch. JAMIN**, *Le solidarisme contractuel : un regard franco-québécois : 9e Conférence Albert-Mayrand*, Thémis, 2005, p. 25 : pourtant identifié au courant solidariste, Christophe JAMIN va également dans ce sens en admettant que « *Rien ne doit interdire à la théorie générale du contrat de constituer un long continuum allant du principe de l'autonomie de la volonté, quand les parties sont de forces comparables, à un principe de solidarité autorisant une intervention de l'État à l'autre bout du spectre. La volonté individuelle mais aussi la règle étatique peuvent également façonner le contrat* ».

[297] **Th. REVET, F. ZENATI-CASTAING**, *Cours de droit civil – Contrats, Théorie générale, quasi-contrats,* coll. Droit fondamental, PUF, 2014, spéc. n°4, pp. 33-37.

[298] **Th. REVET**, « Le contrat Janus ou la dualisation de la théorie du contrat », *in Mélanges en l'honneur du professeur Laurent AYNÈS, Liberté, justesse, autorité*, coll. Mélanges, LGDJ – Lextenso, 2019, pp. 421-432 ; « Une philosophie générale ? », *in RDC*, 2016, n° hors –série, p. 5 ; « Le nouveau discours contractuel (Rapport de synthèse) », *in RDC*, 2016, n°3, p. 627 ; « La réception du contrat d'adhésion par la théorie générale du contrat », *in RDC,* 2019, n°2, p. 106.

[299] **G. CHANTEPIE, M. LATINA**, *Le nouveau droit des obligations – Commentaires théoriques et pratiques dans l'ordre du Code civil*, 3ème éd., coll. Hors collection, Dalloz, 2024, n°40, p. 34.

[300] **D. MAZEAUD**, « La bataille du solidarisme contractuel : du feu, des cendres, des braises… », *in Mélanges en l'honneur du professeur Jean HAUSER*, LexisNexis – Dalloz, 2012, p. 905, spéc. n°16, p. 919.

[301] **Th. REVET**, « Le projet de réforme et les contrats structurellement déséquilibrés », *in D.*, 2016, p. 1217, spéc. n°8 : Pour l'auteur cette articulation ne pose pas de problème puisque cela existe déjà. Il affirme en effet « *qu'il a toujours existé, au sein du même droit, des dispositions propres aux contrats synallagmatiques, aux contrats à titre onéreux, etc. Le droit commun réunit les dispositions qui, soit sont communes à tous les contrats (ainsi, le consentement, la capacité, l'objet, la cause), soit sont communes à des sous-catégories de contrats* […] ». *Adde.* **N. BLANC**, « L'équilibre du contrat d'adhésion », *in RDC,* 2019, n°2, p. 155.

[302] **R. BOFFA**, « Article 1108 : le contrat d'adhésion »*, in RDC*, 2015, n°3, p. 736, spéc. n°3 et n^{os} 7 et s.

abusives emportant un déséquilibre significatif dans le contrat[303] et la seconde est une disposition dans laquelle l'interprétation du contrat se fait en faveur de l'adhérent[304]. Cela étant, ces dispositions ne sont pas les seules permettant d'apporter une protection à l'équilibre contractuel. La réforme a également intégré dans le régime commun des dispositions allant dans ce sens[305]. Peuvent être cités, l'exigence de bonne foi tout au long de la relation contractuelle[306], l'obligation d'information précontractuelle[307], l'abus de dépendance[308], l'abus dans la fixation unilatérale du prix[309], la lutte contre les clauses privant l'obligation essentielle de sa substance[310], la modulation possible des clauses d'indemnisation manifestement excessives ou dérisoires[311], ou encore l'admission de l'imprévision permettant de rétablir l'équilibre initialement prévu[312]. Ces dernières dispositions s'inscrivent également dans une volonté de protéger les parties au contrat et donc de protéger l'équilibre contractuel[313]. Finalement, le législateur semble prendre acte des risques omniprésents de déséquilibre dans les contrats peu important leur type. Toutefois, le contrat d'adhésion étant par essence structurellement déséquilibré, des protections supplémentaires s'ajoutent. On a une sorte de gradation dans la protection des contractants selon le contexte de formation du contrat.

---

[303] C. civ., art. 1171 : « *Dans un contrat d'adhésion, toute clause non négociable, déterminée à l'avance par l'une des parties, qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite.*
L'appréciation du déséquilibre significatif ne porte ni sur l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation ».

[304] C. civ., art. 1190 : « *Dans le doute, le contrat de gré à gré s'interprète contre le créancier et en faveur du débiteur, et le contrat d'adhésion contre celui qui l'a proposé* ».

[305] **N. BLANC**, « L'équilibre du contrat d'adhésion », *in RDC,* 2019, n°2, p. 155, spéc. n°4.

[306] C. civ., art. 1104 : « *Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi* ».

[307] C. civ., art. 1112-1 : « *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.* […] ».

[308] C. civ., art. 1143 : « *Il y a également violence lorsqu'une partie, abusant de l'état de dépendance dans lequel se trouve son cocontractant à son égard, obtient de lui un engagement qu'il n'aurait pas souscrit en l'absence d'une telle contrainte et en tire un avantage manifestement excessif* ».

[309] C. civ., art. 1164 : « *Dans les contrats cadre, il peut être convenu que le prix sera fixé unilatéralement par l'une des parties, à charge pour elle d'en motiver le montant en cas de contestation.*
En cas d'abus dans la fixation du prix, le juge peut être saisi d'une demande tendant à obtenir des dommages et intérêts et le cas échéant la résolution du contrat ».

[310] C. civ., art. 1170 : « *Toute clause qui prive de sa substance l'obligation essentielle du débiteur est réputée non écrite* ».

[311] C. civ., art. 1231-5, al. 2 : « *Néanmoins, le juge peut, même d'office, modérer ou augmenter la pénalité ainsi convenue si elle est manifestement excessive ou dérisoire* ».

[312] C. civ., art. 1195 : « *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*. […] ».

[313] **N. BLANC**, « L'équilibre du contrat d'adhésion », *in RDC,* 2019, n°2, p. 155, spéc. n°14.

***

61. Conclusion Paragraphe 2 et Section 1. – Les différentes évolutions du droit des contrats permettent de constater l'intégration de l'équilibre contractuel dans les objectifs de politique législative. Le point commun de chacune de ces évolutions est surtout le constat d'un déséquilibre récurrent entre les parties, notamment dans les contrats d'adhésion. Les règles de 1804 fondées sur une égalité des parties ne sont plus suffisantes. Le législateur est donc d'abord intervenu de manière spéciale avec une identification de la partie faible pour compenser le déséquilibre initial. Ensuite, il est intervenu de manière plus générale par le biais d'une réforme du droit commun des contrats qui intègre dans sa politique un objectif d'équilibre contractuel. De manière générale, il est possible de constater que la mise en œuvre de cette politique passe, à tort ou à raison, par une volonté de rétablissement d'un équilibre entre les parties[314]. L'objectif est alors de minimiser autant que possible les risques de déséquilibres du contenu contractuel. Cette protection intervient pour l'essentiel au stade de la formation du contrat en vue de rétablir les conditions d'un consentement libre et éclairé par le biais de l'introduction de devoirs comportementaux, d'une procéduralisation de la formation du contrat, ainsi que d'un renforcement de l'information[315]. De manière plus accessoire et avec plus de retenue, le législateur intervient également en vue d'imposer un contrôle du contenu du contrat, notamment dans les contrats d'adhésion. Cet objectif d'équilibre contractuel coïncide ainsi avec une volonté de protection des parties au contrat et de protection de leurs intérêts. On perçoit donc déjà cette distinction entre l'objectif à atteindre qu'est l'équilibre contractuel et la mise en

[314] **J.-J. BARBIÉRI**, *Vers un nouvel équilibre contractuel ? : Recherche d'un nouvel équilibre des prestations dans la formation et l'exécution du contrat*, J.-L. RIVES-LANGE (dir.), th. dactyl., Université de Toulouse, 1981, p. 592 : « *Ce qu'il s'agit de restaurer, en effet, c'est la liberté de contracter, but qui est atteint, par la lutte contre la précipitation dont pourraient être victimes les personnes inexpérimentées* » ; **N. CHARDIN**, *Le contrat de consommation de crédit et l'autonomie de la volonté*, J.-L. AUBERT (préf.), t. 199, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 1988 : l'objet de sa thèse est de montrer le renouveau de l'autonomie de la volonté grâce au législateur qui procure aux contractants les moyens d'une volonté autonome et surtout rationnelle ; **C. OUERDANE-AUBERT DE VINCELLES**, *Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles,* Y. LEQUETTE (préf.), vol. 19, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, Dalloz, 2002, n°687, p. 499 *:* « *Les règles protectrices disposent d'une certaine cohérence en s'articulant aujourd'hui autour d'un axe principal : la restauration d'une volonté libre et éclairée des contractants* » ; **F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, et *al.***, *Droit civil – Les obligations*, 13ème éd., coll. Précis, Dalloz, 2022, nos 38 et s., p. 21 et s. *:* « *Afin d'éviter que le contrat ne méconnaisse les intérêts des contractants, comme ceux de la collectivité, on peut – plutôt que d'en réglementer impérativement le contenu – essayer de redonner à la liberté contractuelle ses vertus en créant un environnement favorable à l'établissement d'un véritable débat entre les parties* » ; **J. FLOUR, J.-L. AUBERT, É. SAVAUX**, *Droit civil – Les obligations – L'acte juridique*, 18ème éd., coll. Université, Dalloz, 2024, n°163, p. 208 : « *Pourtant, il est permis d'y voir, de manière plus conforme à l'intention du législateur, un mouvement de restauration de la volonté : la loi donne à des contractants que les techniques contractuelles modernes rendent particulièrement vulnérables les moyens d'émettre un consentement éclairé* » ; **J. ROCHFELD**, *Les grandes notions du droit privé,* 3ème éd., coll. Thémis, PUF, 2022, n°12, p. 547.

[315] **J. ROCHFELD**, *Les grandes notions du droit privé,* 3ème éd., coll. Thémis, PUF, 2022, n°12, p. 547.

œuvre de cet objectif à travers différents mécanismes. Ainsi, la terminologie d'équilibre contractuel n'apparaît pas formellement[316] dans les textes de loi, mais elle est sous-jacente à travers les mécanismes de protection. L'équilibre contractuel constitue une ligne directrice importante du droit des contrats, dont la doctrine s'est également saisie par de nombreux écrits. L'équilibre contractuel est, en effet, avant tout une expression doctrinale forgée au fil des différentes discussions afférentes aux contrats et au droit des contrats.

Section 2. L'équilibre contractuel, une notion forgée par la doctrine

62. En parallèle de l'évolution de l'équilibre contractuel dans la loi, cette idée est également apparue dans la doctrine contractualiste. Sur le même schéma, nous verrons que la notion n'était pas présente dans la doctrine à l'origine du Code civil (**Paragraphe 1**). Elle est apparue poussée par l'évolution de la société et d'une mise en lumière d'une certaine crise du contrat (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 1. Une absence de la notion d'équilibre contractuel dans la doctrine contractualiste jusqu'au début du XX^e^ siècle

63. La notion d'équilibre contractuel est absente de la doctrine contractualiste du XIX^e^ siècle[317] et quasiment inexistante au début du XX^e^ siècle[318]. Bien qu'elle ne soit pas employée

[316] Excepté sous sa forme négative, le « déséquilibre ».

[317] Cette affirmation a pu être facilitée par le traitement informatique des ouvrages. De manière non exhaustive voir : **Ch. AUBRY, Ch.-F. RAU**, *Cours de droit civil français,* t. II, F. Lagier, 1839 ; **G. BAUDRY-LACANTINERIE, L. BARDE**, *Traité théorique et pratique de droit civil, Des obligations,* t. I, L. Larose, 1897 ; **J.-J. DELSOL**, *Explication élémentaire du Code napoléon mise en rapport avec la doctrine et la jurisprudence*, t. II, 2ème éd., A. Cotillon et C^ie^, 1867 ; **C. DEMOLOMBE**, *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, t. I, Durand & Pedone Lauriel – Hachette et C^ie^, 1863 ; **Th. HUC**, *Commentaire théorique & pratique du Code civil*, t. VII, F. Pichon, 1894 ; **F. LAURENT**, *Principes de droit civil*, t. XV et XVI, Bruylant-Christophe – A. Durand & Pedone Lauriel, 1875 ; **R.-J. POTHIER**, *Traité des obligations*, J.-L. HALPÉRIN (préf.), coll. Bibliothèque Dalloz, Dalloz, 2011 (réédition de l'ouvrage paru initialement en 1821 chez Tomine et Fortic) ; **K.-S. ZACHARIAE**, *Le droit civil français*, trad. G. MASSÉ, Ch. VERGÉ, t. III, A. Durand, 1856 ; **M. L. LAROMBIÈRE**, *Théorie et pratique des obligations*, t. 1, A. Durand et Pedone-Lauriel, 1885. Contra : Un auteur fait exception et évoque de manière générale la notion d'équilibre en matière conventionnelle : **A. DURANTON**, *Traité des contrats et des obligations en général suivant le Code civil,* t. I, P. Gueffier, 1819, pp. 2-3 : « *On voit par cette idée générale des conventions, qu'on doit les considérer comme des moyens que les hommes emploient généralement pour se procurer ce qui leur manque, en donnant ce qu'ils ont de superflu.* […] *Les conventions ont donc été imaginées pour obvier à ces inconvénients qui entraîneraient nécessairement la dissolution des sociétés que les hommes ont formées en vue d'un bonheur commun, et rendraient la condition de chacun infiniment précaire. Elles établissent un heureux équilibre entre les besoins et les moyens de les satisfaire* ».

[318] Quelques traités évoquent l'équilibre en matière contractuelle : **A. COLIN, H. CAPITANT**, *Cours élémentaire de droit civil français*, t. II, 2ème éd., Dalloz, 1920, p. 259 : les auteurs estiment qu'il revient au législateur d'intervenir pour réglementer les contrats d'adhésion « *afin d'empêcher que la partie la plus forte*

en matière contractuelle, l'utilisation du vocable est constatée dans d'autres domaines, ou est circonscrite à des usages particuliers en droit des contrats. Une analyse de l'utilisation de la terminologie d'équilibre contractuel par la doctrine permet de mettre en avant un emploi limité à certains domaines (**A**). Toutefois, si la terminologie d'équilibre n'apparaît pas courante, celle d'équivalence l'est. Une analyse de l'utilisation de l'équivalence permettra de mettre en évidence l'existence de liens avec l'équilibre contractuel (**B**).

A. L'emploi limité du terme d'équilibre par la doctrine

64. La présence du vocable dans d'autres domaines. – La terminologie d'équilibre n'est pas totalement absente des discours doctrinaux. S'il était peu employé en matière contractuelle, il apparaît dans d'autres domaines.

65. L'équilibre et la responsabilité civile. – Tout d'abord, en matière de responsabilité civile, la notion d'équilibre a pu être intégrée dans les écrits, notamment sous l'impulsion de SAVATIER[319]. L'auteur fait référence à l'équilibre dans le cadre de la réparation intégrale des dommages qui permet de réparer l'atteinte subie par la victime et, *in fine*, de rétablir l'équilibre entre les patrimoines des individus. La responsabilité implique pour tout individu de réparer en nature ou en valeur tout dommage qu'il cause à autrui[320]. Ainsi, la réparation est un moyen de rétablir l'équilibre rompu au moment du dommage qui impacte directement ou indirectement

n'impose à l'autre des conditions léonines. […] *En un mot, il interviendra pour rétablir l'équilibre, mais par voie générale et au moyen d'une limitation de la liberté des parties* » ; **R. DEMOGUE**, *Traité des obligations en général – Effets des obligations,* t. 6, éd. Arthur Rousseau, 1932, spéc. n°49, p. 634 : à propos de l'imprévision, « *On a encore soutenu l'existence de la clause sic rebus stantibus en droit positif, en vertu de l'équité, qui exige un certain équilibre des prestations et ne peut admettre un appauvrissement illimité d'une partie au bénéfice de l'autre, tout en s'efforçant de maintenir ce principe dans de justes limites* » ; **L. JOSSERAND**, *Traité de droit civil*, t. II, *Théorie générale des obligations, Les principaux contrats du droit civil, Les sûretés*, 3ème éd., Recueil Sirey, 1939, spéc. n°406bis, p. 228 ; **H. CAPITANT**, *De la cause des obligations (Contrats, engagements unilatéraux, legs),* Dalloz, 1923, p. 167 et 269. Bien qu'usitée, la notion d'équilibre en matière contractuelle n'est employée qu'à la marge dans leurs développements. *Adde*. **E. GAUDEMET**, « Des rapports juridiques entre le retour successoral et le retour conventionnel », *in RTD Civ.*, 1902, p. 739, spéc. p. 747 ; **M. PICARD, A. PRUDHOMME**, « De la résolution judiciaire pour inexécution des obligations », *in RTD Civ.,* 1912, p. 61, spéc. p. 68 et s. : les auteurs évoquent la rupture de l'équilibre contractuel dans le cadre de l'inexécution des obligations. Encore une fois, l'approche de l'équilibre s'envisage au regard du contenu du contrat et de ses obligations.

[319] **R. SAVATIER**, *Traité de la responsabilité civile en droit français*, t. 2, *Conséquences et aspects divers de la responsabilité*, 2ème éd., LGDJ, 1951, n°601, p. 177 : « *Le propre de la responsabilité civile est de rétablir, aussi exactement que possible, l'équilibre détruit par le dommage, en remettant la victime, aux dépens du responsable, dans la situation où elle aurait été sans l'acte reproché à celui-ci* ». *Adde*. **R. BEUDANT, P. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE**, *Cours de droit civil français*, t. IXbis, *Les contrats et les obligations*, 2ème éd., Rousseau et Cie éd., 1952, spéc. n°1374, p. 5.

[320] **ASSOCIATION H. CAPITANT** (dir.), *Vocabulaire juridique*, 14ème éd., coll. Quadrige, PUF, 2022, V° « Responsabilité ».

le patrimoine de la victime[321]. Dans cette perspective, c'est la dimension objective de l'équilibre qui est mise en avant, la responsabilité garantit le rétablissement d'un équilibre économique par la réparation du préjudice. Un auteur évoque à ce titre que « *le droit civil classique est préoccupé de justice patrimoniale. Ce qui l'émeut, ce n'est pas le spectacle de la méchanceté ou l'étalage de la négligence, c'est qu'un préjudice soit venu ébranler ou détruire l'équilibre d'un patrimoine* »[322]. Si la notion d'équilibre est employée dans le domaine de la responsabilité délictuelle, elle pourrait être transposée à la responsabilité contractuelle dont la fonction est de réparer les dommages provoqués à la suite d'une inexécution ou mauvaise exécution contractuelle.

66. L'équilibre et les quasi-contrats. – La notion d'équilibre est utilisée en matière quasi contractuelle[323], notamment dans les situations dans lesquelles il existe un appauvrissement ou un enrichissement ne trouvant aucune cause[324]. C'est ainsi que l'action *in rem verso* trouve son fondement dans la volonté de rétablir « *un équilibre injustement rompu entre deux patrimoines* »[325].

---

[321] V. en ce sens : Cass. Civ. 2ème, 28 oct. 1954 : *Bull. civ.* II n°328, p. 222 ; *JCP G*., 1955, II, 8765, note R. SAVATIER ; *RTD civ*., 1955, p. 324, obs. H. et L. MAZEAUD : « *Le propre de la responsabilité civile consiste à rétablir aussi exactement que possible l'équilibre détruit par le dommage et de replacer la victime dans la situation où elle se serait trouvée si l'acte dommageable n'avait pas eu lieu* ». Ces termes trouvent leur source dans le traité de responsabilité civile de SAVATIER.

[322] **R. BEUDANT, P. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE**, *Cours de droit civil français,* t. IXbis, *Les contrats et les obligations*, 2ème éd., Rousseau et Cie éd., 1952, spéc. p. 5.

[323] **R. BEUDANT, P. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE**, *Cours de droit civil français,* t. IXbis, *Les contrats et les obligations*, 2ème éd., Rousseau et Cie éd., 1952, spéc. n°1693, p. 313 : « *Lorsque nous étudierons au livre suivant l'enrichissement sans cause, nous verrons que l'action qui le sanctionne exprime à la charge de l'une des parties, l'enrichi et au profit de l'autre, l'appauvri, l'unique effet qui est reconnu à ce phénomène juridique : la création d'une obligation à fin compensatoire destinée à rétablir un équilibre injustement rompu entre deux patrimoines* » ; **H. CAPITANT**, *De la cause des obligations (Contrats, engagements unilatéraux, legs),* Dalloz, 1923, p. 167 ; **J. MAURY**, *Essai sur le rôle de la notion d'équivalence en droit civil français,* M. CÉZAR-BRU (dir.), th. dactyl., Université de Toulouse, 1920, p. 3 : à propos de la cause dans le contrat qui doit permettre respecter un équilibre entre les patrimoines des contractants et ne doit pas permettre à l'un de s'enrichir au détriment d'autrui.

[324] Depuis la réforme du droit des obligations de 2016, la notion d'enrichissement sans cause a été remplacée par l'enrichissement injustifié du fait de la disparition de la notion de cause. D'un point de vue terminologique, nous utiliserons la notion d'enrichissement sans cause dès lors que nous traitons d'écrits antérieurs à la réforme. **S. GUINCHARD, Th. DEBARD (dir.)**, *Lexique des termes juridiques 2024-2025*, 32ème éd., Dalloz, 2024, V° « Enrichissement injustifié » : « *Enrichissement d'une personne en relation directe avec l'appauvrissement d'une autre, constitutif d'une source autonome d'obligation. L'enrichissement est injustifié, on parlait naguère d'enrichissement sans cause, lorsqu'il ne procède ni de l'accomplissement d'une obligation par l'appauvri ni de son intention libérale. L'enrichi doit, à celui qui se trouve appauvri, une indemnité égale à la moindre des deux valeurs de l'enrichissement et de l'appauvrissement. La personne appauvrie peut exercer l'action de in rem verso pour recouvrer cette indemnité* ».

[325] **R. BEUDANT, P. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE**, *Cours de droit civil français,* t. IXbis, *Les contrats et les obligations*, 2ème éd., Rousseau et Cie éd., 1952, spéc. n°1693, p. 313.

67. L'équilibre et le partage entre cohéritiers. – En matière de successions, l'équilibre est employé dans le cadre du partage du patrimoine avec les héritiers. L'équilibre doit donc être trouvé dans le partage du patrimoine entre tous les héritiers[326]. Le partage d'ascendant est un « *acte par lequel un ascendant distribue et partage tout ou partie de sa succession entre ses descendants par donation ou par testament, en composant lui-même les lots qu'il attribue à chacun et en veillant à ce que chaque lot soit au moins égal à la part de réserve de son attributaire* »[327]. Le partage se fait en principe entre les copartageants à parts viriles, sauf mention contraire de l'ascendant, dans la limite de la part de réserve attribuée à chacun. Il existe en la matière une action en rescision pour lésion prévue dans le Code civil[328]. Le partage à parts égales assure ainsi un équilibre entre les copartageants. Cet équilibre est protégé par le biais de cette action en garantie[329].

68. Une préoccupation permanente pour l'équilibre des patrimoines. – Avant toute chose, bien que l'équilibre apparaisse dans les écrits, il n'est employé que de manière exceptionnelle dans un contexte descriptif. Ensuite, il faut constater que l'équilibre est toujours utilisé dans un cadre patrimonial. Il est ainsi question de trouver ou retrouver un équilibre entre les patrimoines. Son contexte d'utilisation est donc essentiellement arithmétique, l'équilibre tel que mentionné fait référence à un équilibre en valeur. Cette appréhension de l'équilibre à travers la comparaison des patrimoines en valeur permet d'expliquer la relation de synonymie entre l'équilibre et l'équivalence. L'équivalence est d'ailleurs employée fréquemment en matière contractuelle.

B. L'emploi courant de la notion d'équivalence par la doctrine

69. Une notion courante du droit des contrats. – Le terme d'équivalence étant employé par le législateur[330], la doctrine s'est également saisie de ce terme. Bien qu'elle ait fait l'objet

---

[326] V. not. **G. BAUDRY-LANCANTINERIE, M. COLIN,** *Traité théorique et pratique de Droit civil – Des donations entre vifs et des testaments,* t. II, L. Larose, 1896, n°3601, p. 680 : cet auteur évoque le risque de déséquilibre dans le partage en présence d'une clause de réversibilité ; **K.-S. ZACHARIAE**, *Le droit civil français*, trad. G. Massé, C. Vergé, t. II, A. Durand, 1855, p. 251 : L'auteur évoque l'équilibre du partage de la succession entre les lignes paternelles et maternelles.

[327] **ASSOCIATION H. CAPITANT** (dir.), *Vocabulaire juridique*, 14ème éd., coll. Quadrige, PUF, 2022, V° « Partage d'ascendant ».

[328] C. civ., art. 889 : « *Lorsque l'un des copartageants établit avoir subi une lésion de plus du quart, le complément de sa part lui est fourni, au choix du défendeur, soit en numéraire, soit en nature. Pour apprécier s'il y a eu lésion, on estime les objets suivant leur valeur à l'époque du partage* ».

[329] **G. BAUDRY-LANCANTINERIE, P. DE LOYNES**, *Traité théorique et pratique de Droit civil – Du nantissement des privilèges et hypothèques et de l'expropriation forcée*, t. I, L. Larose, 1896, n°599, p. 456.

[330] *Cf. supra* nos32 et s.

de quelques études approfondies[331], « *l'équivalence est insaisissable* »[332]. Malgré tout, elle figure dans de nombreux écrits, et ce dès le XIX[e] siècle[333]. En matière contractuelle, l'équivalence est reprise dans deux contextes différents. D'une part, elle permet de définir la lésion. D'autre part, elle permet également de justifier le refus d'un principe d'équivalence objective, au profit de l'équivalence subjective[334].

70. L'équivalence précurseur de l'équilibre. – Un glissement sémantique peut être constaté. L'équilibre tend à être employé dans les mêmes contextes que celui d'équivalence, au point que les deux notions seraient interchangeables. De nombreux travaux portant sur l'équivalence évoquent l'équilibre et inversement, de nombreux travaux portant sur l'équilibre l'appréhendent par l'équivalence[335]. En outre, alors que la lésion est traditionnellement définie par l'équivalence objective[336], JOSSERAND et d'autres auteurs définissent la lésion sous le

---

[331] **J. MAURY**, *Essai sur le rôle de la notion d'équivalence en droit civil français,* Ch. CÉZAR-BRU (dir.), Jouve éd., 1920 : à l'analyse de cette thèse, on constate que l'étude porte essentiellement sur la notion de cause, laissant au plan secondaire la notion même d'équivalence ; **J. PATARIN**, *Le problème de l'équivalence juridique des résultats*, Dalloz, 1952 ; **E. GICQUIAUD**, *L'équivalence en droit de l'entreprise*, Ph. BRIAND (préf.), coll. Thèses, Institut universitaire de Varenne, 2013 ; **N. FERRA**, *La notion d'équivalence en droit des contrats,* S. ROBINNE (dir.), th. dactyl., Université de Perpignan, 2018 : cette dernière constate également le faible nombre d'études consacrées à la notion d'équivalence ; **E. GUIDEMANN**, *Le principe d'équivalence en droit contractuel français,* N. MARTIAL-BRAZ (dir.), th. dactyl., Université de Paris, 2022.

[332] **N. FERRA**, *La notion d'équivalence en droit des contrats,* S. ROBINNE (dir.), th. dactyl., Université de Perpignan, 2018, n°5, p. 4.

[333] V. not. **Ch. AUBRY, Ch.-F. RAU**, *Cours de droit civil français,* t. II, F. Lagier, 1839 ; **G. BAUDRY-LACANTINERIE, L. BARDE**, *Traité théorique et pratique de droit civil, Des obligations,* t. I et II, L. Larose, 1897-1902 ; **J.-J. DELSOL**, *Explication élémentaire du Code napoléon mise en rapport avec la doctrine et la jurisprudence*, t. II, 2ème éd., A. Cotillon et C[ie], 1867 ; **C. DEMOLOMBE**, *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, t. I, Durand & Pedone Lauriel – Hachette et C[ie], 1863 ; **Th. HUC**, *Commentaire théorique & pratique du Code civil*, t. VII, F. Pichon, 1894 ; **F. LAURENT**, *Principes de droit civil*, t. XV et XVI, Bruylant-Christophe – A. Durand & Pedone Lauriel, 1875 ; **R.-J. POTHIER**, *Traité des obligations*, J.-L. HALPÉRIN (préf.), coll. Bibliothèque Dalloz, Dalloz, 2011 (réédition de l'ouvrage paru initialement en 1821 chez Tomine et Fortic) ; **K.-S. ZACHARIAE**, *Le droit civil français*, trad. G. MASSÉ, Ch. VERGÉ, t. III, A. Durand, 1856 ; **A. DURANTON**, *Traité des contrats et des obligations en général suivant le Code civil,* t. I, P. Gueffier, 1819.

[334] *Cf. supra* n°32.

[335] V. not. **J. MAURY**, *Essai sur le rôle de la notion d'équivalence en droit civil français,* Ch. CÉZAR-BRU (dir.), Jouve éd., 1920, **J.-P. BUGAULT**, *Le maintien de l'équilibre contractuel dans la pratique notariale,* H. SOLUS (dir.), th. dactyl., Université de Paris, 1945 ; **M.-A. PÉROT-MOREL**, *De l'équilibre des prestations dans la conclusion du contrat*, Imprimerie Allier, 1961.

Pour des études plus récentes : **V. LASBORDES**, *Les contrats déséquilibrés*, C. SAINT-ALARY HOUIN (préf.), 2 tomes, coll. Institut de droit des affaires, PUAM, 2000 ; **L. FIN-LANGER**, *L'équilibre contractuel*, C. THIBIERGE (préf.), t. 366, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2002 ; **E. GICQUIAUD**, *L'équivalence en droit de l'entreprise*, Ph. BRIAND (préf.), coll. Thèses, Institut universitaire de Varenne, 2013 ; **G. CHANTEPIE**, « La notion d'équilibre du contrat », *in Loyers et copr.,* 2016, n°10, doss. n°6, p. 12 ; **N. FERRA**, *La notion d'équivalence en droit des contrats,* S. ROBINNE (dir.), th. dactyl., Université de Perpignan, 2018 ; **D. HOUTCIEFF**, « Le nouvel équilibre contractuel (formation) », *in Les innovations de la réforme du droit des contrats,* S. BROS (dir.), coll. Colloques & Essais, Institut Universitaire Varenne, 2018, p. 56 : selon la conception traditionnelle, « *la question de l'équilibre au moment de la formation, c'est là celle de la lésion, laquelle relève pour l'essentiel des droits spéciaux – celui des incapacités – et des contrats spéciaux – la vente immobilière par exemple* ».

[336] *Cf. supra* n°33.

prisme de l'équilibre[337]. Ainsi, ces deux dernières permettent d'appréhender la lésion en matière contractuelle. La notion d'équivalence semble être le précurseur de la notion d'équilibre qui tend à la remplacer[338].

71. La confusion entre l'équilibre et l'équivalence. – Les notions d'équilibre et d'équivalence sont donc utilisées de manière interchangeable dans les mêmes contextes. Cette confusion se constate également dans des récents écrits. L'équilibre a, en effet, pu être défini sous le prisme de la notion d'équivalence[339]. Une autre auteure semble également fusionner les deux notions puisqu'elle estime que le principe d'équivalence subjective posée à l'article 1108 du Code civil renvoie à l'équilibre contractuel subjectif[340]. Ce constat incite à se demander si l'équilibre et l'équivalence ne seraient pas synonymes[341], et par conséquent interchangeables. Un doute peut être émis à ce sujet[342].

72. L'équivalence, un moyen au service de la finalité l'équilibre. – « *L'équivalence représente un critère ancien de l'équilibre et a longtemps été confondu avec lui* »[343]. Il faut

---

[337] **L. JOSSERAND**, *Cours de droit civil positif français – Conforme aux programmes officiels des facultés de droit,* t. II, 3ème éd., Recueil Sirey, 1939, n°101bis, p. 57 : « *le préjudice subi par l'une des parties à raison des clauses mêmes qui figurent dans la convention ; elle réside essentiellement dans un défaut d'équilibre de l'opération* ». *Adde.* **B. STARCK, H. ROLAND, L. BOYER**, *Droit civil – Les obligations,* t. 2, *Contrat*, 6ème éd., LITEC, 1998, p. 323 : La lésion est définie comme « *le préjudice résultant d'un déséquilibre grave entre les prestations que se doivent réciproquement les contractants liés par un contrat à titre onéreux* » ; **Th. REVET, F. ZENATI-CASTAING**, *Cours de droit civil – Contrats, Théorie générale, quasi-contrats,* coll. Droit fondamental, PUF, 2014, spéc. n°111, p. 212; **G. CHANTEPIE**, *La lésion*, G. VINEY (préf.), t. 467, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2006 ; **Ch. LARROUMET, S. BROS**, *Traité de droit civil,* t. 3, *Les obligations – Le contrat*, 9ème éd., coll. Corpus droit privé, Économica, 2018, nos393 et s., p. 361 et s. : Les auteurs envisagent la lésion dans un titre portant sur l'équilibre quantitatif dans le contrat .

[338] **L. FIN-LANGER**, *L'équilibre contractuel*, C. THIBIERGE (préf.), t. 366, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2002, n°6, p. 8 : « *En droit privé des contrats, l'expression d'équilibre contractuel semble récente puisqu'elle date surtout du XXe siècle et tend à se substituer à une autre expression ancienne : l'équivalence des prestations ou encore la théorie du juste prix* ». *Adde.* **E. GICQUIAUD**, *L'équivalence en droit de l'entreprise*, Ph. BRIAND (préf.), coll. Thèses, Institut universitaire de Varenne, 2013, n°5, p. 11 : « *de ce fait, en droit des contrats, l'exigence d'équivalence est associée à la recherche d'équilibre des prestations contractuelles* » ; **M.-A. PÉROT-MOREL**, *De l'équilibre des prestations dans la conclusion du contrat*, Imprimerie Allier, 1961.

[339] **G. CHANTEPIE**, « La notion d'équilibre du contrat », *in Loyers et copr.,* 2016, n°10, doss. n°6, p. 12, spéc. n°1 : « *L'équilibre est un juste rapport, une relation d'équivalence* ».

[340] **N. FERRA**, *La notion d'équivalence en droit des contrats,* S. ROBINNE (dir.), th. dactyl., Université de Perpignan, 2018, n°61, p. 27. *Adde*. **G. LARDEUX**, « En droit commun : équilibre contractuel et sécurité juridique », *in L'équilibre du contrat,* G. LARDEUX (dir.), coll. Laboratoire de droit privé & sciences criminelles, PUAM, 2012, p. 59.

[341] **M.-A. PÉROT-MOREL**, *De l'équilibre des prestations dans la conclusion du contrat*, Imprimerie Allier, 1961 : ses intitulés de parties établissent une confusion entre les deux termes.

[342] En ce sens : **D. DIA**, *Essai sur l'équilibre de la relation contractuelle*, N. BALAT (dir.), th. dactyl., Université d'Aix Marseille, 2023, n°18, pp. 18-19.

[343] **L. FIN-LANGER**, *L'équilibre contractuel*, C. THIBIERGE (préf.), t. 366, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2002, n°332, p. 221.

donc établir une distinction entre les deux notions[344]. Ainsi l'équivalence, qui permet d'établir une comparaison entre les prestations contractuelles, pourrait être un critère d'appréciation de l'équilibre du contrat[345]. L'équivalence est donc un moyen au service d'une fin, elle permet « *la protection de l'équilibre des rapports juridiques et la garantie des droits de chacun* »[346]. Madame Laurence FIN-LANGER a d'ailleurs estimé dans sa thèse que le seul critère de l'équivalence pour apprécier l'équilibre contractuel n'est pas suffisant et doit se combiner à d'autres critères[347]. Il n'est pas suffisant en raison de la difficulté de se positionner sur la notion de valeur. On l'a vu précédemment, d'une part, il ne semble pas possible de se prononcer sur la valeur objective des choses, et d'autre part, la valeur appréciée subjectivement est trop aléatoire[348] puisqu'elle dépend en grande partie de « *considérations personnelles* »[349]. L'équivalence peut donc permettre d'appréhender l'équilibre contractuel, mais elle ne doit toutefois pas être exclusive. Cette confusion qui a pu être opérée a, en tout état de cause, mené la doctrine à utiliser la terminologie d'équilibre contractuel de manière plus régulière.

Paragraphe 2. L'intégration de l'équilibre contractuel par la doctrine

73. L'adoption de l'équilibre contractuel par la doctrine. – L'expression d'équilibre contractuel apparaît dans la doctrine au début du XX^e^ siècle[350]. Son apparition entre essentiellement en concordance avec l'évolution de la société, la modification des

---

[344] **L. FIN-LANGER**, *L'équilibre contractuel*, C. THIBIERGE (préf.), t. 366, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2002, n°289, p. 202 ; **L. BRUNEAU**, *Contribution à l'étude des fondements de la protection du contractant,* L. ROZÈS (dir.), th. dactyl., Université de Toulouse, 2005, n^os^ 482 et s., p. 409 et s.

[345] **Th. REVET, F. ZENATI-CASTAING**, *Cours de droit civil – Contrats, Théorie générale, quasi-contrats,* coll. Droit fondamental, PUF, 2014, spéc. n°110, p. 211 : « *L'équilibre de l'opération contractuelle s'apprécie en recherchant l'existence d'une équivalence entre les prestations réciproques essentielles* » (nous soulignons).

[346] **E. GICQUIAUD**, *L'équivalence en droit de l'entreprise*, Ph. BRIAND (préf.), coll. Thèses, Institut universitaire de Varenne, 2013, n°337, p. 193.

[347] **L. FIN-LANGER**, *L'équilibre contractuel*, C. THIBIERGE (préf.), t. 366, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2002, n^os^ 287 et s. et 331 et s., p. 200 et s. et 220 et s. : « *l'équivalence reste utile pour définir l'équilibre contractuel, mais à condition de lui donner une valeur complémentaire et non exclusive* » (n°332, p. 221).

[348] **L. FIN-LANGER**, *L'équilibre contractuel*, C. THIBIERGE (préf.), t. 366, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2002, n°289, p. 203.

[349] **L. FIN-LANGER**, *L'équilibre contractuel*, C. THIBIERGE (préf.), t. 366, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2002, n°289, p. 202. *Adde*. **J. FLOUR, J.-L. AUBERT, É. SAVAUX**, *Droit civil – Les obligations – L'acte juridique,* 18^ème^ éd., coll. Université, Dalloz, 2024, n°507, pp. 670-671.

[350] Des écrits mentionnent l'équilibre contractuel : **E. GAUDEMET**, « Des rapports juridiques entre le retour successoral et le retour conventionnel », *in RTD Civ.*, 1902, p. 739 ; **M. PICARD, A. PRUDHOMME**, « De la résolution judiciaire pour inexécution des obligations », *in RTD Civ.,* 1912, p. 61. *Adde*. Des écrits portent directement sur l'étude de l'équilibre contractuel mais en abordant la notion sous un angle spécifique : **J.-P. BUGAULT**, *Le maintien de l'équilibre contractuel dans la pratique notariale courante,* H. SOLUS (dir.), th. dactyl., Université de Paris, 1945 ; **M.-A. PÉROT-MOREL**, *De l'équilibre des prestations dans la conclusion du contrat*, Imprimerie Allier, 1961.

comportements de consommation et de la multiplication des usages de l'outil contractuel[351]. Au regard de cette évolution, la pratique contractuelle s'est complexifiée et intensifiée, tant du point de vue des petits contrats que des contrats de plus grande envergure[352]. La notion d'équilibre contractuel a connu un essor dans un contexte d'évolution de la société et de crises du contrat (**A**) et essentiellement dans la doctrine solidariste (**B**).

A. Un essor de la notion d'équilibre contractuel dans un contexte de crises du contrat

74. La première crise du contrat ou la crise d'identité du contrat. – Au début du XX^e^ siècle, la doctrine évoque une première crise du contrat, les juristes se demandant « *si la notion même de contrat conservait quelque consistance* »[353]. Il a été avancé que cette crise mettait en danger l'intégrité même du contrat. En effet, l'essor des contrats dits « *d'adhésion* »[354] ou « *dirigés* »[355] déforme la figure traditionnelle du contrat. D'un côté, SALEILLES a mis en lumière la pratique du contrat d'adhésion par lequel une seule partie détermine le contenu contractuel, l'autre devant se contenter d'adhérer ou de s'abstenir[356], aucune négociation n'étant possible pour l'adhérent. D'un autre côté, JOSSERAND dénonce un interventionnisme étatique accru, limitant la liberté contractuelle, la conclusion[357] ainsi que la détermination du contenu contractuel échappant de plus en plus aux parties contractantes[358]. Il s'agit là d'une crise

[351] **R. LIBCHABER**, *Le contrat au XXI^e^ siècle – L'ingénierie juridique et les nouveaux contrats d'affaires,* coll. Droit des affaires, LGDJ, 2020, n°4, p. 14 : L'auteur évoque en effet un phénomène de déjudiciarisation des contentieux qui rebascule vers d'autres modes de règlement des litiges. Ce phénomène entraîne ainsi un « *épuisement de la connaissance du droit contractuel vivant, pour peu que l'on se fie aux modes d'information traditionnels* ».

[352] V. not. **L. JOSSERAND**, « Aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrats », *in RTD Civ.*, 1937, p. 6 et s. ; **R. LIBCHABER**, *Le contrat au XXI^e^ siècle – L'ingénierie juridique et les nouveaux contrats d'affaires*, coll. Droit des affaires, LGDJ, 2020.

[353] **H. BATIFFOL**, « La "crise du contrat" et sa portée », *in APD,* t. 13, 1968, p. 13.

[354] **R. SALEILLES**, *De la déclaration de volonté – Contribution à l'étude de l'acte juridique dans le Code civil allemand (art. 116 à 144)*, éd. F. Pichon, 1901.

[355] **L. JOSSERAND**, « Le contrat dirigé », *in DH,* 1933, chron., p. 89. *Adde*. **L. JOSSERAND**, « Aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrats », *in RTD Civ.,* 1937, p. 1 ; « Les dernières étapes du dirigisme contractuel : Le contrat forcé et le contrat légal (contrat dit de salaire différé) », *in DH,* 1940, chron. p. 5.

[356] **R. SALEILLES**, *De la déclaration de volonté – Contribution à l'étude de l'acte juridique dans le Code civil allemand (art. 116 à 144)*, éd. F. Pichon, 1901.

[357] **H. BATIFFOL**, « La "crise du contrat" et sa portée », *in APD,* t. 13, 1968, p. 13, spéc. p. 15 : « *L'existence d'un consentement quelconque paraît même en cause dans les lois qui ont imposé de contracter.* […] *Finalement, le pas a été franchi, en une matière restée certes contractuelle, par la répression du refus de vendre (ord. 30 juin 1945, D. 9 août 1953)* ».

[358] **L. JOSSERAND**, « Le contrat dirigé », *in DH,* 1933, chron., p. 89. *Adde*. **L. JOSSERAND**, « Aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrats », *in RTD Civ.,* 1937, p. 1 ; « Les dernières étapes du dirigisme contractuel : Le contrat forcé et le contrat légal (contrat dit de salaire différé) », *in DH,* 1940, chron. p. 5.

d'identité du contrat avec le développement de contrats nouveaux qui ne reposent plus sur la conception classique du contrat librement négocié par les parties.

75. Une crise des fondements classiques du contrat. – Quelques années plus tard et avec du recul, il apparaît que ce n'était pas une crise du contrat lui-même, mais plutôt une crise du droit des contrats[359] et de ses fondements classiques[360]. Une profonde remise en cause du libéralisme contractuel et de l'autonomie de la volonté[361] était donc initiée. Dans une approche classique, le contrat est conçu comme étant la chose des parties, le produit de la rencontre de deux volontés libres et égales, seules à même de satisfaire leurs intérêts[362]. Cette conception a mené à fonder la force obligatoire sur l'autonomie de la volonté. Cette théorie « *désigne, selon l'étymologie, le pouvoir qu'a la volonté de se donner sa propre loi* »[363]. Autrement dit, « *le contrat est l'œuvre exclusive de la volonté des contractants* »[364]. Analysée comme étant la seule source du contrat, la volonté a pu être considérée comme « *l'organe créateur du droit* »[365]. Du principe du consensualisme, innervant toute la matière contractuelle, découle cette *« toute puissance* »[366] de la volonté tant mise en avant par certains auteurs classiques[367]. C'est par ce

[359] **F. CHÉNEDÉ**, « La "crise du contrat" ou la mise à l'épreuve du Titre III du Livre III du Code civil », *in La crise des institutions,* V. MAZEAUD, P. DE MONTALIVET (dir.), coll. Grands colloques, LGDJ, 2016, p. 39, spéc. n°3, p. 41 : « *Il existe une autre voie, à nos yeux, plus féconde, pour étudier le phénomène de la "crise du contrat". Elle consiste à décrire et expliquer, non pas la contrariété de nouvelles règles à une certaine idée du contrat, mais l'inadaptation des règles anciennes aux réalités contractuelles nouvelles* ».

[360] **H. BATIFFOL**, « La "crise du contrat" et sa portée », *in APD,* t. 13, 1968, p. 13 ; **D. GALBOIS-LEHALLE**, *La notion de contrat : esquisse d'une théorie*, Y. LEQUETTE (préf.), t. 603, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2020, n°12, p. 9 ; **M. VASSEUR**, « Un nouvel essor du concept contractuel – Les aspects juridiques de l'économique concertée et contractuelle », *in RTD Civ.*, 1964, p. 5, spéc. n°1, p. 6 ; **M. LATINA**, V° « Contrat : généralités – Principes directeurs du droit des contrats », *in Rép. Civ.,* Dalloz, mai 2017 (actu. avril 2023), spéc. n°108 : « *Cette crise était toutefois moins une crise du contrat lui-même qu'une crise de ses fondements classiques* ».

[361] **E. GOUNOT**, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé – Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, éd. Rousseau, 1912 : Emmanuel GOUNOT crée de toute pièce la théorie de l'autonomie de la volonté, cette création permettant d'apporter une critique au mouvement individualiste qui sous-entend, sans jamais les nommer, les idées de l'autonomie de la volonté. *Adde*. **V. RANOUIL**, *L'autonomie de la volonté – Naissance et évolution d'un concept*, J.-Ph. LÉVY (préf.), PUF, 1980.

[362] V. en ce sens : **J. ROCHFELD**, *Les grandes notions du droit privé,* 3ème éd., coll. Thémis, PUF, 2022, p. 528 et s.

[363] **V. RANOUIL**, *L'autonomie de la volonté – Naissance et évolution d'un concept*, J.-Ph. LÉVY (préf.), PUF, 1980, p. 9.

[364] **Ch. LARROUMET, S. BROS**, *Traité de droit civil – Les obligations – Le contrat,* t. 3, 9ème éd., coll. Corpus droit privé, Économica, 2018, n°87, p. 69.

[365] **E. GOUNOT**, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé – Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, éd. Rousseau, 1912, p. 3.

[366] **V. RANOUIL**, *L'autonomie de la volonté – Naissance et évolution d'un concept*, J.-Ph. LÉVY (préf.), PUF, 1980, p. 72 : « *En effet, la toute-puissance de la volonté exclut l'exigence de certains rites : le principe du consensualisme dérive ainsi de celui de l'autonomie de la volonté* ».

[367] Pour retracer en détails l'évolution de la pensée des auteurs classiques voir en ce sens : **E. GOUNOT**, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé – Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, éd. Rousseau, 1912.

dogme de l'autonomie de la volonté que l'ancien article 1134 du Code civil[368] était interprété. Ce sont ces fondements qui font l'objet d'une profonde remise en question[369].

Cette vision a tout d'abord été mise en lumière, voire édifiée[370], par une critique des idées libérales[371]. GOUNOT a, en effet, créé de toutes pièces cette théorie de l'autonomie de la volonté, dans la perspective d'émettre une critique vis-à-vis de cette conception libérale. Paradoxalement, cette critique a permis d'asseoir la théorie de l'autonomie de la volonté, en lui offrant « *une place au Panthéon des idées juridiques* »[372]. Elle a, en effet, été reprise par la doctrine[373], un répertoire Dalloz ayant même été consacré à cette occurrence[374]. L'autonomie de la volonté n'est, toutefois, pas la seule et unique interprétation du droit des contrats de 1804, d'autant qu'elle ne renvoie pas à la conception que les rédacteurs avaient du contrat au moment de la rédaction du Code[375], « *les rédacteurs du Code civil ont entendu réaliser, non une œuvre dogmatique, mais une œuvre pragmatique, une œuvre de modération et de sagesse* »[376].

---

[368] C. civ., art. 1134 anc. : *« Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise.*
Elles doivent être exécutées de bonne foi ».

[369] **L. CASTRO**, « Deux ouvrages récents sur l'idée de contrat », *in APD*, t. 13, 1968, p. 51 ; **D. GALBOIS-LEHALLE**, *La notion de contrat : esquisse d'une théorie*, Y. LEQUETTE (préf.), t. 603, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2020, n°12, p. 9.

[370] **F. CHÉNEDÉ**, « De l'autonomie de la volonté à la justice commutative. Du mythe à la réalité », *in* dossier « Devenirs de l'autonomie de la volonté », *in Droit & philosophie*, vol. IV, 2012, p. 155, spéc. n°3, p. 159 : « *Fort naturellement, le premier temps de l'étude fut consacré à la présentation de l'ennemi, c'est-à-dire, en réalité, à son édification tant personne avant lui n'avait songé à systématiser cette doctrine juridique de l'autonomie de la volonté* ».

[371] **E. GOUNOT**, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé – Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, éd. Rousseau, 1912.

[372] **F. CHÉNEDÉ**, « De l'autonomie de la volonté à la justice commutative. Du mythe à la réalité », *in* dossier « Devenirs de l'autonomie de la volonté », *in Droit & philosophie*, vol. IV, 2012, p. 155, spéc. n°7, p. 164.

[373] V. not. **G. MARTY, P. RAYNAUD**, *Droit civil*, t. I, Sirey, 1956, n°27, pp. 44-45 ; **G. RIPERT, J. BOULANGER**, *Traité de droit civil d'après le traité de Planiol*, t. II, *Obligations, droits réels,* LGDJ, 1957, n°13, p. 7 ; **H., L. et J. MAZEAUD, F. CHABAS**, *Leçons de droit civil*, t. 2, *Obligations, Théorie générale,* 9ème éd., Montchrestien, 1998, n°28, pp. 22-23 : « *C'est le principe, essentiel pour les rédacteurs du Code civil, de l'autonomie de la volonté, c'est-à-dire de la liberté du contractant* ».

[374] **A. BRETON**, V° « Autonomie de la volonté », *in Rép. civ.*, Dalloz, 1951 : Ce répertoire n'existe plus aujourd'hui (référence reprise de l'article de **F. CHÉNEDÉ**, « De l'autonomie de la volonté à la justice commutative. Du mythe à la réalité », *in* dossier « Devenirs de l'autonomie de la volonté », *in Droit & philosophie*, vol. IV, 2012, p. 164, note de bas de page n°42).

[375] **X. MARTIN**, « L'insensibilité des rédacteurs du Code civil à l'altruisme », *in RHD,* 1982, p. 589 ; **G. ROUHETTE**, « La force obligatoire du contrat – Rapport français – Observations critiques », *in Le contrat aujourd'hui : comparaisons franco-anglaises*, D. TALLON, D. HARRIS (dir.), LGDJ, 1987, p. 27, spéc. n°3, p. 29 ; **E. AGOSTINI**, « De l'autonomie de la volonté à la sauvegarde de la justice », *in D.*, 1994, p. 235 ; **Ch. JAMIN**, « Une brève histoire politique des interprétations de l'article 1134 du code civil », *in D.*, 2002, p. 901 ; **J.-P. CHAZAL**, « Quel programme idéologique pour la réforme du droit des contrats », *in D.*, 2015, p. 673 : « *un droit des contrats qui est pensé comme spiritualiste, volontariste, individualiste et libéral. Non pas qu'il ait été conçu comme tel (les idées des rédacteurs de 1804 étaient bien différentes), mais il a été interprété, infléchi et systématisé en ce sens par la doctrine (sauf quelques exceptions) et la Cour de cassation (avec tout de même des nuances selon les périodes)* ».

[376] **F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, et *al.***, *Droit civil – Les obligations*, 12ème éd., Coll. Précis, Dalloz, 2018, p. 38. Cette œuvre de compromis s'étend également jusqu'à la réforme du droit des contrats en date de

Affirmer que l'autonomie de la volonté a inspiré la rédaction du Code serait donc anachronique[377]. Cette interprétation a, en effet, émergé postérieurement à 1804, elle est donc extérieure aux volontés législatives. Dans le même sens, ROUHETTE affirmait avec justesse que le terme de volonté n'était quasiment pas employé dans le Code civil de 1804[378]. La volonté n'était donc pas au cœur de la notion de contrat, elle « *n'est pas la source du droit, elle ne peut être que l'instrument de sa détermination et de sa mise en œuvre* »[379]. Par ailleurs, le dogme de l'autonomie a été critiqué par une large part de la doctrine, y compris par les auteurs les plus libéraux[380].

Pourtant, si l'autonomie de la volonté ne demeure plus – si tant est qu'elle l'ait déjà été – l'unique fondement de la force obligatoire du contrat[381], cette idée persiste néanmoins pour

2016 : **Ch. DE CABARRUS, Ch. JAMIN, S. PIMONT**, « Le nouveau droit des contrats. Entre pouvoir du juge, efficacité économique et justice contractuelle … », *in Cah. dr. entr.,* 2018, p. 9, spéc. p. 10 et 11.

[377] **J.-P. CHAZAL**, « De la signification du mot loi dans l'article 1134 alinéa 1er du code civil, *in RTD Civ.,* 2001, p. 265 : Monsieur Jean-Pascal CHAZAL évoque l'anachronisme du rapprochement des idées libérales avec les pensées des auteurs du Code ; **C. MOULY-GUILLEMAUD**, *Retour sur l'article 1135 du Code civil – Une nouvelle source du contenu* contractuel, D. FERRIER (préf.), t. 460, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2006, n°66, p. 71 : « *L'anachronisme de l'appellation mérite d'être relevé, puisqu'il dénote l'ignorance de cette théorie par les législateurs de 1804* ». *Adde*. **X. MARTIN**, « L'insensibilité des rédacteurs du Code civil à l'altruisme », *in RHD,* 1982, p. 589.

[378] **G. ROUHETTE**, « La force obligatoire du contrat – Rapport français – Observations critiques », *in Le contrat aujourd'hui : comparaisons franco-anglaises*, D. TALLON, D. HARRIS (dir.), LGDJ, 1987, p. 27, spéc. p. 30.

[379] **E. GOUNOT**, « La Liberté des Contrats et ses justes limites », *in Semaines Sociales de France,* 1938, p. 64, spéc. p. 66.

[380] **J. BONNECASE**, *Traité théorique et pratique de droit civil par G. Baudry-Lacantinerie - Supplément,* t. II, Sirey, 1925, note 1, p. 442 : « *M. Gounot est décidément le prototype des défenseurs du "Droit social". À parcourir ses développements, on serait en droit de croire qu'il a fallu arriver jusqu'à eux pour s'apercevoir que le droit était une discipline dont l'objet spécifique est de régir le milieu social. Du moins, M. Gounot aurait-il dû prendre soin de fournir quelques références susceptibles de justifier la conception stupide qu'il prête aux individualistes sur le rôle de la volonté dans la formation de l'acte juridique ; mais de cela il n'a cure* » ; **R. LIBCHABER**, « Réflexions sur les effets du contrat », *in Mélanges offerts à Jean-Luc Aubert – Propos sur les obligations et quelques autres thèmes fondamentaux du droit,* coll. Études, mélanges, travaux, Dalloz, 2005, p. 211, spéc. n°3, p. 213 : « *nul ne prétend plus que la volonté ait une efficacité propre indépendante de la loi* » ; **F. CHÉNEDÉ**, « De l'autonomie de la volonté à la justice commutative. Du mythe à la réalité », *in* dossier « Devenirs de l'autonomie de la volonté », *in Droit & philosophie*, vol. IV, 2012, p. 155, spéc. pp. 161-163 ; **J. GHESTIN, G. LOISEAU, Y.-M. SERINET**, *Traité de droit civil – La formation du contrat,* t. 1, *Le contrat – Le consentement,* 4ème éd., LGDJ, 2013, n°180 et s. et n°219, p. 145 et p. 173 ; **J. FLOUR, J.-L. AUBERT, É. SAVAUX**, *Droit civil – Les obligations – L'acte juridique,* 18ème éd., coll. Université, Dalloz, 2024, nos 150 et s., p. 198 et s. ; **D. HOUTCIEFF**, *Droit des contrats*, 9ème éd., coll. Paradigme, Bruylant, 2024, n°71, p. 101 : « *La critique de la théorie de l'autonomie de la volonté est désormais lieu commun, en même temps qu'un passage obligé, de tout manuel de droit des contrats* ».

[381] À ce titre, l'autonomie de la volonté est ainsi radicalement remise en cause en tant que fondement, au profit d'une conception normative du contrat. KELSEN, normativiste, définissait le contrat comme une norme et la rencontre des volontés comme la procédure de création de la norme. Aussi, le fondement de la force obligatoire du contrat c'est la loi. La conception normativiste qu'il a élaborée consiste à considérer que chaque norme supérieure habilite ou autorise les individus, en l'occurrence les contractants, à créer une norme d'un degré inférieur. Ainsi, c'est le législateur qui habilite les contractants et leur donne la possibilité d'édicter des normes, autrement dit, des contrats : **H. KELSEN**, « La théorie juridique de la convention », *in APD*, 1940, p. 33, spéc. n°13, pp. 47-48. *Adde*. **J. ROCHFELD**, *Les grandes notions du droit privé,* 3ème éd., coll. Thémis, PUF, 2022, n°7,

expliquer la liberté contractuelle[382], autre principe du droit des contrats[383]. La volonté autonome reste ainsi le centre de gravité du contrat[384], reflétant pleinement le principe de liberté contractuelle, envisagée sous ses trois aspects, la liberté de contracter ou de ne pas contracter, la liberté de choisir son cocontractant et la liberté de choix dans la détermination du contenu du contrat. Sous ce prisme, « *l'autonomie de la volonté désignerait la faculté laissée aux sujets d'organiser leurs échanges comme ils l'entendent, dans les limites fixées par le droit*

p. 536 ; **Th. REVET**, « Objectivation ou subjectivation du contrat », *in La nouvelle crise du contrat,* Ch. JAMIN, D. MAZEAUD (dir.), coll. Thèmes & commentaires, Dalloz, 2003, p. 83, spéc. n°7, p. 86 : Pour illustrer cette remise en cause, l'auteur a utilisé l'expression « *d'autonomie subordonnée de la volonté* » ; **D. MAZEAUD**, « Constats sur le contrat, sa vie, son droit », *in LPA,* 1998, p. 8 : L'auteur va plus loin en évoquant la *« tutelle législative »*.

[382] **J. CARBONNIER**, *Droit civil*, t. IV, *Les Obligations*, 22ème éd. refondue, coll. Thémis droit privé, PUF, 2000, n°16, p. 53 : « *L'autonomie de la volonté n'en conserve pas moins, même aujourd'hui, valeur de principe, fût-ce sous le nom plus courant de la liberté contractuel* » ; **J. GHESTIN**, « Réflexions sur la liberté contractuelle et l'ordre public », *in Liber amicorum Lucien Simont,* Bruylant, 2002, p. 405, spéc. p. 406 : « *Une fois écartée la volonté des parties comme pouvoir souverain, fondement de la force obligatoire des contrats, rien n'interdit de reconnaître une certaine compétence déléguée, octroyée, aux volontés individuelles, afin qu'elles fixent elles-mêmes, ou tout au moins choisissent, les règles qui régiront leurs relations particulières pour une opération juridique déterminée. Il reste possible de parler d'une certaine autonomie de la volonté, indissociable d'une certaine liberté contractuelle* » ; **Ch. LARROUMET, S. BROS**, *Traité de droit civil – Les obligations – Le contrat,* t. 3, 9ème éd., coll. Corpus droit privé, Économica, 2018, nos 90 et s., p. 72 et s. : Les auteurs distinguent ainsi la souveraineté de la volonté fondement de la liberté contractuelle et la force obligatoire de la volonté, fondement du principe de la force obligatoire.

[383] Il est possible d'avoir deux lectures du principe de l'autonomie de la volonté. Selon la première, l'autonomie de la volonté peut être analysée comme le fondement même du contrat et de sa force obligatoire. Autrement dit, seule la volonté individuelle est la source du contrat. Selon la seconde, l'autonomie de la volonté peut être analysée comme une doctrine juridique expliquant le régime du contrat, c'est-à-dire que la volonté est nécessaire à la formation du contrat.

Dans le sens de la première : **E. GOUNOT**, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé – Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, éd. Rousseau, 1912, p. 136 : « *En résumé, dans l'acte juridique, la volonté est tout : elle est le seul élément essentiel de sa formation, comme aussi la base unique de son interprétation. Je ne suis obligé par un acte juridique que si je le veux, au moment où je le veux, et dans la mesure où je le veux* » ; **ASSOCIATION H. CAPITANT** (dir.), *Vocabulaire juridique*, 14ème éd., coll. Quadrige, PUF, 2022, V° « Autonomie de la volonté ».

Dans le sens de la seconde : **V. RANOUIL**, *L'autonomie de la volonté – Naissance et évolution d'un concept*, J.-Ph. LÉVY (préf.), PUF, 1980, p. 71 ; **J. FLOUR, J.-L. AUBERT, É. SAVAUX**, *Droit civil – Les obligations – L'acte juridique,* 18ème éd., coll. Université, Dalloz, 2024, n°150, p. 198 ; **J. GHESTIN, G. LOISEAU, Y.-M. SERINET**, *Traité de droit civil – La formation du contrat,* t. 1, *Le contrat – Le consentement,* 4ème éd., LGDJ, 2013, n°220, p. 174.

[384] V. not. **Ch. LARROUMET, S. BROS**, *Traité de droit civil – Les obligations – Le contrat,* t. 3, 9ème éd., coll. Corpus droit privé, Économica, 2018, n°87, p. 69 : « *Même si la volonté ne remplit plus totalement le rôle qu'on lui attribuait dans la conception classique, empreinte de libéralisme, il n'empêche qu'il n'y a pas de contrat sans volonté de contracter et que, par conséquent, il est difficile de nier que le contrat repose sur un acte de volonté* » ; **J. CARBONNIER**, *Droit civil,* t. IV, *Les obligations*, 22ème éd. refondue, coll. Thémis droit privé, PUF, 2000, n°16, p. 97 : « *L'autonomie de la volonté n'en conserve pas moins, même aujourd'hui, valeur de principe* » ; **C. THIBIERGE-GUELFUCCI**, « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », *in RTD Civ.* 1997, p. 357, spéc. n°23 : « *L'abandon du dogme de l'autonomie de la volonté en tant que fondement de la théorie générale du contrat ne signifie pas pour autant un refoulement du rôle de la volonté dans le droit des contrats* ». *Contra*. **G. ROUHETTE**, *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, th. dactyl., R. RODIÈRE (dir.), Université de Paris, 1965. *Adde*. **G. ROUHETTE**, « La définition du contrat et la méthode juridique française », *in Droits – Revue française de théorie juridique*, t. 12, 1990, p. 59 ; **S. LEQUETTE**, « La notion de contrat – Réflexions à la lumière de la réforme du droit commun des contrats », *in RTD Civ*., 2018, p. 541.

objectif »[385]. Pour les auteurs libéraux, la liberté contractuelle résulte de l'autonomie de la volonté[386]. Cette première crise a donc permis une remise en cause de l'autonomie de la volonté en tant que fondement de la notion de contrat, mais un compromis[387] a été trouvé. L'autonomie de la volonté persiste, non plus comme fondement de la force obligatoire, mais pour expliquer le principe de liberté contractuelle. Malgré ce recul apparent du dogme de l'autonomie de la volonté, il continue toujours d'alimenter la doctrine. ***À cet égard, il semblerait nécessaire de cesser d'assimiler l'autonomie de la volonté à la liberté contractuelle, afin d'éviter toute confusion et une résurgence du dogme***[388].

76. La deuxième crise du contrat. – Une nouvelle crise du contrat a également été relancée cette fois-ci par la doctrine solidariste[389]. Une fois encore, la place de la volonté dans le contrat était débattue. Cette fois-ci, les auteurs entendent « *romp*[re] *avec une conception purement volontariste du contrat* »[390], pour « *assurer la primauté du social sur l'individuel* »[391]. La première crise a évincé l'autonomie de la volonté comme fondement de la force obligatoire, sans toutefois évincer la volonté comme centre de gravité du contrat. Cette deuxième crise du contrat se veut être une réelle rupture avec le volontarisme.

---

[385] **J. FLOUR, J.-L. AUBERT, É. SAVAUX**, *Droit civil – Les obligations – L'acte juridique,* 18ème éd., coll. Université, Dalloz, 2024, n°156, pp. 202-203 : À titre de remarque, ces auteurs estiment qu'envisagé sous cet angle, il y a un risque de « *confusions avec l'autonomie comprise dans son sens originel* ». Ils préfèrent ainsi employer le terme de volontarisme social.

[386] **M.-A. PÉROT-MOREL**, *De l'équilibre des prestations dans la conclusion du contrat,* Imprimerie Allier, 1961, pp. 14-15 ; **N. CHARDIN**, *Le contrat de consommation de crédit et l'autonomie de la volonté*, J.-L. AUBERT (préf.), t. 199, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 1988, n°303, p. 235 : « *La liberté contractuelle est un des héritiers les plus importants de l'autonomie de la volonté, mais elle lui ressemble tellement que les propos qui seraient tenus sur elle seraient rigoureusement les mêmes* » ; **J. GHESTIN**, « La notion de contrat », *in D*, 1990, p. 147 : « *Il reste alors possible de parler d'une certaine autonomie de la volonté indissociable d'une certaine liberté contractuelle* » ; **F. COLLART-DUTILLEUL**, « Quelle place pour le contrat dans l'ordonnancement juridique ? », *in La nouvelle crise du contrat*, Ch. JAMIN, D. MAZEAUD (dir.), coll. Thèmes & commentaires, Dalloz, 2003, p. 225, spéc. p. 236 : « *l'autonomie de la volonté produit l'autonomie du droit des contrats et se confond avec elle dans une symbiose qui a pour nom la liberté contractuelle* ».

[387] **D. GALBOIS-LEHALLE**, *La notion de contrat : esquisse d'une théorie*, Y. LEQUETTE (préf.), t. 603, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2020, n°15, p. 12.

[388] V. en ce sens : **E. VERGÉ, J. HAMEL**, *Le nouveau répertoire de droit*, t. 1, *Abandon – Cultes*, 2ème éd., Dalloz, 1962, V° « Autonomie de la volonté », p. 447 : « *On confond assez souvent dans le langage courant, l'autonomie de la volonté avec la liberté contractuelle. Il importe pourtant de maintenir la distinction entre une notion purement philosophique et un principe spécifiquement juridique : la liberté contractuelle est le pouvoir, reconnu aux volontés contractuelles par les articles 6 et 1134 du Code civil, d'agencer, comme il leur plaît, leur rapport d'obligation dans la conclusion d'un contrat, dès lors qu'elles ne portent pas atteinte à l'ordre public et aux bonnes mœurs* ».

[389] **Ch. JAMIN, D. MAZEAUD (dir.)**, *La nouvelle crise du contrat,* coll. Thèmes & commentaires, Dalloz, 2003.

[390] **Ch. JAMIN**, « Quelle nouvelle crise du contrat ? – Quelques mots en guise d'introduction », *in La nouvelle crise du contrat*, Ch. JAMIN, D. MAZEAUD (dir.), coll. Thèmes & commentaires, Dalloz, 2003, p. 7, spéc. p. 13.

[391] **Ch. JAMIN**, « Quelle nouvelle crise du contrat ? – Quelques mots en guise d'introduction », *in La nouvelle crise du contrat*, Ch. JAMIN, D. MAZEAUD (dir.), coll. Thèmes & commentaires, Dalloz, 2003, p. 7, spéc. p. 9.

77. Une substitution de la place de la volonté dans le contrat par l'intérêt. – Ces crises ont permis une remise en cause de la place de la volonté dans le contrat à partir du constat de la multiplication des situations d'inégalités dans le contrat et de l'augmentation des règles impératives en matière contractuelle[392]. Plusieurs auteurs ont souhaité remettre en cause la place de la volonté dans le contrat qui ne serait qu'une condition procédurale du processus de conclusion du contrat. Dans la continuité de l'analyse normative, ROUHETTE a été le premier[393], dans sa thèse, à souhaiter remettre en cause le piédestal accordé à la volonté dans les discours doctrinaux depuis le XIX^e^ siècle[394]. L'auteur exclut la notion de volonté de la définition même du contrat en indiquant que « *la volonté n'est pas de l'essence du contrat* »[395]. Il estime qu'il ne peut y avoir d'exception dans une définition. Or, il est des situations, que l'on qualifie de contractuelles, dans lesquelles la volonté peut faire défaut.

> *Ainsi, « on a considéré, tout d'abord, qu'il n'était pas permis de voir dans la volonté l'âme et le signe distinctif du contrat. On a jugé ensuite qu'il était artificiel de forger un squelette de volonté, qui serait la "volonté juridique" et qui ne constituerait plus qu'un fondement dérisoire du contrat, qu'au surplus, cette prétendue "réduction" serait absolument insuffisante et, à vrai dire, fallacieuse, dans les cas d'absence totale de volonté véritable, et qu'il conviendrait plutôt de reconnaître que la volonté que le Droit construit est coupée de la volonté véritable, seule respectable, et que le Droit ne tient donc pas compte d'une volonté ; qu'il serait à la fois inexact et trompeur, donc dangereux de conserver un terme ayant traditionnellement une certaine signification en le vidant de cette signification »*[396].

D'autres auteurs ont émis le souhait de supprimer la volonté comme centre de gravité du contrat, au profit d'une autre notion, l'intérêt du contractant[397]. Si ces thèses objectives permettent de se départir des discours volontaristes, érigeant la volonté comme centre de gravité du contrat, il n'en demeure pas moins que la volonté reste de l'essence du contrat. Il est

---

[392] *Cf. supra* n^os^ 49 et s.

[393] Un autre auteur estime que ROUHETTE a procédé à la démystification de la volonté dans le contrat : **L. CASTRO**, « Deux ouvrages récents sur l'idée de contrat », *in APD*, t. 13, 1968, p. 51, spéc. p. 52.

[394] **G. ROUHETTE**, *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, th. dactyl., R. RODIÈRE (dir.), Université de Paris, 1965.

[395] **G. ROUHETTE**, *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, th. dactyl., R. RODIÈRE (dir.), Université de Paris, 1965, spéc. n°222, p. 631.

[396] **G. ROUHETTE**, *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, th. dactyl., R. RODIÈRE (dir.), Université de Paris, 1965, spéc. n°222, pp. 631-632. *Adde*. **G. ROUHETTE**, « La définition du contrat et la méthode juridique française », *in Droits – Revue française de théorie juridique*, t. 12, 1990, p. 59 ; **S. LEQUETTE**, « La notion de contrat – Réflexions à la lumière de la réforme du droit commun des contrats », *in RTD Civ*., 2018, p. 541.

[397] **S. LEQUETTE**, « La notion de contrat – Réflexions à la lumière de la réforme du droit commun des contrats », *in RTD Civ*., 2018, p. 541 ; **D. GALBOIS-LEHALLE**, *La notion de contrat : esquisse d'une théorie*, Y. LEQUETTE (préf.), t. 603, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2020, n^os^ 559 et s., p.327 et s.

seulement nécessaire de ne plus l'apprécier comme un élément infaillible du contrat, mais comme un élément indispensable, mais faillible.

78. Lumière sur l'équilibre contractuel dans les discours de crises. – Ces crises ont permis de souligner une altération des fondements classiques du contrat centrés sur la volonté[398]. Cette remise en cause part du constat d'une évolution des pratiques contractuelles, menant à une inégalité des parties, une standardisation des contrats, l'existence de « consentement d'adhésion », et l'augmentation de l'interventionnisme étatique et judiciaire. Les crises ont donc permis de dévoiler les déséquilibres existants dans les contrats et ont mis en lumière les défauts d'une approche du contrat sous le seul prisme de la liberté et de la volonté. Ces évolutions de la pratique contractuelle ont donc incité la doctrine à évoquer l'équilibre contractuel, notamment pour trouver des solutions d'équilibrage ou de rééquilibrage. L'équilibre contractuel est ainsi devenu une expression courante, notamment dans la doctrine solidariste.

B. Un essor de la notion d'équilibre contractuel dans la doctrine solidariste

79. Essor résultant de la doctrine solidariste. – L'équilibre contractuel fait désormais partie du vocabulaire de la doctrine contractualiste. Cette diffusion est due, en grande partie, aux écrits des tenants de la doctrine solidariste. Leurs réflexions tendent à promouvoir un renouvellement de la conception du contrat, en vue de rompre avec le volontarisme. Toutefois, l'évolution de la notion de contrat est en lien avec l'émergence de l'équilibre contractuel. La mise en évidence des problématiques nouvelles en matière contractuelle – les inégalités, la multiplication des contrats d'adhésion et des contrats types, la complexification du contenu contractuel, *etc*. – permet, en effet, de faciliter l'emploi de l'expression d'équilibre contractuel. C'est ainsi que la notion d'équilibre est souvent utilisée à travers cette doctrine, au point que l'équilibre contractuel soit associé à cette doctrine.

80. Retour sur la ou les conception(s) solidariste(s). – L'unité du courant du solidarisme contractuel a pu être remise en question par certains auteurs[399]. En effet, « *les*

[398] **H. BATIFFOL**, « La "crise du contrat" et sa portée », *in APD,* t. 13, 1968, p. 13 : « *Le XIX^e siècle a eu du contrat une conception dont un mérite était la simplicité. Accord de volonté de deux, voire plusieurs individus, ayant pour objet la création, le transfert, ou l'exécution des droits, le contrat est une source de droit qui se suffit à elle-même, et qui est la source de droit par excellence. Elle se suffit à elle-même en ce que les droits créés ou modifiés seront ceux que les parties ont librement déterminés* ».

[399] **J. HAUSER**, *« Rapport de synthèse – Le solidarisme contractuel, mythe ou réalité ? », in Le solidarisme contractuel,* L. GRYNBAUM, M. NICOD (dir.), coll. Études juridiques, Économica, 2004, p. 193 *;* **Y. LEQUETTE,**

auteurs partisans du solidarisme contractuel ont en commun beaucoup de choses, ils diffèrent sur ce qui constitue sans doute l'essentiel, le fondement de leur doctrine »[400]. Plusieurs fondements du solidarisme contractuel coexistent[401], l'un est un courant d'inspiration sociale, l'autre est un courant d'inspiration morale[402]. Le premier prône, au revers de la conception libérale du contrat, une intervention accrue des juges dans le contrat en raison d'une profonde inégalité des parties. Selon le second, les parties contractantes formeraient « *une sorte de microcosme* »[403] comme DEMOGUE l'écrivait dès 1932. L'idée de ce second fondement est l'union des intérêts des cocontractants impliquant pour les contractants le devoir de prendre en considération l'intérêt de leur partenaire contractuel, en plus de leurs propres intérêts. En tout état de cause, ce courant a essentiellement été porté et perpétué par deux auteurs contemporains – Messieurs Christophe JAMIN[404] et Denis MAZEAUD[405] – qui ont consacré de nombreuses

« Bilan des solidarismes contractuels », *in Études de Droit privé - Mélanges offerts à Paul Didier*, Économica, 2008, p. 247 ; **C. GRIMALDI**, *Quasi-engagement et engagement en droit privé – Recherche sur les sources de l'obligation,* Y. LEQUETTE (préf.), t. 23, coll. Doctorat & Notariat, Defrénois, 2017, n°477, p. 226 ; **Ch. JAMIN**, « Notations sur un solidarisme contractuel »*, in Mélanges en l'honneur de François Collart Dutilleul, Liber amicorum,* coll. Études, mélanges, travaux, Dalloz, 2017, p. 433, spéc. p. 434.

[400] **Y. LEQUETTE**, « Bilan des solidarismes contractuels », *in Études de Droit privé - Mélanges offerts à Paul Didier*, Économica, 2008, n°2, p. 248.

[401] *Contra*. **D. MAZEAUD**, « La bataille du solidarisme contractuel : du feu, des cendres, des braises… », *in Mélanges en l'honneur du professeur Jean HAUSER,* LexisNexis – Dalloz, 2012, p. 905, spéc. n°4, p. 908 : à propos de la diversité des solidarismes contractuels et de la distinction de fondements, « *On ne peut s'empêcher, dans un premier, temps, d'esquisser un sourire rétrospectif face à cette présentation, qui laisse à penser que le solidarisme contractuel constituait une école structurée et que celle-ci aurait éclatée en deux pôles distincts. La vérité est que le mouvement que nous avons, avec Christophe Jamin, bien plus pris en marche qu'initié, était totalement inorganisé et que les prétendus pôles se réduisaient en réalité, quant à leur composition, à l'unité…* ».

[402] **Y. LEQUETTE**, « Bilan des solidarismes contractuels », *in Études de Droit privé - Mélanges offerts à Paul Didier*, Économica, 2008, n°2, pp. 247-287.

[403] **R. DEMOGUE**, *Traité des obligations en général – Effets des obligations,* t. 6, éd. Arthur Rousseau, 1932, n°3, p. 9 : *« Les contractants forment une sorte de microcosme. C'est une petite société où chacun doit travailler dans un but commun qui est la somme des buts individuels poursuivis par chacun, absolument comme dans la société civile ou commerciale ».*

[404] V. **Ch. JAMIN**, « Révision et intangibilité du contrat ou la double philosophie de l'article 1134 du Code civil », *in Dr. et patr.*, 1998, n°58, p. 46 ; « Henri Capitant et René Demogue : notation sur l'actualité d'un dialogue doctrinal »*, in Mélanges en hommage à François Terré, L'avenir du droit,* coll. Études, Mélanges, Travaux, Dalloz, 1999, pp. 125-139 ; « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », *in Études offertes à Jacques Ghestin, Le contrat au début du XXI^e siècle*, LGDJ, 2001, p. 441 ; « Quelle nouvelle crise du contrat ? – Quelques mots en guise d'introduction », *in La nouvelle crise du contrat,* Ch. JAMIN, D. MAZEAUD (dir.), coll. Thèmes & commentaires, Dalloz, 2003, pp. 7-26 ; « Le procès du solidarisme contractuel : brève réplique », *in Le solidarisme contractuel,* L. GRYNBAUM, M. NICOD (dir.), coll. Études juridiques, Économica, 2004, pp. 159-171 ; *Le solidarisme contractuel : un regard franco-québécois : 9e Conférence Albert-Mayrand,* Thémis, 2005 ; « Notations sur un solidarisme contractuel », *in Mélanges en l'honneur de François Collart Dutilleul, Liber amicorum,* coll. Études, mélanges, travaux, Dalloz, 2017, pp. 433-448.

[405] V. **D. MAZEAUD**, « Loyauté, solidarité, fraternité : La nouvelle devise contractuelle ? », *in Mélanges en hommage à François Terré, L'avenir du droit,* coll. Études, Mélanges, Travaux, Dalloz, 1999, p. 603 ; « Petite leçon de solidarisme contractuel... », *in D.*, 2001, p. 3236 ; « Les nouveaux instruments de l'équilibre contractuel », *in La nouvelle crise du contrat,* Ch. JAMIN, D. MAZEAUD (dir.), coll. Thèmes & commentaires, Dalloz, 2003, p. 135 ; « Le nouvel ordre contractuel », *in RDC*, 2003, n°1, p. 295 ; « Un petit plomb en moins dans l'aile du solidarisme contractuel... », *in D.*, 2003, p. 93 ; *« Solidarisme contractuel et réalisation du contrat », in Le solidarisme contractuel,* L. GRYNBAUM, M. NICOD (dir.), coll. Études juridiques, Économica, 2004,

études à ce thème. Ces derniers, bien qu'appartenant à un courant d'apparence plus sociale, ne se considèrent pas idéalistes. Ils soutiennent que le solidarisme « *relève* [avant tout] *d'une anthropologie fort différente de la fraternité : sa vocation, qui est en même temps un pari, consiste à mettre de l'huile dans les rouages du système capitaliste, afin que le lien social ne soit pas rompu ni ruinés les fondements de la démocratie bourgeoise* »[406]. L'idée principale émanant de cette conception est la prise en compte réciproque des intérêts de chaque cocontractant, devant aboutir à une conciliation des intérêts de chacun[407].

81. La prise en compte réciproque des intérêts. – Le courant solidariste porte sur l'entraide et sur le devoir de « *se* [rendre] *utile à son cocontractant, en lui procurant la plus grande satisfaction possible, au-delà du cadre strict des stipulations contractuelles* »[408]. Ces propos sont inspirés de la pensée de DEMOGUE. Selon lui, « *les obligations existent pour donner satisfaction aux créanciers dans une mesure qui ne soit pas trop inconciliable avec l'intérêt des débiteurs* »[409]. Ce dernier estime, en effet, que l'individu est un être social vivant au sein d'un groupe et que « *l'obligation acte libre doit être consacrée comme instrument nécessaire de la coopération sociale* »[410]. Ainsi, malgré la possible existence d'intérêts antagonistes dans le contrat, les contractants ont une sorte d'obligation de coopération[411] qui doit permettre la mutualisation des intérêts et la prise en considération prioritaire de l'intérêt de l'autre[412].

---

p. 57 ; « Regards positifs et prospectifs sur le nouveau monde contractuel », *in LPA*, 2004, n°92, p. 47 ; « Mais qui a peur du solidarisme contractuel ? », *in D.*, 2005, p. 1828 ; « La bataille du solidarisme contractuel : du feu, des cendres, des braises… », *in Mélanges en l'honneur du professeur Jean HAUSER,* LexisNexis – Dalloz, 2012, p. 905.

[406] **Ch. JAMIN**, *Le solidarisme contractuel : un regard franco-québécois : 9e Conférence Albert-Mayrand,* Thémis, 2005, p. 16. *Contra*. Certains évoquent la fraternité dans les contrats dans le cadre du solidarisme : V. not. **C. THIBIERGE-GUELFUCCI**, « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », *in RTD Civ.* 1997, p. 357, spéc. n^{os} 31 et s.

[407] **A.-S. COURDIER- CUISINIER**, *Le solidarisme contractuel,* E. LOQUIN (préf.), Litec, 2006.

[408] **Y. PICOD**, « L'obligation de coopération dans l'exécution du contrat », *in JCP*, 1988, I, 3318 ; **F. DIESSE**, « Le devoir de coopération comme principe directeur du contrat », *in APD,* t. 43, 1999, p. 259. *Adde*. **D. MAZEAUD**, « Unilatéralisme et motivation en droit des contrats », *in D.*, 2001, p. 3237 (obs. Cass. Com. 25 avr. 2001, n°25-04.2001) : dans cet article l'auteur évoque particulièrement l'obligation de motivation qui *« constitue un instrument de contrôle de l'exercice du pouvoir unilatéral que le contrat accorde à un contractant sur la pérennité du contrat et le contraint à prendre en considération, dans l'exercice de ce pouvoir, les intérêts légitimes de son partenaire »* ; **D. MAZEAUD**, « Fixation unilatérale abusive des conditions de vente par un concédant automobile », *in D.*, 2002, p. 2841 : dans cet exemple, l'auteur évoque l'importance de la prise en compte de l'intérêt de son cocontractant notamment dans le cadre de la fixation unilatérale des prix.

[409] **R. DEMOGUE**, *Traité des obligations en général – Effets des obligations*, t. 6, éd. Arthur Rousseau, 1932, n°8, p. 18.

[410] **R. DEMOGUE**, *Traité des obligations en général – Source des obligations,* t. 1, éd. Arthur Rousseau, 1923, n°10, p. 19. *Adde*. **E. GOUNOT**, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé – Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, éd. Rousseau, 1912, note 3, p.367-368.

[411] **Y. PICOD**, « L'obligation de coopération dans l'exécution du contrat », *in JCP*, 1988, I, 3318.

412 Sur ce dernier point, certains auteurs qui présentent la conception solidariste, estiment qu'elle permet de faire primer l'intérêt de l'autre sur ses propres intérêts : **F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, et *al.***, *Droit civil – Les obligations*, 13ème éd., coll. Précis, Dalloz, 2022, spéc. n°42, p. 23 ; **Y. LEQUETTE**, « Bilan des solidarismes contractuels », *in Études de Droit privé - Mélanges offerts à Paul Didier*, Économica, 2008, p. 247, spéc. n°10,

Abondant en ce sens, Madame Anne-Sylvie COURDIER-CUISINIER développe dans sa thèse la notion de prise en charge qui consiste « *à ériger l'intérêt d'une partie dans l'objet du comportement de l'autre* »[413]. Autrement dit, chaque cocontractant se met au service des intérêts de l'autre afin d'aboutir à une relation contractuelle harmonieuse. À défaut de parvenir à cette harmonie, les solidaristes préconisent un interventionnisme judiciaire.

82. L'interventionnisme judiciaire au secours de la dysharmonie d'intérêts. – « *Entre le fort et le faible, c'est la liberté qui asservit, le juge (et non plus la loi) qui affranchit* »[414]. Cette citation, visant pourtant à parodier le solidarisme, résume l'un des axes du solidarisme qui consiste à accorder la faculté pour le juge d'intervenir dès lors que les intérêts des deux parties ne sont pas respectés dans le contrat. L'un des mécanismes phares mis en avant dans cette doctrine reste la notion de bonne foi[415]. Le juge deviendrait le gardien du contrat et surtout le gardien des contractants en cas de non-respect de leurs intérêts. L'objectif de ce garde-fou est de tendre vers une meilleure justice contractuelle[416]. Cette immixtion du juge dans la chose des parties a pu être critiquée en raison d'un aléa judiciaire important, inhérent à la décision judiciaire. Cet aléa nuit à la prévisibilité des conventions et donc à la sécurité juridique du contrat[417]. Toutefois, si certains détracteurs ont pu mettre en avant les dangers de cet interventionnisme judiciaire[418], « *le projet solidariste n'a jamais consisté* […] *à livrer le*

p. 254. Certains auteurs vont plus loin en estimant qu'il devrait exister un principe de fraternité entre les cocontractants. Nous verrons plus bas que ce principe est excessif au regard notamment de la nature de l'homme. V. sur le principe de fraternité : **C. THIBIERGE-GUELFUCCI**, « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », *in RTD Civ.*, 1997, p. 357, spéc. n^{os} 31 et s.

[413] **A.-S. COURDIER-CUISINIER**, *Le solidarisme contractuel,* E. LOQUIN (préf.), LexisNexis, 2006, n°503, p. 316. *Contra* **G. TABI TABI**, « Ajustement nécessaire du volontarisme contractuel : du volontarisme au solidarisme ? », *in RDUS*, n°44, 2014, p. 71, spéc. p. 92 et s. : L'auteur juge la position de Madame Anne-Sylvie COURDIER-CUISINIER excessive.

[414] **Y. LEQUETTE**, « Bilan des solidarismes contractuels », *in Études de Droit privé - Mélanges offerts à Paul Didier*, Économica, 2008, p. 247, spéc. p. 265.

[415] Les conceptions solidaristes s'appuient essentiellement sur l'ancien article 1134 du Code civil qui évoque le devoir de bonne foi des contractants dans l'exécution du contrat. Bien que resté pendant longtemps discret, cet article portant sur la bonne foi a permis de renouveler une certaine conception du contrat au travers du solidarisme. C'est d'ailleurs sur cet article que DEMOGUE fonde sa théorie générale des obligations, originale pour l'époque. V. en ce sens : **D. MAZEAUD**, « La bataille du solidarisme contractuel : du feu, des cendres, des braises… », *in Mélanges en l'honneur du professeur Jean HAUSER,* LexisNexis – Dalloz, 2012, p. 905, spéc. n°13, p. 915 ; **R. DEMOGUE**, *Traité des obligations en général – Effets des obligations,* t. 6, éd. Arthur Rousseau, 1932, n°3, p. 9.

[416] **Y. LEQUETTE**, « Bilan des solidarismes contractuels », *in Études de Droit privé - Mélanges offerts à Paul Didier*, Économica, 2008, p. 247, spéc. n°3, p. 249.

[417] **Y. LEQUETTE**, « Bilan des solidarismes contractuels », *in Études de Droit privé - Mélanges offerts à Paul Didier*, Économica, 2008, p. 268 ; **Ph. DELEBECQUE**, « Existence et portée de l'obligation de s'informer pour informer », *in Defrénois,* n°22, 1996, p. 1373.

[418] V. not. **Ph. DELEBECQUE**, « Existence et portée de l'obligation de s'informer pour informer », *in Defrénois,* n°22, 1996, p. 1373 ; **L. LEVENEUR**, « Le solidarisme contractuel : un mythe », *in Le solidarisme contractuel,* L. GRYNBAUM, M. NICOD (dir.), coll. Études juridiques, Économica, 2004, p. 173, spéc. n°17, p. 186 : « *Accepter la mise en œuvre de cette doctrine, c'est donc nécessairement livrer le contrat au juge, avec un fort*

contrat pieds et poings liés au juge »[419]. Selon Monsieur Denis MAZEAUD, « *si les solidaristes réclament un rôle accru du juge, c'est, d'abord, pour tempérer les abus et les excès engendrés par la liberté unilatérale qui président à certaines relations contractuelles, ensuite, pour encadrer des relations contractuelles spécifiques qui ne correspondent pas à la structure à partir de laquelle a été édifiée la théorie générale du contrat* […]. *Pas d'appel donc à l'invasion judiciaire du contrat, simplement une ingérence exceptionnelle du juge quand les circonstances l'exigent* »[420]. Ces critiques comportent sans doute un trait d'exagération sur les réelles conséquences de la mise en œuvre de la théorie solidariste[421]. Il faut donc relativiser cet interventionnisme judiciaire qui ne se justifie que dans certaines circonstances, lesquelles engendrent des risques pour l'équilibre du contrat. Aussi, l'interventionnisme du juge ne se justifie qu'en présence d'un litige entre les parties rendant lui-même aléatoire la prévisibilité et la sécurité juridique du contrat. Il ne s'agit donc pas de permettre une remise en cause systématique du contenu contractuel par le juge, mais seulement de permettre au juge de protéger les parties les plus faibles[422].

83. Une conception au secours de la partie faible. – Selon Christophe JAMIN, le solidarisme pourrait être « *l'expression d'un droit des contrats des classes moyennes* »[423]. Le dessein du solidarisme serait d'intervenir dans un contexte d'inégalité des parties avec le risque

risque d'arbitraire » ; **Y. LEQUETTE**, « Bilan des solidarismes contractuels », *in Études de Droit privé - Mélanges offerts à Paul Didier*, Économica, 2008, p. 268.

[419] **D. MAZEAUD**, « La bataille du solidarisme contractuel : du feu, des cendres, des braises… », *in Mélanges en l'honneur du professeur Jean HAUSER,* LexisNexis – Dalloz, 2012, p. 905, spéc. n°13, p. 916.

[420] **D. MAZEAUD**, « La bataille du solidarisme contractuel : du feu, des cendres, des braises… », *in Mélanges en l'honneur du professeur Jean HAUSER,* LexisNexis – Dalloz, 2012, p. 905, spéc. n°13, p. 916. *Adde*. **J.-P. CHAZAL**, « Les nouveaux devoirs des contractants – Est-on allé trop loin ? », *in La nouvelle crise du contrat*, Ch. JAMIN, D. MAZEAUD (dir.), coll. Thèmes & commentaires, Dalloz, 2003, p. 127 : L'auteur relativise le risque d'insécurité juridique avec la mise en œuvre de la conception solidariste : *« les adeptes de la justice ou du solidarisme contractuels récusent le sentimentalisme, le moralisme et l'insécurité chronique. Personne, sauf erreur, ne plaide en faveur du chaos contractuel ou de l'arbitraire du juge »* ; **Ch. JAMIN**, « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », *in Études offertes à Jacques Ghestin, Le contrat au début du XXIe siècle,* coll. Anthologie du droit, LGDJ, 2014, p. 441 ; **D. MAZEAUD**, « Loyauté, solidarité, fraternité : La nouvelle devise contractuelle ? », *in Mélanges en hommage à François Terré, L'avenir du droit,* coll. Études, Mélanges, Travaux, Dalloz, 1999, p. 603.

[421] En argumentation, c'est ce que l'on appelle un *« homme de paille »*. Il s'agit d'un sophisme qui *« consiste à réfuter un avis que, à proprement parler, personne ne soutient »*. V. **S. GOLTZBERG**, *L'argumentation juridique*, 5ème éd., coll. Connaissance du droit, Dalloz, 2021, spéc. p. 2 et p. 75 et s. ; « Principe de l'effet utile et sophisme de l'homme de paille : droit talmudique et droit français *», in Droits – Revue française de théorie, de philosophie et de cultures juridiques*, 2019/2, n°70, p. 237.

[422] **D. MAZEAUD**, « Solidarisme contractuel et réalisation du contrat », *in Le solidarisme contractuel*, L. GRYNBAUM, M. NICOD (dir.), coll. Études juridiques, Économica, 2004, p.57, spéc. n°5, p. 59.

[423] **Ch. JAMIN**, « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », *in Études offertes à Jacques Ghestin, Le contrat au début du XXIe siècle,* LGDJ, 2001, p. 441, spéc. p. 472.

notamment qu'une seule partie puisse tirer un bénéfice du contrat[424]. Ainsi, cette conception permettrait de « *bâtir un droit des contrats fondé sur un postulat d'inégalité entre les parties* »[425]. Ce qui est avant tout défendu, ce n'est pas l'idée de déresponsabiliser les contractants, mais bien de révoquer la philosophie de l'abstraction induite par le libéralisme[426]. Ainsi, les auteurs solidaristes veulent adapter le droit des contrats à la réalité, c'est-à-dire l'existence d'une inégalité de fait entre les parties.

84. Les rapports entre le solidarisme et l'équilibre contractuel. – La vocation protectrice du solidarisme incite à associer ce courant à la notion d'équilibre contractuel[427]. Cette association est notamment due à la mise en lumière d'inégalité des contractants et d'un besoin d'interventionnisme judiciaire dans certaines situations. En effet, la préoccupation première du solidarisme est de permettre l'intervention du législateur et du juge dès lors qu'il y a un risque pour l'équilibre contractuel. En revanche, l'équilibre n'était pas une préoccupation en soi dans le courant libéral, l'équilibre s'établissant de manière presque automatique avec l'accord des parties contractantes. Autrement dit, peu important l'absence objective d'équilibre, l'accord même des parties suffit. Le constat d'inefficacité de cette approche, accentué par les

[424] **Ch. JAMIN**, « Quelle nouvelle crise du contrat ? – Quelques mots en guise d'introduction », *in La nouvelle crise du contrat*, Ch. JAMIN, D. MAZEAUD (dir.), coll. Thèmes & commentaires, Dalloz, 2003, p. 7, spéc. p. 19 : *« dans un contexte d'inégalité : c'est bien chacune des parties, et non pas seulement la plus puissante, qui doit pouvoir tirer un bénéfice du contrat »*. *Adde*. **Ch. JAMIN**, *Le solidarisme contractuel : un regard franco-québécois : 9e Conférence Albert-Mayrand,* Thémis, 2005, p. 16.

[425] **Ch. JAMIN**, « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », *in Études offertes à Jacques Ghestin, Le contrat au début du XXI^e siècle,* LGDJ, 2001, p. 441, spéc. p. 472. *Adde*. **D. MAZEAUD**, « Solidarisme contractuel et réalisation du contrat », *in Le solidarisme contractuel,* L. GRYNBAUM, M. NICOD (dir.), coll. Études juridiques, Économica, 2004, p. 57, spéc. n°4, p. 59.

[426] **Ch. JAMIN**, *Le solidarisme contractuel : un regard franco-québécois : 9e Conférence Albert-Mayrand,* Thémis, 2005, p. 25 : L'auteur insiste beaucoup sur ce point notamment en réponse à des critiques portées sur le solidarisme qui déresponsabiliserait et infantiliserait les contractants.

[427] V. not. **L. FIN-LANGER**, *L'équilibre contractuel,* C. THIBIERGE (préf.), t. 366, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2002, n°46, pp. 45-46 : L'auteure associe l'équilibre contractuel au dirigisme. « *Notre société proclame, cependant, une autre valeur, fondement philosophique de notre système juridique et plus particulièrement de l'autonomie de la volonté : le libéralisme. Or, il semble que l'équilibre contractuel porte aussi atteinte à un tel principe et semble au contraire imposer la valeur opposée : le dirigisme* » ; **Ph. JESTAZ**, « Rapport de synthèse – Quel contrat pour demain ? », *in La nouvelle crise du contrat,* Ch. JAMIN, D. MAZEAUD (dir.), coll. Thèmes & commentaires, Dalloz, 2003, p. 243, spéc. p. 244 : « *Disons, pour passer de la philosophie au droit, entre une conception volontariste, qui privilégie le respect des volontés réelles ou supposées, et une conception commutative, qui privilégie l'équilibre du contrat* » ; **C. BOISMAIN**, *Les contrats relationnels*, M. FABRE-MAGNAN (préf.), coll. Institut de Droit des Affaires, PUAM, 2005, n°316, p. 235 : « *La question de l'équilibre contractuel est largement débattue par la doctrine française, en particulier par les partisans du solidarisme* » ; « Manifeste pour une justice sociale en droit européen des contrats », élaboré par le **Groupe d'étude sur la justice sociale en droit privé européen**, *in European Law Journal*, vol. n°10, 2004, p. 653, trad. *in RTD Civ.*, 2005, p. 713 : « *Le souci de trouver le juste milieu entre l'autonomie de la volonté et l'équilibre contractuel est désormais au cœur des discussions relatives aux principes directeurs du droit des contrats* ». Cette dernière citation tirée de ce manifeste laisse entendre une distinction entre l'autonomie de la volonté et l'équilibre contractuel, sous-entendu qu'il est incompatible de les envisager ensemble et l'un relèverait du libéralisme et l'autre d'une politique solidariste.

idées solidaristes, permet ainsi un emploi plus fréquent de l'équilibre contractuel. L'inégalité entre contractants, l'existence d'un principe de prise en compte réciproque des intérêts, puis l'intervention du juge dans le contrôle du contrat sont les moyens mis en avant par le solidarisme pour parvenir à un meilleur équilibre contractuel. Cela étant, l'équilibre contractuel n'est pas l'apanage du solidarisme[428]. Les propos de la doctrine solidariste portent plutôt sur les moyens développés dans la perspective d'un tel équilibre contractuel. L'équilibre contractuel a donc toujours été sous-jacent dans les débats doctrinaux, puisque le respect des intérêts des parties et la protection de l'ordre public n'ont jamais été remis en cause[429]. Les différents courants ne s'opposent que sur les méthodes permettant d'aboutir à l'équilibre contractuel, qui en est la finalité[430].

85. Un usage devenu fréquent. – L'emploi des termes ayant trait à l'équilibre – tels que l'équilibre contractuel, équilibre dans le contrat, équilibre du contrat, équilibre des parties, *etc*. – est courant dans le discours doctrinal, au point que certains auteurs estiment que « *tel le phénix qui indéfiniment renaît de ses cendres, la question de l'équilibre du contrat, à jamais classique, revient constamment sur le devant de la scène juridique* »[431]. De nombreux écrits évoquent ces termes, alors pourtant que les études portant sur la notion elle-même sont plutôt rares, puisqu'une seule thèse écrite en 2000 porte sur l'étude spécifique de cette notion[432]. Finalement, si l'équilibre contractuel est souvent usité en doctrine, ce n'est que dans des contextes particuliers et abordant les outils ayant trait à l'équilibre contractuel[433]. Une dichotomie entre l'équilibre contractuel comme finalité et l'existence de plusieurs méthodes pour atteindre cet

[428] En ce sens : **N. MOLFESSIS**, « Remarques sur la doctrine en droit des contrats », *in RDA*, 2011, n°3, p. 51, spéc. n°5, p. 54.

[429] **V. LASBORDES**, *Les contrats déséquilibrés*, C. SAINT-ALARY HOUIN (préf.), t. 1, coll. Institut de Droit des Affaires, PUAM, 2000, n°1, p. 17 : l'auteure exprime cette idée en affirmant que « *Les contrats sont présumés équilibrés* » ; **N. BLANC**, « L'équilibre du contrat d'adhésion », *in RDC,* 2019, n°2, p. 155, spéc. n°2 : « *Le droit français est attaché à une conception subjective de l'équilibre* […] *Il revient donc aux parties de définir l'équilibre de leur accord* ».

[430] **J.-M. DELPÉRIER, G. DURAND-PASQUIER**, « L'équilibre contractuel (clauses de prix, clauses abusives…) », *in JCP N.*, n°47, 2015, p. 1209, spéc. n°1 : « *Pourtant, d'une certaine façon, la recherche d'un équilibre correspond assurément à une attente intemporelle. La difficulté réside simplement dans le fait que le législateur d'hier, les auteurs précités et les rédacteurs du projet de réforme ne s'entendent pas tout à fait sur les sources de l'équilibre à rechercher, ni sur les moyens de le préserver.* ».

[431] **G. LARDEUX**, « Rapport introductif », *in L'équilibre du contrat,* G. LARDEUX (dir.), coll. Laboratoire de droit privé & sciences criminelles, PUAM, 2012, p. 9.

[432] **L. FIN-LANGER**, *L'équilibre contractuel*, C. THIBIERGE (préf.), t. 366, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2002.

[433] **L. FIN-LANGER**, *L'équilibre contractuel*, C. THIBIERGE (préf.), t. 366, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2002, n°15, p. 23 : « *de nombreux travaux concernent l'équilibre contractuel mais sous un angle particulier. La plupart concentrent leurs efforts sur les instruments permettant de mesurer et de corriger le déséquilibre contractuel* ».

objectif persiste toujours[434]. C'est en cela que la lecture et la définition de la notion d'équilibre contractuel peuvent apparaître difficiles, car lorsque l'équilibre est utilisé c'est au regard de moyens précis et non pas seulement en tant que finalité.

***

86. Conclusion Section 2. – La naissance de l'équilibre contractuel en doctrine a suivi le même chemin que la politique législative contractuelle. La notion d'équilibre ne paraissait dans aucun écrit en matière contractuelle, et ne figurait ponctuellement que dans d'autres domaines. Dans ce contexte, la notion n'a aucune valeur juridique, mais permet de décrire essentiellement des situations dans lesquelles il y a des déplacements entre plusieurs patrimoines. L'équilibre était donc employé dans le sens d'une comparaison entre deux ou plusieurs patrimoines dès lors qu'une opération avait lieu entre ces derniers. À ce titre, l'équilibre permettait de savoir s'il y avait une certaine équivalence dans ce mouvement.

Si, au départ, cette expression n'existait pas ou peu dans les débats doctrinaux, son essor fut remarqué au début du XX^{e} siècle avec la révolution industrielle et la naissance de la consommation de masse. Son émergence intervient dans le même temps que la prise de conscience de la modification des pratiques contractuelles, engendrant la modification des comportements contractuels, l'accélération de la conclusion des contrats, et la densification du contenu contractuel. Les crises du contrat et la remise en question de ses fondements permettent l'émergence de la notion d'équilibre contractuel dans la doctrine et essentiellement dans la doctrine solidariste. Cette doctrine prône l'établissement de mécanismes protégeant l'équilibre contractuel et permettant un interventionnisme du juge dans la « chose des parties ».

***

87. Conclusion Chapitre 1. – La notion d'équilibre contractuel a fait son apparition progressivement au fil de l'évolution de la société et de l'évolution de la conception du contrat. Ces deux réflexions permettant d'aboutir à la conclusion suivante : son évolution dans la

[434] **G. LARDEUX**, « Rapport introductif », *in L'équilibre du contrat,* G. LARDEUX (dir.), coll. Laboratoire de droit privé & sciences criminelles, PUAM, 2012, p. 9 : « *s'opposent sommairement les partisans de la justice contractuelle (des canonistes au solidaristes en passant par les doctrines sociales du XIX^{e} siècle) impliquant, selon eux, le contrôle extérieur objectif de l'équilibre des conventions et les tenants d'une approche libérale (inaugurée par les volontaristes du XVII^{e} s. et ayant connu le succès que l'on sait aux deux siècles suivants), soucieux de sécurité juridique et donc du respect des prévisions des parties, autrement dit de l'équilibre contractuel déterminé par celles-ci : un équilibre subjectif, propre à l'accord* ».

législation comme en doctrine coïncide. L'équilibre contractuel est donc, à l'échelle de l'Histoire, une notion plutôt récente qui s'est imposée dans les discours doctrinaux, et dont le législateur s'est saisi dans le cadre de réformes successives. Il est ainsi devenu un objectif à atteindre pour assurer la pérennité contractuelle et le respect des intérêts des parties au contrat, notamment des parties identifiées comme étant plus faibles et dont le risque de subir des pressions de la part du cocontractant est plus grand.

Pourtant, la finalité d'équilibre contractuel a toujours été sous-jacente, elle « *correspond assurément à une attente intemporelle* »[435]. Si l'équilibre contractuel était d'abord envisagé au seul titre du contenu et du résultat observé sur les patrimoines, cet équilibre fut ensuite recherché par la prise en compte de l'équilibre entre parties dans la relation contractuelle. La logique de l'équilibre contractuel s'est donc étendue et diversifiée. De la seule préoccupation pour le contenu du contrat une fois conclu, l'équilibre contractuel s'attache désormais à la préoccupation de la relation entre les parties et à la mise en place de mécanismes pour éviter, en amont, tout déséquilibre du contenu. La notion d'équilibre contractuel semble donc intégrer l'équilibre du contenu du contrat, une fois conclu, et l'équilibre de la relation contractuelle avant et après la conclusion du contrat. La notion n'est plus seulement appréhendée de manière statique par la seule appréciation du contenu contractuel, elle est désormais évolutive et doit être appréciée tout au long de la relation contractuelle.

Selon le contexte dans lequel est utilisée la notion d'équilibre contractuel, deux élargissements peuvent donc être constatés. D'une part, partant de la seule logique d'appréciation du contenu contractuel, l'équilibre s'est étendu jusqu'à la relation des parties elles-mêmes. D'autre part, l'équilibre contractuel ne procède plus seulement d'une logique curative, mais également d'une logique préventive par la prise en compte de l'équilibre dès le début de la relation contractuelle, c'est-à-dire dans la phase précontractuelle. Malgré ce constat d'élargissement, l'appréhension de la notion d'équilibre contractuel elle-même ne semble pas être modifiée, ne permettant pas de cerner son ampleur.

[435] **J.-M. DELPÉRIER, G. DURAND-PASQUIER**, « L'équilibre contractuel (clauses de prix, clauses abusives…) », *in JCP N.*, n°47, 2015, p. 1209, spéc. n°1.

CHAPITRE 2. LE REJET DES CONCEPTIONS RESTRICTIVES DE L'ÉQUILIBRE CONTRACTUEL

88. Si l'emploi de la notion d'équilibre contractuel s'est progressivement diffusé dans le discours juridique, son appréhension ne semble pas refléter l'ampleur de ce que représente l'équilibre contractuel. Elle est souvent abordée de manière restrictive ou sous un prisme particulier, l'équilibre entre les patrimoines. En effet, l'équilibre contractuel est souvent associé à un type contractuel défini : les contrats réalisant un échange économique, conduisant à apprécier l'équilibre qu'au regard du contenu contractuel. Ces restrictions ne reflètent ainsi pas l'ampleur des figures contractuelles. Elles trouvent, pourtant, leurs origines dans une conception, elle-même restrictive et persistante, du contrat fondé sur un échange se déroulant en un trait de temps entre les parties. Pour rejeter ces conceptions par un renouvellement de l'analyse contractuelle, il sera nécessaire de les présenter successivement. Ainsi seront envisagées les études délimitant leur analyse aux seuls contrats réalisant un échange économique (**Section 1**), puis au seul équilibre du contenu du contrat (**Section 2**).

Section 1. Un cantonnement aux seuls contrats réalisant un échange économique

89. Pour émettre des critiques s'agissant de cette approche restrictive (**Paragraphe 2**), il est nécessaire de comprendre et de présenter les origines de cette interprétation (**Paragraphe 1**).

Paragraphe 1. Présentation

90. Le cantonnement aux échanges économiques. – Certains auteurs estiment que l'équilibre contractuel ne peut s'envisager que dans le cadre d'un échange économique[436]. Dans ce contexte, la notion d'échange ne renvoie pas à sa dimension juridique, c'est-à-dire au contrat

[436] V. not. **L. FIN-LANGER**, *L'équilibre contractuel*, C. THIBIERGE (préf.), t. 366, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2002 ; **D. BAKOUCHE**, *L'excès en droit civil*, M. GOBERT (préf.), t. 432, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2005, spéc. n°116, p. 113.

spécial prévu dans le Code civil[437], mais relève, dans sa dimension économique, « *d'un concept plus large englobant toutes les opérations bilatérales* »[438].

L'étude de Madame Laurence FIN-LANGER, dès son introduction de thèse, exclut dans un premier temps tous les actes juridiques qui ne sont pas des contrats, estimant que « *l'élément caractéristique indiqué par la plupart des auteurs réside dans la procédure bilatérale de création* »[439]. Elle délimite son étude au « *seul contrat réalisant un échange entre deux biens ou entre des prestations* »[440]. Autrement dit, son étude ne porte finalement pas sur les contrats en général, mais seulement sur les contrats bilatéraux dans lesquels un échange se produit[441]. Elle exclut ainsi l'analyse des contrats unilatéraux, tels que la donation, ou encore des contrats-organisation, tels que le contrat de société[442]. À cet égard, elle restreint fondamentalement la catégorie des contrats.

Madame Laurence FIN-LANGER fait de l'échange économique un élément indispensable à l'étude de l'équilibre contractuel. Cela sous-entend que l'équilibre contractuel ne peut, dès lors, être envisagé que dans le cadre d'un échange de valeurs. Elle envisage tout de même la notion d'échange de manière relativement large, puisqu'elle n'exclut pas les contrats pour lesquels il n'y a pas nécessairement d'obligations réciproques. Elle envisage, à ce titre, l'équilibre dans les contrats unilatéraux à titre onéreux[443]. Si cette limitation ne nous semble pas convaincante, sa thèse constitue un apport conséquent de la recherche sur la notion floue qu'est l'équilibre contractuel[444].

---

[437] C. civ., art. 1702 : « *L'échange est un contrat par lequel les parties se donnent respectivement une chose pour une autre* ».

[438] **J. GHESTIN**, « Le contrat en tant qu'échange économique », *in Revue d'économie industrielle,* vol. 92, 2000, p. 81, spéc. n°3, p. 83. *Adde*. **J.-M. POUGHON**, *Histoire doctrinale de l'échange*, J.-P. BAUD (préf.), t. 194, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 1987, n°7, p. 3.

[439] **L. FIN-LANGER**, *L'équilibre contractuel*, C. THIBIERGE (préf.), t. 366, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2002, n°13, p. 20.

[440] **L. FIN-LANGER**, *L'équilibre contractuel*, C. THIBIERGE (préf.), t. 366, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2002, n°13, p. 21.

[441] Cette limitation est étonnante car lorsqu'elle présente l'objet de sa thèse, elle indique qu'il « *consiste à approfondir l'équilibre contractuel, c'est-à-dire celui du contrat* » **: L. FIN-LANGER**, *L'équilibre contractuel*, C. THIBIERGE (préf.), t. 366, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2002, n°13, p. 20.

[442] **L. FIN-LANGER**, *L'équilibre contractuel*, C. THIBIERGE (préf.), t. 366, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2002, n°13, pp. 20-21 : « *De plus, deux types de contrats ne seront pas étudiés en raison de leur trop grande particularité. D'une part, les contrats à titre gratuit* […]. *D'autre part, les contrats dominés par un intérêt commun comme le contrat de société nee feront pas non plus l'objet de cette étude* ».

[443] **L. FIN-LANGER**, *L'équilibre contractuel*, C. THIBIERGE (préf.), t. 366, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2002, n^{os} 244 et s., p. 169 et s.

[444] **L. FIN-LANGER**, *L'équilibre contractuel*, C. THIBIERGE (préf.), t. 366, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2002, NBP n°11, p. 21 : elle affirme, elle même que son étude permet de servir de point de départ à d'autres.

91. Le cantonnement poussé aux contrats synallagmatiques commutatifs. – D'autres auteurs vont plus loin et ont une conception encore plus restrictive de l'équilibre contractuel. Selon eux, l'équilibre contractuel ne peut être envisagé que dans le cadre de contrats synallagmatiques[445]. Autrement dit, « *lorsque les contractants s'obligent réciproquement les uns envers les autres* »[446]. Ils estiment ainsi que « *l'équilibre contractuel* [est] *un impératif propre aux contrats synallagmatiques* »[447] et que « *l'idée d'équilibre dans le contrat, l'expression de justice, n'a de sens que dans les contrats synallagmatiques commutatifs à titre onéreux, car eux seuls sous-tendent la réciprocité des prestations* »[448]. Ils semblent ainsi faire de la réciprocité d'obligations le critère déterminant pour envisager l'équilibre en matière contractuelle. En d'autres termes, l'équilibre contractuel ne pourrait être envisagé qu'en présence d'une réciprocité dans le contrat. Ces auteurs restreignent donc de manière significative la notion de contrat. Toutefois, ces arguments trouvent leur justification dans la théorie aristotélicienne de la justice[449].

92. Une vision restrictive justifiée par une interprétation de la théorie aristotélicienne de la justice. – ARISTOTE, dans *Éthique à Nicomaque*, fait apparaître une distinction fondamentale entre deux types de justice : la justice distributive et la justice commutative[450]. Selon la doctrine, la justice distributive implique « *d'effectuer des distributions par rapport à certaines valeurs, par exemple le mérite* »[451], tandis que la justice commutative est « *propre aux échanges* »[452], elle est une « *justice arithmétique* »[453]. Cette dernière implique de rendre à chacun ce qui est dû[454]. « *La justice corrective vise à restaurer l'équilibre*[455]*, à*

[445] **S. LE GAC-PECH**, *La proportionnalité en droit privé des contrats*, H. MUIR-WATT (préf.), t. 335, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2000, p. 8 ; **C. THIBIERGE-GUELFUCCI**, « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », *in RTD Civ.* 1997 ; **J.-M. GUÉGUEN**, « Le renouveau de la cause en tant qu'instrument de justice contractuelle », *in D.*, 1999, p. 332 ; **M. BOURASSIN**, *L'efficacité des garanties personnelles*, M.-N. JOBARD-BACHELLIER et V. BRÉMOND (préf.), t. 456, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2006 ; **Ph. MALINVAUD, M. MEKKI, J.-B. SEUBE**, *Droit des obligations*, 17ème éd., coll. Manuels, LexisNexis, 2023, n°322, p. 291.

[446] C. civ., art. 1106.

[447] **M. BOURASSIN**, *L'efficacité des garanties personnelles*, M.-N. JOBARD-BACHELLIER et V. BRÉMOND (préf.), t. 456, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2006, n°126, p. 62.

[448] **J.-M. GUÉGUEN**, « Le renouveau de la cause en tant qu'instrument de justice contractuelle », *in D.*, 1999, p. 332, spéc. n°4.

[449] **ARISTOTE**, *Éthique à Nicomaque*, Livre V, J. TRICOT (trad.), Éditions Les Échos du Maquis, 2014.

[450] **ARISTOTE**, *Éthique à Nicomaque*, Livre V, J. TRICOT (trad.), Éditions Les Échos du Maquis, 2014.

[451] **M. FABRE-MAGNAN**, *Le droit des contrats,* 2ème éd., coll. Que sais-je ?, PUF, 2023, p. 103.

[452] **M. FABRE-MAGNAN**, *Le droit des contrats,* 2ème éd., coll. Que sais-je ?, PUF, 2023, p. 103.

[453] **M. FABRE-MAGNAN**, *Le droit des contrats,* 2ème éd., coll. Que sais-je ?, PUF, 2023, p. 103.

[454] **F. CHÉNEDÉ**, *Les commutations en droit privé – Contribution à la théorie générale des obligations,* A. GHOZI (préf.), coll. Recherches Juridiques, Économica, 2008, n°7, p. 9.

[455] C'est nous qui soulignons.

rétablir l'ordre antérieur entre les deux situations, de sorte que chaque personne n'ait que ce qu'elle avait avant le "synallagma" »[456]. Présenté comme tel, l'objectif de la justice corrective est donc de protéger l'équilibre entre les patrimoines des contractants. C'est en raison de la conception retenue de la justice corrective ou commutative que l'équilibre contractuel est envisagé dans le seul cadre d'un échange bilatéral d'obligations[457]. L'équilibre des patrimoines envisagé dans la justice corrective a été assimilé à l'équilibre contractuel. Ce dernier doit répondre à une logique arithmétique, c'est-à-dire que les obligations doivent présenter une valeur équivalente, si ce n'est pas égale. Cette interprétation de la justice a également servi d'inspiration aux rédacteurs du Code civil, ce qui renforce l'interprétation de la doctrine. Le contrat repose essentiellement sur un échange de valeurs.

93. Une vision restrictive fondée sur le paradigme contractuel des rédacteurs du Code[458]. – Le modèle contractuel, tel que pensé par les rédacteurs du Code civil, est fondé sur l'échange de biens ou de services, dont « *la réciprocité en constitue le principe dominant* »[459]. Dans le même sens, il a pu être affirmé que « *la satisfaction des besoins place donc au premier rang le contrat synallagmatique parce que ces besoins sont réciproques et provoquent un échange "continuel" des services entre les hommes* »[460]. L'archétype du contrat repose sur les fondements de l'échange, donc un contrat synallagmatique à titre onéreux, c'est-à-dire un contrat dans lequel les transferts procèdent d'une commutation bilatérale[461]. La vente n'en est que l'évolution avec l'apparition de la monnaie[462]. Conçu comme le modèle contractuel par

---

[456] **M. BOURASSIN**, *L'efficacité des garanties personnelles*, M.-N. JOBARD-BACHELLIER et V. BRÉMOND (préf.), t. 456, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2006, n°121, p. 61.

[457] Un auteur estime même que la justice commutative est le principe directeur des contrats synallagmatiques à titre onéreux : **C. NOBLOT**, *La qualité du contractant comme critère légal de protection – Essai de méthodologie législative,* F. LABARTHE (préf.), t. 382, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2002, n°460, p. 235.

[458] **J. ROCHFELD**, *Les grandes notions du droit privé,* 3ème éd., coll. Thémis, PUF, 2022, n°6, p. 535.

[459] **J.-M. POUGHON**, *Histoire doctrinale de l'échange*, J.-P. BAUD (préf.), t. 194, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 1987, n°1, p. 1.

[460] **D. DEROUSSIN**, « Le contrat à travers le Code civil des français », *in Histoire de la justice,* 2009/1, n°19, p. 247, spéc. p. 254. *Adde*. **P.-A. FENET**, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 14, Videcoq, 1836, p. 465.

[461] **F. ZENATI-CASTAING, Th. REVET**, *Cours de droit civil, Contrats, Vente (Droits communs français et européen) – Échange,* 1ère éd., coll. Droit fondamental, PUF, 2016, n°108, p. 270 : « *L'échange est plus qu'un contrat, il constitue la protohistoire du contrat en même temps que celle de l'économie* ». *Adde*. **J.-M. POUGHON**, *Histoire doctrinale de l'échange*, J.-P. BAUD (préf.), t. 194, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 1987.

[462] **J.-M. POUGHON**, *Histoire doctrinale de l'échange*, J.-P. BAUD (préf.), t. 194, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 1987, n°4, p. 2 : « *il est indéniable que l'évolution de l'échange est liée à la naissance de la monnaie ; avant elle, tout est échange ; après sa découverte, la vente se substitue à l'échange* ». *Adde*. **J.-M.-E. PORTALIS**, **J.-M.-E. PORTALIS**, « Discours préliminaire prononcé lors de la présentation du projet de la commission du gouvernement », *in Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, P.-A. FENET, t. 1, Videcoq, 1836, p. 512 : « *Avant l'usage de la monnaie, toutes les affaires de la société se faisaient par simple prêt ou par échange. Depuis l'usage de la monnaie, on procède par ventes, par achats, et par une multitude d'actes qui constituent ce*

excellence, le contrat synallagmatique à titre onéreux reste toujours ancré dans les conceptions contractuelles[463], omettant l'évolution du contrat au cours du temps.

94. Un paradigme à renouveler. – Le paradigme sur lequel était fondé le contrat n'est plus suffisant et ne représente plus la diversité des figures contractuelles qui se manifestent. Pourtant, ce paradigme contractuel de l'échange a eu une influence non négligeable sur la conception retenue de l'équilibre contractuel. Pour se détacher de cette influence, il semble nécessaire de procéder à une critique de ce paradigme contractuel pour en faire ressortir ses défauts et montrer la diversité contractuelle. Cette évolution du paradigme contractuel permettra ainsi de comprendre dans quelle mesure l'équilibre contractuel ne peut se résumer aux seuls contrats-échange.

Paragraphe 2. Critiques

95. Un phénomène de diversification du contrat. – Considérer le contrat sous le seul prisme de l'échange est réducteur[464]. Monsieur François CHÉNEDÉ estime même, à ce titre, que le terme « échange » est réducteur, notamment, parce qu' « *il renvoie exclusivement aux opérations bilatérales, c'est-à-dire aux opérations qui réalisent des transferts réciproques entre les parties (contrat de vente, d'entreprise, d'échange), alors que le droit des obligations régit également les opérations par lesquelles une personne se dépouille d'une valeur sans rien recevoir en contrepartie (donation, mandat non rémunéré, prêt à titre gratuit)* »[465]. Cette restriction omet ainsi une part importante des représentations du contrat et notamment les petits contrats tels que présentés par CARBONNIER[466]. Ils représentent une large part des contrats spéciaux du Code civil, ces derniers étant à l'origine des contrats d'amis, conclus à titre gratuit,

---

que nous appelons le commerce de la vie civile, et auxquels nous avons assigné les principales règles qui les gouvernent. ».

[463] **M.-E. ANCEL**, « La vente dans le Code civil : raisons et déraisons d'un modèle contractuel », *in Code civil et modèles. Des modèles du Code au Code comme modèle,* Th. REVET (dir.), coll. « Bibl. de l'institut A. Tunc », LGDJ, 2005, p. 285.

[464] V. en ce sens : **G. CHANTEPIE**, « La notion d'équilibre du contrat », *in Loyers et copr.,* 2016, n°10, doss. n°6, p. 12, spéc. n°8 : « *Sur le plan théorique, d'autre part, une autre difficulté réside dans le fait que certains contrats ne réalisent pas un échange économique direct* ».

[465] **F. CHÉNEDÉ**, *Les commutations en droit privé – Contribution à la théorie générale des obligations,* A. GHOZI (préf.), coll. Recherches Juridiques, Économica, 2008, n°1, pp. 1-2 : *Contra.* **J.-M. POUGHON**, *Histoire doctrinale de l'échange*, J.-P. BAUD (préf.), t. 194, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 1987, n°239, p. 255 ; **J. GHESTIN**, « Le contrat en tant qu'échange économique », *in Revue d'économie industrielle,* vol. 92, 2000, p. 81, spéc. n°5, p. 84.

[466] **J. CARBONNIER**, *Flexible droit – Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 10ème éd., LGDJ, 2001, p. 339 et s.

tels que le prêt ou encore le dépôt. En outre, la pratique contractuelle a permis à la doctrine de révéler d'autres formes de contrats, tels que les contrats organisation[467], les contrats alliance[468] et les contrats coopération[469]. Malgré la prise de conscience du phénomène de diversification et de complexification du contrat, ce dernier est toujours appréhendé sous le prisme d'un contrat instantané constituant un échange économique, dont le représentant principal reste la vente[470]. Ce décalage entre la représentation du contrat et son évolution, semble également affecter les réflexions sur l'équilibre contractuel. Aussi, il apparaît important au regard de cette évolution contractuelle de faire également évoluer la notion d'équilibre contractuel.

96. Une vision faussée de la théorie aristotélicienne. – Déformée à bien des égards, « *la doctrine aristotélicienne des commutations a* [pourtant] *jeté les bases de la théorie générale des obligations* »[471]. Un glissement sémantique s'est produit associant le « *synallagma* » d'ARISTOTE à l'échange et l'échange aux contrats bilatéraux[472]. Ce glissement

---

[467] V. not. **P. DIDIER**, « Brèves notes sur le contrat-organisation », *in L'avenir du droit, Mélanges en l'honneur de François Terré,* coll. Études, Mélanges, Travaux, Dalloz, 1999, p. 635. *Adde.* **F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, et *al.*,** *Droit civil – Les obligations*, 13ème éd., coll. Précis, Dalloz, 2022, *n°50, p. 31 :* « *Mais on a vu que le contrat ne s'identifie plus au seul contrat-échange et qu'il peut servir de support juridique à des opérations économiques d'inspiration très différente. C'est ainsi que, à côté du contrat-échange, la doctrine a mis en évidence la figure du contrat-organisation dont la meilleure illustration est le contrat de société. Les parties procèdent alors non à une permutation de valeurs, mais à une concentration d'actifs au sein d'une entité commune de manière à produire un effet de synergie qui profite à chacune d'entre elles. Les intérêts des associés y sont non plus opposés mais identiques, en sorte que tout le monde perd ou gagne ensemble* ».

[468] V. not. **J.-F. HAMELIN**, *Le contrat-alliance,* N. MOLFESSIS (préf.), coll. Recherches Juridiques, Économica, 2012.

[469] V. not. **S. LEQUETTE**, *Le contrat-coopération – Contribution à la théorie générale du contrat*, C. BRENNER (préf.), coll. Recherches Juridiques, Économica, 2012.

[470] En ce sens : **J. FLOUR, J.-L. AUBERT, É. SAVAUX**, *Droit civil – Les obligations – L'acte juridique*, 18ème éd., coll. Université, Dalloz, 2024, n°111, p. 148 : « *C'est le contrat échange, sous la forme de la vente, qui a servi de modèle au code de 1804. Il inspire encore manifestement le droit des contrats rénové alors que les autres formes se sont considérablement développées depuis* ».

Pour ne citer qu'un exemple, la notion de contrepartie a intégré le Code civil en tant que remplaçante de la cause, mais elle ne semble pouvoir s'appliquer que dans le cadre des contrats synallagmatiques oubliant les autres types contractuels : V. en ce sens : **K. MOYA**, « La contrepartie », *in RTD Civ.,* 2023, p. 269 ; **F. CHÉNEDÉ**, *Droit des obligations et des contrats. Consolidations – Innovations – Applications*, 3ème éd., coll. Dalloz référence, Dalloz, 2023, spéc. n°121.65, p. 30 et n°123.280, p. 81.

[471] **F. CHÉNEDÉ**, *Les commutations en droit privé – Contribution à la théorie générale des obligations,* A. GHOZI (préf.), coll. Recherches Juridiques, Économica, 2008, n°3, p. 5. *Adde*. **D. GALBOIS-LEHALLE**, *La notion de contrat – Esquisse d'une théorie,* Y. LEQUETTE (préf.), t. 603, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2020, nos 287 et s., p.178 et s.

[472] **D. GALBOIS-LEHALLE**, *La notion de contrat – Esquisse d'une théorie,* Y. LEQUETTE (préf.), t. 603, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2020, n°288, p.179 : L'auteure démontre l'existence d'un « *glissement sémantique qui a conduit à la confusion de l'échange et du contrat, et au terme duquel le synallagma d'Aristote a subi une double déformation en profondeur. Une première déformation puisque, alors que le synallagma d'Aristote concernait tant les opérations volontaires (ekousia) que les opérations involontaires (akousia), il a été réduit au contrat, donc aux seules opérations.* […] *La deuxième déformation – celle qui nous intéresse particulièrement ici – résulte de ce que l'on s'est exclusivement intéressé aux commutations, pour occulter totalement les distributions, autre type d'opérations – notamment volontaires, donc contractuelles ! – susceptibles d'intervenir entre les membres de la cité* ».

sémantique a d'ailleurs permis de fonder le contrat sur l'échange[473]. La justice corrective a donc été réduite et associée aux contrats synallagmatiques. Cette restriction a ainsi influencé l'étude de l'équilibre contractuel[474]. Or, il ne faut pas confondre le terme « *synallagma* », ou commutation,[475] employé par ARISTOTE et le contrat synallagmatique. Si le premier relève d'un transfert de biens ou de services[476], le second est plus spécifique en ce qu'il implique en sus une réciprocité dans le transfert de valeur. Ainsi, les commutations telles qu'elles étaient entendues par ARISTOTE renvoyaient à un transfert de bien ou service, qu'il soit unilatéral ou bilatéral, volontaire ou involontaire. Le *synallagma* va donc plus loin que les seuls contrats et englobe également les délits ou encore les quasi-délits[477].

En outre, ARISTOTE associait les commutations volontaires à tous types d'actes (y compris les contrats unilatéraux), « *tels qu'une vente, un achat, un prêt de consommation, une caution, un prêt à usage, un dépôt, une location* »[478]. Il n'envisageait donc pas uniquement les échanges réciproques, mais tous les transferts de valeurs volontaires procédant d'actes interhumains. C'est ce qu'a démontré Monsieur François CHÉNEDÉ en affirmant que « *le titre gratuit dans son ensemble* […] *ne doit pas être écarté de la catégorie des commutations* »[479]. Les contrats

---

[473] *Cf. supra* n°93.

[474] **L. FIN-LANGER**, *L'équilibre contractuel*, C. THIBIERGE (préf.), t. 366, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2002, n°130, p. 97 : « *L'idée d'équilibre contractuel précise celle de justice commutative. Elle traduit la volonté d'avoir un échange juste et une composition harmonieuse du contenu du contrat, entre les prestations ainsi qu'entre les droits et les obligations. Le but de l'équilibre contractuel consiste à réaliser la justice à l'intérieur même de la relation entre les deux patrimoines* » ; **M.-A. PÉROT-MOREL**, *De l'équilibre des prestations dans la conclusion du contrat,* Imprimerie Allier, 1961, p. 275 : « *Nous avions abordé le problème de l'équilibre contractuel sans idée préconçue ou plus exactement avec le sentiment que la recherche d'une justice commutative plus parfaite était un but digne d'intérêt pour mériter de retenir l'attention du juriste* ».

[475] **F. CHÉNEDÉ**, *Les commutations en droit privé – Contribution à la théorie générale des obligations,* A. GHOZI (préf.), coll. Recherches Juridiques, Économica, 2008, n°3, p. 5 : *« La lecture du Commentaire de l'Éthique à Nicomaque rédigé par Saint-Thomas d'Aquin au 13° siècle se révèle quant à elle beaucoup plus éclairante. Le théologien, réputé comme étant le plus fin et le plus fidèle commentateur d'Aristote, a traduit le terme "synallagma" par "commutatio", terme que Nicolas Oresme – premier traducteur de l'Éthique à Nicomaque en vieux français – a traduit à son tour par "commutation". Cette traduction n'a guère été oubliée : de nombreux auteurs – philosophes, mais également juristes – continuent de traduire "synallagma" par "commutation" ».*

[476] **F. CHÉNEDÉ**, *Les commutations en droit privé – Contribution à la théorie générale des obligations,* A. GHOZI (préf.), coll. Recherches Juridiques, Économica, 2008, n°122, p. 114 : « *L'absence de contrepartie n'est pas un obstacle à la reconnaissance d'une commutation. Encore une fois, ce qui caractérise cette opération, ce n'est pas l'"échange", mais le "transfert" de valeurs* ».

[477] **M. VILLEY**, « Préface historique à l'étude de la notion de contrat »., *in APD*, t. XIII, 1968, p. 1, spéc. p. 6 : « *Le* [synallagma]*, ce n'est donc pas tout à fait le contrat bien que deux textes du Digeste donnent les deux mots pour synonymes. C'est plus généralement l'échange : qui peut aussi bien avoir lieu, ajoute aussitôt Aristote, volontairement dans la vente, le louage de chose ou de services, ou de façon involontaire, comme à la suite d'un délit ou quasi-délit* ».

[478] **ARISTOTE**, *Éthique à Nicomaque*, J. TRICOT (trad.), Éditions Les Échos du Maquis, 2014, p. 109.

[479] **F. CHÉNEDÉ**, *Les commutations en droit privé – Contribution à la théorie générale des obligations,* A. GHOZI (préf.), coll. Recherches Juridiques, Économica, 2008, n°560, p. 511.

synallagmatiques ne sont donc pas les uniques représentants des commutations et la justice corrective ne relève pas uniquement de ce type contractuel.

Enfin, si le contrat ne se réduit pas au seul échange bilatéral, il ne faut pas non plus négliger les distributions envisagées dans *Éthique à Nicomaque*[480]. Ces dernières représentent un autre type d'opération contractuelle, qui opère « *non pas un transfert, mais un partage de valeurs* »[481]. La justice distributive implique « *d'effectuer des distributions par rapport à certaines valeurs, par exemple le mérite* »[482], « *la collectivité devrait donc assurer à chacun de ses membres une part de richesses et de charges, non pas équivalente, mais proportionnelle à son "mérite", c'est-à-dire à sa place dans la société* »[483]. Souvent associée au droit public à l'origine[484], elle intègre également le droit privé[485] et représente les contrats d'intérêt commun ou les contrats organisation, tels que le contrat de société ou associatif par exemple[486].

97. L'équilibre contractuel envisagé dans le cadre des commutations volontaires et des distributions. – Face à ces éléments, il semble pertinent d'envisager l'étude de l'équilibre dans le cadre des contrats sans délimitation de genre, peu important que la commutation opérée soit bilatérale ou unilatérale ou qu'il s'agisse d'une distribution[487]. Dans cette même

[480] **D. GALBOIS-LEHALLE**, *La notion de contrat – Esquisse d'une théorie,* Y. LEQUETTE (préf.), t. 603, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2020, n°288, p. 179 : « *Des siècles de doctrine du contrat n'ont donc retenu qu'une branche de la distinction aristotélicienne – le synallagma –, ce qui a conduit à réduire la notion de contrat aux seuls contrats opérant une commutation, un échange* ».

[481] **D. GALBOIS-LEHALLE**, *La notion de contrat – Esquisse d'une théorie,* Y. LEQUETTE (préf.), t. 603, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2020, n°288, p. 179.

[482] **M. FABRE-MAGNAN**, *Le droit des contrats,* 2ème éd., coll. Que sais-je ?, PUF, 2023, p. 103.

[483] **F. CHÉNEDÉ**, *Les commutations en droit privé – Contribution à la théorie générale des obligations,* A. GHOZI (préf.), coll. Recherches Juridiques, Économica, 2008, n°9, p. 13.

[484] **F. CHÉNEDÉ**, *Les commutations en droit privé – Contribution à la théorie générale des obligations,* A. GHOZI (préf.), coll. Recherches Juridiques, Économica, 2008, n°9, p. 12 et les références associées : « *La première branche, la justice distributive, aurait pour objet la meilleure répartition des richesses et des charges publiques entre les citoyens et interviendrait ainsi dans les relations entretenues entre la collectivité publique et les personnes privées* ».

[485] **F. CHÉNEDÉ**, *Les commutations en droit privé – Contribution à la théorie générale des obligations,* A. GHOZI (préf.), coll. Recherches Juridiques, Économica, 2008, n°9, p. 14 : « *la distinction de la justice distributive et de la justice commutative ne saurait être réduite à la distinction du droit public et du droit privé* ».

[486] **P. DIDIER**, « Le consentement sans l'échange : contrat de société », *in Revue de Jurisprudence commerciale*, 1995, n°11, p. 74, spéc. p. 75 : « *Le contrat organisation est, lui, une relation entre le tout et ses parties et il appartient à la sphère de la justice distributive* ».

[487] À ce titre, Monsieur Alain SÉRIAUX, enseigne que « *la théorie générale des obligations a surtout pour cadre les opérations économiques de commutation ou de distribution de biens ou de services qui interviennent entre personnes privées* ». Il inclut donc les deux types de justice à la théorie générale des obligations, donc par voie de conséquence, à la matière contractuelle : **A. SÉRIAUX,** *Manuel de droit des obligations*, coll. Droit fondamental, PUF, 2006, n°2, p. 16. *Adde*. **B. JALUZOT**, *La bonne foi dans les contrats – Étude comparative de droit français, allemand et japonais*, F. FERRAND (préf.), vol. 5, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, Dalloz, 2001, n°941, p. 257 : Dans le même sens l'auteur associe l'équilibre à la justice commutative, ainsi qu'à la justice distributive.

perspective, Monsieur Gaël PIETTE a également démontré dans le cadre de sa thèse portant sur la correction du contrat, que les déséquilibres contractuels ne peuvent être limités aux seuls contrats synallagmatiques commutatifs. Il estime qu'il « *n'est pas hérétique, par exemple, de considérer que les contrats aléatoires ou les donations peuvent être déséquilibrés* […] »[488]. Plusieurs exemples permettront de démontrer que l'équilibre contractuel n'est pas l'apanage des seuls contrats synallagmatiques à titre onéreux.

98. L'exemple du cautionnement. – Le contrat de cautionnement[489] est un contrat unilatéral[490] au sens de l'article 1106 alinéa 2ème du Code civil. Autrement dit, seule la caution s'oblige dans le rapport contractuel, puisqu'elle est la seule tenue d'exécuter une obligation envers le créancier, dès lors que le débiteur principal ne s'acquitte pas de son obligation[491]. Bien que le cautionnement soit unilatéral, la question de l'équilibre contractuel se justifie pourtant dans ce contexte[492]. Le cautionnement présente certains risques pour la caution qui engage l'intégralité de son patrimoine[493]. La caution étant la seule partie obligée, des protections ont été apportées par le législateur. L'exemple de la mention manuscrite[494] ou encore de la proportionnalité[495] de l'engagement en sont des illustrations saisissantes. En effet, ces deux mesures permettent de protéger la caution et de s'assurer de la conscience du risque provoqué par son engagement. Sans revenir sur les nombreux débats doctrinaux portant sur la protection

---

[488] **G. PIETTE**, *La correction du contrat*, M. MENJUCQ (préf.), t. II, coll. Institut de droit des affaires, PUAM, 2004, n°917, p. 488.

[489] C. civ., art. 2288, al. 1er : « *Le cautionnement est le contrat par lequel une caution s'oblige envers le créancier à payer la dette du débiteur en cas de défaillance de celui-ci* ».

[490] La question de sa bilatéralisation a pu être posée, mais il s'avère qu'il reste un contrat unilatéral : **M. SÉJEAN,** *La bilatéralisation du cautionnement ? Le caractère unilatéral du cautionnement à l'épreuve des nouvelles contraintes du créancier,* D. HOUTCIEFF (préf.), t. 528, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2011.

[491] **M. SÉJEAN**, V° « Cautionnement », *in Dictionnaire du contrat,* D. MAZEAUD, R. BOFFA, N. BLANC (dir.), coll. Les dictionnaires LGDJ, LGDJ, 2018, n°24, p. 106, spéc. p. 108 : « *Le cautionnement est un contrat unilatéral* ».

[492] Une étude a d'ailleurs été menée dans ce contexte : **G. DIBANGUE**, *La recherche de l'équilibre contractuel dans le cautionnement – Regards croisés entre le droit français et le droit OHADA*, P. RUBELLIN (préf.), coll. Le droit aujourd'hui, L'Harmattan, 2017, n°5, p. 22 : « *Ainsi appliqué au cautionnement, l'équilibre contractuel implique donc la garantie de l'efficacité de la sûreté au profit du créancier, tout en assurant la sauvegarde des intérêts de la caution* ». Une autre étude portant sur le même thème a également été menée au Québec : **A. BÉLANGER, G. TABI TABI**, « Vers un repli de l'individualisme contractuel ? L'exemple du cautionnement », *in Les cahiers du droit,* vol. 47, n°3, 2006, p. 429.

[493] **G. DIBANGUE**, *La recherche de l'équilibre contractuel dans le cautionnement – Regards croisés entre le droit français et le droit OHADA*, P. RUBELLIN (préf.), coll. Le droit aujourd'hui, L'Harmattan, 2017, n°5, p. 22 ; **D. LEGEAIS**, *Droit des sûretés et garanties du crédit*, 15ème éd., coll. Manuel, LGDJ, 2022, n°39, p.51.

[494] C. civ., art. 2297 et C. consom., art. L. 331-1 et L. 331-2. *Adde*. Cass. civ. 1ère, 15 novembre 1989, n°97-18.003, Bull. Civ. I, n°348 : *Defrénois*, 1990, n°21, p. 441, note L. AYNÈS ; *D.*, 1990, p. 177, note Ch. MOULY ; *JCP G*., 1990, II, 21242, note D. LEGEAIS : la finalité de protection de la caution est explicitement mentionnée par les juges dans un attendu de principe prévoyant que « *l'engagement souscrit par la caution doit comporter sa signature ainsi que la mention, écrite de sa main, de la somme en toutes lettres et en chiffres de toute obligation déterminable au jour de l'engagement ; que ces règles de preuve ont pour finalité la protection de la caution* ».

[495] C. civ., art. 2300 et C. consom., art. L. 332-1.

de la caution, il n'en demeure pas moins que la question de l'équilibre contractuel s'est posée avec force. La protection de la caution contre son propre engagement a, en effet, pour objectif de rétablir un certain équilibre contractuel[496].

99. L'exemple de la donation. – Les contrats à titre gratuit sont explicitement exclus des développements de l'équilibre contractuel, puisqu'aucune réciprocité ne se manifeste dans ces contrats[497]. Il convient donc de prendre l'exemple des donations, qui incarnent la figure des contrats à titre gratuit. Ces dernières sont des contrats structurellement déséquilibrés dans lesquels « *l'un des contractants s'appauvrit sans contrepartie ou pour une contrepartie dérisoire au regard de sa propre prestation* »[498]. La donation est un contrat unilatéral, à titre gratuit et entre vifs, « *par lequel le donateur se dépouille actuellement et irrévocablement d'un bien, en faveur du donataire qui l'accepte* »[499]. Le contrat de donation est donc un contrat déséquilibré en valeur par nature[500], toutefois cela ne signifie pas que la question de l'équilibre contractuel ne se pose pas. De par la physionomie particulière de ces contrats, il existe tout de même un risque pour l'équilibre contractuel, bien qu'il ne puisse pas s'évaluer d'un point de vue patrimonial. Si effectivement, l'analyse du déséquilibre en valeur des prestations n'a pas d'intérêt du fait de sa nature, la donation doit tout de même présenter un intérêt pour chacune des parties contractantes. En ce sens, la donation bénéficie de garde-fous permettant de protéger l'engagement et l'intérêt du donateur. À ce titre, un formalisme protecteur a été mis en place aux fins de protéger le donateur[501]. « *Parce que le dépouillement inconsidéré du donateur constitue la principale crainte du législateur, il est encore dit que le formalisme a pour but de*

---

[496] **D. LEGEAIS**, *Droit des sûretés et garanties du crédit*, 15ème éd., coll. Manuel, LGDJ, 2022, n°39, p. 51 : À ce titre, l'auteure estime que le maintien de l'équilibre des intérêts en matière de cautionnement est délicat.

[497] V. not. **M. BOURASSIN**, *L'efficacité des garanties personnelles*, M.-N. JOBARD-BACHELLIER et V. BRÉMOND (préf.), t. 456, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2006, n°126, p. 63 : « *En revanche, la justice corrective, et l'équilibre contractuel qu'elle implique, n'ont aucun sens dans les contrats unilatéraux à titre gratuit, dans lesquels une personne s'oblige envers une ou plusieurs autres sans qu'il n'y ait, de la part de ces dernières, d'engagement réciproque, de contrepartie* ».

[498] **V. LASBORDES**, *Les contrats déséquilibrés*, C. SAINT-ALARY HOUIN (préf.), t. 1, coll. Institut de Droit des Affaires, PUAM, 2000, n°25, p. 53. *Adde*. C. civ., art. 893.

[499] C. civ., art. 894.

[500] **V. LASBORDES**, *Les contrats déséquilibrés*, C. SAINT-ALARY HOUIN (préf.), t. 1, coll. Institut de Droit des Affaires, PUAM, 2000, n°26, p. 52 : « *L'animus donandi, ou intention libérale, justifie directement le déséquilibre en valeur dans les libéralités* ».

[501] **H., L. ET J. MAZEAUD, F. CHABAS**, *Leçons de droit civil*, t. IV, vol. 2, *Successions – Libéralités*, 5ème éd., Montchrestien, 1999, n°1452, p. 643 ; **A. TANI**, *L'ordre public et le droit patrimonial de la famille – Contribution à la distinction entre l'ordre public et l'impérativité en droit privé français*, B. BEIGNIER (préf.), t. 64, coll. Doctorat & Notariat, Defrénois, 2020, n°233, p. 253 : *« L'exigence d'un formalisme strict (qu'il s'agisse d'une donation ou d'un leg) permet de protéger le disposant* […] ».

protéger le donateur contre ses propres excès »[502]. Ce formalisme authentique[503] permet au donateur de recevoir l'information nécessaire de la part du notaire. Cette protection vise à préserver l'intérêt du donateur dans l'accomplissement de son acte et vérifier qu'il agit librement.

100. L'équilibre contractuel étendu à tous les types de contrats. – Ces contre-exemples permettent d'illustrer que l'équilibre contractuel peut s'envisager également dans le cadre d'autres contrats que les seuls contrats synallagmatiques.

***

101. Conclusion Section 1. – Il a pu être mis en évidence que la doctrine aborde souvent l'équilibre contractuel de manière restrictive et notamment dans le cadre des seuls contrats réalisant un échange économique. Cette approche a pu être justifiée pour deux raisons. D'une part, son origine se trouve dans une appréciation relativement restrictive de la théorie aristotélicienne de la Justice. L'équilibre contractuel serait donc le reflet de la justice commutative telle que présentée par ARISTOTE et interprétée par la doctrine. D'autre part, il semblerait que l'échange, paradigme contractuel des rédacteurs du Code civil, ait également déteint sur la conception de l'équilibre contractuel. La figure contractuelle étant essentiellement appréhendée sous le prisme de l'échange, il semblerait que l'équilibre le soit aussi. Pourtant, plusieurs critiques ont pu mettre en lumière l'ampleur de la notion d'équilibre contractuel. Cette notion ne doit pas être réduite à un type de contrat en particulier. Au contraire, l'équilibre contractuel concerne n'importe quel type de contrat, entendu dans toute sa largeur. Une autre appréhension restrictive de l'équilibre contractuel doit être discutée, celle de son cantonnement au seul contenu contractuel.

Section 2. Un cantonnement au seul contenu du contrat

102. La notion de contenu. – Consacré par la réforme comme condition de validité du contrat, puis faisant l'objet d'une sous-section 3 dans une section consacrée à la validité du contrat, que signifie donc ce terme de contenu du contrat ? Le contenu du contrat vient

[502] **X. LAGARDE**, « Réflexions sur le fondement de l'article 931 du code civil », *in RTD Civ.*, 1997, p. 25.
[503] C. civ., art. 931 : « *Tous actes portant donation entre vifs seront passés devant notaires dans la forme ordinaire des contrats ; et il en restera minute, sous peine de nullité* ».

remplacer dans une certaine mesure l'objet et la cause du contrat[504]. Le contrat doit revêtir « *un contenu licite et certain* »[505] au titre de sa validité. Toutefois, son emploi est critiqué par la doctrine tant la notion revêt une dimension « *nébuleuse* »[506], « *énigmatique* »[507], voire « *vide de sens* »[508]. Certains estiment ainsi que « *le contenu du contrat ressemble à première vue plus à un fourre-tout qu'à une notion juridique élaborée* »[509].

Madame Diane GALBOIS-LEHALLE propose de dépasser le terme employé par la réforme et ainsi de définir le contenu « *comme ce que prévoit le contrat, ses stipulations, en somme les effets juridiques qu'il produit* »[510]. Cela ne recouvre donc pas uniquement les conditions de validité, ni même les seules obligations prévues au contrat. L'auteure estime que le contenu obligationnel ne suffit pas à déterminer l'étendue du contenu du contrat[511]. Elle affirme que le contenu du contrat s'enrichit « *d'autres types de droits, en particulier les droits potestatifs* »[512] ; mais il faut également y inclure « *un réseau de droits, d'obligations et de stipulations organisant leurs relations dans l'intérêt de chacune des parties* »[513]. En d'autres termes par

[504] V. en ce sens : **M. POUMARÈDE**, « Le contenu du contrat », *in RDI*, 2016, p. 331 ; **G. WICKER**, « La suppression de la cause par le projet d'ordonnance : la chose sans le mot ? », *in D.*, 2015, p. 1557 ; **É. SAVAUX**, « Le contenu du contrat », *in JCP G.*, 2015, suppl. au n°21, p. 20.

[505] C. civ., art. 1128.

[506] **D. GALBOIS-LEHALLE**, *La notion de contrat : esquisse d'une théorie*, Y. LEQUETTE (préf.), t. 603, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2020, n°685, p. 406. *Adde*. **Th. GENICON**, « Notions nouvelles et notions abandonnées, réflexion sur une révolution des mots », *in RDC*, 2015, n°3, p. 625 ; **M. FABRE-MAGNAN**, « Critique de la notion de contenu du contrat », *in RDC*, 2015, n°3, p. 639.

[507] **M. MEKKI**, « La formation du contrat et la réforme du droit des obligations – Entre vices et vertus », 2015, [en ligne] https://mustaphamekki.openum.ca/files/sites/37/2015/09/formation-du-contrat-Séoul.pdf. *Adde*. **O. DESHAYES, Th. GENICON, Y.-M. LAITHIER**, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations – Commentaire article par article*, 2ème éd., LexisNexis, 2018, p. 300 : les auteurs regrettent l'« *introduction du concept flou et polysémique de "contenu du contrat"* ».

[508] **R. BOFFA**, « Juste cause (injuste clause) », *in D.*, 2015, p. 335, spéc. n°11 ; **R. BOFFA, B. HAFTEL, Ph. CHAUVIRÉ, *al.***, *Les grandes décisions de la jurisprudence civile*, coll. Thémis, PUF, 2024, décision n°63, p. 397 et s., spéc. n°16.

[509] **J. FLOUR, J.-L. AUBERT, É. SAVAUX**, *Droit civil – Les obligations – L'acte juridique,* 18ème éd., coll. Université, Dalloz, 2024, n°459, p. 604.

[510] **D. GALBOIS-LEHALLE**, *La notion de contrat : esquisse d'une théorie*, Y. LEQUETTE (préf.), t. 603, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2020, n°689, p. 408.

[511] **D. GALBOIS-LEHALLE**, *La notion de contrat : esquisse d'une théorie*, Y. LEQUETTE (préf.), t. 603, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2020, n°792, p. 463. *Adde*. **P. ANCEL**, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *in RTD Civ.*, 1999, p. 771 ; **R. LIBCHABER**, « Réflexions sur les effets du contrat », *in Mélanges offerts à Jean-Luc Aubert – Propos sur les obligations et quelques autres thèmes fondamentaux du droit,* coll. Études, mélanges, travaux, Dalloz, 2005, p. 211 ; **A. JEAMMAUD, M. LE FRIANT**, « Le contenu du contrat de travail », *in Mélanges en l'honneur de Pascal Ancel*, coll. Collection de la Faculté de Droit, d'Économie et de Finance de l'Université du Luxembourg, Larcier, 2021, p. 383, spéc. 386 : Le contenu du contrat représente « *ce qui est "couvert" par la force obligatoire du contrat* […]*, d'une part, et de son contenu obligationnel d'autre part,* […] ».

[512] **D. GALBOIS-LEHALLE**, *La notion de contrat : esquisse d'une théorie*, Y. LEQUETTE (préf.), t. 603, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2020, n°792, p. 463.

[513] **D. GALBOIS-LEHALLE**, *La notion de contrat : esquisse d'une théorie*, Y. LEQUETTE (préf.), t. 603, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2020, n°792, p. 463.

contenu contractuel, il faut entendre ce qui intègre le champ contractuel[514]. Le contenu du contrat comprend ainsi « *l'ensemble des engagements tendant à la réalisation du but poursuivi par les parties* »[515]. Il comprend ainsi tous les éléments nécessaires à la réalisation de l'objectif, c'est-à-dire l'objet principal, mais également le contenu accessoire, c'est-à-dire les droits et obligations annexes insérés par le biais des clauses contribuant à l'objectif poursuivi. Plus récemment et dans cette même perspective, Madame Clémentine ANTOINE a proposé une définition du contenu contractuel : « *Le contenu du contrat serait la réunion de l'ensemble des éléments contractuels d'origine conventionnelle ou non conventionnelle, de nature conceptuelle ou matérielle, explicites ou implicites, présents dès la formation du contrat ou intégrés pendant son exécution, destinés à trouver leur effet pendant la période contractuelle ou celle de l'après-contrat* »[516]. Cette définition permet de rendre compte de la largesse du contenu contractuel, ainsi que de sa dimension temporelle, en accord avec celle de la notion de contrat. Le contenu contractuel ne doit donc pas se résumer au seul contenu obligationnel.

103. L'appréhension restrictive de l'équilibre contractuel à l'aune du contenu du contrat. – « *Dans l'imaginaire collectif, le contrat est incarné par le document que les parties signent lors de sa conclusion, par l'instrumentum* »[517]. Le contrat reste ainsi conçu comme « *un échange économique égalitaire de l'instant* »[518] pour lequel les parties doivent signer un document scellant leur accord. Il semble que cet imaginaire affecte l'appréhension de l'équilibre contractuel. L'emploi de l'équilibre contractuel paraît ainsi cantonné au seul contenu du contrat (**Paragraphe 1**). Une critique de cette restriction sera ainsi formulée permettant afin d'appréhender toute l'ampleur de la notion d'équilibre contractuel (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 1. Présentation

104. Des réflexions cantonnées au contenu du contrat. – Les développements relatifs à l'équilibre contractuel sont essentiellement traités au titre du contenu du contrat[519]. En outre,

---

[514] V. en ce sens : **D. HOUTCIEFF**, « Le contenu du contrat », *in Pour une réforme du droit des contrats*, F. TERRÉ (dir.), coll. Thèmes & commentaires, Dalloz, 2008, p. 183.

[515] **F. ROUVIÈRE**, *Le contenu du contrat : Essai sur la notion d'inexécution*, Ch. ATIAS (préf.), coll. Institut de Droit des Affaires, PUAM, 2005, n°230, p. 191.

[516] **C. ANTOINE**, *La notion de contenu du contrat : Essai d'une théorie générale*, F. LABARTHE (dir.), th. dactyl., Université Paris-Saclay, 2024, n°942, p. 494.

[517] **P. DUFOUR**, *La théorie générale du contrat au prisme des travaux d'Axel Honneth,* D. HIEZ (dir.), coll. Faculté de Droit, d'Économie et de Finance de l'Université du Luxembourg, Larcier, 2023, n°2, p. 11.

[518] **J. ROCHFELD**, *Les grandes notions du droit privé,* 3ème éd., coll. Thémis, PUF, 2022, p. 528.

[519] V. not. **P. ANCEL**, *Droit des obligations en 12 thèmes*, 4ème éd., coll. Séquences, Dalloz, 2022, p. 56 et s. et p. 145 et s. ; **L. ANDREU, N. THOMASSIN**, *Cours de droit des obligations,* 9ème éd., coll. Amphi LMD, Gualino,

Madame Laurence FIN-LANGER définit la notion d'équilibre contractuel sous le seul prisme du contenu du contrat : « *Il s'agit d'une double qualité du contenu du contrat : cette notion désigne à la fois d'un point de vue statique, une composition harmonieuse de ce contenu caractérisée par sa diversité et d'un point de vue dynamique, la position de relative stabilité de ce contenu caractérisée alors par sa fragilité.* […] *Le contenu du contrat est composé harmonieusement et donc équilibré lorsque d'une part sur le plan quantitatif un constat de réciprocité ou de commutativité a pu être observé et d'autre part sur le plan qualitatif, il apparaît une équivalence ou une proportionnalité entre l'ensemble de ces droits, obligations ou prestations* »[520]. Autrement dit, elle adopte une conception plutôt objective de l'équilibre contractuel, dans la mesure où n'est apprécié que le résultat auquel aboutit le contrat, excluant l'appréciation du contexte de sa conclusion[521]. Cette définition ne semble pas refléter l'ampleur de l'équilibre contractuel et ne correspond qu'à un type d'équilibre, l'équilibre du contenu du contrat[522] ou autrement appelé l'équilibre substantiel[523]. La doctrine paraît ainsi, de manière générale, assimiler l'équilibre contractuel à l'équilibre du contenu, ou encore à l'équilibre des prestations. En d'autres termes, seul le contenu du contrat participe de l'équilibre contractuel.

2024, n^{os} 336 et s., p. 144 et s. ; **A. BÉNABENT**, *Droit des obligations*, 20ème éd., coll. Précis Domat, LGDJ, 2023, n°189 et s., p. 166 et s. ; **R. CABRILLAC**, *Droit des obligations,* 16ème éd., coll. Cours, Dalloz, 2024, n^{os} 92 et s., p. 94 et s. ; **Ph. DELEBECQUE, F.-J. PANSIER**, *Droit des obligations – Contrat et quasi-contrat,* 8ème éd., coll. Objectif droit, LexisNexis, 2018, n°210, p. 166 ; **B. FAGES (dir.)**, *Le Lamy Droit du contrat,* coll. Lamy droit civil, 2024, n^{os} 1238 ; **B. FAGES**, *Droit des obligations*, 10ème éd., coll. Manuel, LGDJ, 2020, n^{os} 172 et s., p. 161 et s. ; **D. HOUTCIEFF**, *Droit des contrats*, 9ème éd., coll. Paradigme, Bruylant, 2024, n^{os} 481 et s., p. 438 et s. ; **Ch. LARROUMET, S. BROS**, *Traité de droit civil,* t. 3, *Les obligations – Le contrat*, 9ème éd., coll. Corpus droit privé, Économica, 2018, nos 392 et s., p. 359 et s. ; **Ph. MALINVAUD, M. MEKKI, J.-B. SEUBE**, *Droit des obligations*, 17ème éd., coll. Manuels, LexisNexis, 2023, n^{os} 322 et s., p. 291 et s. ; **F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, et *al.***, *Droit civil – Les obligations*, 13ème éd., coll. Précis, Dalloz, 2022, n^{os} 394 et s., p. 441 et s.

[520] **L. FIN-LANGER**, *L'équilibre contractuel*, C. THIBIERGE (préf.), t. 366, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2002, n°776, pp. 569-570. *Adde*. **L. THIBIERGE**, « Le traitement du déséquilibre économique par le droit commun des contrats », *in Réforme du droit civil et vie des affaires,* M. BOURASSIN, J. REVEL (dir.), coll. Thèmes & commentaires, Dalloz, 2014, p. 233, spéc. p. 234 : L'auteur définit également l'équilibre sous le prisme du contenu contractuel : « *Appliqué au droit des contrats, le déséquilibre serait l'hypothèse dans laquelle les prestations échangées ne sont pas équivalentes* ».

[521] Pour une analyse similaire : **C. OUERDANE-AUBERT DE VINCELLES**, *Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles,* Y. LEQUETTE (préf.), vol. 19, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, Dalloz, 2002, n°9, p. 17.

[522] D'autres auteurs vont dans le même sens en reprenant la définition de Madame Laurence FIN-LANGER : V. not. **S. LEBRETON**, *L'exclusivité contractuelle et les comportements opportunistes – Étude particulière aux contrats de distribution,* M. PÉDAMON (préf.), coll. F.N.D.E., LexisNexis, 2002, n°133, p. 193 ; **P. LEMAY**, *Le principe de la force obligatoire du contrat à l'épreuve du développement de l'unilatéralisme,* S. CHASSAGNARD-PINET (préf.), coll. Bibliothèque des thèses, Mare & Martin, 2014, n^{os} 228 et s., p.318 et s. ; **F. JACOMINO**, *Le contrôle objectif de l'équilibre contractuel. Entre droit commun des contrats et droit des pratiques restrictives de concurrence,* E. MOUIAL BASSILANA (dir.), th. dactyl., Université Côte d'Azur, 2018 ; **M. GARNIER-ZAFFAGNINI**, *Le standard juridique – Essai d'une théorie générale à l'épreuve du droit des contrats*, M. LATINA (dir.), th. dactyl., Université Côte d'Azur, 2022, n°454, p. 347.

[523] **D. DIA**, *Essai sur l'équilibre de la relation contractuelle*, N. BALAT (dir.), th. dactyl., Université d'Aix Marseille, 2023, n°5, p. 6, et n°9, pp. 9-10.

Cette assimilation entraîne une sorte d'amalgame entre l'équilibre contractuel et l'équivalence des prestations[524], qui ne sauraient pourtant pas être assimilés[525]. Ce cantonnement au contenu contractuel est ainsi critiquable à certains égards.

Paragraphe 2. Critiques

105. L'équilibre substantiel, un élément d'appréciation de l'équilibre contractuel. – Si l'analyse du contenu du contrat est indispensable à la détermination de l'existence d'un équilibre contractuel, il ne faut toutefois pas réduire la définition de l'équilibre contractuel au seul contenu contractuel. Le contenu du contrat est en principe la concrétisation de la relation contractuelle. Il est donc censé être le reflet des volontés contractuelles permettant la satisfaction des besoins de chacun dans la conclusion du contrat. Il permet ainsi de déterminer les droits et obligations de chacun. Pour certains, c'est au regard de ce contenu formalisé que peut et doit se déterminer l'équilibre contractuel. Toutefois, la notion d'équilibre nécessite un état d'harmonie et une stabilité entre plusieurs éléments comparables. Une partie de la doctrine a donc estimé que les éléments à comparer sont les droits et obligations, qu'ils aient un caractère accessoire ou principal. Toutefois, cela implique qu'il y ait une symétrie dans le contenu du contrat, autrement dit une réciprocité d'obligations permettant d'établir une comparaison. Or, ce n'est pas le cas dans tous les contrats. La seule appréciation du contenu du contrat ne permet donc pas d'établir une définition satisfaisante de l'équilibre contractuel. En effet, il est, d'une part, restrictif de n'envisager que le contenu du contrat[526] et d'autre part, cette définition par le contenu permet plutôt d'établir un mode d'appréciation de l'équilibre, mais ne permet pas de

[524] V. not. **S. LE GAC-PECH**, « De la personne vulnérable au contractant vulnérable », *in Le droit du contractant vulnérable*, S. LE GAC-PECH (dir.), vol. 16, coll. Contrats & Patrimoine, Larcier, 2016, p. 11, spéc. p. 24 : « *Les solutions actuellement proposées révèlent que la défense de l'équilibre contractuel n'a pas su s'imposer. Le droit persiste à refuser tout contrôle de l'équivalence des prestations* ». Cette phrase reflète la confusion opérée entre l'équilibre du contenu, l'équilibre contractuel et la notion d'équivalence.

[525] *Cf. supra* n°72.

[526] Il est possible que le contenu soit déséquilibré, sans pour autant qu'il y ait une rupture de l'équilibre contractuel. V. en ce sens : **M.-A. PÉROT-MOREL**, *De l'équilibre des prestations dans la conclusion du contrat,* Imprimerie Allier, 1961, p. 276-277 ; **J.-A. GUESMI**, *Le contrôle des clauses abusives dans les relations contractuelles*, J. CALAIS-AULOY (dir.), th. dactyl., Université de Toulon, 1997, n°108, p. 160 : « *Des développements qui précèdent, nous pouvons conclure que l'équilibre contractuel, que la législation spéciale aux clauses abusives compte protéger en amont ou rétablir en aval, n'est pas synonyme d'équivalence de prestations, et ne saurait en conséquence être considérée comme un élargissement du domaine de la lésion, ni une consécration d'un quelconque principe d'interdiction de tout enrichissement* » ; **L. FIN-LANGER**, *L'équilibre contractuel*, C. THIBIERGE (préf.), t. 366, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2002, n°304, p. 208-209. *Adde*. **O. FLIPO-BOUCHAARA**, *Le lien contractuel*, C. THIBIERGE (dir.), th. dactyl., Université d'Orléans, 2001, n°842, p. 458 : L'auteure émet une analyse critique de l'approche traditionnelle du contrat, ayant pour conséquence de considérer que « *Le principe d'équilibre contractuel concerne le rapport matériel entre les prestations et non le lien de droit entre les parties* ».

cerner ce qu'est, à proprement parler, l'équilibre contractuel. Il est donc un élément indispensable à l'appréciation de l'existence de l'équilibre contractuel, mais il ne permet pas de définir ce qu'est l'équilibre contractuel. Autrement dit, l'équilibre du contenu est une composante de l'équilibre contractuel. S'il ne faut pas évincer l'appréciation du contenu du contrat, reste que le seul contenu du contrat ne peut représenter à lui seul l'équilibre contractuel.

106. L'exclusion injustifiée de l'équilibre entre les parties. – Souvent restreintes au seul contenu du contrat, les études excluent, par conséquent, implicitement ou explicitement, l'équilibre relationnel de l'étude de l'équilibre contractuel[527]. En d'autres termes, l'équilibre contractuel ne concerne pas la relation contractuelle en elle-même, mais seulement le contenu contractuel déterminé par les parties.

107. Une distinction critiquable entre l'égalité des parties et l'équilibre contractuel. – Des auteurs semblent opérer, à cet égard, une distinction entre l'équilibre contractuel et l'égalité des parties[528]. Cette dernière permettrait alors « *de sanctionner l'inégalité ou de rétablir l'égalité entre les parties dans la formation et dans l'exécution du contrat conclu, afin que la partie en situation d'infériorité – technique, économique... – puisse contracter et exécuter en connaissance de cause et que l'autre ne puisse pas abuser de sa position de force* »[529]. Cette distinction semble faire fi des critiques portant sur l'utopie de l'égalité entre les parties déjà affirmées depuis longtemps. En outre, cette exclusion semble difficile à soutenir en ce sens que l'établissement des droits spéciaux et les crises du contrat mettent en avant un déséquilibre structurel et fréquent entre les parties[530]. Un retour sur le rejet de la terminologie d'égalité devra

[527] **L. Fin-Langer**, *L'équilibre contractuel*, C. Thibierge (préf.), t. 366, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2002, n°130, p. 97 : « *Le but de l'équilibre contractuel consiste à réaliser la justice à l'intérieur même de la relation entre les deux patrimoines. Il ne traduit pas la recherche d'une égalité entre les parties contractantes* ». *Adde*. **C. Thibierge-Guelfucci**, « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », *in RTD Civ.* 1997, n°28 et suiv.

[528] **C. Thibierge-Guelfucci**, « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », *in RTD Civ.* 1997, p. 357, n^{os} 28 et s. ; **M. Garnier-Zaffagnini**, *Le standard juridique – Essai d'une théorie générale à l'épreuve du droit des contrats*, M. Latina (dir.), th. dactyl., Université Côte d'Azur, 2022, n°454, p. 347 : L'équilibre contractuel « *ne s'applique pas aux rapports entre les parties, qui relèverait davantage de la notion d'égalité, reposant sur le dogme de l'autonomie de la volonté, aujourd'hui dépassé* ».

[529] **C. Thibierge-Guelfucci**, « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », *in RTD Civ.* 1997, p. 357, n°28.

[530] **J. Mestre**, « L'évolution du contrat en droit privé français », *in L'évolution contemporaine du Droit des contrats – Journées René Savatier,* PUF, 1985, p. 41, spéc. p. 51 : « *tout notre droit contemporain témoigne d'un souci d'équilibre dans les relations contractuelles* ».

être fait (**A**) pour ensuite critiquer l'exclusion de l'équilibre relationnel[531] des réflexions portant sur l'équilibre contractuel (**B**).

A. Le rejet nécessaire de la notion d'égalité des parties

108. Le rejet du postulat d'égalité entre les parties. – L'égalité de fait renvoie à la « *relation entre deux choses ne présentant aucune différence de grandeur, de qualité* »[532]. Tirée d'une pensée individualiste et du libéralisme[533], le contrat repose sur une égalité abstraite entre les parties, excluant toute possibilité d'inégalité structurelle entre les contractants. Chaque contractant est suffisamment rationnel, tel un *homo œconomicus*[534], pour contracter au regard de ses propres intérêts[535]. Le contrat était ainsi conçu comme un instrument de liberté laissé à la disposition des individus afin qu'ils organisent leur relation librement et rationnellement. Il s'agit *« d'un lien issu de la rencontre de volontés de personnes en situation d'égalité ; qui ont librement et rationnellement consenti à s'obliger l'une envers l'autre ; afin de faire naître des effets de droit devant concrétiser un échange économique servant leurs intérêts réciproques* »[536]. La conception classique du contrat est, cependant, en « *profond décalage avec la réalité* »[537].

---

[531] V. en ce sens : **P. DUFOUR**, *La théorie générale du contrat au prisme des travaux d'Axel Honneth,* D. HIEZ (dir.), coll. Faculté de Droit, d'Économie et de Finance de l'Université du Luxembourg, Larcier, 2023, n°7, p. 13 : « *Le contrat, en tant que concept juridique, se distingue de la relation contractuelle* ».

[532] CNRTL, V° « Égalité » : https://www.cnrtl.fr/definition/%C3%A9galit%C3%A9.

[533] **E. GOUNOT**, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé – Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, éd. Rousseau, 1912, p. 318 : GOUNOT définit l'individualisme rationaliste ou le libéralisme comme *« une doctrine de philosophie sociale qui fait de l'individu considéré abstraitement comme une volonté libre et isolée du milieu social, l'objet unique, l'unique fondement, la fin unique du droit »*.

[534] **A. SILEM**, *Lexique d'économie,* 16ème éd., coll. Lexiques, Dalloz, 2024, V° « *Homo œconomicus* » : *« Modèle de l'homme économique de la théorie microéconomie classique et néoclassique se caractérisant par des hypothèses simplificatrices. L'homo-œconomicus est un sujet abstrait, sans épaisseur sociale (sans pays, sans religion, sans sexe, sans âge, etc.), informé, rationnel dans sa recherche du maximum de plaisir (maximisation de la production pour le producteur, ou des satisfactions pour le consommateur) pour le minimum de souffrance (minimisation des coûts)* ». Ainsi, l'*homo œconomicus* postule la rationalité des décisions humaines en matière économique. C'est sur ce modèle classique du libéralisme économique qu'a été pensé le contractant.

[535] **F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, et *al.***, *Droit civil – Les obligations*, 13ème éd., coll. Précis, Dalloz, 2022, n°23b, p. 10 : *« Envisagé comme une pure volonté guidée par une raison infaillible, chaque contractant est le meilleur juge et donc le meilleur législateur de ses intérêts »*.

[536] **J. ROCHFELD**, *Les grandes notions du droit privé,* 3ème éd., coll. Thémis, PUF, 2022, n°2, p. 530.

[537] **V. LASBORDES**, *Les contrats déséquilibrés*, C. SAINT-ALARY HOUIN (préf.), t. 1, coll. Institut de droit des affaires, PUAM, 2000, n°12, p. 35. *Adde*. **J. ROCHFELD**, *Les grandes notions du droit privé,* 3ème éd., coll. Thémis, PUF, 2022, p. 539 ; **D. MAZEAUD**, « Constats sur le contrat, sa vie, son droit », *in LPA,* 1998, p. 8 ; **Ph. JESTAZ**, « Rapport de synthèse – Quel contrat pour demain ? », *in La nouvelle crise du contrat,* Ch. JAMIN, D. MAZEAUD (dir.), coll. Thèmes & commentaires, Dalloz, 2003, p. 243, spéc. 253 : « […] *il serait tout de même temps que les juristes cessent de s'appuyer sur un modèle auquel plus personne, et en particulier aucun économiste sérieux, n'accorde le moindre crédit* ».

Tout d'abord, cette approche égalitaire des parties est irréaliste au regard de la nature de l'homme. Cette objectivation absolue de l'individu revient à nier tous les déterminismes de la nature humaine. GOUNOT mettait ainsi en avant que « *l'homme de la nature, c'est l'homme asservi aux éléments et aux forces extérieures, c'est l'homme esclave de sa faiblesse et de son ignorance, toujours incertain de l'avenir* »[538]. Le postulat de l'égalité abstraite entre les parties et l'absence d'abus ou d'existence d'un quelconque pouvoir d'une des parties sur l'autre pose des difficultés au regard de la « nature humaine ». En outre, ce postulat a pu être remis en cause très tôt dans la doctrine[539]. Cette remise en cause s'est amplifiée notamment au regard du développement des droits des contrats et de l'utilisation de l'outil contractuel. Le droit des contrats de 1804, pourtant déjà méfiant à l'égard de l'homme, était fondé sur un contrat synallagmatique de vente entre deux individus en situation d'égalité. Cependant, l'utilisation de l'outil contractuel s'est diversifiée et complexifiée nécessitant de prendre en compte l'homme dans tous ses aspects et dans certaines circonstances[540].

Ensuite, cette approche égalitaire est en décalage avec la réalité de la pratique contractuelle[541]. La majorité des contrats conclus sont des contrats d'adhésion[542], contrats dans lesquels l'une des parties détient une supériorité économique sur le contractant adhérant, notamment dans les contrats de consommation. La multiplication des droits portant sur des contrats spéciaux permettant une protection des parties faibles démontre ce décalage[543]. Malgré

---

[538] **E. GOUNOT**, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé – Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, éd. Rousseau, 1912, p. 323.

[539] V. not. **D. ANDRONESCO**, *L'inégalité des prestations dans les contrats,* th. Paris, PUF, 1922, p. 12 et s. : Dès son introduction de thèse, l'auteur entend démontrer qu'il existe une inégalité de fait entre les parties. Il s'appuie, entre autres, sur des exemples tirés d'un ouvrage de 1899.

[540] **V. LASBORDES**, *Les contrats déséquilibrés*, C. SAINT-ALARY HOUIN (préf.), t. 1, coll. Institut de droit des affaires, PUAM, 2000, n°12, p. 36 ; **J. GHESTIN, G. LOISEAU, Y.-M. SERINET**, *Traité de droit civil – La formation du contrat,* t. 1, *Le contrat – Le consentement,* 4ème éd., LGDJ, 2013, n°180, p. 145.

[541] **D. MAZEAUD**, « Les nouveaux instruments de l'équilibre contractuel – Ne risque-t-on pas d'aller trop loin ? », *in La nouvelle crise du contrat,* Ch. JAMIN, D. MAZEAUD (dir.), coll. Thèmes & commentaires, Dalloz, 2003, p. 135, spéc. n°4, p. 136 : « *D'abord, certaines évolutions parmi les plus remarquables qui ont récemment traversé notre droit des contrats révèlent l'existence d'une rupture franche et nette avec les postulats de liberté et d'égalité contractuelles, sur lesquels la théorie générale du contrat a été édifiée. Ont été substituées à ces mythes, les idées de liberté unilatérale et d'inégalité contractuelle qui reflètent bien plus fidèlement la réalité des mœurs contractuelles* ».

[542] La notion de contrat d'adhésion a été mise en lumière par SALEILLES en 1901. Il s'agit d'un contrat dont le contenu et unilatéralement déterminé par une seule partie détenant un pouvoir sur l'autre. C'est en particulier avec cette notion de contrat d'adhésion qu'il a pu être mis en évidence l'irréalisme de l'égalité abstraite des parties contractantes à un contrat : V. **R. SALEILLES**, *De la déclaration de volonté – Contribution à l'étude de l'acte juridique dans le Code civil allemand (art. 116 à 144)*, éd. F. Pichon, 1901.

[543] **V. LASBORDES**, *Les contrats déséquilibrés*, C. SAINT-ALARY HOUIN (préf.), t. 1, coll. Institut de droit des affaires, PUAM, 2000, n°12, p. 35 et s.

les réticences d'une partie de la doctrine[544], le législateur intervient de manière croissante dans les rapports contractuels et accorde ponctuellement la faculté au juge d'intervenir dans la chose des parties. Ces interventions du législateur se justifient en particulier en raison du constat de l'inégalité des parties dans le rapport contractuel, en vue de rétablir un certain équilibre. Bien que certains soient favorables à l'individualisme juridique, l'égalité des parties en matière contractuelle est remise en cause[545]. Cette égalité de fait n'existe pas[546].

109. Une terminologie plus adaptée et un objectif plus réalisable. – À partir du constat de l'utopie de l'égalité entre les parties, il apparaît que le terme d'équilibre est plus adapté. En effet, l'égalité signifie l'absence de différence. Or, en pratique, il n'est pas possible de parvenir à la gommer. En revanche, il est possible de tenter d'apporter un meilleur équilibre[547] dans la relation contractuelle dès lors qu'un déséquilibre structurel ou ponctuel apparaît. C'est en ce sens que « *l'instauration d'un équilibre contractuel consiste à lutter contre les abus de pouvoirs* (sic), *mais pas à créer une équivalence absolue* »[548]. L'utilisation d'équivalence absolue par l'auteur sous-entend une égalité qui serait difficilement atteignable quand bien même des efforts en vue de son rétablissement seraient entrepris. L'auteur semble donc aller dans notre sens en écartant l'égalité entre les parties au profit d'un équilibre. L'utilisation de la terminologie d'équilibre dans le cadre de la relation contractuelle est donc plus adaptée.

---

[544] V. not. **R. CABRILLAC**, « Le projet de réforme du droit des contrats – Premières impressions », *in JCP G,* 2008, p. 17, spéc. n°7 : *« Par exemple, très concrètement, l'instauration de principes directeurs ne va-t-elle pas pouvoir permettre au juge de paralyser une règle précise figurant dans les textes suivants ? Si oui, n'est-elle pas dangereuse ? Si non, n'est-elle pas inutile ? »* ; **A. GHOZI, Y. LEQUETTE**, « La réforme du droit des contrats : brèves observations sur le projet de la chancellerie », *in D.*, 2008, p. 2609, spéc. n°8 : *« les principes directeurs déplacent le centre de gravité du contrat dans un domaine qui n'est pas le sien : le judiciaire.* […] *Qu'il n'y ait pas de malentendus : ce n'est pas le juge en tant que tel qui est contesté dans sa mission, loin s'en faut ; c'est plutôt une certaine conception du contrat, lequel échappe à la main des parties pour voir son contenu apprécié à l'aune des principes directeurs tels que le juge dans son humaine subjectivité les définira ».*

[545] D'ailleurs, la réforme du droit des contrats abandonne ce postulat en consacrant le contrat d'adhésion.

[546] Cette égalité abstraite entre les individus est remise en cause même par des auteurs attachés au courant libéral : **Y. LEQUETTE**, « Bilan des solidarismes contractuels », *in Études de Droit privé - Mélanges offerts à Paul Didier*, Économica, 2008, p. 264 ; **R. LIBCHABER**, « Réflexions sur les effets du contrat », *in Mélanges offerts à Jean-Luc Aubert – Propos sur les obligations et quelques autres thèmes fondamentaux du droit,* coll. Études, mélanges, travaux, Dalloz, 2005, p. 211. *Adde*. **G. GUERLIN**, « Les manifestations de l'égalité en droit des contrats », *in L'égalité en droit des obligations,* M. LATINA, P. OUDOT (dir.), coll. Chemins de pensées juridiques, Les éditions Ovadia, 2015, p. 68 : *« Chacun sait qu'il commande de traiter également les situations identiques, sans interdire de régir différemment les situations distinctes ».*

[547] CNRTL, V° « Équilibre » : « *Juste rapport, proportion harmonieuse entre des éléments opposés ou convenable pondération des parties d'un ensemble* ».

[548] **J.-J. BARBIÉRI**, *Vers un nouvel équilibre contractuel ? : Recherche d'un nouvel équilibre des prestations dans la formation et l'exécution du contrat*, J.-L. RIVES-LANGE (dir.), th. dactyl., Université de Toulouse, 1981, p. 594.

110. Une exclusion critiquable au regard de l'usage de l'équilibre entre les parties. – Malgré une terminologie de l'équilibre plus adaptée, il n'en demeure pas moins que l'équilibre relationnel semble exclu de l'équilibre contractuel. Pourtant, cette exclusion n'est pas admissible dans le sens où la relation des parties peut avoir une importance prépondérante dans certains contrats. Tel est le cas des contrats relationnels dans lesquels la relation unissant les parties est prépondérante[549]. Le contrat de société peut relever de cette catégorie, dont la finalité est le partage des différents profits réalisés. Aussi, l'équilibre entre les parties intègre désormais les préoccupations du législateur[550]. Les protections apportées par ce dernier ont été instaurées au regard d'un déséquilibre récurrent entre les parties dans des domaines identifiés[551]. En effet, si « *le contrat est un instrument d'échanges*, [il est] *aussi un lieu de pouvoir* »[552]. Il est donc des situations dans lesquelles l'une des parties bénéficie d'un pouvoir permettant sa domination sur l'autre partie, engendrant par là même un risque d'imposer des conditions contractuelles déséquilibrées[553]. Le législateur se préoccupe donc de l'équilibre relationnel pour éviter tout abus de pouvoir de la part de l'un des contractants.

111. Une distinction entre l'équilibre et l'égalité des parties à rejeter. – Au regard de l'utopie de l'égalité des parties, et de l'emploi de plus en plus fréquent de l'équilibre entre les parties, il est nécessaire d'abandonner cette distinction entre l'égalité des parties et l'équilibre

---

[549] V. en ce sens : **C. BOISMAIN**, *Les contrats relationnels*, M. FABRE-MAGNAN (préf.), coll. Institut de Droit des Affaires, PUAM, 2005.

[550] **J.-J. BARBIÉRI**, *Vers un nouvel équilibre contractuel ? : Recherche d'un nouvel équilibre des prestations dans la formation et l'exécution du contrat,* J.-L. RIVES-LANGE (dir.), th. dactyl., Université de Toulouse, 1981, p. 586 : « *C'est-à-dire que le législateur, après la jurisprudence, au-delà d'une égalité des conditions juridiques, aspire à un rééquilibrage des forces intellectuelles et économiques* » ; **J. MESTRE**, « L'évolution du contrat en droit privé français », *in L'évolution contemporaine du Droit des contrats – Journées René Savatier,* PUF, 1985, p. 41, spéc. pp.46-48 ; **Y. STRICKLER**, « La protection de la partie faible en droit civil », *in LPA,* 2004, n°213, p. 6 : « *L'une des constantes du droit civil des contrats réside dans la volonté du législateur de préserver un équilibre entre les parties à l'acte* ».

[551] **L. DUTHEIL-WAROLIN**, *La notion de vulnérabilité de la personne physique en droit privé,* J. LEROY (dir.), th. dactyl., Limoges, 2004, n°136, pp. 88-89 : À propos de la vulnérabilité en matière contractuelle : « *ce déséquilibre est d'ailleurs la raison originelle de l'existence de ces droits spéciaux* ».

[552] **G. CHANTEPIE**, « La notion d'équilibre du contrat », *in Loyers et copr.,* 2016, n°10, doss. n°6, p. 12 , spéc. n^{os} 9 et s. *Adde*. **V. LASBORDES**, *Les contrats déséquilibrés*, C. SAINT-ALARY HOUIN (préf.), 2 t., coll. Institut de droit des affaires, PUAM, 2000 : L'auteure évoque plusieurs types de déséquilibres contractuels, et notamment le déséquilibre en pouvoir.

[553] **V. LASBORDES**, *Les contrats déséquilibrés*, C. SAINT-ALARY HOUIN (préf.), t. 1, coll. Institut de droit des affaires, PUAM, 2000, n^{os} 202 et s., p. 205 et s. *Adde*. **G. VIRASSAMY**, *Les contrats de dépendance – Essai sur les activités professionnelles exercées dans une dépendance économique*, J. GHESTIN (préf.), t. CXC, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 1986, spéc. n°1, p. 6 : l'auteur rappelle à ce titre, que « *compte devait être tenu de l'inégalité de leurs conditions et particulièrement leur différence de puissance économique, sources de déséquilibres contractuel et de domination de l'un des partenaires sur l'autre* ».

contractuel. Il est ainsi préférable d'évoquer l'équilibre entre parties. Toutefois, l'équilibre relationnel semble écarté de toute réflexion portant sur l'équilibre contractuel.

B. L'omission de la dimension relationnelle du contrat

112. Une scission critiquable entre le contrat et la relation contractuelle. – Certains auteurs estiment que le contrat doit se distinguer de la relation contractuelle. Le contrat serait alors considéré comme « *un acte impersonnel* »[554]. La relation contractuelle « *débute lorsque les parties commencent à avoir des interactions en vue d'en arriver à un accord qui sera l'objet du contrat principal. Quant à sa rupture, elle ne coïncide pas nécessairement avec la résolution du contrat ; elle peut survivre ou, au contraire, se terminer avant. À la différence du contrat juridique, dont le moment de la conclusion et de la résolution peuvent être déterminés de manière précise, le moment du début et de la fin de la relation contractuelle est plus difficile à saisir avec prévision, puisqu'il dépend de facteurs intersubjectifs* »[555]. Si effectivement la relation contractuelle ne coïncide pas parfaitement avec l'existence du contrat, cette affirmation ne permet pas de justifier l'exclusion de la relation contractuelle dans l'appréhension du contrat.

113. Le lien contractuel intégrant la structure du contrat[556]. – Cette présentation semble omettre que la relation contractuelle permet d'aboutir au contrat, et le contrat peut également avoir des incidences sur la relation contractuelle : « *Il est impossible de détacher le contrat de la volonté de ceux qui l'ont conclu, car il est avant tout une œuvre humaine, quand bien même sa finalité serait économique* »[557]. La relation contractuelle permet l'établissement du contrat et d'elle seule dépend son exécution[558]. Dans cette même perspective, l'équilibre contractuel ne peut se contenter de l'équilibre substantiel du contrat et ne peut se comprendre indépendamment de la relation contractuelle. Des études ont d'ailleurs été menées sur la dimension relationnelle du contrat dont l'objet était de revoir la conception classique du contrat

---

[554] Pour une critique de cette approche du contrat : **C. BOISMAIN**, *Les contrats relationnels*, M. FABRE-MAGNAN (préf.), coll. Institut de Droit des Affaires, PUAM, 2005, spéc. n°2, p. 16.

[555] **P. DUFOUR**, *La théorie générale du contrat au prisme des travaux d'Axel Honneth,* D. HIEZ (dir.), coll. Faculté de Droit, d'Économie et de Finance de l'Université du Luxembourg, Larcier, 2023, n°7 p. 14.

[556] V. en ce sens : **O. FLIPO-BOUCHAARA**, *Le lien contractuel*, C. THIBIERGE (dir.), th. dactyl., Université d'Orléans, 2001 : l'auteure démontre que le lien contractuel fait partie de la structure du contrat, au même titre que l'obligation.

[557] **C. OUERDANE-AUBERT DE VINCELLES**, *Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles,* Y. LEQUETTE (préf.), vol. 19, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, Dalloz, 2002, p. 26.

[558] V. not. : **H. KASSOUL**, « Réflexions sur la dimension relationnelle du contrat », *in Annales de la Faculté de droit de Nice,* L'Harmattan, 2018, p. 159, spéc. n°3 : « *Exit la rigidité, il faut faire place à la flexibilité, à la plasticité de la norme contractuelle qui s'inscrit dans les comportements spontanés des contractants, tout au long de l'opération et non plus seulement dans le mythique échange instantané des consentements* ».

qui n'accorde que peu d'importance à la relation entre les parties contractantes[559]. Madame Hania KASSOUL entreprend de décrire cette théorie issue de la doctrine américaine[560]. Cette étude est inspirée du réalisme économique et de l'analyse économique du droit et dont le promoteur est l'américain Ian R. MACNEIL[561]. Il est proposé de revoir les fondements théoriques classiques du contrat et d'intégrer dans les réflexions que le contrat est, non seulement une figure juridique, mais également un fait social et économique. L'ambition était alors de « *souligner le décalage croissant entre les faits (pratique contractuelle) et la théorie qui prétendait les appréhender (la théorie du contrat)* »[562]. Bien que la conception classique du contrat se déroulant en un trait de temps et opérant un échange de valeur soit critiquée, elle persiste dans la pensée doctrinale. Une opposition apparaît ainsi entre les contrats discrets et les contrats relationnels. Pour les premiers, les parties ne nouent aucun lien entre elles, l'opération contractuelle peut se résumer à l'échange économique de l'instant[563], tandis que pour les seconds, la relation entre les parties fait partie intégrante de l'opération contractuelle. Le contrat relationnel s'inscrit alors dans le temps, les parties construisant et renforçant leur confiance mutuelle. Un devoir de coopération serait renforcé dans le cadre de ces contrats[564]. En outre, le contenu du contrat n'est plus figé, « *il a vocation à être précisé ou modifié durant la phase d'exécution, au gré des événements* »[565]. Simplifiée à outrance[566], cette théorie signifierait que les contrats discrets sont des contrats rigides et instantanés dans lesquels la relation entre les parties est inexistante et que les contrats relationnels sont des contrats flexibles à durée successive dans lesquels la relation entre les parties est primordiale. Cette distinction doit

[559] V. en ce sens : **O. FLIPO-BOUCHAARA**, *Le lien contractuel*, C. THIBIERGE (dir.), th. dactyl., Université d'Orléans, 2001 ; **R. ROCHFELD**, « Les modes temporels d'exécution du contrat », *in RDC*, 2004, n°1, p. 47 ; **C. BOISMAIN**, *Les contrats relationnels*, M. FABRE-MAGNAN (préf.), coll. Institut de Droit des Affaires, PUAM, 2005 ; **Y.-M. LAITHIER**, « À propos de la réception du contrat relationnel en droit français », *in D.*, 2004, p. 60 ; **H. KASSOUL**, « Réflexions sur la dimension relationnelle du contrat », *in Annales de la Faculté de droit de Nice,* L'Harmattan, 2018, p. 159 ; **M. IRUELA**, *La sanction du comportement du contractant*, D. KRAJESKI (dir.), th. dactyl., Université de Toulouse, 2021.

[560] V. **H. KASSOUL**, « Réflexions sur la dimension relationnelle du contrat », *in Annales de la Faculté de droit de Nice,* L'Harmattan, 2018, p. 159. *Adde*. **C. BOISMAIN**, « Présentation des travaux du professeur Ian R. Macneil », *in RIEJ*, 2016, n°76, p. 51.

[561] **I. R. MACNEIL**, « Relational Contract Theory : Challenges and queries », *in Northwestern University Law Review*, 2000, vol. 94, n°3, p. 877.

[562] **Y.-M. LAITHIER**, « À propos de la réception du contrat relationnel en droit français », *in D.*, 2004, p. 60.

[563] **Y.-M. LAITHIER**, « À propos de la réception du contrat relationnel en droit français », *in D.*, 2004, p. 60.

[564] **H. KASSOUL**, « Réflexions sur la dimension relationnelle du contrat », *in Annales de la Faculté de droit de Nice,* L'Harmattan, 2018, p. 159, spéc. n°10.

[565] **Y.-M. LAITHIER**, « À propos de la réception du contrat relationnel en droit français », *in D.*, 2004, p. 60.

[566] Cette simplification a été critiquée par Madame Carole BOISMAIN : **C. BOISMAIN**, « Présentation des travaux du professeur Ian R. Macneil », *in RIEJ*, 2016, n°76, p. 51, spéc. p. 55.

toutefois être relativisée, un contrat n'est jamais simplement discret[567] ou simplement relationnel ; l'ensemble des contrats se situe sur cet axe et l'intensité des rapports contractuels varie selon l'objet du contrat. Certains contrats impliquent l'établissement d'un lien contractuel plus ou moins prononcé. En outre, il existe des contrats à durée successive pour lesquels la relation entre les parties n'est que secondaire, tels que les contrats d'abonnement téléphonique et inversement des contrats de courte durée dans lesquels la relation entre les parties est importante[568]. Critiquable à certains égards[569], cette théorie a avant tout le mérite d'élargir la théorie contractuelle à la réalité de la pratique contractuelle. La relation contractuelle, longtemps laissée de côté, doit être intégrée dans les réflexions portant sur la notion de contrat. Le contrat ne peut exister sans les parties, et ce peu important l'intensité du rapport entre ces dernières.

114. L'équilibre relationnel intégrant les réflexions sur l'équilibre contractuel. – Si le lien contractuel est important vis-à-vis de la notion de contrat, il l'est également dans la détermination de l'équilibre contractuel. Un exemple suffira pour comprendre l'importance de la relation contractuelle. Si l'on considère l'équilibre sous le seul prisme du contenu contractuel, le risque sera d'établir une comparaison entre les différents droits et obligations de chacun des contractants issus du contrat. Or, il existe des contrats dans lesquels la comparaison mènera au constat d'un déséquilibre du contenu contractuel, alors pourtant que le contrat ne sera pas déséquilibré. Tel est le cas de la donation qui est un contrat déséquilibré par nature, ce déséquilibre étant voulu par les parties. Tel peut être le cas également d'une vente dans laquelle le prix déterminé serait anormalement bas au regard de la chose objet de la vente. Pour autant, ce contrat pourrait être parfaitement équilibré, car issu d'une volonté du vendeur de baisser volontairement le prix[570]. Par exemple, un parent qui procède à la vente de sa voiture au profit

[567] D'ailleurs, il est admis que les contrats discrets sont des fictions permettant d'illustrer l'opposition avec les contrats relationnels. V. en ce sens : **Y.-M. LAITHIER**, « À propos de la réception du contrat relationnel en droit français », *in D.*, 2004, p. 60.

[568] V. en ce sens : **C. BOISMAIN**, « Présentation des travaux du professeur Ian R. Macneil », *in RIEJ*, 2016, n°76, p. 51, spéc. p. 55. *Adde*. **J. ROCHFELD**, « Les modes temporels d'exécution du contrat », *in RDC*, 2004, n°1, p. 47, spéc. n°27.

[569] Il a notamment été mis en avant que les critères de distinction entre les contrats discrets et les contrats relationnels, établis par Ian MACNEIL n'étaient pas efficaces, rendant la distinction impraticable. V. en ce sens : **Y.-M. LAITHIER**, « À propos de la réception du contrat relationnel en droit français », *in D.*, 2004, p. 60 ; **J. ROCHFELD**, « Les modes temporels d'exécution du contrat », *in RDC*, 2004, n°1, p. 47.

[570] **L. FIN-LANGER**, *L'équilibre contractuel,* C. THIBIERGE (préf.), t. 366, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2002, n°304, pp. 208-209 : « *il peut exister un équilibre sans équivalence des prestations et une équivalence sans équilibre du contrat* ». *Adde*. **J.-A. GUESMI**, *Le contrôle des clauses abusives dans les relations contractuelles*, J. CALAIS-AULOY (dir.), th. dactyl., Université de Toulon, 1997, n°108, p. 160 : « *Des développements qui précèdent, nous pouvons conclure que l'équilibre contractuel, que la législation spéciale aux clauses abusives compte protéger en amont ou rétablir en aval, n'est pas synonyme d'équivalence de prestations, et ne saurait en*

d'un de ses enfants. Dans cette perspective, si l'on néglige l'appréciation de la relation contractuelle, le contrat sera considéré comme étant substantiellement déséquilibré. Réinsérer le lien contractuel dans l'appréciation de l'équilibre semble en ce sens important. Aussi, l'équilibre du contenu et l'équilibre relationnel demeurent les deux composantes indispensables et complémentaires de l'équilibre contractuel.

***

115. Conclusion Section 2. – S'il est nécessaire d'intégrer l'équilibre du contenu contractuel à l'étude de l'équilibre contractuel, il est indispensable d'y adjoindre l'équilibre entre les parties. Finalement, le contenu du contrat n'est que le reflet de la relation contractuelle, l'un n'allant pas sans l'autre. GHESTIN a su le rappeler dans la préface de la thèse de Monsieur Bertrand FAGES. Il précise, en effet, que « *si le contrat a suscité d'innombrables études, la personne qui le conclut a, en comparaison, beaucoup moins retenu l'attention. Or, on le pressent aisément, le contrat ne peut se réduire à la création juridique d'une ou plusieurs obligations, pas plus qu'il ne saurait se résumer, dans une approche économique, en un transfert de valeurs ou une modification de patrimoine* »[571]. Il conclut en affirmant que le contrat est avant tout « *une affaire de personne* »[572]. L'équilibre contractuel n'est donc que la résultante des intérêts des parties, et l'équilibre du contenu ou substantiel et l'équilibre entre les parties ou relationnel en sont des composantes[573] dont le législateur peut se saisir alternativement ou cumulativement pour parvenir à la finalité de l'équilibre. ***Il faut donc mettre en avant la dualité qu'exprime la notion d'équilibre contractuel qui relève d'une part de l'équilibre substantiel et d'autre part, de l'équilibre relationnel***[574].

conséquence être considérée comme un élargissement du domaine de la lésion, ni une consécration d'un quelconque principe d'interdiction de tout enrichissement ».

[571] **J. GHESTIN**, « Préface », *in Le comportement du contractant*, B. FAGES, coll. Institut de droit des affaires, PUAM, 1997.

[572] **J. GHESTIN**, « Préface », *in Le comportement du contractant*, B. FAGES, coll. Institut de droit des affaires, PUAM, 1997.

[573] **J. MESTRE**, « L'évolution du contrat en droit privé français », *in L'évolution contemporaine du Droit des contrats – Journées René Savatier,* PUF, 1985, p. 41, spéc. p. 46 : « *L'effort de notre droit, au cours des dernières années, pour rétablir l'équilibre contractuel défaillant a été des plus complets puisqu'il s'est manifesté tant dans la formation du contrat que dans la détermination de son contenu* […] ». En évoquant la formation du contrat, l'auteur aborde le souci d'équilibre entre les parties.

[574] **D. DIA**, *Essai sur l'équilibre de la relation contractuelle*, N. BALAT (dir.), th. dactyl., Université d'Aix Marseille, 2023, n°5, p. 6 et n°13, p. 12 : « *Plutôt que d'étudier le traditionnel "équilibre des prestations" ou, tout simplement, "l'équilibre contractuel", cette thèse porte sur l'équilibre de la relation contractuelle. Si cela signifie une chose, c'est que les contours de la notion d'équilibre ne se limitent pas au rapport de connexité entre les prestations formant le contenu obligationnel du contrat, mais s'étendent à la relation contractuelle* ».

***

116. Conclusion du Chapitre 2. – À l'aune de cette étude, nous pouvons constater que l'équilibre contractuel n'est finalement pas envisagé en tant que notion autonome ayant trait aux contrats. Cette notion ne semble être envisagée que dans des perspectives particulières légitimant alors les visions restrictives adoptées. Ainsi l'équilibre contractuel tel qu'il est étudié ne peut s'envisager que dans un contexte d'échange bilatéral et ne concerne que le contenu du contrat. Toutefois, il a pu être démontré que l'étude de l'équilibre contractuel ne prend pas en compte toutes les évolutions du droit des contrats et de la pratique contractuelle. À l'examen, l'équilibre contractuel peut s'étendre à d'autres types de contrats même dans le cadre d'un contrat unilatéral à titre gratuit.

Au regard du contexte dans lequel est apparu l'équilibre contractuel, nous pouvons constater une évolution à deux vitesses. Autrement dit, la pratique contractuelle a évolué au point de se détacher du contrat procédant d'un échange instantané, paradigme du contrat en 1804, pour procéder à une diversification. Toutefois, cette évolution ne semble pas avoir été suivie par la doctrine s'agissant de l'équilibre contractuel. Elle est essentiellement restée dans le giron de la vision classique du contrat. Pour autant, l'étude des différents écrits portant sur l'équilibre contractuel montre que la notion ne concerne pas uniquement l'appréciation du contenu des contrats synallagmatiques à titre onéreux, et peut être envisagée de manière plus générale. En outre, si l'équilibre du contenu du contrat est assurément une composante de l'équilibre contractuel, il ne faut toutefois pas oublier d'y intégrer l'équilibre entre les parties. La notion d'équilibre contractuel se compose donc de l'équilibre relationnel, ainsi que de l'équilibre substantiel.

CONCLUSION DU TITRE 1

117. L'équilibre contractuel, expression initialement dépourvue de tout sens juridique, s'est imposé en droit des contrats à tous les niveaux de discours. À l'origine, notion de substitution pour l'équivalence en matière contractuelle, l'emploi du syntagme s'est démocratisé et diversifié au point d'être envisagé au-delà de la seule équivalence des prestations. À cet égard, l'équilibre contractuel s'est imposé comme un objectif de politique législative qui oriente les différentes réformes ayant trait au contrat. La doctrine s'est également approprié la notion, mais en ne l'envisageant que dans des circonstances particulières impliquant une vision restrictive. Malheureusement, le développement de la doctrine portant sur l'équilibre contractuel pâtit de présupposés persistants entourant la figure contractuelle (rattachement au solidarisme, à la théorie aristotélicienne, opposition à l'autonomie de la volonté qui ne fut qu'un mythe, *etc*.). Pour autant, l'équilibre contractuel doit se détacher de ce dogmatisme persistant pour avoir une portée générale et se fondre à travers n'importe quel contrat. En outre, si l'appréciation de l'équilibre contractuel peut se faire au regard du contenu contractuel, il est tout à fait réducteur de l'envisager sous ce seul prisme. À cet égard, l'équilibre du contenu contractuel, mais également l'équilibre entre les parties sont des composantes de l'équilibre contractuel. Une fois mises en lumière, les problématiques attenantes à la notion d'équilibre permettent tout de même d'identifier la notion d'équilibre contractuel pour parvenir à une définition ayant une portée générale. Sa portée générale fera de cette notion un principe explicatif du contrat, mais aussi et surtout du droit des contrats.

TITRE 2. *L'ÉLABORATION D'UNE DÉFINITION GÉNÉRALE DE L'ÉQUILIBRE CONTRACTUEL*

118. Si, *a priori*, le sens attribué à la notion d'équilibre contractuel semble relever de l'évidence, il a pu être démontré que l'expression restait source de malentendu et de confusion. La notion est restée marquée par certains présupposés attachés à la notion même de contrat. L'évolution de la notion de contrat doit conduire l'équilibre contractuel à sortir de ces carcans et être appréhendé de manière plus large, au-delà des seuls contrats-échange et de la seule appréciation du contenu contractuel. La dualité de l'équilibre contractuel a par ailleurs été mise en évidence, en distinguant l'équilibre relationnel et l'équilibre substantiel. Cette dualité permet d'opérer une clarification dans les terminologies employées. Si certaines expressions ont pu être utilisées comme synonyme de l'équilibre contractuel – tels que l'équivalence, l'équilibre des prestations, l'équilibre des droits et obligations –, elles en sont désormais distinctes. L'équilibre contractuel est « *une notion à multiples facettes en ce qu'elle peut revêtir différents aspects et couvre différentes étapes de la vie du contrat* »[575]. Si une cohérence dans l'usage de ces expressions permet un premier éclairage, il semble nécessaire de proposer une vision plus unifiée de l'équilibre contractuel et démontrer sa portée générale. Cela permettra ainsi à la notion de s'intégrer pleinement dans le paysage contractuel.

119. Pour rappel, dans le langage courant, l'équilibre est défini comme une « *attitude ou position stable (généralement verticale pour le corps humain) d'un corps ou d'un objet dont le poids est partagé également des deux côtés d'un point d'appui, de sorte que ce corps ou cet objet ne bascule ni d'un côté ni de l'autre* »[576]. Autrement dit, un « *juste rapport, proportion harmonieuse entre des éléments opposés ou convenable pondération des parties d'un ensemble* »[577]. L'équilibre renvoie donc à l'harmonie des rapports[578]. Il est déterminé par la stabilité de deux éléments se trouvant à l'horizontale. Rapporté à la matière contractuelle, il est nécessaire d'identifier les éléments à mettre en comparaison pour déterminer l'équilibre

[575] **S. LE GAC-PECH**, *La proportionnalité en droit privé des contrats*, H. MUIR-WATT (préf.), t. 335, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2000, n°50, p. 37.

[576] TLFi, V° « Équilibre » : http://stella.atilf.fr/Dendien/scripts/tlfiv5/advanced.exe?8;s=2506761435;.

[577] TLFi, V° « Équilibre » : http://stella.atilf.fr/Dendien/scripts/tlfiv5/advanced.exe?8;s=2506761435;.

[578] **M. GARNIER-ZAFFAGNINI**, *Le standard juridique – Essai d'une théorie générale à l'épreuve du droit des contrats*, M. LATINA (dir.), th. dactyl., Université Côte d'Azur, 2022, n^{os} 452 et s., p. 347 et s. : l'auteure estime que la finalité de l'équilibre contractuel, c'est l'harmonie.

contractuel. Pour cela, il nous faut identifier un élément commun aux contrats, et ce peu important leur typologie particulière. Nous avons déjà écarté les obligations ou le seul contenu du contrat, chaque contrat n'emportant pas nécessairement une réciprocité, ni même des obligations. En revanche, depuis le début de nos propos, nous avons évoqué l'équilibre contractuel maintes fois, au travers des théories contractuelles, du droit positif, *etc*. Dans toutes ces divergences et approches, un point commun demeure : le point envisagé en tout temps en matière contractuelle concerne la capacité ou non des cocontractants à déterminer et faire valoir leurs intérêts dans le contrat. L'objectif de satisfaction des intérêts contractuels a toujours été le moteur de l'existence du contrat[579]. Le contrat n'est autre que le support juridique permettant cette satisfaction[580]. La flexibilité attachée à l'outil contractuel permet ainsi de répondre à divers besoins[581]. Si l'objet du contrat est de permettre la satisfaction des besoins et intérêts de chacun, ***l'équilibre contractuel serait alors l'état d'harmonie du contrat entre ces différents intérêts.*** L'équilibre contractuel est donc une notion impliquant un idéal de convergence et d'harmonisation des différents intérêts contractuels[582] (**Chapitre 1**), représentant ainsi une finalité contractuelle (**Chapitre 2**).

CHAPITRE 1 – *L'équilibre contractuel défini comme la satisfaction des intérêts*

CHAPITRE 2 – *L'équilibre contractuel appréhendé comme une finalité*

[579] **J.-M.-E. PORTALIS**, « Discours préliminaire prononcé lors de la présentation du projet de la commission du gouvernement », *in Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, P.-A. FENET, t. 1, Videcoq, 1836, p. 509 : PORTALIS estime qu'« *en général, les hommes doivent pouvoir traiter librement sur tout ce qui les intéresse. Leurs besoins les rapprochent ; leurs contrats se multiplient autant que leurs besoins* » ; **J.-J. R. DE CAMBACÉRÈS**, « Discours préliminaire », *in Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, P.-A. FENET, t. 1, Videcoq, 1836, p. 169 : Dans son discours CAMBACÉRÈS énonce que « *les hommes ne traitent entre eux que pour s'assurer des avantages* » ; **P.-A. FENET**, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 14, Videcoq, 1836, p. 590 : De son côté **TARRIBLE** va dans le même sens en estimant « *qu'elles émanent d'un pur mouvement de libéralité ou d'un sentiment de bienfaisance, qu'elles aient pour cause un avantage singulier ou des convenances réciproques, elles ont toujours pour mobile et pour régulateur l'intérêt de tous les contractants ou de quelqu'un d'entre eux* ».

[580] **V. D. DO**, *Le rôle de l'intérêt privé dans le contrat en droit français*, J. MESTRE (préf.), coll. Institut de Droit des Affaires, PUAM, 2004.

[581] **F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, et *al.*,** *Droit civil – Les obligations*, 13ème éd., coll. Précis, Dalloz, 2022, n°53a, pp. 34-35.

[582] Un auteur a déjà pu affirmer que l'équilibre contractuel renvoyait à l'équilibre des intérêts : V. en ce sens : **L. GRYNBAUM**, *Le contrat contingent – L'adaptation du contrat par le juge sur habilitation du législateur,* M. GOBERT (préf.), t. 389, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2004, nos 40 et s., p. 36 et s.

CHAPITRE 1. L'ÉQUILIBRE CONTRACTUEL DÉFINI COMME LA SATISFACTION DES INTÉRÊTS

120. L'équilibre contractuel est un état d'harmonie du contrat permettant la satisfaction mutuelle des intérêts, en ce sens que le contrat conclu correspond aux besoins de chacun, que ces besoins soient antagonistes ou communs. Il ressort alors de la conclusion du contrat un accommodement harmonieux entre les parties de leurs différents intérêts, intérêts qui se doivent d'être légitimes[583].

121. Selon GERVAIS, l'intérêt « *apparaît comme une "utilité" matérielle ou morale, actuelle ou future, en général égoïste mais parfois altruiste, d'une personne, physique ou morale "porteuse" (träger) d'intérêt* »[584]. La notion d'intérêt recouvre un large domaine dont il faut distinguer les différents types. Bien évidemment, l'intérêt privé intègre l'équilibre contractuel puisqu'il participe de l'essence contractuelle. En ce sens, il correspond aux attentes de chacun des contractants vis-à-vis de la relation contractuelle et du contrat à conclure. Il n'est cependant pas le seul. Les seuls intérêts privés ne suffisent pas à participer à l'équilibre contractuel. Rappelons que le contrat est un instrument laissé à la disposition des individus, mais surtout, il est une délégation de la loi offerte aux particuliers pour régir leurs relations[585]. Ainsi, « *l'ordre juridique n'a pas à se plier à toutes les fantaisies, à tous les caprices des volontés privées, mais seulement à celles de leurs manifestations qui tendent ou sont socialement présumées tendre à des fins objectivement légitimes* »[586]. Le respect de l'intérêt général est donc essentiel en matière contractuelle. C'est pourquoi ces deux types d'intérêts seront étudiés successivement, d'une part, l'équilibre des différents intérêts privés (**Section 1**),

---

[583] **ASSOCIATION H. CAPITANT** (dir.), *Vocabulaire juridique*, 14ème éd., coll. Quadrige, PUF, 2022, V° « Légitime » : « *Digne d'être pris en considération (et parfois, plus activement, propre à justifier ou à excuser), non seulement comme conforme aux exigences de la légalité ou aux règles de droit, mais comme fondé sur des données (besoins, aspirations, etc.) tenues pour normales relativement à un certain état moral et social ; se dit par exemple d'un motif ou d'un empêchement (maladie, deuil) qui fait excuser une absence ou d'un intérêt qui justifie une demande* ».

[584] **A. GERVAIS**, « Quelques réflexions à propos de la distinction des "droits" et des "intérêts" », *in Mélanges en l'honneur de Paul Roubier,* t. 1, *Théorie générale du droit et droit transitoire,* Dalloz, 1961, p. 241, spéc. n°1, p. 241.

[585] **H. KELSEN**, « La théorie juridique de la convention », *in APD*, 1940, p. 33 ; **R. LIBCHABER**, « Réflexions sur les effets du contrat », *in Mélanges offerts à Jean-Luc Aubert – Propos sur les obligations et quelques autres thèmes fondamentaux du droit,* coll. Études, mélanges, travaux, Dalloz, 2005, p. 211.

[586] **E. GOUNOT**, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé – Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, éd. Rousseau, 1912, p. 458.

puis d'autre part, l'équilibre contractuel en harmonie avec l'intérêt général (**Section 2**), afin d'établir leur lien inhérent avec l'équilibre contractuel.

Section 1. L'équilibre contractuel et la satisfaction des intérêts privés

122. L'équilibre contractuel renvoie aux différents intérêts pour le contrat lui-même, autrement dit, l'intérêt privé des parties. La notion d'intérêt est une notion polysémique en matière juridique « *précisément parce qu'elle est une notion fondamentale du droit et de la justice* »[587]. En effet, elle est employée dans plusieurs circonstances, l'intérêt à agir, l'intérêt général, l'intérêt de l'enfant, l'intérêt du consommateur, les dommages et intérêts, le taux d'intérêt, *etc*. Elle est également de plus en plus usitée en matière contractuelle. Dans cette dernière perspective, la notion d'intérêt désigne « *un avantage, un profit, une utilité, une satisfaction des besoins, une amélioration du bien-être, un évitement d'inconvénients que le contrat apporte à une ou plusieurs personnes* »[588]. C'est dans ce cadre que l'intérêt privé a l'avantage d'innerver la matière contractuelle (**Paragraphe 1**), permettant alors d'être le support de la définition de l'équilibre contractuel (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 1. La notion d'intérêts privés en matière contractuelle

123. L'intérêt des contractants, une notion commune aux conceptions du contrat. – La difficulté d'appréhension de la notion d'équilibre contractuel réside dans la diversité des contrats. Pourtant, un point commun subsiste, « *l'intérêt de chaque partie, lui, existe dans tous les contrats. Plus précisément, ce qui est commun à ces différentes structures contractuelles, c'est l'existence d'une pluralité d'intérêts ; étant entendu que ces intérêt-s peuvent être opposés, identiques ou convergents* »[589]. Dans le même sens, Monsieur Van Dai DO conclut à l'issue de ses recherches que l'intérêt « *est avant tout une raison d'être du contrat, et en outre une raison de préserver, dans de nombreuses situations, le contrat imparfaitement formé et exécuté* »[590]. Madame Diane GALBOIS-LEHALLE définit elle aussi l'intérêt de chacune des parties au contrat « *comme l'identification objective du projet que les parties cherchent à*

[587] **M. FABRE-MAGNAN**, « Critique de la notion de contenu du contrat », *in RDC*, 2015, n°3, p. 639.
[588] **V. D. DO**, *Le rôle de l'intérêt privé dans le contrat en droit français*, J. MESTRE (préf.), coll. Institut de Droit des Affaires, PUAM, 2004, n°3, p. 16.
[589] **D. GALBOIS-LEHALLE**, *La notion de contrat : esquisse d'une théorie*, Y. LEQUETTE (préf.), t. 603, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2020, n°609, p. 356.
[590] **V. D. DO**, *Le rôle de l'intérêt privé dans le contrat en droit français*, J. MESTRE (préf.), coll. Institut de Droit des Affaires, PUAM, 2004, n°577, p. 387.

réaliser en participant à l'opération »[591]. L'intérêt privé innerve donc la vie du contrat, mais surtout semble être une notion commune aux diverses conceptions du contrat. Deux exemples vont être envisagés.

Le premier portera sur la théorie libérale des contrats. Paradoxalement, certains auteurs ont jugé *« inconcevable »*, voire *« dangereux »* d'envisager l'équilibre contractuel dans le cadre de ces théories[592]. Toutefois, il semble que l'équilibre contractuel puisse tout de même être abordé dans ce cadre. Pour les auteurs classiques, le contrat est conçu comme un instrument de liberté laissé à la disposition des individus afin qu'ils organisent leur relation. Il s'agit *« d'un lien issu de la rencontre de volontés de personnes en situation d'égalité ; qui ont librement et rationnellement consenti à s'obliger l'une envers l'autre ; afin de faire naître des effets de droit devant concrétiser un échange économique servant leurs intérêts réciproques »*[593]. Dans ce cadre, il est possible de mentionner la célèbre théorie de la main invisible pensée par Adam SMITH. Selon l'économiste, les marchés s'autorégulent, il n'est nul besoin d'une intervention étatique. Il estime alors qu'« *une harmonie spontanée des intérêts est possible* »[594]. Ainsi, seuls les contractants sont à même de satisfaire leurs propres besoins. Dès lors que les parties déterminent librement le contenu de leur contrat, une présomption d'équilibre contractuel en découle[595]. Cette conception du contrat a des répercussions sur le droit des contrats. D'une part,

---

[591] **D. GALBOIS-LEHALLE**, *La notion de contrat : esquisse d'une théorie*, Y. LEQUETTE (préf.), t. 603, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2020, n°913, p. 534.

[592] **L. FIN-LANGER**, *L'équilibre contractuel,* C. THIBIERGE (préf.), t. 366, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2002, n°22 et s., p. 31 et s. Dans sa thèse, l'auteure exclut le concept d'équilibre contractuel dans les théories libérales du contrat car il serait « *dangereux* » de les envisager ensemble. Elle estime, en effet, que *« ce concept pourrait imposer aux individus une partie, voire la totalité du contenu* [remettant] *en cause l'individu comme moyen exclusif du droit »* (n°43, p. 44). Toutefois, l'auteure ne semble pas envisager l'équilibre sous son prisme objectif, permettant d'orienter le contenu contractuel. Elle considère que l'équilibre contractuel concerne uniquement le contenu du contrat (n°29, p. 36). Une réserve peut être émise à l'encontre de ce raisonnement en ce sens qu'il ne semble pas que quiconque ait déjà prôné le déséquilibre dans les contrats. Il ressort donc une confusion entre l'intervention législative et judiciaire dans le contrat au nom de l'équilibre contractuel ; et la finalité d'équilibre contractuel sur laquelle, il ne semble pas qu'il y ait des désaccords. *Adde*. **Y. CHAABAN**, *Dépendance et équilibre contractuel – étude de droit comparé*, B. JALUZOT (dir.), th. dactyl., Université de Lyon, 2020, p. 32 : « *les trois systèmes juridiques sont dominés par le principe majeur du droit des contrats, à savoir l'autonomie de volonté, qui est en effet contraire, voire opposée, à toute idée du type de l'équilibre contractuel* »

[593] **J. ROCHFELD**, *Les grandes notions du droit privé,* 3ème éd., coll. Thémis, PUF, 2022, n°2, p. 529.

[594] **E. JEULAND**, « La notion d'intérêt comme moyen d'immixtion dans les rapports de droit », *in La défense de l'intérêt général par les associations – Intérêt général versus intérêts collectifs,* B. PARANCE (dir.), coll. Grands colloques, LGDJ, 2015, p. 57, spéc. p.59.

[595] **M.-A. PÉROT-MOREL**, *De l'équilibre des prestations dans la conclusion du contrat,* Imprimerie Allier, 1961, pp. 14-15 : « *Si le droit ne prend en considération que les conventions librement conclues, ce n'est pas tant parce qu'il attache une valeur juridique à la volonté elle-même, que parce qu'il estime que la liberté du vouloir fait présumer la justice du contrat* […] *La liberté ne doit fonder le droit contractuel que dans la mesure où elle apparaît comme le moyen le plus sûr de faire régner la justice dans les conventions* » ; **E. GOUNOT,** *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé – Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, éd. Rousseau, 1912, p. 387 : « *En matière de contrat, il n'y a qu'un seul principe absolu : c'est la justice. La liberté n'est qu'un moyen en vue du juste ; elle ne repose que sur une présomption de justice* » ; **Ph. MALINVAUD**, « La

la responsabilité de la détermination de l'équilibre repose donc uniquement sur les parties et leur accord. « *Pendant longtemps, la liberté contractuelle a été considérée comme le meilleur moyen de réaliser l'équilibre entre les intérêts particuliers et par là même de satisfaire l'intérêt général* »[596]. D'autre part, aucune intervention extérieure n'est souhaitée pour intervenir dans la chose des parties. À cet égard, l'équilibre contractuel ne représente pas une préoccupation étant donné qu'il découle naturellement de la relation contractuelle librement consentie[597]. En d'autres termes, il n'y a pas besoin que le législateur ou le juge interviennent en vue de protéger ou rétablir l'équilibre contractuel. L'équilibre découlant du seul accord de volontés, la question est donc appréhendée sous le prisme de l'équilibre subjectif[598]. Cependant, cette « *conception suppose que les contractants bénéficient des mêmes compétences et disposent d'un pouvoir de négociation* »[599]. Face à cette utopie, la conception solidariste du contrat est venue compléter l'appréhension libérale du contrat.

Le second exemple porte donc sur le solidarisme contractuel. Les auteurs solidaristes estiment que l'égalité contractuelle ne peut exister dans toutes les situations. Ces auteurs établissent une distinction entre deux situations, l'existence ou l'absence d'égalité entre les contractants. Le solidarisme permet ainsi de *« bâtir un droit des contrats fondé sur un postulat d'inégalité entre les parties »*[600]. Dès lors qu'une inégalité entre les parties est constatée, une intervention du législateur ou du juge est alors rendue nécessaire pour préserver les intérêts contractuels de la partie faible. Dans ce cas de figure, il existe un risque supposé de déséquilibre

protection des consommateurs », *in D.*, 1981, p. 49, spéc. n°7, p. 51 : « *C'est par l'autonomie de la volonté qu'en 1804 on pensait assurer la liberté de contracter et l'équilibre du contrat ;* […] » ; **V. LASBORDES**, *Les contrats déséquilibrés*, C. SAINT-ALARY HOUIN (préf.), t. 1, coll. Institut de Droit des Affaires, PUAM, 2000, n°1, p. 17 : l'auteure exprime cette idée en affirmant que « *Les contrats sont présumés équilibrés* » ; **N. BLANC**, « L'équilibre du contrat d'adhésion », *in RDC,* 2019, n°2, p. 155, spéc. n°2 : « *Le droit français est attaché à une conception subjective de l'équilibre* ».

[596] **Ph. MALINVAUD, M. MEKKI, J.-B. SEUBE**, *Droit des obligations*, 17ème éd., coll. Manuels, LexisNexis, 2023, n°36, p. 24.

[597] **M. FONTAINE**, « Le droit libéral des contrats et l'équilibre contractuel », *in Les déséquilibres économiques et le droit économique*, L. BOY (dir.), coll. Droit/Économie international, Larcier, 2015, p. 185, spéc. p. 190 : *« Ce qui vient d'être rappelé est bien connu pour l'essentiel. Le droit libéral des contrats laissait la part belle à la liberté des conventions. Il ne se souciait guère de l'équilibre contractuel ».*

[598] **O. PENIN**, *La distinction de la formation et de l'exécution du contrat – Contribution à l'étude du contrat acte de prévision,* Y. LEQUETTE (préf.), t. 535, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2012, n°422, p. 180 : « *L'équilibre contractuel est appréhendé subjectivement et non objectivement* ».

[599] **L. GRYNBAUM**, *Le contrat contingent – L'adaptation du contrat par le juge sur habilitation du législateur,* M. GOBERT (préf.), t. 389, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2004, n°38, p. 35.

[600] **Ch. JAMIN**, « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », *in Études offertes à Jacques Ghestin, Le contrat au début du XXIe siècle, LGDJ, 2001, p. 441, spéc. p. 472. Adde.* **D. MAZEAUD**, « Solidarisme contractuel et réalisation du contrat », *in Le solidarisme contractuel,* L. GRYNBAUM, M. NICOD (dir.), coll. Études juridiques, Économica, 2004, p. 57, spéc. n°4, p. 59.

contractuel. Le dessein du solidarisme serait d'intervenir dans un contexte d'inégalité des parties avec le risque notamment qu'une seule partie puisse tirer un bénéfice du contrat[601].

Dans ces deux situations, l'intérêt des contractants est au cœur des développements. Là, le respect des intérêts passe par la liberté contractuelle présumant l'existence de l'équilibre contractuel, ici, il est considéré que l'équilibre ne peut être présumé, des mécanismes devant être mis en place pour que les parties puissent faire respecter leurs intérêts au contrat. ***En tout état de cause, si la finalité de l'équilibre repose sur un besoin de satisfaction des intérêts particuliers au contrat, seuls les moyens mis en place pour atteindre cette finalité diffèrent***[602]. Il existe donc un lien indéfectible entre le contrat, l'intérêt contractuel de chacun et l'équilibre contractuel. L'équilibre contractuel reste donc une finalité de chacune de ces conceptions, personne ne prônant le déséquilibre[603], seule la manière dont il peut être pris en considération par le législateur et le juge fait l'objet de débats[604].

124. La notion d'intérêt, commune à tous les contrats. – La notion d'intérêt fait partie de l'essence même du contrat, et pour certains, de sa raison d'être[605]. Le contrat est le support

[601] **Ch. JAMIN**, « Quelle nouvelle crise du contrat ? – Quelques mots en guise d'introduction », *in La nouvelle crise du contrat*, Ch. JAMIN, D. MAZEAUD (dir.), coll. Thèmes & commentaires, Dalloz, 2003, p. 7, spéc., p. 19 : « *dans un contexte d'inégalité : c'est bien chacune des parties, et non pas seulement la plus puissante, qui doit pouvoir tirer un bénéfice du contrat* ». *Adde*. **Ch. JAMIN**, *Le solidarisme contractuel : un regard franco-québécois : 9e Conférence Albert-Mayrand,* Thémis, 2005, p. 16.

[602] **D. MAINGUY**, « Le contractant, personne de bonne foi ? », *in La réforme du droit des contrats*, C. ALBIGÈS, E. NÉGRON (dir.), coll. Actes de colloque, Presses de la Faculté de Montpellier, 2015, p. 83, spéc. p. 88 : « *La querelle, majeure, atour des succès ou des insuccès du solidarisme contractuel, n'est pas limitée au débat autour de la compréhension de la notion de bonne foi, n'est pas nouvelle, et n'est certainement pas close dans la mesure où elle correspond à une dispute fondamentale sur la place du juge, sur la politique du droit des contrats* ».

[603] **Ph. JACQUES**, *Regards sur l'article 1135 du Code civil*, F. CHABAS (préf.), vol. 46, coll. Nouvelle bibliothèque des thèses, Dalloz, 2005, n°365, p. 774 : « *Tout d'abord, dans ce registre, il faut remarquer que prôner l'équilibre contractuel, comme beaucoup le font aujourd'hui, c'est simplement chercher à promouvoir un autre équilibre ; en aucune façon il ne peut s'agir de détrôner une prétendue doctrine du déséquilibre contractuel qui, à notre connaissance en tout cas et en tant que telle, n'a jamais été défendue par qui que ce soit ! De la même manière que, au début du XX^e^ siècle, les membres de l'École de la libre recherche scientifique ont gauchi à l'excès les traits de l'exégèse afin de rendre leurs idées plus séduisantes et pour leur donner un caractère péremptoire, il se pourrait bien que la promotion de cet autre équilibre contractuel procède d'un mouvement similaire… Voilà, en tout cas, ce que pourrait bien confirmer une étude épistémologique de l'équilibre contractuel érigé en fin en soi* ».

[604] V. en ce sens : **D. MAINGUY**, « Le contractant, personne de bonne foi ? », *in La réforme du droit des contrats*, C. ALBIGÈS, E. NÉGRON (dir.), coll. Actes de colloque, Presses de la Faculté de Montpellier, 2015, p. 83, spéc. p. 88. : « *La querelle, majeure, autour du succès ou des insuccès du solidarisme contractuel, n'est pas limitée au débat autour de la compréhension de la notion de bonne foi, n'est pas nouvelle, et n'est certainement pas close dans la mesure où elle correspond à une dispute fondamentale sur la place du juge et sur la politique du droit des contrats* » ; **M. MEKKI**, « Les doctrines sur l'efficacité du contrat en période de crise », *in RDC*, 2010, n°1, p. 383, spéc. n°23.

[605] **V. D. DO**, *Le rôle de l'intérêt privé dans le contrat en droit français*, J. MESTRE (préf.), coll. Institut de Droit des Affaires, PUAM, 2004, p. 51 : L'intitulé de la première partie de l'auteur de cette thèse est « *L'intérêt, une raison d'être du contrat* ».

des intérêts de tout un chacun[606]. La conclusion et l'exécution du contrat doivent permettre aux cocontractants d'obtenir ce qu'ils attendaient de la relation contractuelle, l'intérêt est alors « *la mesure de l'efficacité des contrats* »[607]. De ce point de vue, la doctrine semble unanime[608], « *on n'imagine guère que deux individus choisissent délibérément de contracter dans le vide* »[609]. Le contrat peut donc être considéré comme « *un acte projeté dans un but déterminé* »[610]. Plus que les effets juridiques qui en découlent, les parties cherchent avant tout la satisfaction de leurs intérêts. Les effets juridiques produits par le contrat ne sont finalement que la sécurité apportée par la juridicité de la relation[611]. Certains auteurs œuvrent ainsi pour une modification de la définition du contrat, jugée insatisfaisante[612], et ainsi permettre l'intégration de la notion d'intérêt[613]. À ce titre, Madame Suzanne LEQUETTE propose de définir le contrat comme « *la*

[606] **D. GALBOIS-LEHALLE**, *La notion de contrat : esquisse d'une théorie*, Y. LEQUETTE (préf.), t. 603, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2020, n°630, p. 368 : « *L'intérêt est le dénominateur commun de tous les contrats en ce sens que le contrat présente un intérêt pour chacune des parties, peu important que leurs intérêts soient opposés, concordants ou convergents, et que les parties y trouvent un intérêt patrimonial ou purement moral* ». *Adde*. **L. AYNÈS**, « À propos de la force obligatoire du contrat », *in RDC*, 2003, n°1, p. 323 : « *La satisfaction de son propre intérêt passe par la satisfaction de celui de l'autre. Telle est la solidarité humaine. Si bien que le contrat, loin d'être un lieu d'affrontement ou de concorde, est un point de rencontre entre deux intérêts, qui demeurent distincts, mais ont besoin de s'associer* » ; **M. MEKKI**, *L'intérêt général et le contrat – Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé,* J. GHESTIN (préf.), t. 411, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2004, n°80, pp. 68-69.

[607] **M. L. LAROMBIÈRE**, *Théorie et pratique des obligations*, t. 1, A. Durand et Pedone-Lauriel, 1885, n°3, pp. 100-101.

[608] En ce sens, voir les développements de **V. D. DO**, *Le rôle de l'intérêt privé dans le contrat en droit français*, J. MESTRE (préf.), coll. Institut de Droit des Affaires, PUAM, 2004, spéc. n^{os} 28 et s., p. 31 et s. *Adde*. **J. GHESTIN**, *Cause de l'engagement et validité du contrat,* LGDJ, 2006.

[609] **J. CARBONNIER**, *Droit civil,* t. IV, *Les obligations*, 22ème éd. refondue, coll. Thémis droit privé, PUF, 2000, n°54, p. 118.

[610] **V. D. DO**, *Le rôle de l'intérêt privé dans le contrat en droit français*, J. MESTRE (préf.), coll. Institut de Droit des Affaires, PUAM, 2004, n°28, p. 32. *Adde*. **S. LEQUETTE**, « Le contrat, notion et classifications », *in La réforme du droit français des contrats*, B. FAUVARQUE-CAUSSON, G. WICKER (dir.), vol. 31, coll. Droit comparé et européen, Société de législation comparée, 2019, p. 33, spéc. p. 53 : « *Et de fait, lorsqu'elles contractent, les parties poursuivent chacune la réalisation d'un intérêt compris comme le besoin qu'elles cherchent à satisfaire* » ; **K. LAFAURIE**, *La force obligatoire du contrat à l'épreuve des procédures collectives,* G. WICKER (préf.), t. 595, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2020, n°532, p. 467.

[611] Certains auteurs estiment que le but du contrat est de produire des effets juridiques. D'autres pensent au contraire que les effets juridiques restent inconnus pour les parties et seuls leurs intérêts comptent. De notre point de vue, une position nuancée doit être tenue. En effet, si l'effet principal recherché par les parties à un contrat est la satisfaction d'un intérêt privé, il n'en demeure pas moins que les effets juridiques sont recherchés en second plan. Ils permettent de sécuriser la relation en rendant d'une part obligatoires les prestations convenues et en apportant des protections en cas d'inexécution. Sur ce point, voir les développements : **V. D. DO**, *Le rôle de l'intérêt privé dans le contrat en droit français*, J. MESTRE (préf.), coll. Institut de Droit des Affaires, PUAM, 2004, n°29 et 30, pp. 32-33.

[612] **S. LEQUETTE**, « Le contrat, notion et classifications », *in La réforme du droit français des contrats*, B. FAUVARQUE-CAUSSON, G. WICKER (dir.), vol. 31, coll. Droit comparé et européen, Société de législation comparée, 2019, p. 33, spéc. pp. 47-57 ; **F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, et *al.***, *Droit civil – Les obligations*, 13ème éd., coll. Précis, Dalloz, 2022, n°79, pp. 66-67.

[613] V. not. **G. ROUHETTE**, *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, th. dactyl., R. RODIÈRE (dir.), Université de Paris, 1965 ; **G. ROUHETTE**, « La définition du contrat et la méthode juridique française », *in Droits – Revue française de théorie juridique*, t. 12, 1990, p. 59 ; **S. LEQUETTE**, « La notion de contrat – Réflexions à la lumière de la réforme du droit commun des contrats », *in RTD Civ*., 2018, p. 541 ; **S. LEQUETTE**, « Le contrat,

norme juridique qui opère la rencontre des intérêts des parties »[614]. Ainsi, elle privilégie l'emploi des termes de « norme juridique », plutôt que celui « d'obligation », en ce sens que tous les contrats ne sont pas nécessairement créateurs d'obligations[615]. Par ailleurs, elle préfère le terme « intérêt », plus révélateur des contrats, que l'accord de volontés qui tend à s'essouffler dans certains contrats. Elle estime de ce point de vue, prenant l'exemple du contrat d'adhésion, qu'il s'agit plutôt d'un consentement de l'adhérent, permettant un assujettissement de ce dernier, plutôt qu'un véritable accord entre deux volontés[616]. En revanche, elle affirme que c'est parce que l'adhérent y voit un intérêt qu'il s'assujettit[617]. La notion d'intérêt dans le contrat tend à intégrer ainsi les travaux de différents auteurs[618], dont l'objectif est d'actualiser la notion de contrat. Ce nouveau critère de définition permet d'établir son caractère général et son adéquation à tous les types de contrats. Le contrat demeure ainsi un lieu de rencontre et de satisfaction des intérêts en présence.

125. Les typologies d'intérêts. – L'intérêt serait alors le moteur permettant de démarrer la relation contractuelle et d'aboutir à la conclusion du contrat, ainsi qu'à son exécution. L'intérêt envisagé dans le cadre contractuel peut être un intérêt économique ou simplement

notion et classifications », *in La réforme du droit français des contrats*, B. FAUVARQUE-CAUSSON, G. WICKER (dir.), vol. 31, coll. Droit comparé et européen, Société de législation comparée, 2019, p. 33 ; **D. GALBOIS-LEHALLE**, *La notion de contrat : esquisse d'une théorie*, Y. LEQUETTE (préf.), t. 603, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2020.

[614] **S. LEQUETTE**, « Le contrat, notion et classifications », *in La réforme du droit français des contrats*, B. FAUVARQUE-CAUSSON, G. WICKER (dir.), vol. 31, coll. Droit comparé et européen, Société de législation comparée, 2019, p. 33, spéc. p.56.

[615] **S. LEQUETTE**, *Le contrat-coopération – Contribution à la théorie générale du contrat*, C. BRENNER (préf.), coll. Recherches Juridiques, Économica, 2012 ; « La notion de contrat – Réflexions à la lumière de la réforme du droit commun des contrats », *in RTD Civ*., 2018, p. 541 ; « Le contrat, notion et classifications », *in La réforme du droit français des contrats*, B. FAUVARQUE-CAUSSON, G. WICKER (dir.), vol. 31, coll. Droit comparé et européen, Société de législation comparée, 2019, p. 33, spéc. pp. 48-51.

[616] **S. LEQUETTE**, « Le contrat, notion et classifications », *in La réforme du droit français des contrats*, B. FAUVARQUE-CAUSSON, G. WICKER (dir.), vol. 31, coll. Droit comparé et européen, Société de législation comparée, 2019, p. 33, spéc. p. 49 : « *Si le contrat d'adhésion se forme bien au terme d'un double consentement, le consentement des parties est ici l'expression non pas tant d'une participation à un accord de volontés que d'un acte d'assujettissement* ». *Adde*. Sur la distinction entre consentement et volonté : **M.-A. FRISON-ROCHE**, « Remarques sur la distinction de la volonté et du consentement en droit des contrats », *in RTD Civ.,* 1995, p. 573.

[617] **S. LEQUETTE**, « Le contrat, notion et classifications », *in La réforme du droit français des contrats*, B. FAUVARQUE-CAUSSON, G. WICKER (dir.), vol. 31, coll. Droit comparé et européen, Société de législation comparée, 2019, p. 33, spéc. p. 53 : « *À considérer les contrats d'adhésion, si l'on peine à y voir le fruit d'un accord de volontés, il ne fait aucun doute qu'ils expriment une rencontre d'intérêts. La partie qui n'a pas pu négocier le contrat en amont poursuit bien en vertu de celui-ci un intérêt, ce qui explique d'ailleurs qu'elle s'y soit assujettie* ».

[618] Une thèse récente porte sur la notion de contrat dans laquelle Madame Diane GALBOIS-LEHALLE intègre la notion d'intérêt dans la définition du contrat : **D. GALBOIS-LEHALLE**, *La notion de contrat : esquisse d'une théorie*, Y. LEQUETTE (préf.), t. 603, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2020.

altruiste[619]. Une distinction peut alors être établie selon que les contrats sont à titre onéreux ou gratuits : « *tandis que les intérêts en jeu dans un contrat à titre onéreux sont de nature patrimoniale, ils sont de nature extrapatrimoniale dans les contrats à titre gratuit* »[620]. D'autres types d'intérêts peuvent se manifester, tels que se conformer aux obligations légales. « *Cette notion abstraite d'intérêt a un contenu indéfini en tant qu'elle recouvre toutes les utilités imaginables* »[621].

À ce titre, il est possible d'illustrer la variété des types d'intérêts par quelques exemples. Le premier, le plus délicat, pourrait porter sur la donation. En effet, pour une partie de la doctrine, seul le donataire a un intérêt au contrat. Toutefois, des réserves peuvent être émises à cet égard, puisqu'on l'a vu, l'intérêt contractuel n'est pas nécessairement pécuniaire, il peut également être altruiste ou moral[622]. Du point de vue du donateur, la donation peut avoir un intérêt purement altruiste, celui d'aider un proche. Le donateur peut cependant y voir un intérêt fiscal, puisqu'une donation faite dans le cadre d'une subvention à une association sera défiscalisée et entraîne ainsi une réduction de ses charges. Du point de vue du donataire, l'intérêt pourra être pécuniaire. Il pourra également être moral, si l'objet reçu a une valeur sentimentale.

---

[619] **A. GERVAIS**, « Quelques réflexions à propos de la distinction des "droits" et des "intérêts" », *in Mélanges en l'honneur de Paul Roubier,* t. 1, *Théorie générale du droit et droit transitoire,* Dalloz, 1961, p. 241, spéc. n°1, p. 241 : « *un "intérêt" apparaît comme une "utilité", matérielle ou morale, actuelle ou future, en général égoïste, mais parfois altruiste, d'une personne, physique ou morale, "porteuse" (träger) d'intérêt* ».

[620] **D. GALBOIS-LEHALLE**, *La notion de contrat : esquisse d'une théorie*, Y. LEQUETTE (préf.), t. 603, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2020, n°643, p. 374.

[621] **A. GERVAIS**, « Quelques réflexions à propos de la distinction des "droits" et des "intérêts" », *in Mélanges en l'honneur de Paul Roubier,* t. 1, *Théorie générale du droit et droit transitoire,* Dalloz, 1961, p. 241, spéc. n°1, p. 241.

[622] **A. GERVAIS**, « Quelques réflexions à propos de la distinction des "droits" et des "intérêts" », *in Mélanges en l'honneur de Paul Roubier,* t. 1, *Théorie générale du droit et droit transitoire,* Dalloz, 1961, p. 241, spéc. n°1, p. 241 ; **M.-E. ANCEL**, *La prestation caractéristique du contrat*, L. AYNÈS (préf.), coll. Recherches Juridiques, Économica, 2002, n°170, p. 119 : « *Des études psychologiques ainsi que l'expansion de la conception utilitariste favorisant la prégnance de l'archétype du contrat à titre onéreux ont conduit ceux qui ont étudié les contrats de bienfaisance (et, parmi ceux-ci, spécialement les libéralités) à dépasser le verbalisme de l'intention libérale. Le désintéressement n'est pas de ce monde, le donateur poursuit toujours, en donnant, quelque intérêt* » ; **Ph. GÉRARD, F. OST, M. VAN DE KERCHOVE** (dir.), *Droit et intérêt*, vol. 2, *Entre droit et non droit : l'intérêt,* Faculté universitaire Saint-Louis, 1990, p. 60 ; **A. TRIBÈS**, *Le rôle de la notion d'intérêt en matière civile,* th. dactyl., Université de Paris II, 1975, p. 289, NBP n°8 : « *on pourrait soutenir que le débiteur a toujours un intérêt au contrat, même lorsqu'il rend un service gratuit* » ; **Ph. STOFFEL-MUNCK**, *L'abus dans le contrat – Essai d'une théorie*, R. BOUT (préf.), t. 337, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2000, n°157, pp. 141-142 ; **V. D. DO**, *Le rôle de l'intérêt privé dans le contrat en droit français*, J. MESTRE (préf.), coll. Institut de Droit des Affaires, PUAM, 2004, n^{os} 40 et s., p. 38 et s., spéc. n°41, p. 40 : « *Il est alors permis d'affirmer que, dans les contrats à titre gratuit, la personne qui fournit à l'autre un avantage normalement d'ordre matériel, pécuniaire, ou patrimonial n'en poursuit pas moins un avantage personnel, mais il s'agit souvent d'un avantage d'ordre moral ou psychologique* » ; **D. GALBOIS-LEHALLE**, *La notion de contrat : esquisse d'une théorie*, Y. LEQUETTE (préf.), t. 603, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2020, n^{os} 392-405, pp. 235-243, spéc. n°404, p. 242 : « *Nul ne soutient plus en effet la conception qui a un temps prévalu en doctrine d'une notion subjective – "concrète et affective" – de l'acte à titre gratuit, caractérisée par l'absence de tout intérêt personnel, notamment moral, du disposant. Le contrat à titre gratuit permet au donateur de lier son intérêt moral à l'intérêt patrimonial du donataire* ».

Comme le précise Madame Diane GALBOIS-LEHALLE, « *rien n'interdit de considérer que chacune des parties a bien un intérêt au contrat, même si celui-ci n'octroie pas de droit de créance à l'une d'elles* »[623].

Le deuxième exemple peut être le cautionnement. Du point de vue de la caution, l'intérêt sera essentiellement altruiste, puisqu'il est question pour lui d'apporter son aide au débiteur. Son engagement permet, en effet, de garantir la dette du débiteur et donc de renforcer la confiance du créancier dans la relation contractuelle originaire. Du point de vue du créancier, l'intérêt est directement palpable, il s'agit de renforcer la garantie du paiement de sa créance en y adjoignant un second débiteur.

Enfin, le troisième exemple peut porter sur le contrat d'assurance. Indéniablement, du point de vue de l'assureur, l'intérêt contractuel est de renforcer son portefeuille d'assurés, il s'agit d'un intérêt pécuniaire. Du point de vue de l'assuré, il peut s'agir d'un intérêt purement légal, par exemple, l'obligation de souscrire à une assurance pour son véhicule. Ou alors, il peut également recourir à une assurance pour garantir différents risques pouvant survenir au cours de sa vie, un accident, voire son décès. En conséquence, si le contenu peut apparaître comme objectivement déséquilibré, le contrat lui-même ne l'est pas nécessairement[624].

L'intérêt contractuel a donc l'avantage de pouvoir concerner tous types de contrats et d'avoir une portée suffisamment générale[625]. Il ne faut toutefois pas assimiler l'intérêt contractuel, à la cause de l'obligation ou désormais au contenu licite et certain.

126. L'intérêt contractuel plus large que la cause[626]. – L'intérêt au contrat a pu être associé à la cause[627]. Sans remettre en question ces travaux et bien que la terminologie d'intérêt soit également utilisée, il est nécessaire de distinguer ces deux situations. L'intérêt privé tel que

[623] **D. GALBOIS-LEHALLE**, *La notion de contrat : esquisse d'une théorie*, Y. LEQUETTE (préf.), t. 603, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2020, n°610, p. 357.

[624] **A. SÉRIAUX**, *Droit des obligations*, 1ère éd., coll. Droit fondamental, PUF, 1992, n°26, p. 90 : à propos des contrats aléatoires, « *certaines conventions ont pour but de réaliser, si possible, un déséquilibre des prestations réciproques. Chacune des parties espère y obtenir de l'autre un gain plus élevé que sa propre perte, à la suite de la survenance (ou de la non-survenance) d'un événement réellement incertain* ».

[625] **D. GALBOIS-LEHALLE**, *La notion de contrat : esquisse d'une théorie*, Y. LEQUETTE (préf.), t. 603, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2020, n°609, p. 356 : « *Plus précisément, ce qui est commun à ces différentes structures contractuelles, c'est l'existence d'une pluralité d'intérêts ; étant entendu que ces intérêts peuvent être opposés, identiques, ou convergents* ».

[626] Même si la notion de cause a disparu, ses fonctions sont maintenues et elle reste un mécanisme utile à la compréhension du contrat.

[627] V. not. **J. ROCHFELD**, *Cause et type de contrat*, J. GHESTIN (préf.), t. 311, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 1999 ; **J. GHESTIN,** *Cause de l'engagement et validité du contrat*, coll. Hors collection, LGDJ, 2006.

défini précédemment ne renvoie aucunement à une condition de validité du contrat[628], mais plutôt à l'élément animant la volonté de contracter[629]. Il s'agit, finalement, d'un élément de définition du contrat[630]. Pour distinguer l'intérêt associé à la cause et l'intérêt associé au contrat dans son ensemble, il est nécessaire de reprendre la distinction entre la cause et les motifs mise en lumière par CAPITANT[631] et reprise par Madame Judith ROCHFELD[632]. Le motif, au sens de CAPITANT, « *est la raison contingente, subjective et par là même variable avec chaque individu qui détermine une personne à conclure un contrat* »[633]. L'intérêt tel que nous le présentons se situe hors du champ contractuel, il ressort plutôt du mobile. Il n'intègre pas le champ contractuel, il est davantage l'élément qui détermine la conclusion du contrat. Au contraire, la cause intègre le champ contractuel dès lors qu'elle résulte d'un élément intentionnel et qu'elle est commune aux deux volontés[634]. Dans ce cas, la cause peut influer sur la validité du contrat. Ainsi, l'intérêt au contrat envisagé comme socle de l'équilibre contractuel n'est pas une condition de validité[635]. Il est avant tout envisagé comme le centre de gravité des contrats[636].

---

[628] *Contra*. Une auteure évoque également l'intérêt au contrat, mais va plus loin en estimant que cet intérêt « *désigne les éléments déterminants du consentement, essentiels ou "essentialisés" entrés de façon certaine dans le champ contractuel en tant que tels par un accord de volontés libres et éclairées* ». Dans cette perspective l'intérêt intègre le champ contractuel et devrait donc pouvoir affecter la validité du contrat : **H. JUILLET-REGIS**, *La force obligatoire du contrat – Réflexion sur l'intérêt au contrat*, B. TEYSSIÉ (dir.), th. dactyl., Université de Paris Panthéon-Assas, 2015, n°279, p. 182.

[629] Il est toutefois possible que le motif intègre le champ contractuel lorsqu'il est érigé en élément essentiel du contrat : **H. CAPITANT**, *De la cause des obligations (Contrats, Engagements unilatéraux, legs),* Dalloz, 1923, n°4, p. 12 : « *Il n'en serait autrement que si les parties avaient fait un élément de celui-ci* [le motif]*, c'est-à-dire s'il avait été, pour les deux parties, la raison déterminante de leur accord* » ; **H. BARBIER**, « Le but manqué du contrat considéré en tant que vice du consentement », *in RTD Civ.,* 2023, p. 90.

[630] **D. GALBOIS-LEHALLE**, *La notion de contrat : esquisse d'une théorie*, Y. LEQUETTE (préf.), t. 603, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2020, n°607 et 608, pp. 355-356.

[631] **H. CAPITANT**, *De la cause des obligations (Contrats, Engagements unilatéraux, legs),* Dalloz, 1923, n^{os} 4 et s., p. 10 et s.

[632] **J. ROCHFELD**, *Cause et type de contrat*, J. GHESTIN (préf.), t. 311, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 1999, n°268, pp. 244-245.

[633] **H. CAPITANT**, *De la cause des obligations (Contrats, Engagements unilatéraux, legs),* Dalloz, 1923, n°4, p. 11. *Adde*. **L. BOYER**, *La notion de transaction – Contribution à l'étude des concepts de cause et d'acte déclaratif*, Recueil Sirey, 1947, p.187 : l'auteur établit une distinction entre la « *cause catégorique ayant pour fonction de permettre la formation du contrat, d'autre part* [la] *cause casuelle, de nature purement psychologique et qui explique l'existence de l'obligation de chacun* ».

[634] **J. ROCHFELD**, *Cause et type de contrat*, J. GHESTIN (préf.), t. 311, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 1999, n°268, p. 245. *Adde*. GHESTIN précise que pour intégrer le champ contractuel, il ne suffit pas que l'élément ait été connu des parties, mais qu'il ait fait l'objet d'un véritable accord de volontés : **J. GHESTIN,** *Cause de l'engagement et validité du contrat*, coll. Hors collection, LGDJ, 2006, n^{os} 187 et s., p. 131 et s.

[635] Pour plus de développements sur la distinction entre la cause de l'obligation et l'intérêt contractuel : **D. GALBOIS-LEHALLE**, *La notion de contrat : esquisse d'une théorie*, Y. LEQUETTE (préf.), t. 603, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2020, n°604, pp. 353-354.

[636] **D. GALBOIS-LEHALLE**, *La notion de contrat : esquisse d'une théorie*, Y. LEQUETTE (préf.), t. 603, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2020, n°604, p. 353 : « La *"cause de l'obligation" concerne le contenu du contrat, pas sa notion elle-même* ».

Par ailleurs, « *l'équilibre ne saurait être enfermé dans un élément du contrat* »[637], l'équilibre est une notion plus large englobant le contrat et ne doit donc pas être réduit à un seul de ses éléments. L'intérêt privé intégrant tous les contrats, un rapprochement avec la notion d'équilibre semble nécessaire.

Paragraphe 2. Les liens inhérents entre l'équilibre contractuel et l'intérêt privé

127. Travaux antérieurs abordant l'équilibre des intérêts. – Même si la notion d'équilibre contractuel n'existait pas au XIX^e^ siècle[638], cette idée d'harmonie des intérêts a déjà pu être émise en doctrine : « *On voit par cette idée générale des conventions, qu'on doit les considérer comme des moyens que les hommes emploient généralement pour se procurer ce qui leur manque, en donnant ce qu'ils ont de superflu.* […] *Les conventions ont donc été imaginées pour obvier à ces inconvénients qui entraîneraient nécessairement la dissolution des sociétés que les hommes ont formées en vue d'un bonheur commun, et rendraient la condition de chacun infiniment précaire. Elles établissent un heureux équilibre entre les besoins et les moyens de les satisfaire* »[639]. En outre, la notion même d'équilibre des intérêts a déjà été envisagée par certains auteurs[640] dans le cadre de leur recherche, sans pour autant constater l'existence de développements substantiels sur la notion d'équilibre contractuel.

GÉNY fut le premier auteur à évoquer la notion d'équilibre des intérêts dans le cadre de ses recherches sur la libre recherche scientifique[641]. Bien que controversée, voire critiquée pour son

---

[637] **A.-S. LUCAS-PUGET**, *Essai sur la notion d'objet du contrat*, M. FABRE-MAGNAN (préf.), t. 441, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2005, n°680, p. 405 : l'auteure écrit cette phrase dans le contexte de l'assimilation de l'équilibre contractuel à l'objet du contrat. Ce raisonnement est alors transposable à la cause, en ce sens que l'équilibre contractuel ne peut être réduit qu'à une règle de validité du contrat, mais se doit d'avoir une portée plus générale.

[638] *Cf. supra* n^os^ 23 et s. et n^os^ 63 et s.

[639] **A. DURANTON**, *Traité des contrats et des obligations en général suivant le Code civil,* t. I, P. Gueffier, 1819, pp. 2-3.

[640] **E. GOUNOT**, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé – Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, éd. Rousseau, 1912, p. 210 et s. ; **L. JOSSERAND**, « La protection des faibles par le droit », *in Évolutions et Actualités – Conférences de droit civil,* Recueil Sirey, 1936, p. 159, spéc. p. 172 ; **F. GÉNY**, *Méthode d'interprétation et sources en droit positif,* t. 2, LGDJ, 1954, n^os^ 173-174, pp. 167-177 ; **L. GRYNBAUM**, *Le contrat contingent – L'adaptation du contrat par le juge sur habilitation du législateur,* M. GOBERT (préf.), t. 389, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2004, n^os^ 40 et s., p. 36 et s. ; **H. JUILLET-REGIS**, *La force obligatoire du contrat – Réflexion sur l'intérêt au contrat*, B. TEYSSIÉ (dir.), th. dactyl., Université de Paris Panthéon-Assas, 2015 ; **M. CASSIÈDE**, *Les pouvoirs contractuels – Étude de droit privé,* L. SAUTONIE-LAGUIONIE (dir.), th. dactyl., Université de Bordeaux, 2018.

[641] **F. GÉNY**, *Méthode d'interprétation et sources en droit positif,* t. 2, LGDJ, 1954. *Adde*. **E. GOUNOT**, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé – Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, éd. Rousseau, 1912, p. 210 : GOUNOT reprend les mêmes termes que GÉNY.

absence de scientificité[642], la libre recherche scientifique consiste en « *une injonction adressée aux juristes (juges et docteurs) de regarder au-delà des textes et des livres, de ne plus sacraliser la loi et d'arrêter d'abuser des abstractions logiques, et ce pour scruter la nature des choses afin d'élaborer, en cas de carence des sources formelles, un droit répondant à la fois au principe de justice et aux besoins sociaux* »[643]. En d'autres termes, il établit une critique à l'encontre de la sacralisation de la loi et de sa méthode d'interprétation classique, estimant que la loi ne peut tout prévoir[644]. Par ailleurs, il conteste la méthode exégétique, non dans sa substance[645], mais dans son monopole. Finalement, la discussion porte plutôt sur le postulat de plénitude de la loi, le législateur n'ayant pu avoir « *envisagé et donc réglé d'avance tous les cas futurs* »[646]. La volonté du législateur ne peut suffire à l'application de la loi, il faut, dans certains cas, l'interpréter. L'équilibre des intérêts représente, pour GÉNY, la solution à l'interprétation de la loi. Il estime, en effet, que ce principe de l'équilibre des intérêts en présence « *doit guider le jurisconsulte interprète du droit, aussi bien qu'il guide le législateur ou les organes de la coutume, toutes les fois, qu'à défaut d'un règlement privé, légitime et suffisant, il s'agit de statuer, d'autorité, les règles de conduite, constituant l'organisation juridique positive. L'objet de celle-ci, en effet, n'est pas autre, que de donner la satisfaction, la plus adéquate, aux diverses aspirations rivales, dont la juste conciliation apparaît nécessaire pour réaliser la fin sociale de l'humanité* »[647]. Ces intérêts en présence, dit-il, doivent être « *équilibrés conformément aux fins sociales* »[648]. Il doit donc y avoir une adéquation à trouver entre les intérêts privés en conflit et les fins sociales. Si la notion d'équilibre des intérêts ressort

[642] V. not. **H. CAPITANT**, *Introduction à l'étude du droit civil – Notions générales*, 5ème éd., A. Pedone, 1929, n°73, pp. 104-106 ; **D. BUREAU**, « Les regards doctrinaux sur le Code civil », *in 1804-2004, Le Code civil, un passé, un présent, un avenir*, Dalloz, 2004, p. 171, spéc. n°24, p. 188.

[643] **J.-P. CHAZAL**, « L'autonomie de la volonté et la "libre recherche scientifique" », *in RDC*, 2003, n°3, p. 621. *Adde*. **B. FRYDMAN**, « Le projet scientifique de François Gény », *in François Gény, Mythe et réalités - Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, essai critique,* C. THOMASSET, J. VANDERLINDEN, Ph. JESTAZ (dir.), coll. Thèmes & commentaires, Dalloz, 2000, p. 213, spéc. n°1, p. 214.

[644] **F. GÉNY**, *Méthode d'interprétation et sources en droit positif,* t. 1, LGDJ, 1919, n°52, p. 117 : « *Et, d'abord, comme toute œuvre humaine, la loi sera forcément incomplète. Si affiné qu'on le suppose, l'esprit de l'homme n'est pas capable d'embrasser, dans son entier, la synthèse du monde où il se meut* ».

[645] **B. FRYDMAN**, « Le projet scientifique de François Gény », *in François Gény, Mythe et réalités - Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, essai critique,* C. THOMASSET, J. VANDERLINDEN, Ph. JESTAZ (dir.), coll. Thèmes & commentaires, Dalloz, 2000, p. 213, spéc. n°4, pp. 218-219 : « *En réalité, François Gény ne combat pas la méthode philologique d'interprétation des textes légaux, il s'en fait même (pour des motifs tactiques) le plus scrupuleux défendeur* » ; **B. FRYDMAN**, *Le sens des lois – Histoire de l'interprétation et de la raison juridique*, 3ème éd., coll. Penser le droit, Bruylant, 2011, spéc. n°219, p. 470 : « *Ce qu'ils critiquent, à travers la méthode traditionnelle, ce n'est pas tant les règles d'interprétation de l'Exégèse que la conception du droit comme système de règles abstraites cohérent et complet* ».

[646] **B. FRYDMAN**, *Le sens des lois – Histoire de l'interprétation et de la raison juridique*, 3ème éd., coll. Penser le droit, Bruylant, 2011, spéc. n°223, p. 479.

[647] **F. GÉNY**, *Méthode d'interprétation et sources en droit positif,* t. 2, LGDJ, 1954, n°173, p. 167.

[648] **F. GÉNY**, *Méthode d'interprétation et sources en droit positif,* t. 2, LGDJ, 1954, n°173, p. 170.

de la théorie de la libre recherche scientifique de GÉNY, elle ne s'applique que dans le cadre d'un litige dans lequel le juge doit apprécier les intérêts en présence ; elle ne s'applique donc pas uniquement à la matière contractuelle et ne concerne pas les intérêts privés que nous avons précédemment définis. En revanche, en matière contractuelle, sa théorie peut s'illustrer à travers le principe d'équité par lequel le juge se doit « *d'apprécier exactement et de comparer les divers intérêts en présence pour les équilibrer (aequitas, aequum), d'après leur importance individuelle et conformément à leurs fins sociales* »[649]. D'ailleurs, GÉNY va éprouver sa nouvelle méthode dans le cadre contractuel[650]. Aussi, est-il erroné d'attribuer à GÉNY la paternité de l'équilibre contractuel[651]. Ses travaux ne doivent pas être confondus avec la notion d'équilibre contractuel et les intérêts qui animent la conclusion du contrat.

JOSSERAND évoque à son tour l'équilibre des intérêts, mais, cette fois, comme synonyme de l'équilibre contractuel. Indirectement, il affirme qu'en présence d'un déséquilibre dû à l'absence de respect de l'intérêt de l'une des parties au contrat, des mesures de réparation peuvent alors être employées[652]. Autrement dit, l'équilibre contractuel, tel qu'il l'envisage, repose sur le respect des intérêts de chacune des parties au contrat. Ses recherches ne portent pas en elle-même sur la notion d'équilibre contractuel, car comme évoquées précédemment, la notion n'existait pas encore en tant que telle dans le vocabulaire de la doctrine. Toutefois, il associe l'équilibre contractuel à la notion même de contrat, estimant que l'intérêt des parties en est la substance.

---

[649] **E. GOUNOT**, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé – Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, éd. Rousseau, 1912, p. 211.

[650] **J.-P. CHAZAL**, « L'autonomie de la volonté et la "libre recherche scientifique" », *in RDC*, 2003, n°3, p. 621.

[651] Il a pourtant pu être affirmé que la notion d'équilibre contractuel trouvait ses origines dans les écrits de François GÉNY avec l'équilibre des intérêts : **L. FIN-LANGER**, *L'équilibre contractuel,* C. THIBIERGE (préf.), t. 366, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2002, n°12, p. 19.

Si les termes employés sont identiques, il ne semble pas que le dessein soit le même. En effet, la critique de François GÉNY porte sur l'interprétation des textes de loi par les juges. Il propose ainsi une solution dès lors que l'interprétation exégétique ne suffit plus, il estime que les juges doivent utiliser la méthode de l'équilibre des intérêts. S'il illustre sa démonstration au regard du droit des contrats, cela ne semble pas rejoindre la notion d'équilibre contractuel qui doit alors s'en détacher. En définitive, l'objet de ses travaux n'était donc pas une analyse du droit des contrats, mais plutôt d'apporter un complément à la méthode d'interprétation exégétique. L'identité terminologique ne doit donc pas permettre de préjuger que la paternité de l'équilibre contractuel revient à GÉNY.

[652] **L. JOSSERAND**, « La protection des faibles par le droit », *in Évolutions et Actualités – Conférences de droit civil,* Recueil Sirey, 1936, p. 159, spéc. p. 172 : « *Si les mesures préventives sont demeurées infructueuses, si le faible a été exploité, s'il a été blessé, si l'équilibre a été effectivement rompu entre les intérêts en présence, alors interviennent des mesures de réparations* ».

Dans la même perspective, CAPITANT évoque l'équilibre des intérêts en matière contractuelle[653]. Il estime que les législations spéciales, portant sur certains types de contrats d'adhésion identifiés, ont pour objet le maintien de l'équilibre des intérêts[654]. La législation de l'époque, y compris le projet de code international, procède donc d'une tendance socialisante – opposée à l'individualisme – qui consiste à considérer l'homme « *comme un élément d'une collectivité,* [qui] *tient compte de son rang, de sa position dans la société* [en se préoccupant] *d'assurer à chacun le bénéfice du Droit* »[655]. Autrement dit, la réglementation tendait à prendre en considération les situations de chaque individu pour éviter que l'une des parties ne puisse subir l'oppression de l'autre. Le législateur tente ainsi, autant que possible de « *tempérer le principe de liberté et de protéger les intérêts du contractant contre les clauses préjudiciables à son intérêt qu'il pourrait être contraint d'accepter* »[656]. Il y a là, selon CAPITANT, une politique législative tournée vers la satisfaction des intérêts de chacun des contractants et une volonté de rééquilibrer la relation dès lors que les intérêts d'une partie absorbés par ceux de la partie plus forte. CAPITANT voit ainsi dans la volonté du législateur, une volonté de protection des différents intérêts contractuels et rassemble cette idée sous les termes d'équilibre des intérêts. Dans cette idée, la logique des intérêts, et surtout de leur satisfaction, semble primer sur la logique individualiste portant sur la primeur de la volonté[657].

Enfin, Monsieur Luc GRYNBAUM, dans sa thèse, définit directement l'équilibre contractuel idéal comme « *une équivalence dans la satisfaction des intérêts en présence et des risques assumés* »[658]. Il érige donc le critère de la satisfaction des intérêts comme socle de définition de l'équilibre contractuel. Cependant, il nuance son propos en estimant qu'il ne peut s'agir que d'un idéal, et que la difficulté repose sur sa traduction juridique[659]. Le profit attendu d'une

[653] **H. CAPITANT**, « Le caractère social du projet franco-italien de code international des obligations et des contrats », *in Revue critique de législation et de jurisprudence,* 1931, p. 71.

[654] **H. CAPITANT**, « Le caractère social du projet franco-italien de code international des obligations et des contrats », *in Revue critique de législation et de jurisprudence,* 1931, p. 71, spéc. p. 73.

[655] **H. CAPITANT**, « Le caractère social du projet franco-italien de code international des obligations et des contrats », *in Revue critique de législation et de jurisprudence,* 1931, p. 71, spéc. p. 71 : l'auteur oppose cet esprit social à l'esprit individualiste qui « *consiste à considérer l'homme en soi, comme une entité, comme étant la cause et le but du Droit, en faisant abstraction du milieu dans lequel il vit* ».

[656] **H. CAPITANT**, « Le caractère social du projet franco-italien de code international des obligations et des contrats », *in Revue critique de législation et de jurisprudence,* 1931, p. 71, spéc. p. 76.

[657] V. en ce sens : **Ch. JAMIN**, *« Notations sur un solidarisme contractuel », in Mélanges en l'honneur de François Collart Dutilleul, Liber amicorum,* coll. Études, mélanges, travaux, Dalloz, 2017, p. 433, spéc. pp. 436-437.

[658] **L. GRYNBAUM**, *Le contrat contingent – L'adaptation du contrat par le juge sur habilitation du législateur,* M. GOBERT (préf.), t. 389, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2004, n°43, p. 38.

[659] **L. GRYNBAUM**, *Le contrat contingent – L'adaptation du contrat par le juge sur habilitation du législateur,* M. GOBERT (préf.), t. 389, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2004, n°43, p. 38.

transaction est tellement variable d'un individu à un autre qu'« *il serait impossible d'établir une définition inspirée d'une telle idée sans sombrer dans la casuistique* »[660]. Son raisonnement est sans aucun doute pertinent en ce sens que l'intérêt d'une partie pour un contrat est variable. Ainsi, il est effectivement difficile de transposer l'équilibre contractuel dans une définition juridique conciliable avec l'impératif de sécurité juridique. Toutefois, cet équilibre des intérêts conçu comme une finalité du contrat, un idéal à obtenir, permet d'établir une grille de lecture du droit positif des contrats et de comprendre la politique législative[661]. Il ne s'agit donc pas d'intégrer la notion d'équilibre contractuel dans le droit positif ni d'en faire un mécanisme juridique, mais surtout de l'appréhender au regard de sa finalité, d'en comprendre la signification. Ainsi exposé comme un idéal, l'équilibre contractuel peut essentiellement reposer sur la satisfaction des intérêts des parties.

Au regard de ces écrits, il est donc intéressant de voir dans les intérêts privés un socle pour la définition de l'équilibre contractuel. Suffisamment large et recouvrant tous les contrats, l'intérêt privé permet de dépasser le seul équilibre subjectif, mais surtout de ne pas entrer dans les travers d'un strict contrôle objectif de l'équilibre.

128. L'intérêt, au-delà du seul équilibre objectif. – Plusieurs fois affirmée en doctrine, l'exigence d'un équilibre objectif du contrat n'est pas souhaitable, en ce qu'elle ruinerait l'intérêt de l'outil contractuel[662]. Si l'équilibre parfait du contenu du contrat n'est pas envisageable, en revanche, les dérives de comportements contractuels incitent à trouver des solutions pour faire face aux abus et aux excès. L'équilibre contractuel se fonde sur les intérêts privés de chacun des contractants et en particulier sur leur respect et leur satisfaction pendant la relation contractuelle. Cela permet de conserver l'intérêt de l'outil. En ce sens, il a pu être affirmé que « *les parties peuvent très bien avoir voulu, en pleine conscience et liberté, s'engager dans un contrat objectivement déséquilibré, sans compter que l'intérêt au contrat*

[660] **L. GRYNBAUM**, *Le contrat contingent – L'adaptation du contrat par le juge sur habilitation du législateur,* M. GOBERT (préf.), t. 389, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2004, n°42, p. 38.

[661] *Cf. infra* n^os^ 149 et s.

[662] V. not. **L. GRYNBAUM**, *Le contrat contingent – L'adaptation du contrat par le juge sur habilitation du législateur,* M. GOBERT (préf.), t. 389, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2004, n°46, p. 40 ; **L. THIBIERGE**, « Le traitement du déséquilibre économique par le droit commun des contrats », *in Réformes du droit civil et vie des affaires*, J. REVEL, M. BOURASSIN (dir.), coll. Thèmes & commentaires, Dalloz, 2014, p. 233, spéc. p. 235 : « *En d'autres termes, la règle de principe est la suivante : les parties sont libres de conclure des contrats déséquilibrés. Et tant mieux ! Fermons les yeux et imaginons un bref instant un monde contractuel dans lequel tous les contrats seraient astreints à l'équilibre. Que des jolies transactions à somme nulle. Finies, les marges ! Terminés, les bénéfices ! Aux oubliettes, les bonnes affaires, les soldes et les rabais ! Chacun devrait acheter ou vendre au juste prix* ».

peut parfois sembler déséquilibré à l'observateur alors que, pour les parties, l'ensemble des stipulations convenues contrebalancent un déséquilibre apparent »[663]. L'équilibre contractuel compris comme l'harmonie des intérêts dans la relation contractuelle, autrement dit, leur satisfaction, à ceci d'intéressant qu'il permet d'englober tous les contrats, mais également de conserver le droit de faire de bonnes affaires[664]. Dès lors que la relation contractuelle permet la satisfaction de chacune des parties, il n'est nul besoin de remettre en question le contrat sauf à ce que les intérêts ne se concilient pas avec les exigences légales et l'intérêt général.

129. Les mécanismes d'équilibre contractuel, une protection des intérêts. – Par ailleurs, l'équilibre contractuel intègre la politique législative au moyen de la protection de l'intérêt des parties au contrat. Le risque mis en avant est que la partie faible peut se voir imposer des conditions contractuelles qui n'entrent pas dans ses intérêts, provoquant ainsi un déséquilibre contractuel[665]. Le législateur a donc mis en place des mesures visant à restaurer un certain équilibre relationnel permettant à la partie de faire valoir ses intérêts dans la relation contractuelle[666]. Dans le même sens et pour consolider notre réflexion de l'association de la notion d'équilibre contractuel à l'intérêt privé, il suffit de prendre des exemples tirés du droit positif illustrant les marqueurs communs des mécanismes visant la protection ou le rétablissement de l'équilibre contractuel.

---

[663] **H. JUILLET-REGIS**, *La force obligatoire du contrat – Réflexion sur l'intérêt au contrat*, B. TEYSSIÉ (dir.), th. dactyl., Université de Paris Panthéon-Assas, 2015, n°403, p. 267.

[664] **J.-P. CHAZAL**, *De la puissance économique en droit des obligations,* D. LEFÈBVRE (dir.), t. 2, th. dactyl., Université de Grenoble II, 1996, n°651, p. 491 : « *En pratique, il est douteux qu'un seul contrat parfaitement équilibré existe ! L'essence du commerce est de réaliser du profit et de conclure de bonnes affaires, sans que le juge ait à jouer un rôle de censeur en pesant chaque obligation contractée pour en déterminer la valeur, et les comparer entre elles* ». *Adde.* La jurisprudence européenne a, en ce sens, rappelé que le contrat doit permettre de générer un profit. En ce sens, CEDH, 28 avril 2008, *Hutten-Czapska c/ Pologne,* n°35014/97 : *AJDA*, 2008, p. 1930, obs. J.-F. FLAUSS ; *RTD Civ.,* 2008, p. 641, J.-P. MARGUÉNAUD.

[665] **J. ROCHFELD**, « Du statut du droit contractuel "de protection de la partie faible" : les interférences en droit des contrats du droit du marché et des droits de l'homme », *in Études offertes à Geneviève Viney – Liber amicorum,* coll. Mélanges, LGDJ, 2008, p. 835, spéc. n°3, p. 838 : « *En effet, à l'origine du développement des législations protectrices, les impératifs fondateurs étaient assez uniformes : en droit de la consommation comme en droit du travail, il s'agissait de protéger le consommateur ou le salarié par la faiblesse intrinsèque que leur situation contractuelle recelait, c'est-à-dire parce que ces personnes, du fait de la réalité du rapport de forces, étaient rendues vulnérables et à même de subir la contrainte imposée par leur partenaire contractuel. La protection intervenait alors au fondement de valeurs humanistes : consommateurs et salariés étaient défendus pour eux-mêmes et dans leurs intérêts économiques individuels* ».

[666] **F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, et *al.*,** *Droit civil – Les obligations*, 13ème éd., coll. Précis, Dalloz, 2022, nos 38 et s. p. 21 et s. *:* « *Afin d'éviter que le contrat ne méconnaisse les intérêts des contractants, comme ceux de la collectivité, on peut – plutôt que d'en réglementer impérativement le contenu – essayer de redonner à la liberté contractuelle ses vertus en créant un environnement favorable à l'établissement d'un véritable débat entre les parties* ». *Adde.* **N. CHARDIN**, *Le contrat de consommation de crédit et l'autonomie de la volonté*, J.-L. AUBERT (préf.), t. 199, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 1988.

L'obligation d'information précontractuelle est un mécanisme préventif participant à l'équilibre contractuel. Avant d'être entériné par le législateur, ce mécanisme a été fondé par les juges[667]. Participant au rétablissement de l'équilibre entre les parties contractantes, son objet premier est, avant tout, d'éviter que « *la rétention d'information* [ait] *pour conséquence d'amener une partie à prendre une décision contraire à son intérêt* »[668]. La protection de l'intérêt de la partie est donc la finalité de ce mécanisme, qui est par là même associée à l'équilibre contractuel. En outre, le mécanisme de lutte contre les clauses abusives participe directement à l'équilibre du contenu du contrat, mais plus globalement, il permet de protéger les intérêts de la partie adhérente au contrat[669]. Se manifeste alors un ordre public de protection permettant de préserver ou de rétablir les intérêts particuliers des contractants et notamment celui lésé par la clause dans le contrat[670].

Sans être exhaustifs, ces exemples permettent d'illustrer la finalité de l'équilibre contractuel. Le marqueur commun à chacun de ces mécanismes semble être la protection des intérêts des parties.

130. Des liens établis entre l'équilibre contractuel et l'intérêt personnel. – « *La structure même du contrat repose sur un équilibre entre des intérêts distincts* »[671] pouvant être *« opposés, convergents ou coalisés* »[672]. L'intérêt contractuel est donc inhérent aux contrats, l'équilibre contractuel recouvre cet accommodement entre les différents intérêts tendant vers la satisfaction de chacun des contractants. Dans ce cadre, « *un état d'équilibre ou de compromis sera atteint par la conciliation des intérêts en présence* »[673].

---

[667] Pour plus de développements concernant l'origine de l'obligation d'information : V. **M. FABRE-MAGNAN**, *De l'obligation d'information dans les contrats – Essai d'une théorie,* J. GHESTIN (préf.), t. 221, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 1992.

[668] **M. FABRE-MAGNAN**, *De l'obligation d'information dans les contrats – Essai d'une théorie,* J. GHESTIN (préf.), t. 221, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 1992, n°688, p. 543.

[669] **S. CHAUDOUET**, *Le déséquilibre significatif*, N. FERRIER (préf.), t. 609, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2021, n°938, p. 699 : « *À l'instar de la règle de droit commun, ces règles spéciales sont donc gouvernées par un même objectif de protection des contractants, mais celui-ci est renforcé puisqu'il vise des parties faibles précisément identifiées et dont les intérêts sont protégés compte-tenu du caractère structurellement inégalitaire des relations dans lesquelles elles évoluent* » (nous soulignons).

[670] **S. CHAUDOUET**, *Le déséquilibre significatif*, N. FERRIER (préf.), t. 609, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2021, n°938, p. 699 : « *Un ordre public de protection attaché aux intérêts particuliers des contractants irrigue, certes, la règle consumériste comme la règle concurrentielle* ».

[671] **M. CASSIÈDE**, *Les pouvoirs contractuels – Étude de droit privé,* L. SAUTONIE-LAGUIONIE (dir.), th. dactyl., Université de Bordeaux, 2018, n°14, p. 33.

[672] **F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, et *al.*,** *Droit civil – Les obligations*, 13ème éd., coll. Précis, Dalloz, 2022, n°80, p. 69.

[673] **M.-N. CAPOGNE-CHARLES**, *De l'obligation de veiller à ses propres intérêts lors de la formation du contrat (Étude de droit positif français),* J.-M. DE LA MOUTTE (dir)., th. dactyl., Université de Toulouse, 1988, p. 3.

***

131. Conclusion Section 1. – La notion d'équilibre suppose la comparaison entre plusieurs éléments afin de vérifier qu'il existe une certaine harmonie entre ces derniers. Il est donc nécessaire de déterminer l'élément de comparaison en matière contractuelle. La réciprocité n'étant pas de l'essence du contrat, nous avons déjà affirmé que la seule comparaison entre ses prestations, ou l'ensemble des droits et obligations ne pouvait donc refléter l'état d'équilibre de tous les contrats. Bien que servant à l'appréciation de celui-ci dans les contrats synallagmatiques, il nous fallait trouver d'autres éléments à comparer pour permettre la détermination de l'équilibre contractuel. L'intérêt contractuel paraît donc être cet élément inhérent au contrat et pouvant être comparé. Étant donné qu'il y a au moins deux personnes dans un contrat, il y a donc *a minima* deux intérêts qui coexistent. Dans ce cadre, il y aura équilibre contractuel dès lors que la finalité contractuelle recouvrant différents intérêts sera atteinte et effective. Bien évidemment, les intérêts privés seront certainement accommodés, mais il faut que le contrat présente une utilité pour les contractants, aussi minime soit-elle[674]. Dès lors que le contrat permet de refléter les attentes de chacun, l'harmonie de la relation contractuelle en ressort, et donc un équilibre contractuel. ***L'équilibre contractuel est donc l'état d'harmonie du contrat permettant la satisfaction des différents intérêts des parties contractantes à la relation contractuelle.*** Si cette satisfaction représente le noyau de l'équilibre contractuel, elle n'est pas suffisante à la définition de la notion, encore faut-il que l'intérêt au contrat puisse être reconnu par le droit comme étant légitime et satisfaisant l'intérêt général.

Section 2. L'équilibre contractuel et le respect de l'intérêt général

132. Détermination de l'intérêt général. – Le contrat doit pouvoir s'insérer harmonieusement dans un ordre juridique et pour être équilibré, ne doit pas seulement satisfaire n'importe quels types d'intérêts privés. Il est nécessaire que ces intérêts privés soient légitimes

[674] **M.-N. CAPOGNE-CHARLES**, *De l'obligation de veiller à ses propres intérêts lors de la formation du contrat (Étude de droit positif français),* J.-M. DE LA MOUTTE (dir)., th. dactyl., Université de Toulouse, 1988, p. 3 : « *Cependant, dans le rapport contractuel, ce caractère individuel et essentiellement subjectif de la notion d'intérêt va nécessairement être atténué et transformé, en raison de l'exigence de conciliation d'intérêts opposés. En effet, le contrat est aussi le lieu de concession, d'arrangement et d'entente en vue de la convergence, de la conciliation et de l'équilibre des intérêts en présence* ». *Adde*. **Ch. JAMIN**, « Quelle nouvelle crise du contrat ? – Quelques mots en guise d'introduction », *in La nouvelle crise du contrat*, Ch. JAMIN, D. MAZEAUD (dir.), coll. Thèmes & commentaires, Dalloz, 2003, p. 7, spéc. p. 11 : « *Le contrat n'est pas l'acte de maitrise 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* ».

et donc conformes à l'intérêt général. La notion d'intérêt général, habituellement attachée au droit public, ne semble faire l'objet d'aucune définition. Indéfinissable pour certains, « *l'intérêt général ne s'explique pas, il se déclare* »[675]. L'objet, ici, n'est pas de retracer l'ensemble des travaux portant sur l'intérêt général en droit public, malgré tout, deux conceptions coexistent :

« *L'une, d'inspiration utilitariste, ne voit dans l'intérêt commun que la somme arithmétique des intérêts particuliers, laquelle se déduit spontanément de la recherche de leur utilité par les agents économiques* »[676]. Cette conception, également appelée conception objective, tend à maximiser la satisfaction de l'ensemble des intérêts particuliers. En d'autres termes, l'intérêt général passe par « *la recherche de la satisfaction du plus grand nombre* »[677].

« *L'autre conception, d'essence volontariste, ne se satisfait pas d'une conjonction provisoire et aléatoire d'intérêts économiques, incapable à ses yeux de fonder durablement une société* »[678]. Au contraire, cette conception se fonde plutôt sur la volonté générale qui semble à la fois traduire et transcender les intérêts particuliers, mêlés aux intérêts publics[679]. C'est cette dernière conception qui est *a priori* majoritaire en droit interne français[680].

133. En définitive, l'intérêt général représente la somme de divers intérêts, peu importe qu'il s'agisse uniquement de la somme d'intérêts particuliers ou de la somme d'intérêts traduisant la volonté générale. Selon Monsieur François RANGEON, « *les multiples discours sur l'intérêt général peuvent être regroupés autour de trois idées principales. L'intérêt général exprime d'une part la promotion d'un intérêt collectif propre au groupe considéré. Il traduit d'autre part l'existence d'une communauté d'intérêts entre les membres du groupe. Il légitime enfin l'exercice d'un pouvoir exercé par les représentants institutionnels de la collectivité* »[681].

---

[675] Sur ce point, voir les développements de **M. MEKKI**, *L'intérêt général et le contrat – Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé,* J. GHESTIN (préf.), t. 411, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2004, n°19, p. 18.

[676] **R. HADAS-LEBEL, G. BARDOU, O. COURSON, et *al*.,** Conseil d'État – Rapport public – L'intérêt général, 1999, p. 245.

[677] **L. BAHOUGNE**, V° « Identification du service public », *in Rép. de service public,* Dalloz, juin 2021, n°74 ; **B. FRYDMAN**, *Le sens des lois – Histoire de l'interprétation et de la raison juridique*, 3ème éd., coll. Penser le droit, Bruylant, 2011, n°211, pp. 450-452 : « *L'intérêt général est ainsi conçu comme la somme des intérêts particuliers* » (p. 451).

[678] **R. HADAS-LEBEL, G. BARDOU, O. COURSON, et *al*.,** Conseil d'État – Rapport public – L'intérêt général, 1999, p. 245.

[679] **L. BAHOUGNE**, V° « Identification du service public », *in Rép. de service public,* Dalloz, juin 2021, n°68.

[680] **L. BAHOUGNE**, V° « Identification du service public », *in Rép. de service public,* Dalloz, juin 2021, n°68.

[681] **F. RANGEON**, *L'idéologie de l'intérêt général*, G. VEDEL (préf.), coll. Politique comparée, Économica, 1999, p. 233.

À ce titre, il semble exister une sorte de hiérarchisation des intérêts qui se traduit également en droit privé.

134. L'intérêt général en droit privé des contrats. – L'intérêt général n'est pas l'apanage du droit public, c'est ce qu'a démontré Monsieur Mustapha MEKKI dans sa thèse[682]. Il estime, en effet, que la notion d'intérêt général s'intègre également en droit privé. L'auteur apporte ainsi une définition de l'intérêt général qui « *servirait de grille de lecture de l'ensemble du droit privé.* [Sa] *définition de l'intérêt général permettra un déchiffrage du droit privé positif, sans pour autant s'opposer à celle qui est retenue en droit public. Plus qu'une définition "propre" au droit privé,* [il recherche] *une définition "adaptée" au droit privé* »[683].

135. Une dialectique à opérer entre les intérêts privés et les intérêts publics. – L'auteur détermine donc l'intérêt général comme étant « *le résultat d'une hiérarchie entre les intérêts publics et/ou privés, légitimée à la fois de manière substantielle et dogmatique, et de manière procédurale* »[684]. L'intérêt général n'est donc plus seulement la somme des intérêts individuels, mais il opère plutôt une dialectique entre les différents intérêts[685]. Selon Monsieur Mustapha MEKKI, l'intérêt général est le résultat d'une hiérarchisation mêlant les différents intérêts, à la fois publics et privés, permettant de traduire un certain ordre social[686].

Le contrat est un acte juridique qui, par sa création, s'insère dans un ordre juridique devant répondre et satisfaire l'intérêt général. Ainsi, « *le contrat est avant tout l'élément d'un ordre juridique et social au sein duquel il s'insère* »[687]. Bien que gouverné par une certaine liberté et une certaine souplesse, le contrat doit respecter les règles qui lui sont supérieures et s'insérer dans la société. L'article 1134 du Code civil précise que les conventions doivent être légalement

[682] **M. MEKKI**, *L'intérêt général et le contrat – Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé,* J. GHESTIN (préf.), t. 411, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2004.

[683] **M. MEKKI**, *L'intérêt général et le contrat – Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé,* J. GHESTIN (préf.), t. 411, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2004, n°36, p. 34.

[684] **M. MEKKI**, *L'intérêt général et le contrat – Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé,* J. GHESTIN (préf.), t. 411, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2004, n°78, p. 67.

[685] Remarque : il est à noter que la dialectique à opérer dépend de la politique du moment, elle est donc évolutive selon la conception de l'ordre social : **J. GHESTIN**, « Réflexions sur la liberté contractuelle et l'ordre public », *in Liber amicorum Lucien Simont,* Bruylant, 2002, p. 405.

[686] **M. MEKKI**, *L'intérêt général et le contrat – Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé,* J. GHESTIN (préf.), t. 411, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2004, n°72, p. 60. *Adde*. **F. RANGEON**, *L'idéologie de l'intérêt général*, G. VEDEL (préf.), coll. Politique comparée, Économica, 1999, p. 29 : L'intérêt général est la « *conciliation entre l'intérêt commun, immanent aux intérêts particuliers, et l'intérêt public, transcendant ces mêmes intérêts* ».

[687] **M. MEKKI**, *L'intérêt général et le contrat – Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé,* J. GHESTIN (préf.), t. 411, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2004, n°5, p. 4.

formées, ainsi, « *les parties ont certes pour vocation de créer leur loi, mais encore faut-il qu'elles respectent les conditions que l'intérêt général impose à la validité des conventions* »[688]. En matière contractuelle, l'intérêt général est important, car, « *supports d'intérêts, le contrat* [doit s'intégrer] *dans cette hiérarchie* »[689]. En d'autres termes, le contrat doit s'intégrer de manière harmonieuse dans cette hiérarchisation des intérêts[690].

136. Pas d'équilibre contractuel sans respect de l'intérêt général. – L'équilibre contractuel ne peut se contenter de satisfaire tous les désirs des parties. Si l'outil contractuel laisse une grande souplesse aux parties pour régir leur relation, il n'en demeure pas moins que cet outil reste une délégation de la loi, il doit donc, pour être équilibré, satisfaire aux exigences légales et d'intérêt général[691]. Le contrat reste un outil juridique, autrement dit, les parties ne peuvent pas faire ce qu'elles veulent sans limite[692]. Il leur faudra *a minima* respecter des règles permettant le respect de l'intérêt général. GOUNOT affirmait que « *le seul contrat conforme au bien commun, le seul qui soit orienté vers la satisfaction maxima des besoins légitimes de chacun et de tous, le seul aussi qui unisse les hommes, qui stimule et régularise tout à la fois le jeu normal des activités individuelles en concours, c'est le contrat juste* […]. »[693]. En d'autres termes, pour être équilibré, un contrat doit, certes, aboutir à la satisfaction des intérêts privés, mais doit surtout satisfaire les exigences d'intérêt général et donc s'intégrer harmonieusement dans cette hiérarchisation des intérêts[694]. Monsieur Karl LAFAURIE affirme que « *le contrat est*

---

[688] **J.-J. BARBIÉRI**, *Vers un nouvel équilibre contractuel ? : Recherche d'un nouvel équilibre des prestations dans la formation et l'exécution du contrat*, J.-L. RIVES-LANGE (dir.), th. dactyl., Université de Toulouse, 1981, p. 584.

[689] **M. MEKKI**, *L'intérêt général et le contrat – Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé,* J. GHESTIN (préf.), t. 411, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2004, n°1272, p. 813.

[690] **M. MEKKI**, *L'intérêt général et le contrat – Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé,* J. GHESTIN (préf.), t. 411, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2004, n°1275, p. 815 : « *Le contrat est l'élément d'un Tout, l'ordre social et l'ordre juridique, auquel il doit s'intégrer* ».

[691] **H. JUILLET-REGIS**, *La force obligatoire du contrat – Réflexion sur l'intérêt au contrat*, B. TEYSSIÉ (dir.), th. dactyl., Université de Paris Panthéon-Assas, 2015, n°324, p. 212 : « *Ce contrat ne saurait, par le seul pouvoir normatif conféré aux parties, se muer en facteur de désorganisation sociale en mettant à mal les principes d'ordre public et de bonnes mœurs qui font les valeurs de la vie en société* ».

[692] **E. GOUNOT**, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé – Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, éd. Rousseau, 1912, p. 371 : « *Tenir tout contrat pour valable par le seul fait qu'il est valablement consenti, et laisser par suite les égoïsmes humains face à face, sans frein ni loi pour amortir leur choc et discipliner leur action, c'est consacrer juridiquement le triomphe de la force, de la ruse ou de toute supériorité de fait,* […] » ; **J. FLOUR, J.-L. AUBERT, É. SAVAUX**, *Droit civil – Les obligations – L'acte juridique,* 18ème éd., coll. Université, Dalloz, 2024, n°153, p. 201 : « *L'homme n'a pas le droit de vouloir n'importe quoi et dans n'importe quel dessein, mais celui seulement de vouloir la satisfaction d'intérêts légitimes* ».

[693] **E. GOUNOT**, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé – Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, éd. Rousseau, 1912, p. 370.

[694] **H. JUILLET-REGIS**, *La force obligatoire du contrat – Réflexion sur l'intérêt au contrat*, B. TEYSSIÉ (dir.), th. dactyl., Université de Paris Panthéon-Assas, 2015, n°324, p. 212 : « *La préservation de l'intérêt général implique que le contrat, qui permet la satisfaction des intérêts particuliers, respecte les impératifs de la vie en société* ».

un instrument de la vie sociale et ne fonctionne pas du tout en vase clos. Sous ce rapport, doit être considérée la finalité de l'utilité sociale du contrat, qui est le corollaire de sa finalité d'utilité particulière et ne s'y oppose pas »[695]. Le contrat doit donc être « *socialement utile* »[696] et s'insérer « *harmonieusement dans le milieu social qu'il influence* »[697].

***

137. Conclusion Chapitre 1. – Le contrat est donc le support d'intérêts privés, mais doit également satisfaire aux exigences d'intérêt général pour s'intégrer harmonieusement dans l'ordre juridique[698]. ***L'équilibre contractuel se manifeste dès lors que les intérêts en présence sont satisfaits et qu'ils entrent en harmonie avec l'intérêt général***. En d'autres termes, cette harmonisation permet de légitimer le contrat dans l'ordre juridique. Cette approche de l'équilibre contractuel a le mérite d'avoir une portée générale et de pouvoir coller au plus près de n'importe quel contrat, puisque tous les contrats sont supports de plusieurs intérêts, représentant chacune des parties. Dans cette perspective, les conditions de validité du contrat permettent de traduire, au sein du droit positif, cette satisfaction des différents intérêts : « *Ces conditions juridiques expriment les deux exigences sociales que le contrat doit satisfaire pour être valable : d'une part, respecter l'intérêt général de la cité, c'est-à-dire ne pas contrevenir à l'ordre public ; d'autre part, préserver l'intérêt individuel des parties, c'est-à-dire ne pas léser injustement l'un des cocontractants* »[699]. Cette satisfaction des intérêts inhérente à l'équilibre contractuel permet d'établir un nouveau centre de gravité du contrat. Cette nouvelle définition du contrat permet ainsi d'appréhender l'équilibre contractuel comme un idéal à atteindre, une finalité.

---

[695] **K. LAFAURIE**, *La force obligatoire du contrat à l'épreuve des procédures collectives,* G. WICKER (préf.), t. 595, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2020, n°532, p. 467.

[696] **K. LAFAURIE**, *La force obligatoire du contrat à l'épreuve des procédures collectives,* G. WICKER (préf.), t. 595, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2020, n°533, p. 468.

[697] **K. LAFAURIE**, *La force obligatoire du contrat à l'épreuve des procédures collectives,* G. WICKER (préf.), t. 595, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2020, n°533, p. 468.

[698] **K. LAFAURIE**, *La force obligatoire du contrat à l'épreuve des procédures collectives,* G. WICKER (préf.), t. 595, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2020, n°533, p. 469 : « *la recherche de l'utilité du contrat* […] *assure de manière indissociable la préservation des intérêts privés et de l'intérêt général* ».

[699] **F. CHÉNEDÉ**, « L'équilibre contractuel dans le projet de réforme », *in RDC*, 2015, n°3, p. 655, spéc. n°1.

CHAPITRE 2. L'ÉQUILIBRE CONTRACTUEL APPRÉHENDÉ COMME UNE FINALITÉ

138. Au regard des analyses qui précèdent, l'équilibre contractuel est atteint dès lors que les intérêts en présence sont satisfaits et qu'ils entrent en harmonie avec l'intérêt général, permettant la légitimiation et l'intégration du contrat dans l'ordre juridique. Cette présentation fait apparaîtr que l'équilibre contractuel est entendu comme un idéal que le contrat doit atteindre. Le contrat équilibré est ainsi, en quelque sorte, un contrat parfait, en ce qu'il permet de produire ses effets attendus[700], tout en satisfaisant les contractants et en s'insérant harmonieusement dans le paysage juridique. En d'autres termes, la notion d'équilibre contractuel peut être appréhendée comme une finalité, c'est-à-dire un objectif à atteindre. En effet, les finalités « *relèvent de l'idéal* […]*, elles sont des orientations pour la réflexion et des exigences pour la conduite* »[701].

139. En tant que finalité, la notion d'équilibre contractuel se développe ainsi dans deux champs d'application distincts, mais liés[702]. Ainsi l'équilibre contractuel peut s'envisager dans le cadre de la notion de contrat et, dans le même temps, l'équilibre peut également être envisagé dans le cadre du droit contractuel. Ce double aspect « *se fond dans une même finalité : l'harmonie* »[703]. Cet idéal de la satisfaction des intérêts peut en effet se traduire à la fois au regard de la notion même de contrat, mais également au regard du droit des contrats et de la politique législative qui y est menée. Dans la première hypothèse, l'équilibre contractuel semble inhérent à la notion même de contrat. Dans la seconde, l'équilibre contractuel apparaît comme une finalité de la politique législative se traduisant ainsi en droit positif. L'équilibre contractuel trouve sa justification, peu important son champ d'application, et permet d'apporter une cohérence aux différentes approches, mais également entre les différents niveaux de discours. Dans cette optique, l'existence d'un lien se dégage entre la notion de contrat et d'équilibre

---

[700] V. en ce sens : **A. BOUSCAVERT**, *La perfection des actes juridiques*, V. ÉGÉA (dir.), th. dactyl., Université Aix-Marseille, 2023.

[701] **F. OST**, *A quoi sert le droit ? Usages, fonctions, finalités,* coll. Penser le droit, Bruylant, 2016, p. 59.

[702] **M. GARNIER-ZAFFAGNINI**, *Le standard juridique – Essai d'une théorie générale à l'épreuve du droit des contrats*, M. LATINA (dir.), th. dactyl., Université Côte d'Azur, 2022, n°481, p. 373 : l'auteure évoque « *la dualité de l'équilibre contractuel* ». *Adde*. **G. CHANTEPIE**, « La notion d'équilibre du contrat », *in Loyers et copr.*, 2016, n°10, doss. n°6, p. 12, spéc. n°4 : « *Deux niveaux se chevauchent en permanence, suivant que l'équilibre est recherché au sein du contrat, ou au sein du droit des contrat*s ».

[703] **M. GARNIER-ZAFFAGNINI**, *Le standard juridique – Essai d'une théorie générale à l'épreuve du droit des contrats*, M. LATINA (dir.), th. dactyl., Université Côte d'Azur, 2022, n°481, p. 373

contractuel (**Section 1**). De même, si l'équilibre et le contrat semblent indissociables, l'équilibre contractuel permet également d'établir une grille de lecture du droit des contrats (**Section 2**).

Section 1. L'établissement d'un lien entre l'équilibre contractuel et le contrat

140. Les deux notions sont interdépendantes, autrement dit, une dépendance réciproque existe entre les deux[704]. D'un côté, il n'est pas possible d'envisager l'équilibre contractuel sans l'existence d'un contrat (**Paragraphe 1**). D'un autre côté, l'équilibre contractuel représente un critère substantiel du contrat (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 1. L'existence indispensable d'un contrat

141. Pas d'équilibre contractuel sans contrat. – L'assertion pourrait paraître tautologique. Pour autant, la formule appelle plusieurs précisions. L'équilibre contractuel implique littéralement l'existence d'un contrat. Il faut donc que l'acte intègre l'ordre juridique et soit ainsi reconnu comme tel. Pour évoquer l'équilibre contractuel, il faut s'assurer de la réception du contrat en question dans l'ordre juridique. Toutefois, une nuance doit être apportée, l'entrée du contrat dans l'ordre juridique ne signifie pas pour autant la validité de ce dernier. Il ne faut donc pas envisager l'équilibre contractuel comme une condition de validité du contrat[705].

142. Une distinction à opérer entre l'existence et la validité[706]. – Une norme existe dès lors « *qu'elle a été de facto édictée par un organe prima facie compétent* »[707]. L'existence d'une norme est reconnue dans un système juridique, sans toutefois que cette reconnaissance ne préjuge de sa validité. Dès lors que des parties contractantes décident de le conclure, étant habilitées par la loi pour le faire, il intègre un système juridique donné. Les normes existantes

[704] **E. CHARPENTIER**, « Les fondements théoriques de la transformation du rôle de l'équilibre des prestations contractuelles », *in Les cahiers du droit,* 2004, vol. 45, n°1, p. 70 : par son analyse, l'auteure révèle un lien intime entre la conception du contrat et la vision que l'on a de l'équilibre contractuel, qu'elle restreint ici au seul équilibre des prestations.

[705] Cela ne signifie pas pour autant que les mécanismes mettant en œuvre l'équilibre contractuel ne peuvent concerner la validité de ce dernier. En d'autres termes, la notion d'équilibre contractuel en elle-même n'est pas une condition générale de validité du contrat, toutefois les conditions de validité du contrat peuvent participer à l'équilibre contractuel.

[706] Une autre distinction est souvent avancée en la matière, c'est celle entre la validité d'un acte et son efficacité. En ce sens, voir : **H. KELSEN**, *Théorie pure du droit,* coll. La pensée juridique, LGDJ, 1999, **C. FRANÇOIS**, *L'acte juridique irrégulier efficace,* Th. REVET (préf.), t. 598, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2020.

[707] **R. GUASTINI**, « Jugement de validité », *in Mélanges en l'honneur de Michel Troper – L'architecture du droit,* Économica, 2006, p. 453, spéc. p. 454.

peuvent ainsi « *être observées et appliquées même longtemps avant que leur non-validité soit reconnue et déclarée par les organes compétents* »[708]. Autrement dit, tant qu'une autorité compétente, en principe le juge[709], ne déclare pas le contrat non valide, il existe et peut donc être exécuté dans le système juridique qui le reçoit[710]. En revanche, une norme est valide dès lors qu'elle est conforme et n'entre pas en contradiction formellement et matériellement avec une norme supérieure[711]. Il y a donc une différence de nature entre les deux notions. L'existence de la norme, ou du contrat en l'occurrence, renvoie à sa réception dans un système juridique. Alors que la validité, ou l'invalidité, d'un contrat ne peut être établie que dans une décision rendue par le juge. Il est donc possible pour un contrat, même non valide, de produire ses effets juridiques[712], tant qu'une autorité compétente ne se sera pas prononcée sur sa validité formelle, autrement dit, le respect des règles attachées au contrat.

143. L'équilibre contractuel au-delà de la validité formelle du contrat. – L'équilibre contractuel ne doit donc pas être entendu comme une condition de validité du contrat. L'équilibre est avant tout un objectif de perfection du contrat[713], autrement dit, un contrat

---

[708] **R. GUASTINI**, « Jugement de validité », *in Mélanges en l'honneur de Michel Troper – L'architecture du droit,* Economica, 2006, p. 453, spéc. p. 454.

[709] **F. OST, M. VAN DE KERCHOVE**, *De la pyramide au réseau ? – Pour une théorie dialectique du droit*, coll. Droit, Facultés Universitaires Saint-Louis Bruxelles, 2010, n°18, p. 230 : « *Reconnaissons cependant que le juge, régulateur privilégié du réseau, sera le plus souvent l'auteur du jugement de validation ou d'invalidation, qu'il s'agisse d'apprécier la validité d'un testament, d'un contrat, d'un arrêté réglementaire, ou même aujourd'hui, de plus en plus souvent, de la loi elle-même* ».

[710] *Contra*. Pour certains, au contraire, l'absence de validité d'une norme détermine son inexistence. En d'autres termes, « *quelque chose qui n'est pas valide, n'est pas un droit imparfait, ce n'est pas du droit du tout, puisqu'une chose ne peut, ontologiquement, à la fois être et ne pas être* » (**Ch. AGOSTINI**, « Pour une théorie réaliste de la validité », *in Mélanges en l'honneur de Michel Troper – L'architecture du droit,* Economica, 2006, p. 1, spéc., p. 6). Ils assimilent donc l'existence de la norme à sa validité (V. les développements sur ce point : **F. OST, M. VAN DE KERCHOVE**, *De la pyramide au réseau ? – Pour une théorie dialectique du droit*, coll. Droit, Facultés Universitaires Saint-Louis Bruxelles, 2010, n°11, p. 228).

[711] **R. GUASTINI**, « Jugement de validité », *in Mélanges en l'honneur de Michel Troper – L'architecture du droit,* Economica, 2006, p. 453, spéc. pp. 453-454 : « *On dit donc formellement valide toute norme qui a été créée conformément aux métanormes sur la production juridique qui la regardent ; on dit matériellement valide toute norme qui n'est pas en contradiction avec les normes qui lui sont matériellement supérieures. On dit valide tout court toute norme à la fois formellement et matériellement valide* ». *Adde*. La notion de validité est polysémique, en ce sens qu'elle peut renvoyer à plusieurs éléments. Pour plus de développements : V. **Ch. AGOSTINI**, « Pour une théorie réaliste de la validité », *in Mélanges en l'honneur de Michel Troper – L'architecture du droit,* Economica, 2006, p. 1, spéc., p. 2 ; **F. OST, M. VAN DE KERCHOVE**, *De la pyramide au réseau ? – Pour une théorie dialectique du droit*, coll. Droit, Facultés Universitaires Saint-Louis Bruxelles, 2010, p. 225 et s.

[712] **C. FRANÇOIS**, *L'acte juridique irrégulier efficace – Contribution à la théorie de l'acte juridique*, Th. REVET (préf.), t. 598, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2020.

[713] Nous entendons le terme comme le contrat qui atteint une de ses finalités, un contrat idéal, en ce sens qu'il permet de satisfaire tous les intérêts en présence : V. en ce sens **A. BOUSCAVERT**, *La perfection des actes juridiques*, V. ÉGÉA (dir.), th. dactyl., Université Aix-Marseille, 2023.
Nous le distinguerons donc de la notion de perfection du contrat, « *entendue comme la période contractuelle destinée à recueillir l'ensemble des éléments constitutifs exigés postérieurement à la réunion des conditions de l'article 1128 du Code civil pour parachever la formation du contrat* ». V. en ce sens : **M. BLEUSEZ**, *La perfection du contrat,* C. BRENNER (dir.), th. dactyl., Université de Paris Panthéon-Assas, 2021 ; **F. ZENATI-CASTAING**,

satisfaisant tous les intérêts. Il s'agit avant tout d'un idéal, d'une finalité. Ainsi, un contrat déséquilibré, ne respectant pas l'intérêt d'une des parties, ne doit pas faire l'objet d'une remise en question totale ou partielle systématique. Pour cela, il faut se référer au droit positif et aux règles traduisant l'exigence d'équilibre. Il n'existe aucun texte général imposant un équilibre contractuel selon des critères objectifs, « *il n'existe aucune protection directe de l'équilibre contractuel* »[714]. Même les réponses apportées, qu'elles soient préventives ou curatives, doivent fixer des limites à la remise en question potentielle des contrats notamment en raison d'un principe de sécurité juridique du contrat. La seule absence d'intérêt ou la disparition de ce dernier ne suffit donc pas à justifier la remise en question du contrat, mais permet de justifier l'instauration de mécanismes protecteurs[715]. Une distinction doit donc être établie entre la finalité de l'équilibre contractuel, qui est un objectif de politique juridique et les moyens mis au service de cet équilibre résultant du droit positif[716]. L'intérêt pris en tant que tel ne peut donc pas être une cause de nullité du contrat, il doit seulement rester la raison d'être du contrat et la convergence de l'intérêt des parties, l'harmonie de ce dernier. Il faut donc distinguer le centre de gravité du contrat du régime juridique de ce dernier.

144. L'équilibre contractuel au-delà du seul moment de conclusion du contrat. – Si l'équilibre contractuel ne peut s'envisager que dans le cadre d'un contrat, il semble qu'il faille intégrer une dimension temporelle à son appréhension[717]. Le contrat n'est plus envisagé comme

Th. REVET, *Cours de droit civil – Contrats, Théorie générale, quasi-contrats,* coll. Droit fondamental, PUF, 2014, n^os^ 99 et s., p. 199 et s.

[714] **L. FIN-LANGER**, *L'équilibre contractuel,* C. THIBIERGE (préf.), t. 366, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2002, n°662, p. 473

[715] **L. FIN-LANGER**, *L'équilibre contractuel,* C. THIBIERGE (préf.), t. 366, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2002, n°664, p. 474 : « *En dehors des cas prévus par la loi et étudiés dans les mécanismes de protection, le contrat déséquilibré reste valable* ».

[716] **L. THIBIERGE**, « Le traitement du déséquilibre économique par le droit commun des contrats », *in Réforme du droit civil et vie des affaires,* M. BOURASSIN, J. REVEL (dir.), coll. Thèmes & commentaires, Dalloz, 2014, p. 233 : « *Aussi n'est-il pas question de "lutte" contre le déséquilibre, pas davantage que de "sanction" du déséquilibre, mais bien de traitement du déséquilibre économique par le droit commun des contrats* ».

[717] **J.-J. BARBIÉRI**, *Vers un nouvel équilibre contractuel ? : Recherche d'un nouvel équilibre des prestations dans la formation et l'exécution du contrat*, J.-L. RIVES-LANGE (dir.), th. dactyl., Université de Toulouse, 1981, p. 603 : « *Cela suppose que l'on insère la durée dans la notion d'équilibre contractuel, mais il n'en reste pas moins qu'il s'agit d'équilibre statique puisqu'il faut maintenir l'harmonie construite au départ* » ; **S. LE GAC-PECH**, *La proportionnalité en droit privé des contrats*, H. MUIR-WATT (préf.), t. 335, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2000, n°49, p. 37 : l'auteure affirme que l'équilibre contractuel « *couvre les différentes étapes de la vie du contrat* » ; **L. FIN-LANGER**, *L'équilibre contractuel,* C. THIBIERGE (préf.), t. 366, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2002, n°255 et s., p. 179 et s. : L'auteure évoque la position de relative stabilité de l'équilibre contractuel , insinuant ainsi une possible évolution de ce dernier tout au long de la relation contractuelle ; **D. DIA**, *Essai sur l'équilibre de la relation contractuelle*, N. BALAT (dir.), th. dactyl., Université d'Aix Marseille, 2023, spéc. n°13, p. 14

un échange de l'instant fusionnant ainsi la conclusion avec l'exécution de ce dernier[718]. Autrement dit, le contrat ne s'épuise plus nécessairement dès l'instant de sa conclusion[719]. De ce constat, il ressort que « *l'instantanéité n'est plus le seul mode de réalisation des contrats* »[720]. Aussi, le contrat n'étant plus seulement assimilé au fameux « coup de foudre » contractuel, il en ressort trois évolutions.

Premièrement, la formation du contrat n'est plus seulement instantanée, elle ne se traduit pas seulement par une simple acceptation de l'offre de contracter. On oppose habituellement deux conceptions de la formation du contrat. D'un côté, dans la conception classique, la formation se résume à une offre et une acceptation pure et simple[721]. Il s'agit d'une conception dite statique de la formation du contrat, conception sur laquelle reposait le Code civil, « *un contrat existe lorsque les conditions légales requises à cette fin sont réunies* »[722]. Dans ce cas de figure, formation et conclusion du contrat se confondent. D'un autre côté, il existe une conception moderne, plus dynamique[723], de la formation des contrats. Cette conception permet d'englober la période de négociations et tous les actes pouvant intervenir dans la période précontractuelle[724]. Ainsi, la formation du contrat peut s'installer dans la durée et se dissocie de la conclusion du contrat. Bien qu'il n'existe aucun contrat, il n'en demeure pas moins que la période précontractuelle participe à la formation de ce dernier.

---

[718] **A. ETIENNEY-DE SAINTE MARIE**, « Le temps et le contrat », *in Le temps et le droit*, coll. Thèmes & commentaires, Dalloz, 2014, p. 43, spéc. n°6, p. 47 ; **J. ROCHFELD**, *Les grandes notions du droit privé,* 3ème éd., coll. Thémis, PUF, 2022, n°7, p. 536 ; **L. THIBIERGE**, « Le temps et le droit des contrats », *in Écrits sans esprit de système – Mélanges en l'honneur de Philippe Delebecque*, coll. Études, mélanges, travaux, Dalloz, 2024, p. 1031.

[719] Un auteur souligne même que « *la catégorie des contrats instantanés est philosophiquement vide de sens. Le temps, qu'on le veuille ou non, inscrit sa trace sur toutes choses* » : **A. SÉRIAUX**, « Le futur contractuel », *in Le droit et le futur,* J.-J. AUSTRUY (dir.), PUF, 1985, p. 77, spéc. n°4, p. 78.

[720] **M. BLEUSEZ**, *La perfection du contrat,* C. BRENNER (dir.), th. dactyl., Université de Paris Panthéon-Assas, 2021, n°3, p. 17.

[721] **M. BLEUSEZ**, *La perfection du contrat,* C. BRENNER (dir.), th. dactyl., Université de Paris Panthéon-Assas, 2021, n°43, p. 76.

[722] **F. ZENATI-CASTAING, Th. REVET**, *Cours de droit civil – Contrats, Théorie générale – Quasi-contrats,* coll. Droit fondamental, PUF, 2014, n°7, p. 45.

[723] **C. DELFORGE**, « La formation des contrats sous un angle dynamique – Réflexions comparatives », *in Le processus de formation du contrat – Contributions comparatives et interdisciplinaires à l'harmonisation du droit européen,* M. FONTAINE (dir.), coll. Bibliothèque de la Faculté de Droit de l'Université Catholique de Louvain, Bruylant, 2002, p. 137, spéc. n°535 et s., p. 449 et suiv ; **J.-M. MOUSSERON**, « La durée dans la formation des contrats », *in Études offertes à Alfred Jauffret,* PUAM, 1974, p. 509 ; **A. RIEG**, « La "Punctation" – Contribution à l'étude de la formation successive du contrat », *in Études offertes à Alfred Jauffret,* PUAM, 1974, p. 593 ; **A. ETIENNEY-DE SAINTE MARIE**, « Le temps et le contrat », *in Le temps et le droit*, coll. Thèmes & commentaires, Dalloz, 2014, p. 43, spéc. n°19, p. 55 : « *La formation apparaît désormais, non plus seulement comme un instant de raison, mais comme un processus qui implique bien souvent la durée* […] ».

[724] **M. BLEUSEZ**, *La perfection du contrat,* C. BRENNER (dir.), th. dactyl., Université de Paris Panthéon-Assas, 2021, n°44, pp. 76-77.

Deuxièmement, l'exécution instantanée du contrat ne doit plus consituer l'unique figure contractuelle. Cette vision figée du contrat ne doit plus être la seule retenue, il est nécessaire de prendre également en compte les contrats à exécution successive[725]. Ce sont ceux dont « *les obligations d'au moins une partie s'exécutent en plusieurs prestations échelonnées dans le temps* »[726]. En d'autres termes, l'exécution d'un contrat peut s'installer dans le temps et ne pas s'exécuter en un trait de temps. À ceux-là, il faut ajouter « *les contrats de longue durée* »[727]. Cette dernière terminologie permet d'englober une plus grande partie des contrats s'échelonnant dans le temps et notamment les contrats s'exécutant en un trait de temps, mais dont certaines obligations perdurent[728]. En tout état de cause, les contrats ne se réduisent plus seulement à l'instant de la formation du contrat, l'exécution peut ainsi perdurer.

Troisièmement, il est désormais admis que le contenu même du contrat peut évoluer au cours de la relation contractuelle, soit d'un *mutuus consensus*, soit en raison d'un événement rendant l'exécution du contrat onéreuse ou impossible. Le contenu n'est plus totalement cristallisé[729] dans le temps par le seul échange des consentements et par l'intangibilité du contrat[730].

« *L'évolution contemporaine a fait retrouver au contrat le fil du temps en lui restituant la durée de vie concrète, et ce tant en amont qu'en aval de sa conclusion* »[731]. Ces évolutions impliquent que l'équilibre contractuel évolue en même temps que le contrat évolue[732].

---

[725] **J. ROCHFELD**, *Les grandes notions du droit privé,* 3ème éd., coll. Thémis, PUF, 2022, n°22, p. 565.

[726] C. civ., art. 1111-1.

[727] Expression issue de la thèse de **A.-S. LAVEFVE LABORDERIE**, *La pérennité contractuelle,* C. THIBIERGE (préf.), t. 447, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2005, n°22, p. 15.

[728] **A.-S. LAVEFVE LABORDERIE**, *La pérennité contractuelle,* C. THIBIERGE (préf.), t. 447, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2005, n°22, pp. 15-16 : elle soulève une critique à l'égard de la distinction entre les contrats à exécution instantanée et les contrats à exécution successives. En effet, cette dernière expression ne permet pas d'appréhender toutes les situations dans lesquelles le contrat s'étale dans le temps. Elle explique que : « *sa simplicité* [en évoquant la distinction susmentionnée] *ne permet plus d'expliquer de nombreux contrats qui s'exécutent pour l'essentiel instantanément mais dont certaines obligations perdurent* ».

[729] **D. MAZEAUD**, « Les nouveaux instrument de l'équilibre contractuel – Ne risque-t-on pas d'aller trop loin ? », *in La nouvelle crise du contrat,* Ch. JAMIN, D. MAZEAUD (dir.), coll. Thèmes & commentaires, Dalloz, 2003, p. 135, spéc. n°4, p. 136 : « *Ensuite, le sacro-saint principe de la force obligatoire du contrat ne fait plus l'objet d'un culte dévot ».*

[730] **J. HAUSER**, « Temps et liberté dans la théorie générale de l'acte juridique », *in Mélanges en hommage à Jacques Ellul – Religion, société et politique*, PUF, 1983, p. 503, spéc. p. 504 : « *La conception "aristocratique" de la liberté dans la théorie classique conduit à une analyse "dure" et figée du consentement* » ; **A. ETIENNEY-DE SAINTE MARIE**, « Le temps et le contrat », *in Le temps et le droit*, coll. Thèmes & commentaires, Dalloz, 2014, p. 43, spéc. n°9, p. 49.

[731] **F. OST,** « Temps et contrat - critique du pacte faustien », *in Annales de Droit de Louvain : Revue trimestrielle,* vol. 59, 1999, n°1-2, p. 17, spéc. p. 30.

[732] **D. HOUTCIEFF**, « Le nouvel équilibre contractuel (formation) », *in Les innovations de la réforme du droit des contrats*, S. BROS (dir.), Coll. Colloque & Essais, Institut Universitaire Varenne, 2018, p. 55, spéc. p. 57 :

L'équilibre contractuel se construit *ab initio*, dès la conclusion du contrat[733]. La conclusion du contrat a donc un rôle déterminant pour le reste de la relation contractuelle, c'est à ce moment que s'établit la relation de confiance entre les parties[734]. C'est également à ce moment que se détermine l'harmonie contractuelle, et donc que se construit l'équilibre contractuel. Toutefois, le contrat n'est pas figé, particulièrement lorsqu'il est à exécution successive. Si la formation du contrat permet de déterminer et de cristalliser[735] en quelque sorte l'équilibre du contrat, il n'en demeure pas moins que l'intérêt des parties ne peut être satisfait qu'au moment de l'exécution de ce dernier. Il est donc primordial d'établir une certaine pérennité contractuelle. Cependant, l'harmonie décidée *ab initio* peut évoluer en fonction des circonstances et ainsi l'équilibre de départ peut se transformer en déséquilibre. Deux types d'équilibre se dégagent de ces propos. D'une part, il existe un équilibre structurel, qui « *résulte de la conclusion du contrat* »[736], d'autre part, il est possible d'évoquer un équilibre conjoncturel, c'est-à-dire le maintien de l'équilibre déterminé au moment de la conclusion du contrat durant toute l'exécution de ce dernier[737].

La conclusion du contrat est donc substantielle dans l'appréciation de l'équilibre contractuel. Elle constitue un point essentiel dans l'appréciation de l'existence et du maintien de l'équilibre contractuel. L'équilibre contractuel doit exister dès la période de formation du contrat pour établir une relation de confiance. Toutefois, le temps peut avoir une emprise sur cet équilibre. Dans l'intérêt des parties, il est nécessaire de prendre en compte l'évolution de l'équilibre contractuel afin qu'un contrat équilibré au départ ne nuise pas, par la suite, à leurs intérêts. « *La stabilité des contrats est liée au maintien de l'équilibre des prestations, c'est-à-*

L'auteur évoque d'ailleurs que la question de l'équilibre contractuel soulève deux problèmes : l'équilibre au moment de la formation du contrat et l'équilibre au moment de l'exécution.

[733] **J.-J. BARBIÉRI**, *Vers un nouvel équilibre contractuel ? : Recherche d'un nouvel équilibre des prestations dans la formation et l'exécution du contrat*, J.-L. RIVES-LANGE (dir.), th. dactyl., Université de Toulouse, 1981, p. 599 : « *Tout se concentre alors, en principe, au moment de la négociation qui devient la période clé de la vitalité contractuelle* ».

[734] **L. FIN-LANGER**, *L'équilibre contractuel,* C. THIBIERGE (préf.), t. 366, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2002, n°362, p. 244 : « *L'intérêt des parties reste de conclure des contrats équilibrés ou au moins des contrats déséquilibrés qui ne leur nuisent pas. L'équilibre du contrat permet le développement de relations durables et donc la conclusion de conventions de longue durée. Cette recherche de l'équilibre contractuel à long terme doit exister dès la conclusion du contrat pour établir une relation de confiance* ».

[735] Expression employée par Madame Catherine THIBIERGE : **C. THIBIERGE-GUELFUCCI**, « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », *in RTD Civ.* 1997, p. 357.

[736] **L. THIBIERGE**, « Le traitement du déséquilibre économique par le droit commun des contrats », *in Réforme du droit civil et vie des affaires,* M. BOURASSIN, J. REVEL (dir.), coll. Thèmes & commentaires, Dalloz, 2014, p. 233, spéc. p. 234.

[737] **L. THIBIERGE**, « Le traitement du déséquilibre économique par le droit commun des contrats », *in Réforme du droit civil et vie des affaires,* M. BOURASSIN, J. REVEL (dir.), coll. Thèmes & commentaires, Dalloz, 2014, p. 233, spéc. p. 234.

dire à une projection in futuro de l'harmonie conçue au départ »[738]. C'est d'ailleurs en ce sens que la révision pour imprévision a été introduite dans le Code civil à l'issue de la réforme du droit des contrats de 2016[739]. L'objectif de la révision pour imprévision est de rétablir l'équilibre déterminé *ab initio* en raison de la survenance d'un déséquilibre rendant impossible l'exécution du contrat ou une exécution excessivement onéreuse[740]. Autrement dit, l'imprévision est admise dès lors qu'il existe un « *bouleversement fortuit des conditions d'exécution du contrat* »[741].

145. De ces développements, ressort alors une dépendance entre la notion de contrat et celle d'équilibre. L'équilibre contractuel évolue tout au long de la vie du contrat, de sorte que l'équilibre déterminé au départ peut évoluer en fonction des circonstances. ***La notion d'équilibre contractuel transcende ainsi la distinction entre la formation et l'exécution du contrat***. Cette imbrication entre la notion d'équilibre contractuel et de contrat se poursuit également puisque l'équilibre contractuel peut s'analyser comme une finalité du contrat.

Paragraphe 2. L'équilibre contractuel, une finalité du contrat

146. L'équilibre en tant que finalité du contrat. – Selon certains auteurs, la notion d'intérêt tend à remplacer[742] la notion de volonté pour définir le contrat[743]. Le contrat est ainsi

[738] **J.-J. BARBIÉRI**, *Vers un nouvel équilibre contractuel ? : Recherche d'un nouvel équilibre des prestations dans la formation et l'exécution du contrat*, J.-L. RIVES-LANGE (dir.), th. dactyl., Université de Toulouse, 1981, p. 602.

[739] C. civ., art. 1195 : « *Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation.*
En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent convenir de la résolution du contrat, à la date et aux conditions qu'elles déterminent, ou demander d'un commun accord au juge de procéder à son adaptation. À défaut d'accord dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe ».

[740] **G. MAIRE**, *Volonté et exécution forcée de l'obligation,* N. DAMAS et L. PERREAU-SAUSSINE (préf.), t. 587, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2018, n°364, p. 491 : *« une autre solution, moins autoritaire, mais plus longue et d'une efficacité plus incertaine, consiste à prévoir que les parties s'obligent à renégocier leur contrat en cas de bouleversement de l'équilibre contractuel tel qu'il était prévu au moment de la conclusion de la convention »*.

[741] **L. THIBIERGE,** *Le contrat face à l'imprévu,* L. AYNÈS (préf.), coll. Recherches Juridiques, Économica, 2011, n°894, p. 503.

[742] **D. GALBOIS-LEHALLE**, *La notion de contrat : esquisse d'une théorie*, Y. LEQUETTE (préf.), t. 603, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2020, n°913, p. 534 : L'auteure adopte une vision plus nuancée. Selon elle, il n'est pas possible de subsumer la volonté par l'intérêt, « *le critère d'intérêt ainsi mis à jour vient compléter le traditionnel accord de volonté qui était au cœur de la théorie de l'autonomie de la volonté* ».

[743] *Cf. supra* n°77.

un acte juridique liant deux intérêts[744]. Si la finalité renvoie à un objectif à atteindre, elle « *relève de l'idéal* […]*, elles sont des orientations pour la réflexion et des exigences pour la conduite* »[745], une des finalités du contrat est alors de concrétiser et de satisfaire les intérêts de chacun des individus[746]. Dans cette optique, cette finalité corrobore l'idée de réalisation effective de l'opération que comporte le contrat. À travers cette effectivité, les intérêts se trouvent, en principe, satisfaits. Ainsi, la satisfaction de ces intérêts représente le point d'équilibre de chaque contrat permettant l'aboutissement de ce dernier[747], tout en favorisant la pérennité ainsi que la confiance des parties contractantes. ***L'équilibre contractuel est une finalité du contrat qui doit tendre vers la satisfaction des intérêts en présence***[748]. Cette finalité du contrat est représentée par un objectif d'équilibre contractuel qui, selon la politique législative poursuivie, se traduira par la mise en place de différents moyens qui seront abordés ultérieurement. Il y a là une distinction entre l'équilibre en tant que fin qui renvoie à un idéal ; et l'équilibre en tant que moyen, qui renvoie aux différents outils juridiques employés pour parvenir à cet idéal, déterminé par les politiques législatives[749]. Par voie de conséquence, tout contrat, peu importe sa catégorie, est transcendé par l'équilibre contractuel et non plus seulement les contrats commutatifs, comme certaines études portant sur l'équilibre ont pu le soutenir[750]. Peu importe donc que l'on envisage les contrats unilatéraux, synallagmatiques, gratuits ou onéreux, obligatoires ou facultatifs, l'équilibre apparaît comme la finalité du contrat et semble se traduire par le respect de l'intérêt ou du besoin qui anime la volonté de contracter.

---

[744] **G. ROUHETTE**, *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, th. dactyl., R. RODIÈRE (dir.), Université de Paris, 1965, n°224, p. 636. *Adde*. **G. WICKER**, *Les fictions juridiques – Contribution à l'analyse de l'acte juridique*, J. AMIEL-DONAT (préf.), t. 253, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 1997, n[os] 94 et s., p. 95 et s., spéc. n°97, p. 97.

[745] **F. OST**, *A quoi sert le droit ? Usages, fonctions, finalités,* coll. Penser le droit, Bruylant, 2016, p. 59.

[746] **A. RACLET**, « L'inaptitude contractuelle : Essai d'explication d'une évolution jurisprudentielle », *in LPA,* 2001, n°155, p. 17 : « *le contrat est un vecteur de liberté permettant la satisfaction des intérêts particuliers juridiquement reconnus* » ; **D. GALBOIS-LEHALLE**, *La notion de contrat : esquisse d'une théorie*, Y. LEQUETTE (préf.), t. 603, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2020, n°429, p. 257 : « *le contrat permet la réalisation d'un projet voulu par les parties. Ce projet contractuel peut correspondre à des opérations diverses ; le contrat est susceptible de lier de différentes manières les intérêts des parties, qui ne sont pas toujours antagonistes – la considération des intérêts des parties semble alors être un critère substantiel du contrat* » ; **H. JUILLET-REGIS**, *La force obligatoire du contrat – Réflexion sur l'intérêt au contrat*, B. TEYSSIÉ (dir.), th. dactyl., Université de Paris Panthéon-Assas, 2015, n°26, p. 19 : « *En l'occurrence, le contrat a pour but de satisfaire les intérêts des contractants* ».

[747] En ce sens : **J. MESTRE**, « L'évolution du contrat en droit privé », *in L'évolution contemporaine du Droit des contrats – Journées René Savatier,* PUF, 1985, p. 41, spéc. p. 45 : Le contrat « *apparaît de plus en plus comme un point d'équilibre nécessaire* ».

[748] **D. DEROUSSIN**, « Le contrat à travers le Code civil des français », *in Histoire de la justice,* 2009/1, n°19, p. 247, spéc. p. 255 : « *Les besoins sont à la base de tout, des contrats comme du droit de propriété d'ailleurs* ».

[749] **G. CHANTEPIE**, « La notion d'équilibre du contrat », *in Loyers et copr.*, 2016, n°10, doss. n°6, p. 12, spéc. n°1 : *« L'équilibre serait la fin ; la lutte contre les déséquilibres le moyen ».*

[750] *Cf. supra* n[os] 88 et s.

Un auteur évoque en ce sens que « *la structure même du contrat* […] *repose sur un équilibre entre des intérêts distincts* »[751].

147. Une vision utilitariste du contrat. – La notion d'intérêt est issue de la philosophie utilitariste[752] dont l'un des pères fondateurs est BENTHAM[753]. Cet auteur défend une conception utilitariste, en ce sens qu'il « *assigne comme fondement au droit l'intérêt, l'utilité : le droit penche infailliblement du côté de l'utilité, du côté du plaisir,* […] »[754]. Finalement, l'utilitarisme a « *pour point de départ le ratio peine-plaisir* »[755]. Il intègre ainsi la notion d'utilité, voire de plaisir, à cette philosophie en partant de l'idée selon laquelle les hommes sont gouvernés uniquement par leurs intérêts et la satisfaction de leurs plaisirs[756]. Cette philosophie utilitariste n'est pas complètement étrangère au Code civil, comme a pu le démontrer Monsieur Jean-Michel POUGHON[757]. Il estime, en effet, que le droit a toujours envisagé le contrat comme un instrument de satisfaction des intérêts. Toutefois, l'utilitarisme de BENTHAM ne prend en considération que les intérêts particuliers pour parvenir à une maximisation des plaisirs, et non un réel équilibre entre ces intérêts. En outre, cette théorie tend également à oublier les intérêts publics qui guident également la vision du contrat. En effet, si le contrat doit permettre la

[751] **M. CASSIÈDE**, *Les pouvoirs contractuels – Étude de droit privé,* L. SAUTONIE-LAGUIONIE (dir.), th. dactyl., Université de Bordeaux, 2018, n°14, p. 33. *Adde*. **R. SALEILLES**, *De la déclaration de volonté – Contribution à l'étude de l'acte juridique dans le Code civil allemand (art. 116 à 144)*, éd. F. Pichon, 1901, n°88, p. 229 : « *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* ».

[752] Pour une critique de l'utilitarisme : **M. VILLEY**, « Critique de l'utilitarisme juridique », *in RRJ,* 1981-2, p. 166 : L'auteur affirme que « *l'utilitarisme ne mérite pas l'étiquette de philosophie* » (p. 170). Il semblerait, selon lui, que l'utilitarisme pourrait être une des causes de la dérive de la législation qui semble se borner « *à reconnaître et sanctionner le fait* » (p. 169). Selon lui, l'utilitarisme s'emploie à créer des moyens permettant la maximisation des intérêts, sans prendre en compte la finalité du droit. En d'autres termes, l'utilitarisme tend à n'intégrer que la technique, oubliant les réflexions portant sur la philosophie du droit tombées en désuétude. L'utilitarisme semble donc faire fi des finalités du droit. Pour conclure, il affirme que « *ce pourrait être un des profits que nous procure la restauration de la philosophie du droit, de réintégrer une image stricte des finalités de l'art juridique, dont le présent succès des doctrines utilitaristes hâte la destruction* » (p. 174).

[753] V. not. **J. BENTHAM**, *Introduction aux principes de morale et de législation,* Centre Bentham (trad.), coll. Analyse et philosophie, Vrin, 2011 (réédition de l'ouvrage paru initialement en 1789). *Adde*. **J. BENTHAM**, *Traités de législation civile et pénale,* coll. Bibliothèque Dalloz, Dalloz, 2010 (réédition de l'ouvrage paru initialement en 1802 aux éditions Bossange, Masson et Besson).

[754] **L. JOSSERAND**, *Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé,* Dalloz, 1928, n°19, p. 32.

[755] **D. GALBOIS-LEHALLE**, *La notion de contrat : esquisse d'une théorie*, Y. LEQUETTE (préf.), t. 603, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2020, n°565, p. 330.

[756] En ce sens : **D. DEROUSSIN**, « Bentham, l'utilitarisme et le contrat », *in Histoire, théorie et pratique du droit - Études offertes à Michel Vidal*, coll. Université Montesquieu Bordeaux, Presses universitaires de Bordeaux, 2010, p. 431, spéc. p. 434 : « *la soumission des contrats au principe général d'utilité s'offre au Législateur comme un moyen d'atteindre son objectif : le bonheur des individus, qui nécessite la satisfaction des plaisirs et la garantie de la sécurité* ». *Adde*. **B. FRYDMAN**, *Le sens des lois – Histoire de l'interprétation et de la raison juridique*, 3ème éd., coll. Penser le droit, Bruylant, 2011, n°211, pp. 450-452.

[757] **J.-M. POUGHON**, *Histoire doctrinale de l'échange*, J.-P. BAUD (préf.), t. 194, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 1987, nos 61 et s., p. 32 et s. *Adde.* **J. ROCHFELD**, *Cause et type de contrat*, J. GHESTIN (préf.), t. 311, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 1999, n°83, p. 77.

satisfaction des intérêts des contractants, il doit également s'intégrer harmonieusement dans un ordre social. Si l'utilitarisme envisagé par BENTHAM permet un point de départ à l'association du contrat et de l'intérêt, il n'est pas suffisant, en ce sens qu'il ne prend en compte que les intérêts privés.

Dans une perspective plus sociale, cette philosophie utilitariste a été renouvelée[758] par GHESTIN avec sa théorie de l'utile et du juste[759]. Ce dernier prend en considération les intérêts particuliers, comme énoncé dans la théorie utilitariste, mais y ajoute également l'intérêt public. Il estime en effet que c'est « *la recherche, par le droit objectif, de l'utile et du juste, qui justifie la force obligatoire du contrat, et qui, du même coup, en fixe les conditions et les limites, autrement dit, le régime du contrat, dans son ensemble* »[760]. Le droit des contrats inviterait ainsi à préserver l'utilité particulière du contrat, notamment au moyen de l'appréciation de la capacité et des pouvoirs de l'une des parties[761]. L'utilité particulière jouant un rôle relativement limité, il envisage également l'utilité du contrat au regard de l'utilité publique[762]. Ainsi, « *l'utilité considérée ne se réduit* […] *pas à l'assouvissement des besoins des contractants : elle exprime un intérêt général* »[763]. Dans ces conceptions utilitaristes, l'intérêt est au centre des réflexions. Aussi, l'équilibre contractuel en tant que finalité du contrat poursuit cette vision utilitariste du contrat et de ses finalités. En effet, si la satisfaction des intérêts est poursuivie par le droit des contrats, cela implique, par ailleurs, une harmonie dans ces différents intérêts, autrement dit un équilibre contractuel.

148. Conclusion Section 1. – L'équilibre contractuel renvoie de manière générale à un rapport contractuel au sein duquel les intérêts de chacune des parties sont respectés. Autrement dit, un contrat déséquilibré ne signifie pas nécessairement un contrat dont le contenu est inéquitable ou disproportionné, mais un contrat qui ne respecte pas les intérêts respectifs des parties à conclure un contrat. En ce sens, lorsque les parties contractent, elles n'ont pour intérêt

[758] Pour reprendre les termes de Madame Diane GALBOIS-LEHALLE : **D. GALBOIS-LEHALLE**, *La notion de contrat : esquisse d'une théorie*, Y. LEQUETTE (préf.), t. 603, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2020, n°567, p. 331.

[759] **J. GHESTIN**, « L'utile et le juste », *in APD*, t. 26, 1981, p. 35 ; « L'utile et le juste dans le contrat », *in D.*, 1982, p. 1 ; « Le contrat en tant qu'échange économique », *in Revue d'économie industrielle,* vol. 92, 2000, p. 81, spéc. p. 90 et s.

[760] **J. GHESTIN**, « L'utile et le juste », *in APD*, t. 26, 1981, p. 40.

[761] **J. GHESTIN**, « L'utile et le juste », *in APD*, t. 26, 1981, pp. 41-42.

[762] **J. GHESTIN**, « L'utile et le juste », *in APD*, t. 26, 1981, p. 43.

[763] **D. HOUTCIEFF**, *Droit des contrats*, 9ème éd., coll. Paradigme, Bruylant, 2024, n°77-3, p. 108.

premier que l'avantage qui résultera de ce contrat[764] et non les seules conséquences juridiques qui en découlent, à savoir la naissance de droits et d'obligations[765]. Une interdépendance existe donc entre la notion de contrat et d'équilibre contractuel, en ce sens que l'équilibre contractuel ne peut s'envisager que dans le cadre d'un contrat réceptionné dans l'ordre juridique et que l'équilibre représente une finalité du contrat tendant vers la satisfaction des intérêts en présence. L'équilibre est donc inhérent à la notion de contrat comprise dans sa globalité, mais également dans sa temporalité. Il s'agit donc d'une notion évolutive, puisque l'équilibre se construit au moment de la formation du contrat, puis se cristallise au moment de la conclusion du contrat, tout en ayant vocation à évoluer selon le déroulement de la relation contractuelle. Si l'équilibre s'attache à la notion de contrat, il permet également l'établissement d'une grille de lecture du droit des contrats.

Section 2. L'établissement d'une grille de lecture du droit des contrats à l'aune de l'équilibre contractuel

149. Certains auteurs déplorent l'absence d'une politique homogène du législateur, se révélant parfois libérale, parfois sociale ou parfois protectrice des droits de l'homme[766]. Certains, moins pessimistes, estiment plutôt que c'est l'approche de la théorie du contrat qui « *ne permet pas de comprendre la dynamique complémentaire des trois approches* »[767]. Pour cette dernière, il est nécessaire d'avoir recours à un nouveau paradigme contractuel pour « *expliciter les différentes fonctions du contrat par rapport à la relation contractuelle* »[768]. Il apparaît donc nécessaire de renouveler l'approche de la théorie du contrat pour rétablir une

[764] **H. CAPITANT**, *De la cause des obligations (Contrats, engagements unilatéraux, legs),* Dalloz, 1923, n°1, p. 6 : « *c'est la satisfaction de son intérêt personnel qui incite habituellement l'homme à entrer en rapport avec autrui* ».

[765] **R. DEMOGUE**, *Traité des obligations en général – Source des obligations,* t. 1, éd. Arthur Rousseau, 1923, n°13, p. 27 : Selon DEMOGUE, il s'agit des besoins et des intérêts qui animent le passage à la conclusion d'un contrat, *« le but qui domine l'acte juridique est un but de fait : on veut détenir tel objet, on veut habiter telle maison, le côté juridique n'apparaît qu'accessoirement dans la pensée »*.

[766] **Ch. JAMIN**, « Quelle nouvelle crise du contrat ? – Quelques mots en guise d'introduction », *in La nouvelle crise du contrat*, Ch. JAMIN, D. MAZEAUD (dir.), coll. Thèmes et commentaires, Dalloz, 2003, p. 7, spéc. p. 25 : « *Cette absence de politique, on la retrouve aussi chez le législateur. Celui-ci se révèle parfois libéral, parfois social et parfois défenseur des droits de l'homme, les cartes étant ici complètement brouillées* » ; **Th. GENICON**, « Conjurer la "faiblesse obligatoire" du contrat (éléments de solution pour un juste compromis en droit des contrats) », *in* Table ronde : Les défis du droit des contrats, *in CCC*. 2020, n°12, dossier 12, spéc. n°1 : « *la réforme de 2016-2018 est orpheline d'une ligne politique*. […] *Tout se mêle dans ce chaudron réformateur, sans que rien de nettement dominant n'émerge* ».

[767] **P. DUFOUR**, *La théorie générale du contrat au prisme des travaux d'Axel Honneth,* D. HIEZ (dir.), coll. Faculté de Droit, d'Économie et de Finance de l'Université du Luxembourg, Larcier, 2023, n°300, p. 169.

[768] **P. DUFOUR**, *La théorie générale du contrat au prisme des travaux d'Axel Honneth,* coll. Faculté de Droit, d'Économie et de Finance de l'Université du Luxembourg, Larcier, 2023, n°300, p. 169.

cohérence de la politique menée en droit des contrats. C'est dans cette perspective que la notion d'équilibre contractuel permet une meilleure compréhension du droit des contrats tel qu'il se construit depuis 1804. Cette approche renouvelée de l'équilibre contractuel rend, par ailleurs, possible une conciliation plus harmonieuse avec les principes du droit des contrats, alors qu'il y est traditionnellement opposé. Il est donc permis d'intégrer et concilier cette notion avec les principes du droit des contrats afin d'appréhender l'équilibre contractuel sans crainte d'une quelconque dénaturation de ces principes. L'établissement de cette grille de lecture passe, en premier lieu, par l'analyse du statut de la notion au sein du droit des contrats (**Paragraphe 1**). En second lieu, une analyse des principes du droit des contrats sera effectuée à l'aune de la notion d'équilibre contractuel (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 1. Le statut de l'équilibre contractuel en droit des contrats

150. L'étude du statut de l'équilibre contractuel a pour dessein de situer la notion dans l'ordre juridique et d'en déterminer la valeur qui lui est attribuée. Dans cette perspective, la notion d'équilibre contractuel peut permettre une lecture du droit des contrats tel qu'il se construit depuis 1804. L'équilibre contractuel se révèle, ainsi, comme étant un principe descriptif (**A**) de sorte que cette notion puisse être érigée en une finalité du droit des contrats (**B**).

A. L'équilibre contractuel, un principe descriptif

151. La notion de principe. – La notion de principe en droit fait l'objet de nombreux débats et écrits[769]. Si certains auteurs tendent à démontrer qu'ils n'ont pas de spécificité[770], d'autres, qui constituent le courant majoritaire, affirment que les principes existent et qu'ils représentent « *une réalité vivante, un phénomène original* »[771]. L'utilisation du vocable dans le discours juridique en atteste. Pour ne citer que des exemples, il existe les arrêts de principe, les

[769] V. **P. MORVAN**, *Le principe de droit privé*, J.-L. SOURIOUX (préf.), coll. Thèses, Éditions Panthéon-Assas, 1999, n^os^ 92 et s., p. 84 et s. : L'auteur recense les « *antécédents doctrinaux de l'étude des principes en droit privé* ».

[770] **M. DE BÉCHILLON**, *La notion de principe général en droit privé*, B. SAINTOURENS (préf.), coll. Laboratoire de Théorie Juridique, PUAM, 1998 : l'auteure explique en effet dans sa thèse que les principes ne constituent pas une catégorie juridique à part entière et ne se distingue pas fondamentalement des autres règles de droit. En outre, l'utilisation différenciée des notions de principe, principes directeurs, principes fondamentaux, *etc*, ne semble pas recouvrir des réalités différentes, mais aurait la même signification. Elle affirme alors en conclusion : « *les principes généraux ne constituent pas une espèce de norme juridique parce que leur forme et leur contenu n'ont, à nouveau, rien de spécifique* » (p. 279)

[771] **P. MORVAN**, *Le principe de droit privé*, J.-L. SOURIOUX (préf.), coll. Thèses, Éditions Panthéon-Assas, 1999, n°69, pp. 64-65.

visas de principe, les principes à valeur constitutionnelle, les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, les principes directeurs du procès, les principes du droit européen des contrats, les principes généraux du droit, *etc*. L'utilisation du terme principe semble ainsi recouvrir de multiples dimensions. Si la question de l'existence effective des principes ne semble pas se poser, une autre question reste en suspens : celle de savoir ce que recouvre cette notion. Sans développer la notion de principe dans ce paragraphe, car elle nécessiterait une étude à elle seule[772], il est toutefois nécessaire de s'y intéresser. À ce titre, une distinction a pu être établie en matière de principe juridique. D'un côté, il y aurait des principes normatifs, de l'autre des principes descriptifs[773]. Cette distinction, si elle était envisagée dans quelques écrits sous cette appellation, a été mise en lumière par Madame Laurence FIN-LANGER[774]. Elle distingue, dans les différents écrits abordant la notion de principe, deux tendances. Pour certains, « *les principes ne sont juridiques que s'ils sont intégrés au droit positif, entendu comme l'ensemble des règles dotées d'une sanction ou d'une force contraignante directe* »[775], il s'agit ici des principes normatifs. Pour d'autres, les principes juridiques peuvent être « *le résultat d'une construction doctrinale, procédant à la synthèse et à la rationalisation du droit positif* »[776], désignant le principe descriptif. Elle conclut qu'un « *principe juridique possède donc un double sens. Il peut désigner soit l'explication rationnelle des différentes règles l'appliquant et issue de l'analyse doctrinale, soit une règle de droit spécifique pouvant avoir pour origine, un principe descriptif et doctrinal* »[777]. Ces deux sens permettent d'avoir deux approches différentes du droit des contrats et semblent relever de la fameuse distinction établie

[772] Pour plus de détails : **M. DE BÉCHILLON**, *La notion de principe général en droit privé*, B. SAINTOURENS (préf.), coll. Laboratoire de Théorie Juridique, PUAM, 1998 ; **P. MORVAN**, *Le principe de droit privé*, J.-L. SOURIOUX (préf.), coll. Thèses, Éditions Panthéon-Assas, 1999.

[773] Cette distinction a été employée dans plusieurs écrits : **A. JEAMMAUD**, « Les principes dans le droit français du travail », *in Dr. soc.,* 1982, p. 618, spéc. n°1 : « *Dans le système juridique français, par exemple, il conviendrait de distinguer, au minimum, les principes juridiques qui sont des règles occupant une place privilégiée dans l'ordre juridique et les principes, extérieurs à ce système, qui sont des propositions descriptives (et non pas normatives) au moyen desquelles les juristes dogmaticiens rendent compte de manière synthétique du contenu des grandes tendances de l'ensemble des normes composant le droit positif* » ; **P. MORVAN**, *Le principe de droit privé*, J.-L. SOURIOUX (préf.), coll. Thèses, Éditions Panthéon-Assas, 1999, spéc. n^{os} 11 et s., p. 11 et s. : l'auteur y décrit deux principes pouvant se rapprocher de ceux susmentionnés, le principe de logique et le principe normatif ; **J.-L. BERGEL**, *Théorie générale du droit*, 5ème éd., coll. Méthodes du droit, Dalloz, 2012, n°69, p. 96.

[774] **L. FIN-LANGER**, *L'équilibre contractuel,* C. THIBIERGE (préf.), t. 366, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2002, n^{os} 560 et s., p. 399 et s. : l'objet de son titre II de sa partie II de sa thèse, est de distinguer le principe descriptif du principe normatif.

[775] **L. FIN-LANGER**, *L'équilibre contractuel,* C. THIBIERGE (préf.), t. 366, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2002, n°562, pp. 401-402.

[776] **L. FIN-LANGER**, *L'équilibre contractuel,* C. THIBIERGE (préf.), t. 366, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2002, n°561, p. 400.

[777] **L. FIN-LANGER**, *L'équilibre contractuel,* C. THIBIERGE (préf.), t. 366, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2002, n°564, p. 404.

par Monsieur Éric SAVAUX entre le droit positif et la théorie générale du contrat[778]. D'un côté, le droit positif est « *formé par l'ensemble des décisions des autorités habilitées, législateur et juges essentiellement, statuant, en un instant donné du temps, sur un problème juridique donné* »[779]. D'un autre côté, la théorie générale du contrat qui désigne « *une activité doctrinale de connaissance du contrat et le produit de cette activité, c'est-à-dire une vision du contrat acquise au terme des recherches consacrées à cet acte* »[780]. Il existe donc deux catégories de droit des contrats qui ne se situent pas au même niveau. De cette distinction, il est possible de placer les principes descriptifs dans le cadre du discours portant sur la théorie générale du contrat et les principes normatifs dans le discours portant sur le droit positif.

152. L'équilibre contractuel, un principe descriptif. – Déjà affirmée par Madame Laurence FIN-LANGER dans sa thèse, la notion d'équilibre contractuel est un principe descriptif. Le principe descriptif a pour « *fonction essentielle* [de] *rendre au droit sa cohérence* »[781]. Le principe descriptif remplit alors une fonction purement explicative pouvant désigner « *l'explication rationnelle des différentes règles l'appliquant et issue de l'analyse doctrinale* »[782]. Il assure donc « *la cohérence matérielle du droit positif par la recherche de l'idée directrice de ce droit* »[783]. L'équilibre contractuel peut donc ramener une certaine cohérence au droit des contrats, cohérence pouvant parfois être difficile à déceler en raison de l'inflation législative en la matière et de la multiplication des lois de circonstances. En tant que principe, il permet également « *de regrouper, de fédérer les règles qui recherchent la protection de l'équilibre contractuel tant sur le plan de la formation du contrat qu'au stade de l'exécution* »[784]. Enfin, l'auteure estime également que ce principe descriptif peut permettre « *de guider l'interprète dans l'application de la loi et orienter le législateur dans ses réformes possibles* »[785]. Bien que notre analyse de l'équilibre contractuel se détache de celle de Madame

[778] **E. SAVAUX**, *La théorie générale du contrat, mythe ou réalité ?,* J.-L. AUBERT (préf.), t. 264, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 1997.
[779] **E. SAVAUX**, *La théorie générale du contrat, mythe ou réalité ?,* J.-L. AUBERT (préf.), t. 264, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 1997, n°454, p. 308.
[780] **E. SAVAUX**, *La théorie générale du contrat, mythe ou réalité ?,* J.-L. AUBERT (préf.), t. 264, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 1997, n°531, p. 344.
[781] **L. FIN-LANGER**, *L'équilibre contractuel,* C. THIBIERGE (préf.), t. 366, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2002, n°561, p. 400.
[782] **L. FIN-LANGER**, *L'équilibre contractuel,* C. THIBIERGE (préf.), t. 366, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2002, n°564, p. 404.
[783] **L. FIN-LANGER**, *L'équilibre contractuel,* C. THIBIERGE (préf.), t. 366, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2002, n°608, p. 430.
[784] **L. FIN-LANGER**, *L'équilibre contractuel,* C. THIBIERGE (préf.), t. 366, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2002, n°608, p. 431.
[785] **L. FIN-LANGER**, *L'équilibre contractuel,* C. THIBIERGE (préf.), t. 366, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2002, n°654, p. 468

Laurence FIN-LANGER, ce rattachement de l'équilibre contractuel à un principe descriptif apparaît pertinent. Il existe, en effet, des dispositions visant la protection de l'équilibre contractuel, s'attachant particulièrement au contenu du contrat – qu'il soit accessoire ou principal – et d'autres règles visant plus spécifiquement l'équilibre entre les parties. Ces dispositions peuvent intervenir à différents stades du processus contractuel, au moment de la formation (intégrant la conclusion du contrat) ou au moment de l'exécution. Ces différentes règles du droit positif se retrouvent dispersées au sein des différents droits spéciaux des contrats, droit des contrats spéciaux ou encore au sein du droit commun[786]. L'analyse du droit positif révèle qu'il existe des règles visant à protéger les intérêts privés[787], alors que d'autres tendent plutôt à la réalisation de l'intérêt général comme les règles de droit de la concurrence[788].

Ces différentes règles poursuivent toutes le même objectif, à savoir l'effectivité de la satisfaction des intérêts contractuels en procédant par voie préventive ou par voie curative. En tout état de cause et peu important la politique de protection mise en place, l'harmonie des intérêts semble animer les différentes interventions législatives depuis l'instauration du Code civil de 1804. Des règles plus générales aux règles plus particulières, il existe toujours cette idée que le contrat doit permettre de véhiculer les intérêts contractuels et l'intérêt général. L'affirmation de Madame Laurence FIN-LANGER en 2000[789] est donc toujours d'actualité au regard des différentes réformes des droits spéciaux et du droit commun des contrats de 2016-2018. L'équilibre contractuel en tant que principe descriptif du droit des contrats permet ainsi d'apporter une cohérence d'ensemble au droit des contrats.

153. Vers un principe normatif d'équilibre contractuel ? – Comme énoncé précédemment, Madame FIN-LANGER a mis en lumière deux types de principes. Il apparaît alors

[786] Une analyse plus détaillée sera menée dans la seconde partie.

[787] Ex. : La réglementation consumériste, commercialiste ou du droit commun concernant les clauses abusives, la révision des clauses pénales, la mise en place d'un devoir d'information ou d'une obligation d'information précontractuelle par la jurisprudence ou par le législateur, l'existence d'un droit de rétractation, la mise en place d'un formalisme informatif, *etc*. *Adde*. **J. ROCHFELD**, « Du statut du droit contractuel "de protection de la partie faible" : les interférences du droit des contrats, du droit du marché et des droits de l'homme », *in Études offertes à Geneviève Viney*, LGDJ, 2008, p. 835, spéc. n°6, p. 841 : l'auteure estime, notamment à propos du droit de la consommation, que « *ces règles s'inscrivent dans la défense de l'intérêt privé de chacun des individus concernés* […]. *Certes, l'idée d'ordre public de protection les intègre dans la sphère de l'ordre public général et de la défense d'une conception globale de la sphère sociale. Mais l'objectif prioritaire poursuivi est celui de la défense de ces intérêts privés, la déclinaison individuelle de cette conception prenant le pas* ».

[788] **M. CHAGNY**, *Droit de la concurrence et droit commun des obligations*, J. GHESTIN (préf.), vol. 32, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, Dalloz, 2004, n°6, p. 9 : « *la concurrence, phénomène collectif se réalisant sur un marché, doit servir au premier chef l'intérêt général* ». L'auteure qualifie le droit de la concurrence comme un droit de l'intérêt général.

[789] Nous évoquons l'année 2000 qui fait référence à la date de soutenance de Madame FIN-LANGER.

indéniable que l'équilibre contractuel est un principe descriptif du droit des contrats. En 2000, l'auteure avait estimé que l'équilibre contractuel était un principe normatif en devenir[790], l'est-il devenu ? Affirmé dans sa thèse, le principe ne peut devenir normatif du fait de la doctrine. Pour vérifier ce postulat, il convient de se pencher du côté du législateur et de la jurisprudence[791].

Du côté du législateur, nous l'avons vu, la notion d'équilibre contractuel est mentionnée, mais seulement dans les éléments extérieurs aux règles juridiques à proprement parler, la notion apparaît tantôt dans les titres, tantôt dans les exposés législatifs, rapports et autres[792]. L'équilibre contractuel constitue seulement un objectif de politique législative. Il n'y a pas non plus de règle générale visant l'équilibre général du contrat[793].

Du côté de la jurisprudence, il convient, avant tout, de souligner la réticence des juges à intervenir dans la chose des parties, estimant devoir respecter l'équilibre voulu[794]. Traditionnellement associé à l'intervention du juge dans le contrat, l'équilibre contractuel souffre de ce biais. Ajoutons encore, la question du rôle des juges dans la production normative. Ont-ils un pouvoir créateur ? En matière de principes généraux[795], il semblerait que la jurisprudence dispose d'un tel pouvoir[796]. La jurisprudence judiciaire a fait œuvre de création de principes généraux, pour traiter notamment troubles anormaux du voisinage[797] ou encore

---

[790] **L. Fin-Langer**, *L'équilibre contractuel,* C. Thibierge (préf.), t. 366, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2002, n°564, p. 404 : « *Il semble pouvoir être qualifié de principe descriptif ; mais non encore de principe normatif* ».

[791] **L. Fin-Langer**, *L'équilibre contractuel,* C. Thibierge (préf.), t. 366, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2002, n°657, p. 471 : « *Il semble que le principe descriptif d'équilibre contractuel puisse accéder au rang de principe normatif grâce à une transformation d'origine législative ou jurisprudentielle* ».

[792] *Cf. supra* n°49.

[793] **Ph. Malinvaud, M. Mekki, J.-B. Seube**, *Droit des obligations*, 17ème éd., coll. Manuels, LexisNexis, 2023, n°322, p. 292 : « *Le droit français n'a jamais posé de principe général d'équilibre des contrats* ».

[794] V. not : **F. Eudier**, « Modèles et anti-modèles dans le rôle du juge en matière contractuelle », *in Code civil et modèles. Des modèles du Code au Code comme modèle,* Th. Revet (dir.), coll. « Bibl. de l'institut A. Tunc », LGDJ, 2005, p. 225, spéc. nos 44 et s., p. 261 et s.

[795] **J.-L. Bergel**, *Théorie générale du droit,* 5ème éd., coll. Méthodes du droit, Dalloz, 2012, n°74, p. 104 : « *Les principes généraux sont des règles de droit objectif, non de droit naturel ou idéal, exprimées ou non dans les textes, mais appliquées par la jurisprudence et dotées d'un caractère suffisant de généralité* ».

[796] **J.-L. Bergel**, *Théorie générale du droit,* 5ème éd., coll. Méthodes du droit, Dalloz, 2012, n°73, p. 103 : « *Bien que le juge se soit toujours défendu d'être l'auteur des principes généraux du droit, on ne peut nier "le pouvoir normatif du juge"* ». *Adde*. **M. de Béchillon**, *La notion de principe général en droit privé*, B. Saintourens (préf.), coll. Laboratoire de Théorie Juridique, PUAM, 1998, p. 279 : « *Relativement au principe de légalité, tout d'abord, l'identification de principes généraux posés par le juge invite à reconsidérer la place de ce dernier au sein des autorités investies du pouvoir d'édicter le Droit. Le juge apparaît bel et bien comme un producteur de règles juridiques, quand bien même son intervention normative n'est pas officiellement reconnue* ».

[797] Première mention : Civ. 27 nov. 1844, *DP*, 1945, n°1, p. 13, *GAJC,* t. 1, 13ème éd., n°81 ; *GDJC*, décision n°96. Un cheminement jurisprudentiel de construction du régime des troubles anormaux du voisinage jusqu'à une

encadrer l'obligation *in solidum*[798]. Cette œuvre prétorienne doit pourtant être relativisée, car « *en droit français, la norme est avant tout la loi* »[799]. Les juges ne sont donc « *pas libre*[s] *de créer ou de rejeter tels ou tels principes généraux. Ceux-ci sont néanmoins, aussi, le fruit d'aspirations latentes du corps social ou l'expression de "l'esprit des lois". Ils s'imposent donc au juge qui se borne à les extraire du donné philosophique, moral et juridique existant* »[800].

Si les juges peuvent par le biais de leurs décisions imposer une interprétation d'un texte ou une orientation générale dans l'application d'un texte, il existe, en revanche, un grand nombre de règles visant à limiter, si ce n'est interdire, un tel pouvoir créateur. L'article 5 du Code civil[801], notamment, interdit les arrêts de règlement, l'article 1355 du Code civil[802], quant à lui, pose le principe de l'autorité de la chose jugée, et l'article 12 du Code de procédure civile affirme enfin que « *le juge tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables* ». Toutes ces dispositions semblent ainsi réduire la marge de manœuvre des juges quant à un potentiel pouvoir créateur. Il ne faut pas nier l'importance des décisions de justice ainsi que le travail des juges dans l'interprétation des règles de droit. Toutefois, il ne semble pas qu'il soit de leur rôle d'établir de véritables principes juridiques de portée générale[803]. En revanche, rien n'interdit aux juges de se saisir du principe descriptif d'équilibre contractuel pour interpréter les mécanismes le mettant en œuvre.

En outre, quelques décisions de justice mentionnent expressément le « *principe d'équilibre contractuel* ». Bien que mentionné, il ne semble pas qu'il ait une valeur normative autonome. La mention du principe sert plutôt à la motivation, venant renforcer l'application d'un texte, mais ne sert pas de fondement à une décision. En ce sens, l'expression n'apparaît pas dans le

décision mentionnant pour seul visa le principe selon lequel « *nul ne doit causer à autrui un trouble anormal du voisinage* » : Cass. Civ. 2ème, 19 nov. 1986, n°84-16.379 ; Bull. civ. II, n°172 ; *D.,* 1988, p. 16, note A. ROBERT. Pour plus de précisions sur les troubles anormaux du voisinage : **R. AMARO**, V° « Troubles anormaux du voisinage », *in Rép. civ.*, Dalloz, avril 2023.

[798] V. **Ph LE TOURNEAU, J. JULIEN**, V° « Solidarité », *in Rép. civ.*, Dalloz, fév. 2018 (actu. oct. 2024), spéc. nos 157 et s., spéc. n°157.

[799] **J.-L. BERGEL**, *Théorie générale du droit,* 5ème éd., coll. Méthodes du droit, Dalloz, 2012, n°73, p. 103.

[800] **J.-L. BERGEL**, *Théorie générale du droit,* 5ème éd., coll. Méthodes du droit, Dalloz, 2012, n°73, p. 103.

[801] C. civ., art. 5 : « *Il est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises* ».

[802] C. civ., art. 1355 : « *L'autorité de la chose jugée n'a lieu qu'à l'égard de ce qui a fait l'objet du jugement. Il faut que la chose demandée soit la même ; que la demande soit fondée sur la même cause ; que la demande soit entre les mêmes parties, et formée par elles et contre elles en la même qualité* ».

[803] **G. LARDEUX**, « En droit commun : équilibre contractuel et sécurité juridique », *in L'équilibre du contrat,* G. LARDEUX (dir.), coll. Laboratoire de droit privé & sciences criminelles, PUAM, 2012, p. 59, spéc. p. 61 : « *instaurer un contrôle généralisé de l'équilibre des contrats est une décision de politique juridique qui relève de la seule compétence du législateur qui s'y est jusqu'à maintenant refusé* ».

visa des décisions, mais seulement au moment de la motivation[804], et parfois même uniquement dans les motifs annexés[805]. Ainsi, le principe d'équilibre contractuel ne semble pas s'être départi de sa valeur descriptive au profit d'une valeur normative.

Dans un sens, il ne semble pas pertinent de faire du principe de l'équilibre contractuel un principe à valeur normative[806], puisqu'il pourrait engendrer une forte insécurité juridique. Notamment, la question se pose de savoir quel est le seuil d'intervention, à partir duquel le juge, sur le fondement de ce principe, estimerait que les intérêts ne sont pas respectés et qu'il faut intervenir. Nous l'avons vu, l'équilibre contractuel n'est qu'une finalité, et il appartient au législateur de mettre en place des mécanismes spéciaux pour ne pas intervenir dans n'importe quelles situations[807]. La seule absence d'intérêts, ou leur disparition qu'ils soient privés ou concernent l'intérêt général, ne suffit pas à justifier la remise en question du contrat. En revanche, l'atteinte substantielle faite à la finalité d'équilibre contractuel permet de justifier l'instauration de mécanismes protecteurs[808].

S'il est opportun de redonner une cohérence à la théorie générale du contrat fondée essentiellement sur des présupposés et réticente au changement ; il en va différemment pour ce qui est d'instaurer un véritable principe général d'équilibre contractuel, intégré dans le droit positif[809]. Les mécanismes juridiques ayant pour objectif la protection ou le maintien de l'équilibre contractuel pourraient suffire, à la condition qu'ils soient efficaces. En outre, il ne semble pas que le droit des contrats s'inscrive encore dans cette perspective d'instaurer un tel principe.

---

[804] Rouen, Ch. civ. et com., 30 janv. 2014, n°13/02234 ; Amiens, Ch. civ. 01, 29 janv. 2015, n°13/06452 ; Grenoble, Ch. civ. 02, 18 janv. 2022, n°19/02954.

[805] Cass. Civ. 3ème, 4 avril 2019, n°18-13.393.

[806] *Contra*. **L. FIN-LANGER**, *L'équilibre contractuel,* C. THIBIERGE (préf.), t. 366, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2002, nos 658 et s., p. 471 et s. : Madame FIN-LANGER exprimait l'importance du devenir de l'équilibre contractuel en principe normatif et son utilité. En effet pour elle, il permettrait notamment d'offrir au juge un instrument efficace pour combler les lacunes du droit évitant par la même toutes « *dénaturations de certaines notions ou de l'utilisation abusive du droit de la concurrence* » (n°707, p. 509).

[807] **L. THIBIERGE**, « Le traitement du déséquilibre économique par le droit commun des contrats », *in Réformes du droit civil et vie des affaires*, J. REVEL, M. BOURASSIN (dir.), coll. Thèmes & commentaires, Dalloz, 2014, p. 233, spéc. p. 235 : « *Par exception, dans certaines circonstances particulières, le déséquilibre appelle un traitement. En d'autres termes, si, par principe, le déséquilibre est indifférent, par exception, le déséquilibre est en traitement* ».

[808] **J.-J. BARBIÉRI**, *Vers un nouvel équilibre contractuel ? : Recherche d'un nouvel équilibre des prestations dans la formation et l'exécution du contrat*, J.-L. RIVES-LANGE (dir.), th. dactyl., Université de Toulouse, 1981, p. 594 : « *L'instauration d'un équilibre contractuel consiste à lutter contre les abus de pouvoirs, mais pas à créer une équivalence absolue, mesurée en fonction d'on ne sait quel étalon* ».

[809] **E. SAVAUX**, *La théorie générale du contrat, mythe ou réalité ?*, J.-L. AUBERT (préf.), t. 264, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 1997.

154. Une meilleure compréhension du droit des contrats. – En tout état de cause, cette cohérence apportée permet ainsi une meilleure compréhension du droit des contrats tel qu'institué en 1804. En effet, si l'on s'écarte de l'impérissable dogme de l'autonomie de la volonté, il est possible d'y voir une tendance particulière à la satisfaction des intérêts contractuels. Pour ne prendre qu'un exemple, PORTALIS annonçait déjà que la liberté contractuelle pouvait être limitée par des considérations de justice, les bonnes mœurs ou l'utilité publique[810]. En ce sens, si la liberté de chacun ne semble pas effective, des mécanismes étaient mis en place, notamment les vices du consentement ou encore la cause. Ces derniers permettaient de mettre en lumière l'absence ou le non-respect de l'intérêt d'un des contractants pour le contrat. En outre, devenu un véritable objectif de politique législative[811], l'équilibre contractuel en tant que finalité permet de saisir et de redonner une cohérence à l'évolution du droit des contrats depuis 1804. En effet, dans les différentes orientations adoptées par le législateur, il semblerait que la satisfaction des intérêts des contractants l'anime pour partie. En tout état de cause, ce principe descriptif du droit des contrats permet ainsi d'affirmer que l'équilibre contractuel est une finalité du droit des contrats.

B. L'équilibre contractuel, une finalité du droit des contrats

155. L'importance des finalités du droit. – Un auteur estime que la doctrine ne se concentre plus suffisamment sur la recherche et la compréhension des finalités du droit[812]. Pourtant, s'intéresser aux finalités des règles de droit permet d'« *en comprendre le sens, en guider l'interprétation, en orienter l'application ou en prévoir l'évolution* »[813].

156. « *Finalité extrinsèque du droit* »[814], la Justice. – Plusieurs écrits envisagent la justice comme une finalité du droit[815]. Qualifiée de finalité extrinsèque, la justice est donc extérieure au droit, en ce sens, qu'il n'en a pas le monopole[816]. Selon certains, « *rien de plus banal que d'assigner au métier du droit pour fin la justice. Cette définition est*

[810] **P.-A. FENET**, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 1, Videcoq, 1836, pp. 509-510.
[811] *Cf. supra* n^os^ 49 et s.
[812] **M. VILLEY**, « Critique de l'utilitarisme juridique », *in RRJ,* 1981-2, p. 166, spéc. p. 171.
[813] **J.-L. BERGEL**, *Théorie générale du droit*, 5ème éd., coll. Méthodes du droit, Dalloz, 2012, n°23, p. 31.
[814] **F. OST**, *À quoi sert le droit ? Usages, fonctions et finalités*, coll. Penser le droit, Bruylant, 2017, p. 8.
[815] **M. VILLEY**, *Philosophie du droit – Définitions et du droit, Les moyens du droit*, coll. Bibliothèque Dalloz, Dalloz, 2001 (réédition des ouvrages parus initialement en 1986 (T. 1, 4ème éd.) et 1984 (T.2, 2ème éd.) Dalloz) ; **J.-L. BERGEL**, *Théorie générale du droit*, 5ème éd., coll. Méthodes du droit, Dalloz, 2012 ; **F. OST**, *À quoi sert le droit ? Usages, fonctions et finalités*, coll. Penser le droit, Bruylant, 2017, p. 330 ; **B. OPPETIT**, *Philosophie du droit*, coll. Bibl. Dalloz, Dalloz, 2022, spéc. n°18, p. 29.
[816] **F. OST**, *À quoi sert le droit ? Usages, fonctions et finalités*, coll. Penser le droit, Bruylant, 2017, p. 8.

traditionnelle »[817]. Les règles de droit doivent donc s'orienter vers une idée de justice[818]. La polysémie du terme rend cependant difficile toute définition[819]. Sans prétendre à l'exhaustivité, ni à parvenir à une définition, il faut, semble-t-il,[820] se tourner vers les travaux D'ARISTOTE qui font de la justice un thème central. Ces travaux permettent notamment d'appréhender la justice et le contrat[821], la matière contractuelle étant particulièrement sensible à des valeurs de justice[822].

157. Les liens avec le droit des contrats. – Le thème de la justice contractuelle s'impose de plus en plus en droit des contrats. Comme pour la justice, sa polysémie rend difficile toute définition[823]. Il semblerait cependant que plusieurs grandes lignes puissent être dégagées de différents écrits. Il y aurait deux conceptions de la justice contractuelle[824].

Une conception classique reposant sur la justice commutative d'ARISTOTE : « *la justice contractuelle cherche invariablement à maintenir l'équivalence des patrimoines des parties au contrat* »[825]. Dans la même idée, GHESTIN expose également son idée de la justice contractuelle

---

[817] **M. VILLEY**, *Philosophie du droit – Définitions et du droit, Les moyens du droit*, coll. Bibliothèque Dalloz, Dalloz, 2001 (réédition des ouvrages parus initialement en 1986 (T. 1, 4ème éd.) et 1984 (T. 2, 2ème éd.) Dalloz), n°25, p. 39.

[818] **F. GÉNY**, *Science et technique en droit privé positif*, t. 1, Sirey, 1913, n°16, p. 49 : « *Les règles de droit visent nécessairement, et, je le crois, exclusivement, à réaliser la justice, que nous concevons, tout au moins sous la forme d'une idée, l'idée du juste* ».

[819] **R. DEMOGUE**, *Les notions fondamentales du droit privé – Essai critique*, éd. Arthur Rousseau, 1911, p. 119 : En évoquant la Justice, DEMOGUE affirme que « *C'est au fond une de ces expressions peu précises dont l'abus est facile, car il peut s'entendre dans des sens nombreux* ».

[820] Plusieurs auteurs, pour définir ou envisager la justice, se rapportent aux travaux D'ARISTOTE : V. not. **M. VILLEY**, *Philosophie du droit – Définitions et du droit, Les moyens du droit*, coll. Bibliothèque Dalloz, Dalloz, 2001 (réédition des ouvrages parus initialement en 1986 (T. 1, 4e éd.) et 1984 (T.2, 2e éd.) Dalloz), n°26, p. 40 ; **H. VILLAIN**, *Contrat d'adhésion et justice contractuelle – Étude comparée franco-québécoise*, S. CHASSAGNARD-PINET (dir.), th. dactyl., Université de Lille, 2022, n°7, p. 9.

[821] **F. CHÉNEDÉ**, « De l'autonomie de la volonté à la justice commutative. Du mythe à la réalité », *in* dossier « Devenirs de l'autonomie de la volonté », *in Droit & philosophie*, vol. IV, 2012, p. 155, spéc. n°14, p. 176 : l'auteur affirme que la justice est la fin du droit des contrats.

[822] **S. CHAUDOUET**, *Le déséquilibre significatif*, N. FERRIER (préf.), t. 609, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2021, n°289, p. 229 : « *Derrière cet idéal "de ce qui doit être" dans les rapports contractuels, on discerne que la réglementation des contrats est dans son ensemble gouvernée par un idéal de justice contractuelle* ». *Adde*. **C. PÉRÈS-DOURDOU**, *La règle supplétive*, G. VINEY (préf.), t. 421, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2004, n°587, p. 571.

[823] **L. CADIET**, « Une justice contractuelle, l'autre », *in Études offertes à Jacques Ghestin, Le contrat au début du XXIe siècle,* coll. Anthologie du droit, LGDJ, 2014, p. 177 *; « Bref retour sur la justice contractuelle en ses deux sens », in Droit sans frontières – Mélanges en l'honneur d'Éric Loquin*, vol. 51, coll. Travaux CREDIMI, LexisNexis, 2018, p. 603 : Si la notion de justice contractuelle peut apparaître difficilement définissable, Monsieur Loïc CADIET en a dégagé deux sens, dont l'un pourra être écarté de notre étude. Il s'agit en effet de la justice par le contrat.

[824] **H. VILLAIN**, *Contrat d'adhésion et justice contractuelle – Étude comparée franco-québécoise*, S. CHASSAGNARD-PINET (dir.), th. dactyl., Université de Lille, 2022, n°9 et 10, pp. 12-15.

[825] **H. VILLAIN**, *Contrat d'adhésion et justice contractuelle – Étude comparée franco-québécoise*, S. CHASSAGNARD-PINET (dir.), th. dactyl., Université de Lille, 2022, n°9, p. 12.

qui « *conduit à exiger que le contrat ne détruise pas l'équilibre contractuel qui existait antérieurement entre les patrimoines ; ce qui implique que chacune des parties reçoive l'équivalent de ce qu'elle donne* »[826]. La conception classique de la justice contractuelle repose alors sur cette idée d'équilibre entre les patrimoines devant rester stables, même après la conclusion d'un contrat. Cette conception classique reposeune fois encore sur l'image traditionnelle du contrat procédant à une commutation bilatérale.

Une conception moderne a pu être établie pour dépasser cette vision restrictive du contrat. Cette vision moderne de la justice contractuelle allierait à la fois la justice commutative et la justice distributive[827]. Dès lors, il faudrait plutôt les envisager ensemble pour former une justice contractuelle avec une portée plus générale. Dans ce cadre, la justice contractuelle a pu être définie comme « *le fondement permettant de garantir un juste milieu entre les intérêts opposés* »[828]. Dépassant le strict cadre de l'équilibre des patrimoines, la justice contractuelle tend dorénavant vers un équilibre des intérêts. Un lien est ainsi établi avec la finalité du droit qu'est la justice et l'équilibre contractuel. Cette dernière est donc une manifestation de la justice contractuelle telle qu'elle a pu évoluer. L'équilibre contractuel peut donc être associé à la finalité de justice du droit des contrats[829].

158. « *Finalités intrinsèques du droit* »[830], une analogie à opérer avec le droit des contrats. – Au-delà de ces finalités extrinsèques, Monsieur François OST met en lumière trois finalités « *dialectiquement liées* »[831] et intrinsèques au droit : selon lui, « *les finalités du droit consistent à définir un équilibre social général, susceptible d'être imposé par la contrainte, et cependant de nature à être remise en cause dans le cadre de procédures déterminées* »[832]. Si « *la recherche de l'équilibre est consubstantielle au droit* »[833], par conséquent, il en est de même en matière de droit des contrats. Le droit des contrats a donc une finalité de recherche d'équilibre, et il semblerait que l'équilibre contractuel pourrait en être. Ainsi la finalité du droit

[826] **J. GHESTIN**, « L'utile et le juste », *in APD*, t. 26, 1981, p. 35, spéc. p. 47.
[827] **H. VILLAIN**, *Contrat d'adhésion et justice contractuelle – Étude comparée franco-québécoise*, S. CHASSAGNARD-PINET (dir.), th. dactyl., Université de Lille, 2022, n°10, p. 14.
[828] **L. FIN-LANGER**, *L'équilibre contractuel,* C. THIBIERGE (préf.), t. 366, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2002, n°628, p. 444.
[829] **S. CHAUDOUET**, *Le déséquilibre significatif*, N. FERRIER (préf.), t. 609, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2021, n°290, p. 229 : « *Or au nombre des valeurs de justice que ce modèle est susceptible de véhiculer, on compte l'équilibre contractuel* ».
[830] **F. OST**, *À quoi sert le droit ? Usages, fonctions et finalités*, coll. Penser le droit, Bruylant, 2017, p. 8.
[831] **F. OST**, *À quoi sert le droit ? Usages, fonctions et finalités*, coll. Penser le droit, Bruylant, 2017, p. 337.
[832] **F. OST**, *À quoi sert le droit ? Usages, fonctions et finalités*, coll. Penser le droit, Bruylant, 2017, p. 337.
[833] **F. OST**, *À quoi sert le droit ? Usages, fonctions et finalités*, coll. Penser le droit, Bruylant, 2017, p. 355.

des contrats consisterait à définir un équilibre contractuel général, susceptible d'être imposé et de nature à être remis en cause dans le cadre de procédures déterminées. En tant que finalité du droit des contrats, le législateur semble s'être saisi de la question et notamment avec la réforme du droit des obligations de 2016-2018[834]. Ce dernier a mené une politique visant à déplacer le centre de gravité du contrat vers une prise en compte accrue des intérêts des parties[835] tendant vers un meilleur équilibre contractuel[836]. Comme affirmé précédemment, l'équilibre contractuel peut être érigé en véritable objectif de politique juridique[837]. Saisi de cette question, le législateur tente d'anticiper autant que possible les risques pour l'équilibre contractuel et mène ainsi une politique de prévention visant à le protéger[838] et une politique curative visant à le rétablir. Ainsi, au travers du droit positif, le législateur tente d'instiguer un modèle contractuel harmonieux, un équilibre minimal général et abstrait permettant de respecter au mieux les intérêts des contractants « *auquel les contractants auront tout intérêt à se fier, voire à aller au-delà, mais plus rarement en deçà* »[839]. Appréhender sous l'angle d'une finalité du droit des contrats, il est donc désormais possible d'établir une lecture générale des principes du droit des contrats à l'aune de l'équilibre contractuel.

[834] Attention, il ne faut pas confondre finalité du droit des contrats et les objectifs législatifs. Toutefois, la direction prise par le législateur permet une illustration de la prise en compte des finalités du droit des contrats dans l'élaboration de la loi par le législateur. En ce sens : **C. PÉRÈS**, « Observations sur "l'absence" de principes directeurs à la lumière du projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats », *in RDC,* 2015, n°3, p. 647, spéc. n°5.

[835] **J.-L. AUBERT, F. COLLART DUTILLEUL,** *Le contrat. Droit des obligations*, 5ème éd., coll. Connaissance du droit, Dalloz, 2017, pp. 22-23 : « *La principale manifestation du déplacement du centre de gravité du contrat et du droit des contrats résulte de la prise en compte à la fois de l'autorité de la loi (art. 1110), de l'ordre public, qui peut s'étendre (not. Bonne foi, formulation large de l'art. 1162, règles prétoriennes), et surtout des intérêts des parties, le tout au détriment de la force des consentements et du principe de liberté contractuelle* » (nous soulignons) ; **K. LAFAURIE**, *La force obligatoire du contrat à l'épreuve des procédures collectives,* G. WICKER (préf.), t. 595, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2020, n°532, p. 467 : « *De nombreux outils techniques, tels que la vérification de l'intégrité du consentement, de la capacité, et du contenu du contrat illustrent le contrôle de cette faculté qu'ont les contrats de satisfaire l'intérêt des parties* ».

[836] **D. MAZEAUD**, « Les nouveaux instrument de l'équilibre contractuel – Ne risque-t-on pas d'aller trop loin ? », *in La nouvelle crise du contrat,* Ch. JAMIN, D. MAZEAUD (dir.), coll. Thèmes & commentaires, Dalloz, 2003, p. 135, spéc. n°5, p. 137 : « *Pour mener à bien cette lutte contre les déséquilibres contractuels inadmissibles, parce qu'ils tendent à confisquer le contrat dans l'intérêt exclusif d'un contractant ou qu'ils privent le contrat conclu de tout intérêt pour un des contractants, la loi, la jurisprudence et la doctrine ont fait, depuis un quart de siècle, assaut d'imagination et forgé des instruments qui sont considérés par les tenants de la doctrine classique comme autant d'armes fatales contre la liberté contractuelle et la sécurité juridique* ».

[837] *Cf. supra* n^{os} 42 et s.

[838] **Ph. MALINVAUD, M. MEKKI, J.-B. SEUBE**, *Droit des obligations*, 17ème éd., coll. Manuels, LexisNexis, 2023, n°324, p. 294 : « *La tendance du législateur moderne est plus de prévenir les déséquilibres que de les sanctionner : comme le rappelle l'adage populaire, "mieux vaut prévenir que guérir"* ».

[839] **S. CHAUDOUET**, *Le déséquilibre significatif*, N. FERRIER (préf.), t. 609, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2021, n°291, p. 230.

Paragraphe 2. Une lecture des principes du droit des contrats à l'aune de l'équilibre contractuel

159. Le Code civil de 1804 est en quelque sorte une émancipation de l'Ancien Régime. Intervenant après la Révolution, une politique de l'abstraction a été menée pour éviter une résurgence des droits de classe et des privilèges existants auparavant. L'individualisme et le libéralisme imprègnent alors le Code civil, et notamment le droit des contrats. Toute entrave à ces valeurs apparaît ainsi malvenue et d'emblée critiquée. En matière de droit de contrats, la liberté contractuelle et la volonté des parties ne doivent pas être entravées. De même, il n'est pas admis de violer la forteresse de la force obligatoire du contrat. En effet, la théorie générale du contrat semble souffrir d'un dogmatisme persistant[840] biaisant l'appréhension du droit des contrats. Ce dogmatisme n'est pas nouveau[841] et se prolonge même avec la réforme du droit des contrats[842].

160. Intimement liée à la notion de contrat et par extension au droit des contrats, la notion d'équilibre contractuel a donc fait l'objet d'une appréhension biaisée. De plus, elle a surtout été mise en lumière dans la doctrine solidariste, prônant dans une certaine mesure un interventionnisme législatif et judiciaire dans le contrat et visant à promouvoir une exigence accrue d'équilibre, allant à l'encontre de la théorie générale classique. Assimilé à cet interventionnisme, l'équilibre contractuel a donc eu mauvaise presse auprès des défenseurs de la liberté. La notion pouvait donc heurter les acquis de la théorie générale et présentait ainsi un danger pour la sécurité juridique[843] portant ainsi atteinte à la liberté contractuelle[844] ou encore

---

[840] **J.-G. BELLEY**, « La théorie générale des contrats. Pour sortir du dogmatisme », *in Les cahiers du droit,* vol. 26, n°4, 1985, p. 1045, spéc. p. 1047 : à propos de la doctrine québécoise, l'auter souligne que « *la doctrine relative à la théorie générale des contrats* [lui] *semble atteinte actuellement d'une maladie grave, le dogmatisme.* [Il entend] *par dogmatisme l'état d'un savoir qui se produit et se transmet davantage sur la base du principe d'autorité que du principe de vérité* » ; **X. TESTU**, « Le juge et le contrat d'adhésion », *in JCP G.*, 1993, n° 18, I, 3673.

[841] **J. GHESTIN**, « L'utile et le juste dans le contrat », *in D.*, 1982, p. 1 : « *La théorie générale du contrat, en tant qu'accord de volonté, reste inspirée par le principe, le dogme, de l'autonomie de la volonté* ».

[842] **J. JULIEN**, « Dogmatisme et pragmatisme dans le nouveau droit des contrats », *in Études offertes à Jacques Combret,* coll. Les mélanges, Defrénois, 2017, p. 225.

[843] Si l'équilibre contractuel semblait *a priori* s'opposer à la sécurité juridique en raison de la théorie solidariste, certains auteurs ont pu pourtant affirmer que la protection de l'équilibre contractuel constituait un gage de sécurité juridique. V. not. **L. FIN-LANGER**, *L'équilibre contractuel*, C. THIBIERGE (préf.), t. 366, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2002, n°362, p. 244 ; **M. BEHAR-TOUCHAIS**, « Libres propos sur la période de formation »*, in LPA,* 1998, n°54, p. 19, spéc. n°13.

[844] **D. MAZEAUD**, « Les nouveaux instrument de l'équilibre contractuel – Ne risque-t-on pas d'aller trop loin ? », *in La nouvelle crise du contrat,* Ch. JAMIN, D. MAZEAUD (dir.), coll. Thèmes & commentaires, Dalloz, 2003, p. 135, spéc. n°5, p. 137 : « *Pour mener à bien cette lutte contre les déséquilibres contractuels inadmissibles, parce qu'ils tendent à confisquer le contrat dans l'intérêt exclusif d'un contractant ou qu'ils privent le contrat conclu de tout intérêt pour un des contractants, la loi, la jurisprudence et la doctrine ont fait, depuis un quart de*

à la force obligatoire[845]. Dès lors que nous sommes parvenus à dissocier l'objectif d'équilibre et ses moyens, il ne semble plus que l'équilibre doive être perçu comme un danger. Au contraire, l'appréhension de l'équilibre contractuel comme un principe descriptif et une finalité du droit des contrats permet à l'équilibre contractuel de s'insérer harmonieusement en droit des contrats. Dans cette perspective, l'équilibre contractuel peut se concilier avec les principes du droit des contrats[846], la liberté contractuelle (**A**) et la force obligatoire du contrat[847] (**B**).

A. La liberté contractuelle – L'outil privilégié de détermination de l'équilibre contractuel

161. La loi reconnaît aux individus une certaine liberté en vue de contracter et de répondre à leurs besoins. « *La liberté contractuelle serait la liberté reconnue aux individus de créer du droit en marge de la réglementation étatique* »[848]. Pierre angulaire d'une vision libérale de la pratique contractuelle, la liberté contractuelle se trouve désormais une place de choix au sein du droit des contrats. Reconnue comme un principe à valeur constitutionnelle depuis une décision du Conseil constitutionnel de 2013[849], elle a également fait son entrée parmi les

siècle, assaut d'imagination et forgé des instruments qui sont considérés par les tenants de la doctrine classique comme autant d'armes fatales contre la liberté contractuelle et la sécurité juridique ».

[845] **B. FAGES** (dir.), *Lamy Droit du contrat*, Wolters Kluwer, 2024, n°1238 : « *Malgré ces atteintes à la force obligatoire au profit de l'équilibre du contrat* ». L'auteur laisse entendre que l'équilibre du contrat est une entrave à la force obligatoire du contrat.

[846] Il existe un débat sur la notion de principes directeurs. Certains auteurs affirment qu'il s'agit de réels principes directeurs : **M. FABRE-MAGNAN**, *Droit des obligations,* t. 1, *Contrat et engagement unilatéral*, 7ème éd., coll. Thémis, PUF, 2024, nos 100 et s., p. 89 et s. ; **D. MAZEAUD**, « Quelle portée pour les principes de liberté contractuelle, de sécurité et de bonne foi ? », *in La réforme du droit français des contrats*, B. FAUVARQUE-COSSON, G. WICKER (dir.), vol. 31, coll. Droit comparé et européen, Société de législation comparée, 2019, p. 59 ; **F. COHET**, *Le contrat,* 2ème éd., coll. Droit en +, Presses universitaires de Grenoble, 2020, nos 25 et s. p. 15 et s. ; **M. LATINA**, V° « Contrat : généralités – Principes directeurs du droit des contrats », *in Rép. Civ.,* Dalloz, mai 2017 (actu. avril 2023). *Contra*. **J. FLOUR, J.-L. AUBERT, É. SAVAUX**, *Droit civil – Les obligations – L'acte juridique,* 18ème éd., coll. Université, Dalloz, 2024, n°170, p. 222 : les auteurs excluent la qualification de principes directeurs et préfèrent l'emploi de la notion de principes généraux. Comp. Sur la dénomination des principes contractuels : **C. PÉRÈS**, « Observations sur "l'absence" de principes directeurs à la lumière du projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats », *in RDC,* 2015, n°3, p. 647 ; **C. PÉRÈS**, V° « Principes contractuels », *in Dictionnaire du contrat,* D. MAZEAUD, R. BOFFA, N. BLANC (dir.), coll. Les dictionnaires LGDJ, LGDJ, 2018, n°208, p. 877, spéc. p. 879. *Adde*. Pour une approche approfondie de la notion de principes directeurs : **M. GOUBINAT**, *Les principes directeurs du droit des contrats,* S. BROS (dir.), th. dactyl., Université de Grenoble Alpes, 2016.

[847] Nous ne traiterons pas de la conciliation possible de l'équilibre contractuel avec la bonne foi puisque ces deux notions sont traditionnellement assimilées. Le renouvellement de l'analyse de l'équilibre contractuel ne modifie pas cette association. V. en ce sens : **M. MEKKI,** « Les principes généraux du droit des contrats au sein du projet d'ordonnance portant sur la réforme du droit des obligations », *in D.*, 2015, p. 816, spéc. n°43 : *« Ces règles dérivées du principe de bonne foi répondent à deux objectifs : garantir un consentement éclairé et maintenir un contrat équilibré* » (nous soulignons).

[848] **P.-Y. GAHDOUN**, *Fasc. 20 : LIBERTÉS. – Liberté contractuelle*, JurisClasseur Civil Annexes, LexisNexis, 19 déc. 2019, spéc. §5.

[849] Cons. const., 13 juin 2013, n°2013-672 DC : *JCP G.*, 2013, p. 929 , note J. GHESTIN ; *JCP G., 2013,* p. 974, obs. M. MEKKI ; *RDC*, 2013, p. 1285, obs. C. PÉRÈS.

premières dispositions portant sur le contrat à l'article 1102 du Code civil[850] lors de la réforme de 2016-2018. Elle implique ainsi la liberté de contracter ou non, la liberté de choisir son contractant, la liberté de déterminer le contenu du contrat et enfin la liberté de déterminer la forme du contrat. La protection et la défense de ce principe cardinal du droit des contrats ont animé nombre de débats doctrinaux, à tel point que l'augmentation des interventions législatives en matière contractuelle aurait déclenché une crise du contrat[851].

162. L'affirmation selon laquelle la liberté contractuelle serait en accord avec la notion d'équilibre contractuel pourrait être perçue comme provocante. En effet, les deux notions sont traditionnellement présentées comme étant antinomiques[852], la liberté contractuelle serait le reflet d'un libéralisme contractuel et l'équilibre contractuel, celui du solidarisme. Malgré cette opposition persistante, la liberté contractuelle se concilie avec la notion d'équilibre contractuel. Si au départ, elle était considérée comme l'unique moyen au service de cet équilibre (**1**), la liberté contractuelle permet désormais une meilleure conciliation avec l'équilibre contractuel par une vision renouvelée (**2**).

1. L'insuffisance de la liberté contractuelle comme unique moyen au service de l'équilibre contractuel

163. Une liberté contractuelle analysée sous le prisme de l'autonomie de la volonté. – Les plus libéraux ont pu annoncer que la liberté contractuelle se devait d'être absolue, la volonté permettant de justifier sa force obligatoire et ne pouvant se réduire à conclure un contrat contraire à ses intérêts. Sous ce prisme, la conception de la liberté est celle du libre arbitre[853]. Les individus doivent demeurer libres de déterminer, tel qu'ils le veulent, le contenu de leur contrat, sans être restreints par l'ingérence du législateur et/ou du juge[854]. La liberté

[850] C. civ., art. 1102 : « *Chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter, de choisir son cocontractant et de déterminer le contenu et la forme du contrat dans les limites fixées par la loi.*
La liberté contractuelle ne permet pas de déroger aux règles qui intéressent l'ordre public ».

[851] *Cf. supra* n^os^ 74 et s.

[852] **F. CHÉNEDÉ**, *Les commutations en droit privé – Contribution à la théorie générale des obligations,* A. GHOZI (préf.), coll. Recherches Juridiques, Économica, 2008, n°256, p. 236 : « *On enseigne classiquement que la matière contractuelle est traversée par deux courants aux directions diamétralement opposées : la liberté contractuelle, d'un coté ; la justice contractuelle, de l'autre* ».

[853] **J.-P. CHAZAL**, *De la puissance économique en droit des obligations,* D. LEFÈBVRE (dir.), t. 1, th. dactyl., Université de Grenoble II, 1996, n°195, p. 149.

[854] Comp. **M. FABRE-MAGNAN**, *L'institution de la liberté*, 2ème éd., coll. Quadrige, PUF, 2023, p. 32 : L'auteure estime que ces « *débats contemporains se contentent cependant souvent d'une définition particulièrement pauvre, où la liberté est conçue, de façon purement négative, comme l'absence de contraintes extérieures, ou, de façon plus réductrice encore, comme la simple non-ingérence de l'État* ».

contractuelle a donc pu être envisagée de manière excessive[855]. Tout interventionnisme était donc assimilé à une entrave à cette liberté. La liberté contractuelle apparaissait comme le meilleur moyen dont les parties disposaient pour défendre au mieux leurs propres intérêts[856] et donc le meilleur moyen pour assurer l'équilibre contractuel. La conclusion d'un contrat ne pouvait donc être contraire aux intérêts de ces derniers, cette convention ayant été librement conclue.

164. Une liberté contractuelle absolue dangereuse. – Conçue de cette manière, la liberté contractuelle peut s'avérer dangereuse. Dès 1901, JHERING a alerté sur les dangers de la volonté et d'une liberté absolue : *« Il faudra repasser par de dures épreuves avant de comprendre à nouveau de combien de dangers l'égoïsme individuel, dégagé de toute entrave, menace la société, et pourquoi le passé a jugé nécessaire de le refréner. La liberté illimitée dans les relations et les transactions sociales est une prime donnée à l'extorsion, un permis de chasse délivré aux pirates et brigands, avec droit de prise sur tous ceux qui leur tombent entre les mains ! »*[857]. Si l'on conçoit que la liberté puisse être absolue, la volonté contractuelle risque d'entraîner la *« démesure »*[858]. La liberté contractuelle peut devenir un instrument de pouvoir et de soumission[859] rendant alors la conclusion du contrat inégale et pouvant entraîner la conclusion de contrats déséquilibrés.

165. Une liberté absolue chimérique. – Analysés sous le prisme de l'autonomie de la volonté, les développements portant sur la liberté contractuelle ont pu apparaître excessifs au

[855] **J.-P. CHAZAL**, *De la puissance économique en droit des obligations,* D. LEFÈBVRE (dir.), t. 1, th. dactyl., Université de Grenoble II, 1996, n°206, p. 156 : « *Autonomie ne signifie pas souveraineté* ».

[856] **C. PÉRÈS**, V° « Liberté contractuelle », *in Dictionnaire du contrat,* D. MAZEAUD, R. BOFFA, N. BLANC (dir.), coll. Les dictionnaires LGDJ, LGDJ, 2018, n°169, p. 714 : « *dans un système de politique et économique libéral, la liberté contractuelle est aussi perçue comme l'instrument nécessaire à la réalisation de la justice individuelle et sociale : c'est le libre jeu des volontés individuelles qui permet d'atteindre le juste, chaque individu étant le meilleur juge de ses intérêts et contribuant ainsi à l'amélioration générale de la société* ». **Ph. MALINVAUD, M. MEKKI, J.-B. SEUBE**, *Droit des obligations*, 17ème éd., coll. Manuels, LexisNexis, 2023, n°36, p. 24 : « *Pendant longtemps, la liberté contractuelle a été considérée comme le meilleur moyen de réaliser l'équilibre entre les intérêts particuliers et par là même de satisfaire l'intérêt général* » ; **C. POMART-NOMDEDEO**, « Le régime des droits potestatifs en matière contractuelle, entre unité et diversité », *in RTD Civ.,* 2010, p. 209 : « *Longtemps, cette liberté est apparue comme le moyen de réaliser l'équilibre entre les intérêts particuliers* ».

[857] **R. VON JHERING**, *L'évolution du droit*, traduit sur la 3ème éd. allemande par O. DE MEULENAERE, Chevalier-Marescq et cie éd., 1901, n°73, p. 96.

[858] **M.-A. FRISON-ROCHE**, « Volonté et obligation », *in APD,* n°44, 2000, p. 129.

[859] **J. FLOUR, J.-L. AUBERT, É. SAVAUX**, *Droit civil – Les obligations – L'acte juridique,* 18ème éd., coll. Université, Dalloz, 2024, n°154, pp. 201-202 : « *Là où l'égalité nominale entre les contractants ne fait plus que dissimuler une profonde inégalité réelle, la liberté contractuelle devient un pouvoir, pour l'un, d'imposer à l'autre ses conditions. Il n'y a pas de liberté vraie là où il n'y a pas égalité* »

regard de la réalité du droit positif[860]. Selon Monsieur Jean-Pascal CHAZAL, « *dire que l'homme est libre absolument et en tirer les conséquences juridiques que sa volonté est entièrement autonome n'est rien d'autre qu'une pure chimère* »[861]. Cette liberté absolue n'a d'ailleurs jamais été à l'œuvre dans le Code civil, ainsi que l'illustre le fait que l'article 1103 du Code civil[862] n'accorde la force obligatoire du contrat qu'aux seuls contrats légalement formés. En outre, l'article 6 du Code civil[863] limite la liberté de conclusion des conventions au respect de l'ordre public et des bonnes mœurs. La liberté absolue n'a donc jamais été défendue, par le législateur en tout cas. Dans cette optique, « *le contrat et son droit ont toujours oscillé – et oscilleront toujours – entre la liberté et la contrainte, entre la protection de l'initiative individuelle, et la préservation de l'ordre social* »[864]. La liberté contractuelle doit donc être considérée comme un moyen permettant de tendre vers l'équilibre contractuel, mais il ne peut être le seul. Ce principe reste d'une importance particulière, en ce sens que les cocontractants peuvent véhiculer leurs intérêts au moyen de ce principe du droit des contrats. Toutefois, il est des situations dans lesquelles la liberté seule n'est pas suffisante à satisfaire l'équilibre contractuel[865]. Il est donc nécessaire de conférer à la liberté contractuelle un caractère relatif[866]. Une nouvelle vision de cette liberté permet une meilleure conciliation avec l'objectif d'équilibre.

2. Une vision renouvelée et raisonnée de la liberté contractuelle

166. Une confusion de discours. – Dans une optique classique, la liberté semblait s'attacher à la finalité du droit des contrats, et l'équilibre contractuel y était contraire. L'analyse soutenue conduit à une sorte d'inversion : c'est plutôt l'équilibre contractuel qui est une finalité

[860] **E. GOUNOT**, « La Liberté des Contrats et ses justes limites », *in Semaines Sociales de France,* 1938, p. 64, spéc. p. 66 : « *Cette théorie, qui, à vrai dire, n'avait jamais été l'expression exacte de notre droit positif* […] ».

[861] **J.-P. CHAZAL**, *De la puissance économique en droit des obligations,* D. LEFÈBVRE (dir.), t. 1, th. dactyl., Université de Grenoble II, 1996, n°203, p. 154.

[862] C. civ., art. 1103 : « *Les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits* ».

[863] C. civ., art. 6 : « *On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs* ».

[864] **F. CHÉNEDÉ**, « La "crise du contrat" ou la mise à l'épreuve du Titre III du Livre III du Code civil », *in La crise des institutions,* V. MAZEAUD, P. DE MONTALIVET (dir.), coll. Grands colloques, LGDJ, 2016, p. 39, spéc. n°2, p. 40 ; **J. CARBONNIER**, « Introduction », *in L'évolution contemporaine du Droit des contrats, Journées René Savatier,* PUF, 1985, p. 29, spéc. p. 35 : « *Sans remonter au-delà de 1804, il a toujours existé un pouvoir d'intervention de la loi dans le contrat* ».

[865] **M.-A. PÉROT-MOREL**, *De l'équilibre des prestations dans la conclusion du contrat,* Imprimerie Allier, 1961, p. 15 : « *La liberté ne doit fonder le droit contractuel que dans la mesure où elle apparaît comme le moyen le plus sûr de faire régner la justice dans les conventions* ».

[866] **J.-P. CHAZAL**, *De la puissance économique en droit des obligations,* D. LEFÈBVRE (dir.), t. 1, th. dactyl., Université de Grenoble II, 1996, n°212, p. 160.

du droit des contrats, alors que la liberté contractuelle reste un moyen parmi d'autres[867]. La liberté contractuelle n'est donc pas inhérente à la notion de contrat[868]. GHESTIN estime à ce titre que l'existence de la liberté contractuelle dans un ordre juridique n'est pas due à la nature même du contrat[869], mais dépend de sa compatibilité avec la conception de l'intérêt général[870].

167. Un renouvellement de point de vue. – Cet absolutisme de la liberté semble faire fi d'un autre point de vue[871]. Il semblerait, en effet, qu'il ne prenne en considération que la partie contractante qui voit sa liberté restreinte[872]. Autrement dit, cet absolutisme ne prend pas en considération le fait que l'autre partie voit, dès le départ, sa liberté contractuelle déjà restreinte, si ce n'est inexistante[873]. Or, « *la liberté ne peut* […] *être effective qu'au travers de la volonté* »[874]. En d'autres termes, « c*'est donc la volonté éclairée par le raisonnement qui confère à l'homme sa liberté* »[875]. La liberté contractuelle n'a donc de sens que si elle est

[867] **E. GOUNOT,** *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé – Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, éd. Rousseau, 1912, p. 387 : « *En matière de contrat, il n'y a qu'un seul principe absolu : c'est la justice. La liberté n'est qu'un moyen en vue du juste ; elle ne repose que sur une présomption de justice »* ; **E. GOUNOT**, « La liberté des contrats et ses justes limites », *Semaines sociales de France,* 1938, p. 64, spéc. p. 66 : « *Comme les autres libertés, la liberté contractuelle ne peut être qu'un moyen en vue de fins supérieures* » ; **F. CHÉNEDÉ**, « De l'autonomie de la volonté à la justice commutative. Du mythe à la réalité », *in* dossier « Devenirs de l'autonomie de la volonté », *in Droit & philosophie*, vol. IV, 2012, p. 155, spéc. n°14, p. 176 : l'auteur estime que la volonté n'est qu'un simple moyen en vue de la justice, finalité du contrat.

[868] **J. GHESTIN**, « Réflexions sur la liberté contractuelle et l'ordre public », *in Liber amicorum Lucien Simont,* Bruylant, 2002, p. 405, spéc. p. 410 : « *Contrairement à ce qu'affirme les tenants du dogme de l'autonomie de la volonté le principe de liberté contractuelle n'est donc pas inhérent à la notion de contrat* ».

[869] **J. GHESTIN**, « Réflexions sur la liberté contractuelle et l'ordre public », *in Liber amicorum Lucien Simont,* Bruylant, 2002, p. 405, spéc. p. 416.

[870] **J. GHESTIN**, « Réflexions sur la liberté contractuelle et l'ordre public », *in Liber amicorum Lucien Simont,* Bruylant, 2002, p. 405, spéc. pp. 415-416 : « *Selon que l'idéologie dominante s'inspirera de telle ou telle définition de l'intérêt général, et particulièrement fera plus ou moins prévaloir l'intérêt public sur les intérêts particuliers, la place laissée à la liberté contractuelle sera plus ou moins importante* ».

[871] V. en ce sens : **D. MAZEAUD**, « Pour que survive la cause, en dépit de la réforme ! », *in* Dossier « Réforme du droit des contrats : le débat », *in Dr. & patr.*, 2014, n°240, p. 38 : L'auteur évoque qu'il est possible d'envisager le sens de la notion de liberté contractuelle sous différents prismes.

[872] **G. RIPERT**, *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, 2ème éd., LGDJ, 1948, p. 35 : « *Dans les époques de crise la lutte devient plus âpre ; chacun réclame la liberté pour lui-même, l'interdiction pour les autres. Les mesures légales se multiplient. Aucune n'est acceptée sans murmure. La loi n'est plus le cri du triomphe du parti vainqueur* » ; **G. TRUDEL**, « Des frontières de la liberté contractuelle », *in Problèmes de droit contemporain – Mélanges Louis Baudouin*, Presses de l'université de Montréal, 1974, p. 217, spéc. p. 219 : « *Devant cette situation et les dangers qu'elle contient, inutile d'essayer de temporiser et d'éviter le procès de cette liberté même, que l'on n'invoque en somme trop souvent que pour en refuser l'exercice au plus grand nombre* ».

[873] Une auteure semble affirmer que la survenance d'un déséquilibre dans le contrat résulte finalement d'une entrave dans la liberté du contractant subissant ce déséquilibre. **M.-A. PÉROT-MOREL**, *De l'équilibre des prestations dans la conclusion du contrat,* Imprimerie Allier, 1961, p. 13 et s.

[874] **C. OUERDANE-AUBERT DE VINCELLES**, *Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles,* Y. LEQUETTE (préf.), vol. 19, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, Dalloz, 2002, n°15, p. 27.

[875] **J.-P. CHAZAL**, *De la puissance économique en droit des obligations,* D. LEFÈBVRE (dir.), t. 1, th. dactyl., Université de Grenoble II, 1996, n°196, p. 149.

effective et à la disposition de l'ensemble des parties au contrat. Ce point de vue n'est pas nouveau et a déjà été mis en avant par FOUILLÉE dans ses réflexions.

168. « *Qui dit contractuel, dit juste* »[876], le contexte de formation du contrat oublié. – Argument favori des plus libéraux, la célèbre formule de FOUILLÉE a pourtant pu être dévoyée et extraite de son contexte[877]. Au revers des idées libérales, FOUILLÉE défendait une vision plutôt sociale du contrat. Loin d'affirmer que la liberté contractuelle est, en elle-même, un vecteur de justice dans le contrat ; reprise dans son contexte, cette citation ne considère comme juste que les contrats qui ont réellement et effectivement été librement consentis[878]. La justice dans le contrat ne peut donc être présumée que lorsque toutes les parties au contrat disposent de leur pleine liberté contractuelle. FOUILLÉE ne conçoit donc la justice qu'à travers la liberté, voire, l'effectivité de la liberté. Toutefois, si l'on prend son raisonnement *a contrario*, il ne peut y avoir de justice sans liberté. Autrement dit, « s*i le contractuel fait présumer le juste, c'est seulement lorsque le mécanisme fonctionne correctement ; lorsque ce dernier est perturbé, l'intervention de l'ordre juridique par le biais d'un principe correcteur est légitime* »[879]. Dès lors qu'il existe une distorsion entre les libertés contractuelles de chacun, le juste ne peut plus être assuré. Une position nuancée peut être apportée, en ce sens que la liberté ne conduit pas nécessairement à la justice dans le contrat[880]. L'effectivité de la liberté permet aux parties de déterminer et de construire en pleine conscience elles-mêmes leur équilibre contractuel. En

[876] **A. FOUILLÉE**, *La science sociale contemporaine*, 2ème éd., Hachette et Cie. 1885, p. 410.

[877] **L. ROLLAND**, « "Qui dit contractuel, dit juste" (Fouillée)… en trois petits bonds, à reculons », *in Revue de droit McGill*, 2006, vol. 51, p. 765 ; **J.-F. SPITZ**, « "Qui dit contractuel dit juste" : quelques remarques sur la formule d'Alfred Fouillée », *in RTD Civ.,* 2007, p. 281.

[878] **J.-F. SPITZ**, « "Qui dit contractuel dit juste" : quelques remarques sur la formule d'Alfred Fouillée », *in RTD Civ.,* 2007, p. 281 : « *À la fin du 19e siècle, Alfred Fouillée avait clairement perçu cette idée que la justice du contexte est la condition du caractère authentiquement contractuel des accords qui y sont passés, et c'est à propos de la libre circulation des marchandises que cette idée se cristallise* ». *Adde*. Les travaux D'ARISTOTE vont également dans ce sens. Il estime en effet qu'il n'est pas possible de subir une injustice lorsque le contractant s'est librement engagé : **ARISTOTE**, *Éthique à Nicomaque*, Livre V, J. TRICOT (trad.), Éditions Les Échos du Maquis, 2014, n°11 et 12. Comp. **F. CHÉNEDÉ**, *Les commutations en droit privé – Contribution à la théorie générale des obligations,* A. GHOZI (préf.), coll. Recherches Juridiques, Économica, 2008, n°258, p. 238.

[879] **F.-X. LICARI**, *Fasc. 50 : CONTRAT. – Contenu du contrat – Déséquilibre significatif du contrat*, JurisClasseur Civil Code, LexisNexis, 23 janv. 2017 (mise à jour : 29 juillet 2022), spéc. §2.

[880] **C. OUERDANE-AUBERT DE VINCELLES**, *Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles,* Y. LEQUETTE (préf.), vol. 19, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, Dalloz, 2002, n°16, p. 29 : « *le libre jeu des volontés individuelles n'aboutit pas nécessairement à un juste équilibre. Admettre la liberté, c'est admettre de mauvais choix, mais ce n'est pas parce que ces mauvais choix existent qu'il faut remettre en cause le principe. Par conséquent, reconnaître un principe de liberté ne revient pas à dire que la rencontre de deux volontés libres aboutit à un contrat nécessairement équilibré, ce que défendait la théorie classique. Affirmer la liberté des contractants signifie que la loi n'a pas à intervenir au seul prétexte d'un déséquilibre objectif : peu importe ce déséquilibre dès lors que les volontés qui ont conclu le contrat sont libres et saines* ».

définitive, l'équilibre contractuel ne pourrait être atteint que lorsque les parties disposent toutes d'une certaine liberté contractuelle, c'est-à-dire de la capacité de faire un choix en conscience[881].

169. Le droit garant de la liberté[882]. – Dans ce cas, si la volonté de l'un est restreinte, sa liberté contractuelle l'est aussi. Le droit permet donc de protéger la liberté contractuelle, mais également d'éviter qu'elle ne devienne un instrument d'oppression dès lors que l'une des parties voit la sienne limitée. Dans cette optique, « *le droit a alors un rôle à jouer pour soutenir la liberté* »[883]. Il peut même « *(re)donner son statut* [à la liberté]*, notamment en posant les limites nécessaires pour qu'elle ne soit pas un vain mot et pour que la liberté des uns s'arrête où commence celle des autres* »[884]. Plutôt que de se focaliser sur l'atteinte à la liberté contractuelle en elle-même, il faut plutôt analyser la justification de cette atteinte. Une fois la perspective inversée, l'encadrement apporté à la liberté contractuelle permet de restaurer un débat équitable et assure une certaine liberté aux deux parties[885]. La liberté contractuelle « *doit être restreinte par une réglementation impérative là où il apparaît qu'elle n'ajuste pas bien les intérêts particuliers entre eux ou qu'elle ne coordonne pas à l'intérêt général* »[886]. En rétablissant les libres volontés, le droit permet d'apporter une protection des parties faibles contre les risques d'abus et de dépendance de la partie dite forte.

170. L'importance du contexte de formation du contrat dans la détermination de la liberté. – Le contexte de formation du contrat a donc un impact déterminant sur le contrat à conclure et sur son équilibre. La justice dans le contrat, le respect de l'intérêt des parties, en

---

[881] **C. Ouerdane-Aubert de Vincelles**, *Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles,* Y. Lequette (préf.), vol. 19, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, Dalloz, 2002, n°17, pp. 29-30 : « *En effet, si l'exercice d'une volonté libre fonde l'équilibre contractuel et empêche le juge d'intervenir quand bien même l'une des parties aurait contracter à son désavantage, encore faut-il s'assurer de la réalité de cette liberté* ».

[882] **Association H. Capitant** (dir.), *Vocabulaire juridique*, 14ème éd., coll. Quadrige, PUF, 2022, V° « Liberté » : « *Situation garantie par le Droit dans laquelle chacun est maître de soi-même et exerce comme il le veut toutes ses facultés* ».

[883] **M. Fabre-Magnan**, *L'institution de la liberté*, 2ème éd., coll. Quadrige, PUF, 2023, quatrième de couverture. *Adde*. **H. Barbier**, *La liberté de prendre des risques,* J. Mestre (préf.), coll. Institut de Droit des Affaires, PUAM, 2011, n°56, p. 78 : le rôle du droit s'exprime « *par un devoir d'édiction de règles visant à donner aux individus les moyens d'exercer effectivement leur liberté* ».

[884] **M. Fabre-Magnan**, *L'institution de la liberté*, 2ème éd., coll. Quadrige, PUF, 2023, p. 42.

[885] En ce sens : **D. Deroussin**, « Le contrat à travers le Code civil des français », *in Histoire de la justice,* 2009/1, n°19, p. 247, spéc. p. 264 : « *Cela dit, en inversant la perspective, il est permis de se demander si les dispositions relatives à l'ordre public et aux bonnes mœurs, ne sont pas fondamentalement la "condition première" de la liberté des parties, plutôt que des exceptions à un principe général de liberté* ».

[886] **J. Flour, J.-L. Aubert, É. Savaux**, *Droit civil – Les obligations – L'acte juridique,* 18ème éd., coll. Université, Dalloz, 2024, n°155, p. 202. *Adde*. **D. Deroussin**, « Le contrat à travers le Code civil des français », *in Histoire de la justice,* 2009/1, n°19, p. 247, spéc. 264 : « *On remarquera, d'ailleurs, que si en principe les lois sont, en matière contractuelle, supplétives de volonté, celles qui revêtent un caractère impératif visent en général à assurer la liberté et la sincérité des volontés* ».

définitive son équilibre, peut dépendre du contexte de formation de ce dernier et de l'appréciation de la situation des parties. Autrement dit, l'existence ou l'absence d'égalité entre les parties permet de déterminer l'apport plus ou moins important d'une protection par le législateur[887].

Ainsi, une place prépondérante a été attribuée aux négociations, devenant ainsi la pierre angulaire de l'appréciation du contexte de formation du contrat[888]. À la lecture du droit positif, il semble qu'il y ait une sorte de gradation dans les protections. Selon le contexte de formation[889] et le type de contrat en cause, des régimes vont venir se superposer ou s'articuler[890] et apporter une protection graduelle. De manière synthétique, cette gradation commence par les contrats de gré à gré de droit commun, ensuite les contrats d'adhésion de droit commun, les contrats spéciaux de gré à gré, les contrats spéciaux d'adhésion et enfin les régimes protecteurs (incapables, lésion, *etc*.). Dans cette gradation, l'on part de contractants pouvant négocier librement leur contrat aux contractants pour lesquels toute négociation est impossible et enfin, les contractants présumés plus vulnérables et donc bénéficiant de la protection d'un équilibre objectif. Ainsi on passe d'une sorte de présomption d'équilibre subjectif dans le contrat pour se diriger, graduellement, vers l'exigence d'un équilibre objectif[891]. Plus le déséquilibre des parties

[887] En ce sens, Monsieur Jean-Pascal CHAZAL estime que « *la relativité de la notion de liberté est inséparable du caractère concret de l'égalité que nous avons eu l'occasion d'aborder plus haut. En effet, ce n'est qu'entre personnes égales que la liberté pourra s'exprimer sans causer d'injustice. Mais lorsque l'on est en présence de personnes de puissance économique inégale, il faudra alors veiller à ce que le droit positif érige des normes impératives afin de prévenir et sanctionner d'éventuels abus* » : **J.-P. CHAZAL**, *De la puissance économique en droit des obligations,* D. LEFÈBVRE (dir.), t. 1, th. dactyl., Université de Grenoble II, 1996, n°212, p. 160.

[888] **H. BARBIER**, « Les grands mouvements du droit commun des contrats après l'ordonnance du 10 février 2016 », *in RTD Civ.,* 2016, p. 247 : « *Le consentement a longtemps été la pierre angulaire de notre droit des contrats, traduction en acte de la liberté contractuelle. Il ne l'est plus, ou plus exclusivement du moins, voyant sa place reléguée au profit d'une autre notion qui gagne en importance, celle de négociation. Longtemps restées à la lisière du droit des contrats, les négociations précontractuelles oubliées du code civil et les renégociations durant l'exécution du contrat peu goûtées par la jurisprudence, connaissent une promotion tout à fait spectaculaire et incarnent désormais une liberté contractuelle plus pleine et effective, celle non seulement de choisir de contracter ou non et de choisir son cocontractant, mais aussi de choisir le contenu de son contrat* ».

[889] Cela renvoie à la dualisation du droit des contrats affirmée par Monsieur Thierry REVET. En effet, le contexte de formation du contrat est dorénavant déterminant et opère ainsi une dualisation du droit des contrats selon que les parties ont la possibilité de négocier leur contrat sur un même pied d'égalité ou que l'une d'elle se voit imposer le contenu contractuel. Ce phénomène se constate avec une prépondérance supplémentaire depuis la réforme de 2016 et l'intégration de la notion de contrat d'adhésion dans le droit commun : *cf. supra* n°59.

[890] C. civ., art. 1105 : « *Les contrats, qu'ils aient ou non une dénomination propre, sont soumis à des règles générales, qui sont l'objet du présent sous-titre.*
Les règles particulières à certains contrats sont établies dans les dispositions propres à chacun d'eux.
Les règles générales s'appliquent sous réserve de ces règles particulières ».
Adde. **H. BARBIER**, « Les grands mouvements du droit commun des contrats après l'ordonnance du 10 février 2016 », *in RTD Civ.,* 2016, p. 247 : L'auteur évoque des problèmes de frontière qui pourraient se poser par la suite.

[891] Pour le développement du contrôle de l'équilibre objectif : V. **F. JACOMINO**, *Le contrôle objectif de l'équilibre contractuel. Entre droit commun des contrats et droit des pratiques restrictives de concurrence,* E. MOUIAL BASSILANA (dir.), th. dactyl., Université Côte d'Azur, 2018.

s'intensifie, plus la protection s'intensifie, passant alors d'une protection minimale à une protection renforcée, puis maximale avec un principe d'équilibre objectif en valeur[892]. La politique adoptée vise avant tout à permettre aux parties de conclure leur contrat dans de bonnes conditions, leur permettant de satisfaire, chacun, leurs intérêts. Il est toutefois des cas où la seule exigence d'équilibre subjectif ne peut suffire et notamment lorsque pointent les dangers d'une relation contractuelle inégale dans laquelle il n'est pas possible de permettre à la partie faible d'intervenir dans le processus de négociation. Dans ces cas, lorsqu'un rééquilibrage de la relation ne semble pas possible, le législateur intervient avec des mécanismes de contrôle objectif de l'équilibre. Dans ces situations, le droit se satisfait de critères purement objectifs, les intérêts de l'une des parties ne pouvant être réintégrés dans le processus contractuel par des remèdes de rééquilibrage.

Selon le contexte de formation pris en compte par le législateur, il semblerait qu'il y ait des situations dans lesquelles les contractants sont présumés aptes à conclure dans leurs intérêts et d'autres situations dans lesquelles « *certains sujets de droit sont présumés incapables de défendre leurs intérêts* »[893]. « *Les contrats sont déséquilibrés car les parties ne sont pas nécessairement capables d'assurer la défense de leurs* [propres] *intérêts* »[894]. La défense des intérêts du contractant ne sera effective que si sa liberté est effective[895].

171. La relativité de la liberté contractuelle aux fins d'un meilleur équilibre contractuel. – La liberté contractuelle n'a donc de sens que si toutes les parties contractantes en ont pleinement la disposition[896] et qu'elle permet au contrat la réalisation de sa finalité. Cela

[892] Le contrôle du contenu contractuel reste, néanmoins, très encadré et limité, puisqu'il semble ne se cantonner qu'aux dispositions accessoires du contrat, et ne concerne pas la détermination de l'objet principal (sauf l'article 1170 du Code civil qui sanctionne une clause qui aurait des répercussions sur cet objet), comme cela peut être souvent mis en avant pour émettre un avis négatif sur l'équilibre du contrat. Ainsi, le droit commun rejette tout contrôle de l'équilibre des prestations principales, ce qui n'est pas le cas dans tous les droits spéciaux (exemples : droit du crédit et droit commercial). Cela nous permet de mettre en avant que la priorité du législateur ne semble donc pas de généraliser l'équilibre au sens d'une égalité des prestations, mais plutôt de parvenir à la satisfaction des intérêts en présence en exerçant un contrôle, notamment, sur des subtilités d'un contrat qu'une partie plus faible pourrait ne pas saisir. Le contrôle de l'équilibre des prestations principales reste donc exceptionnel (lésion, contrôle du taux d'intérêt d'un crédit, etc…).

[893] **V. LASBORDES**, *Les contrats déséquilibrés*, C. SAINT-ALARY-HOUIN (préf.), t. 1, PUAM, 2000, n°11, p. 32.

[894] **V. LASBORDES**, *Les contrats déséquilibrés*, C. SAINT-ALARY-HOUIN (préf.), t. 1, PUAM, 2000, n°12, p. 36.

[895] **M.-A. PÉROT-MOREL**, *De l'équilibre des prestations dans la conclusion du contrat,* Imprimerie Allier, 1961, p. 18 : « *Partant de là, on pourrait donc soutenir, à propos du problème qui nous intéresse, que celui qui se laisse exploiter par faiblesse, inconscience ou légèreté n'est jamais libre* ».

[896] **M.-A. PÉROT-MOREL**, *De l'équilibre des prestations dans la conclusion du contrat,* Imprimerie Allier, 1961, p. 16 : l'auteure affirme que « *la justice résulte de la confrontation de deux libertés* ».

implique que les parties peuvent effectuer un « *choix et choisir implique une action voulue, réfléchie et délibérée* »[897]. Or, il est des situations clairement identifiées pour lesquelles un déséquilibre entre les parties intervient, ce déséquilibre se traduit par une disparité entre les libertés de chacun menant à la supériorité de l'un sur l'autre et une liberté contractuelle fragilisée[898]. De cette disparité ressort alors une puissance de l'une des parties sur l'autre[899]. Dans ce cas, le droit intervient pour rétablir un certain équilibre entre les parties, il « *ne fait pas qu'interdire, emprisonner, ou opprimer ; il contient aussi les moyens de résister à l'oppression, de limiter les rapports de pouvoir et de domination (publics ou privés), ou encore les outils d'une justice sociale et d'une défense des plus faibles* »[900]. Ainsi les mécanismes permettant de rétablir l'équilibre dans le contrat ne sont pas inconciliables avec l'idée de liberté puisqu'ils permettent, au contraire, de la rendre efficiente[901]. Toutefois, si ces derniers mécanismes s'avèrent insuffisants ou inutiles, le droit peut également intervenir directement sur le contenu du contrat par le biais d'un contrôle objectif de l'équilibre plus ou moins important. ***La liberté contractuelle est donc fondamentale en droit des contrats, elle permet aux parties d'exprimer leurs besoins et de régir leur relation selon leurs souhaits. Elle doit rester alors le moyen privilégié pour parvenir à cet objectif d'équilibre. Toutefois, elle ne peut être absolue au risque de devenir un instrument d'oppression faisant ressurgir la puissance d'une partie au détriment d'une partie plus faible. De plus, le droit peut venir au secours de cette liberté entachée, pour, autant que faire se peut, rétablir la liberté contractuelle de chacun au même niveau.*** Une fois conclu, le contrat librement accepté devient obligatoire pour les parties et permet d'assurer la sécurité juridique de la relation contractuelle[902] et donc de réaliser l'équilibre contractuel.

---

[897] **C. OUERDANE-AUBERT DE VINCELLES**, *Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles,* Y. LEQUETTE (préf.), vol. 19, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, Dalloz, 2002, n°15, p. 27.

[898] **F. MAUME**, *Essai critique sur la protection du consentement de la partie faible en matière contractuelle,* D. HOUTCIEFF (dir.), th. dactyl., Université d'Évry-Val-d'Essonne, 2015, n°30, p. 29 : Selon Monsieur Florian MAUME, la partie faible est un « *contractant ne pouvant exercer pleinement son libre arbitre, à cause d'une situation particulière d'inégalité entre celui-ci et son cocontractant* ».

[899] **J. ROCHFELD**, « Les droits potestatifs accordés par le contrat », *in Études offertes à Jacques Ghestin, Le contrat au début du XXIe siècle*, LGDJ, 2001, p. 747, spéc. pp. 747-748 : En matière contractuelle, l'auteure définit la puissance comme *« la capacité d'imposer un sacrifice à son partenaire ou un sacrifice supplémentaire aux prestations déjà accordées, tandis que ce dernier ne peut que subir ce pouvoir, sans possibilité de revenir sur son consentement ».*

[900] **M. FABRE-MAGNAN**, *L'institution de la liberté*, 2ème éd., coll. Quadrige, PUF, 2023, p. 42.

[901] **C. OUERDANE-AUBERT DE VINCELLES**, *Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles,* Y. LEQUETTE (préf.), vol. 19, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, Dalloz, 2002, n°16, p. 28 : « *Le contrat et son équilibre ne sont que la manifestation de l'usage de cette liberté, concrétisée et extériorisée par leur volonté* ».

[902] V. en ce sens : **J.-P. CHAZAL,** « Violence économique ou abus de faiblesse ? », *in Dr. & patr.*, 2014, n°240, p. 47, spéc. p. 49 : « *Assigner au juge la mission de faire respecter le contrat quel que soit le déséquilibre*

B. <u>La force obligatoire du contrat – L'outil de sécurisation et de réalisation de l'équilibre contractuel</u>

172. « *Les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits* ». – La force obligatoire « *s'entend traditionnellement comme le principe en vertu duquel toutes les obligations stipulées par les parties s'imposent à elles, doivent être exécutées par elles, sous la contrainte éventuelle de l'autorité publique* »[903]. Issue de l'article 1103 du Code civil, la force obligatoire a pu être considérée « *comme une sorte de précepte biblique contre lequel toute solution dérogatoire serait un sacrilège* »[904]. Les mots de Monsieur Pascal ANCEL sont la résonance de la conception de la force obligatoire qui a pu être mise en avant par une large part de la doctrine, faisant également écho au comportement des juges, en retrait de la chose des parties.

173. Les implications de la force obligatoire. – Le principe de la force obligatoire traduit l'adage *pacta sunt servanda*[905], au terme duquel tout engagement contractuel doit être exécuté. Il s'agit là du respect de la parole donnée, « *l'honnête homme respecte ses engagements, non seulement parce qu'il n'a, comme on dit, "qu'une parole", mais encore parce qu'il a le souci du bien commun* »[906]. Tel qu'énoncé dans l'article 1103 du Code civil, il est difficile de déterminer les implications de ce principe[907].

---

qu'il constate reviendrait à privilégier la sécurité juridique du puissant au détriment de celle du faible. La sécurité de celui-ci serait, en effet bien mieux assuré si le juge intervenait pour imposer un rééquilibrage du contrat en faveur de celui dont la faiblesse de sa situation l'a empêché de défendre convenablement ses intérêts. Ceux qui parlent de sécurité juridique comme synonyme de respect des prévisions des parties défendent en réalité les seuls intérêts de la partie qui a pu les imposer à l'autre, notamment en rédigeant un contrat d'adhésion ».

[903] **R. CABRILLAC**, V° « Force obligatoire », *in Dictionnaire du contrat,* D. MAZEAUD, R. BOFFA, N. BLANC (dir.), coll. Les dictionnaires LGDJ, LGDJ, 2018, n°139, p. 596.

[904] **P. ANCEL**, « La force obligatoire – Jusqu'où faut-il la défendre ? », *in La nouvelle crise du contrat*, Ch. JAMIN, D. MAZEAUD (dir.), coll. Thèmes & commentaires, Dalloz, 2003, p. 163, spéc. p. 165 : Par ces termes, l'auteur n'entend pas prendre part à cette vision de la force obligatoire, au contraire : « *Tout cela* [en évoquant la bonne foi et l'équité] *interdit, à mon sens, de brandir la notion de force obligatoire, l'intangibilité, l'article 1134 comme une sorte de précepte biblique contre lequel toute solution dérogatoire serait un sacrilège* ».

[905] Pour une analyse plus approfondie de l'adage : **J. BÄRMANN**, « Pacta sunt servanda – Considérations sur l'histoire du contrat consensuel », *in RIDC,* vol. 13-1, 1961, p. 18.

[906] **A. SÉRIAUX, G. LARDEUX**, *Manuel de droit des obligations,* 5ème éd., coll. Droit fondamental, PUF, 2023, n°15, p. 34.

[907] Des auteurs soulèvent même que la rédaction de cet article ne répond pas aux objectifs de lisibilité et de prévisibilité du droit : **J. FLOUR, J.-L. AUBERT, É. SAVAUX**, *Droit civil – Les obligations – L'acte juridique,* 18ème éd., coll. Université, Dalloz, 2024, n°184, p. 238 : « *En raison de son laconisme, l'article 1103 ne répond pas aux objectifs d'"accessibilité" et de "lisibilité" du droit des contrats affichés par les rédacteurs de l'ordonnance* ».

L'une des implications du principe de la force obligatoire découle de la lecture de l'article 1193 du Code civil[908], qui pose la règle de l'irrévocabilité du contrat. Ce dernier est obligatoire et doit être exécuté fidèlement jusqu'à son terme[909].

L'autre relève de l'intangibilité du contrat, autrement dit, il n'est possible de modifier le contenu contractuel que du seul accord des parties[910]. Les parties ne peuvent donc pas, en principe, modifier unilatéralement le contrat. En outre, l'intangibilité est porteuse de conséquences vis-à-vis du rôle du juge, il ne peut s'immiscer dans la chose des parties et doit limiter « *son interprétation à la commune intention des parties, sans considérer d'autres éléments tels que le contexte économique, social ou politique* »[911].

174. Porteur de sécurité juridique[912], le principe de la force obligatoire a pu être appliqué de manière rigide, emportant pour conséquence l'exclusion de l'exécution successive du contrat et par la même l'exclusion du maintien de l'équilibre conjoncturel (**1**). Avec le temps, cette conception rigide a été renouvelée, intégrant une certaine souplesse et notamment intégrant les effets du temps sur le contrat (**2**).

1. L'interprétation rigide de la force obligatoire, une conciliation restreinte avec l'équilibre contractuel

175. La force obligatoire ou la force cristallisante du contrat. – L'irrévocabilité et l'intangibilité qu'implique la force obligatoire ont renforcé la vision statique du contrat, en d'autres termes, un contrat synallagmatique instantané, modèle du régime du droit des contrats de 1804. En résumé, « *une fois conclu, le contrat apparaît comme une création statique s'imposant aux parties, à la volonté desquelles il échappe désormais, s'imposant au juge, en principe impuissant à le modifier, et au législateur dont la loi nouvelle ne peut produire sur lui aucun effet* »[913]. Le principe de la force obligatoire est ainsi le reflet de la sécurité dans le

[908] C. civ., art. 1193 : « *Les contrats ne peuvent être modifiés ou révoqués que du consentement mutuel des parties, ou pour les causes que la loi autorise* ».

[909] **M. Latina**, V° « Contrat : généralités – Principes directeurs du droit des contrats », *in Rép. Civ*., Dalloz, mai 2017 (actu. avril 2023), spéc. n°130.

[910] C. civ., art. 1193 : « *Les contrats ne peuvent être modifiés ou révoqués que du consentement mutuel des parties, ou pour les causes que la loi autorise* ».

[911] **A.-S. Lavefve Laborderie**, *La pérennité contractuelle,* C. Thibierge (préf.), t. 447, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2005, n°267, p. 161.

[912] **R. Cabrillac**, V° « Force obligatoire », *in Dictionnaire du contrat,* D. Mazeaud, R. Boffa, N. Blanc (dir.), coll. Les dictionnaires LGDJ, LGDJ, 2018, n°139, p. 596 : « *Le principe de la force obligatoire est indispensable à la sécurité juridique sur laquelle reposent la pertinence et l'efficacité du contrat* ».

[913] **C. Thibierge-Guelfucci**, « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », *in RTD Civ.* 1997, p. 357, spéc. n°5.

contrat. Il s'agit de maintenir les prévisions contractuelles et de les soustraire à tout risque de modification ou d'interprétation contraire aux volontés initiales. La sécurité juridique rimerait ici avec l'intangibilité des conventions. Il s'agit également d'un principe naturel découlant du respect de la parole donnée[914]. Il permet ainsi de protéger et d'instiguer la confiance entre les cocontractants[915]. Cette interprétation de la force obligatoire trouve également son origine dans une vision libérale et individuelle du contrat[916]. Les effets du temps et le contexte dans lequel évoluait le contrat n'étaient pas pris en compte. Ainsi, seules les parties restaient maîtres de leur contrat et aucune immixtion ne devait être rendue possible ni de la part du juge ni de la part du législateur. Cette approche traditionnelle du contrat « *pousse à l'extrême cette logique de cristallisation du contrat qui, une fois conclu, devient irrévocable* »[917].

176. La force obligatoire, vecteur d'efficacité du contrat. – Rendant obligatoire l'exécution de ce dernier, il tend à réaliser l'équilibre contractuel déterminé par les parties et donc à satisfaire les différents intérêts contractuels. Le droit des contrats privilégie la sécurité contractuelle « *comprise comme le maintien de l'acte dans son état initial, grâce à l'immutabilité des termes* »[918]. Si elle permet de favoriser l'équilibre structurel, elle exclut en revanche toute prise en compte du temps sur le contrat[919].

---

[914] **A. SÉRIAUX, G. LARDEUX**, *Manuel de droit des obligations,* 5ème éd., coll. Droit fondamental, PUF, 2023, n°15, p. 34.

[915] **Ch. JAMIN**, « Révision et intangibilité du contrat ou la double philosophie de l'article 1134 du Code civil », *in* Dossier « Que reste-t-il de l'intangibilité du contrat », *in Dr. & patr.*, 1998, n°48, p. 46, spéc. p. 51 : à propos de l'article 1134 du Code civil et de ses fondements politiques, l'auteur affirme que « *La Révolution ayant brisé la confiance que les citoyens pouvaient avoir les uns envers les autres, il a fallu tenir les êtres faibles (ou qu'ils étaient devenus) par la pointe aiguisée d'un article qui devait les contraindre à respecter leurs engagements, sans trahir et quel qu'en soit le prix* » ; **M. FABRE-MAGNAN**, *Droit des obligations,* t. 1, *Contrat et engagement unilatéral*, 7ème éd., coll. Thémis, PUF, 2024, n°134, p. 117 : « *une société dans laquelle les parties ne pourraient pas poursuivre l'exécution forcée des contrats devant les tribunaux ne serait pas viable bien longtemps, au sens anthropologique du terme. Plus personne ne pourrait faire confiance à l'autre*, […] » ; **D. GALBOIS-LEHALLE**, *La notion de contrat : esquisse d'une théorie*, Y. LEQUETTE (préf.), t. 603, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2020, n°553, p. 321 : C'est « *parce que le droit assure le respect des conventions légalement formées qu'un contractant peut légitimement avoir confiance dans la promesse ou s'attendre légitimement à ce que le contrat soit déclaré obligatoire* ».

[916] *Cf. supra* n°75.

[917] **C. THIBIERGE-GUELFUCCI**, « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », *in RTD Civ.* 1997, p. 357, spéc. n°6. *Adde*. **G. PAISANT**, « Introduction », *in* Dossier « Que reste-t-il du principe d'intangibilité du contrat », *in Dr. & patr.*, 1998, n°48, p. 42, spéc., p. 43 : L'auteur affirme que cette conception de l'intangibilité du contrat « *se présente comme une citadelle imprenable, sauf du consentement de ceux-là même qui l'ont édifiée* ».

[918] **C. THIBIERGE-GUELFUCCI**, « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », *in RTD Civ.* 1997, p. 357, spéc. n°6.

[919] **F. OST,** « Temps et contrat - critique du pacte faustien », *in Annales de Droit de Louvain : Revue trimestrielle,* vol. 59, 1999, n°1-2, p. 17.

177. Une interprétation rigide, excluant les effets du temps. – Cette interprétation de la force obligatoire a longtemps été respectée scrupuleusement. L'illustration phare est le rejet constant de l'imprévision jusqu'à la réforme. Dans le célèbre arrêt *canal de Craponne*[920], les juges décident de rejeter toute possibilité pour le juge de modifier un contrat en cas d'imprévision sur le fondement de la force obligatoire. La Cour de cassation estimait, en effet, que la règle posée à l'ancien article 1134 du Code civil était générale et absolue, elle s'appliquait donc à tous les contrats, y compris les contrats à exécution successive. Elle conclut ainsi « *que, dans aucun cas, il n'appartient aux tribunaux, quelque équitable que puisse paraître leur décision de prendre en considération le temps et les circonstances pour modifier les conventions des parties et substituer des clauses nouvelles à celles qui ont été librement acceptées par les contractants* »[921]. Cependant, ce raisonnement supposait que les parties aient « *entendu courir le risque de devoir se ruiner pour exécuter leur engagement paraît tenir moins d'une hypothétique volonté des parties, que d'une révérence faite au devoir du respect de la parole donnée* »[922]. Cette solution s'explique néanmoins, selon certains auteurs, car les juges craignaient la mauvaise foi d'un contractant voulant se dérober de ses obligations ou encore la crainte de l'arbitraire du juge qui viendrait fragiliser la sécurité juridique du contrat[923]. En outre, l'argument selon lequel les parties gardent la maîtrise de leur contrat a pu être avancé. En effet, si le juge ou le législateur ne peuvent intervenir, il n'en demeure pas moins que les parties peuvent d'un commun accord modifier ou mettre fin à leur contrat en cours d'exécution dès lors qu'un événement bouleverse leurs prévisions contractuelles[924]. Selon certains auteurs, « *en droit français, la révision du contrat est l'œuvre non du juge, mais des parties, lesquelles opérant selon des modalités préétablies démontrent ainsi qu'elles sont capables*

[920] Civ. 6 mars 1876 : *D.,* 1876, p. 193, note GIBOULOT ; *GAJC,* t. 2, 13ème éd., n°165 ; *GDJC*, décision n°66.

[921] Civ. 6 mars 1876 : *D.,* 1876, p. 193, note GIBOULOT ; *GAJC,* t. 2, 13ème éd., n°165 ; *GDJC*, décision n°66.

[922] **H. BARBIER**, *La liberté de prendre des risques,* J. MESTRE (préf.), coll. Institut de Droit des Affaires, PUAM, 2011, n°398, p. 367.

[923] **H. CAPITANT, F. TERRÉ, Y. LEQUETTE**, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t. 2, *Obligations, Contrats spéciaux, Sûretés,* 13ème éd., coll. Grands arrêts, Dalloz, 2015, n°4, p. 178.

[924] **H. CAPITANT, F. TERRÉ, Y. LEQUETTE**, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t. 2, *Obligations, Contrats spéciaux, Sûretés,* 13ème éd., coll. Grands arrêts, Dalloz, 2015, n°8, p. 181 : « *En refusant la révision judiciaire pour imprévision, les hauts magistrat français considèrent qu'il revient aux contractants eux-mêmes de se prendre en charge et de mettre en place au sein de leur contrat les moyens juridiques qui permettront son adaptation, conformément à l'idée que "contracter, c'est prévoir"* ». *Adde*. **C. THIBIERGE-GUELFUCCI**, « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », *in RTD Civ.* 1997, p. 357, spéc. n°6 : « *Certes, comme toute relation, celle issue du contrat comportait déjà une part d'aléatoire, d'imprévisible, mais le droit commun n'acceptait de la prendre en compte que dans les hypothèses les plus extrêmes de force majeure, par la théorie des risques, laissant aux parties le soin de prévoir elles-mêmes les autres éventualités, grâce notamment aux clauses d'adaptation* » ; **Ch. JAMIN**, « Révision et intangibilité du contrat ou la double philosophie de l'article 1134 du Code civil », *in* Dossier « Que reste-t-il de l'intangibilité du contrat », *in Dr. & patr.*, 1998, n°48, p. 46, spéc. p. 47 : « *Ce que la volonté a fait, fût-ce avec le concours du droit objectif, elle peut bien le défaire ou l'aménager* ».

d'anticipation »[925]. Seules les parties peuvent donc modifier conjointement le contenu contractuel[926], ce qui peut être à l'origine de situations de blocage[927].

178. L'exclusion de toute intervention en cas de déséquilibre conjoncturel. – L'exclusion de l'intervention du juge dans le contrat implique indirectement une exclusion de la prise en compte des déséquilibres conjoncturels pouvant se présenter. Plus particulièrement, cette exclusion présente des difficultés lorsque des situations de blocage se présentent dans lesquelles l'une des parties subit le déséquilibre conjoncturel sans pouvoir y remédier, faute d'accord de son cocontractant.

Toutefois, une nouvelle lecture de ce principe démontre que l'imprévision ne s'oppose pas nécessairement à la force obligatoire du contrat, et par voie de conséquence, n'emporte pas de risque pour la sécurité juridique du contrat. À ce titre, Monsieur Louis THIBIERGE, dans sa thèse, s'est efforcé d'établir « *qu'il n'existe aucune opposition entre la théorie de l'imprévision et la force obligatoire des conventions. Il ne s'agit en aucun cas de déroger au respect de la parole donnée, mais simplement d'allouer les conséquences d'un événement échappant aux prévisions contractuelles* »[928]. Il s'agit là d'une « *interprétation pétrifiante* » de la force obligatoire qui aurait été confondue avec l'intangibilité[929]. De plus, cette vision des choses a sans doute été

---

[925] **H. CAPITANT, F. TERRÉ, Y. LEQUETTE, F. CHÉNEDÉ**, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t. 2, *Obligations, Contrats spéciaux, Sûretés,* 13ème éd., coll. Grands arrêts, Dalloz, 2015, n°8, p. 182.

[926] V. not. Cass. Civ. 3ème, 18 mars 2009, n°07-21.260 : *Bull. civ.* III, n° 64 ; *D.*, 2009, p. 950, obs. Y. ROUQUET ; *RTD Civ.*, 2009, p. 528, note B. FAGES ; *D.,* 2010, p. 1168, N. DAMAS, *AJDI*, 2009, p. 611, obs. C. DREVEAU ; *LEDC*, 2009, n°5, p. 7, note A.-C. MULLER ; *Loyers et copr.*, 2009, n°5, comm. 115, com. B. VIAL-PEDROLETTI ; *JCP G.*, 2009, n°18, IV, 1686, p. 32 : « *Attendu que pour déclarer recevable la demande de conversion de l'obligation de surveillance du bailleur en équivalent de loyer, la cour d'appel retient qu'il résulte des clauses du bail que la mise à disposition du logement avait pour contrepartie le versement par la locataire d'une somme en espèces et l'exécution par elle d'une obligation de faire, que si le contrat n'a pas prévu expressément le versement d'un complément de loyer dans le cas où l'obligation de surveillance ne serait plus possible, il convient, pour respecter l'équilibre contractuel, s' agissant d'un contrat à exécution successive, de substituer à l'obligation de surveillance, devenue impossible par suite du décès du bailleur, une obligation financière équivalente ;*
Qu'en statuant ainsi, alors que le bail ne comportait aucune clause prévoyant la modification des modalités d'exécution du contrat, la cour d'appel a violé le texte sus-visé ».

[927] **R. BOFFA, B. HAFTEL, Ph. CHAUVIRÉ, *al.***, *Les grandes décisions de la jurisprudence civile*, coll. Thémis, PUF, 2024, décision n°66, p. 422 et s., spéc. n°7, p. 427 : « *Cependant, ces précautions n'ont pas suffi à dissiper toutes les difficultés, d'une part parce que les parties moins précautionneuses ont pu omettre de prévoir des soupapes contractuelles de sécurité, d'autre part parce qu'il est vain d'espérer que les parties prévoient… l'imprévisible* ».

[928] **L. THIBIERGE**, *Le contrat face à l'imprévu,* L. AYNÈS (préf.), coll. Recherches Juridiques, Économica, 2011, n°6, p. 6.

[929] **J.-P. CHAZAL**, « Tout n'est-il pas contractuel dans le contrat ? », *in RDC,* 2004, n°2, p. 237. *Adde*. **J.-P. CHAZAL**, « Les nouveaux devoirs des contractants – Est-on allé trop loin ? », *in La nouvelle crise du contrat,* Ch. JAMIN, D. MAZEAUD (dir.), coll. Thèmes & commentaires, Dalloz, 2003, p. 99, spéc. p. 123 et s.

influencée par l'autonomie de la volonté[930], alors pourtant que des limites au principe de la force obligatoire existaient dès 1804[931]. En outre, un auteur estime qu'un tel refus d'intervenir dans la chose des parties peut être « *fâcheux* »[932] puisqu'il « *émane de celui qui occupe la fonction idoine pour garantir la survie du contrat* »[933]. Une dissociation entre les notions d'intangibilité et de force obligatoire est donc devenue nécessaire pour assouplir cette interprétation cristallisante de la force obligatoire fondée essentiellement sur la conception libérale et individualiste du contrat[934].

2. L'interprétation renouvelée de la force obligatoire – Une meilleure conciliation avec l'équilibre contractuel

179. Évolution de la force obligatoire et de son rôle. – Véritable enjeu, il était devenu nécessaire de sortir le contrat conclu de sa boule de cristal[935] afin qu'il puisse être appréhendé dans le contexte dans lequel il évolue. Une majeure partie de la doctrine était favorable à une telle évolution, exprimant le fait que le contrat, certes, chose des parties, se devait d'être « *une garantie contre l'avenir* » et non « *un pari sur l'avenir* »[936]. En effet, le contrat est un acte de prévision[937] dans lequel « *les parties s'assureraient une emprise sur le temps* »[938] et dans lequel elles devraient assumer les risques inhérents à l'exécution de leur contrat[939]. En revanche, dès

[930] **P. LEMAY**, *Le principe de la force obligatoire du contrat à l'épreuve du développement de l'unilatéralisme,* S. CHASSAGNARD-PINET (préf.), coll. Bibliothèque des thèses, Mare & Martin, 2014, n^os^ 130 et s., p. 201 et s.

[931] **G. PAISANT**, « Introduction », *in* Dossier « Que reste-t-il du principe d'intangibilité du contrat », *in Dr. & patr.,* 1998, n°48, p. 42, spéc. p. 43.

[932] **L. GRYNBAUM**, *Le contrat contingent – L'adaptation du contrat par le juge sur habilitation du législateur,* M. GOBERT (préf.), t. 389, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2004, n°23, p. 23.

[933] **L. GRYNBAUM**, *Le contrat contingent – L'adaptation du contrat par le juge sur habilitation du législateur,* M. GOBERT (préf.), t. 389, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2004, n°23, p. 23.

[934] **P. LEMAY**, *Le principe de la force obligatoire du contrat à l'épreuve du développement de l'unilatéralisme,* S. CHASSAGNARD-PINET (préf.), coll. Bibliothèque des thèses, Mare & Martin, 2014, n^os^ 78 et s., p. 143 et s.

[935] Dans le même sens, une auteure compare le contrat à une bulle : **C. THIBIERGE-GUELFUCCI**, « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », *in RTD Civ.* 1997, p. 357, spéc. n°7.

[936] **Ph. STOFFEL-MUNCK**, *Regards sur la théorie de l'imprévision, vers une souplesse contractuelle en droit privé français contemporain*, R. BOUT (préf.), PUAM, 1994, n°103, p. 72. *Adde.* **C. THIBIERGE-GUELFUCCI**, « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », *in RTD Civ.* 1997, p. 357 ; **Ch. JAMIN**, « Révision et intangibilité du contrat ou la double philosophie de l'article 1134 du Code civil », *in* Dossier « Que reste-t-il de l'intangibilité du contrat », *in Dr. & patr.*, 1998, n°48, p. 46, spéc. p. 52 : « *Cette double construction de la réalité – à partir de la vente et d'une conception abstraite du temps – ne peut plus être la nôtre* ». *Contra*. **L. JOSSERAND,** « Aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrats », *in RTD Civ.,* 1937, p. 6, spéc., n°18.

[937] **H. LÉCUYER**, « Le contrat, acte de prévision », *in Mélanges en hommage à François Terré, L'avenir du droit*, coll. Études, Mélanges, Travaux, Dalloz, 1999, p. 643.

[938] **G. CHANTEPIE**, V° « Contrat : effet – Contenu du contrat », *in Rép. civ.*, Dalloz, janv. 2018 (actu. oct. 2024), spéc. n°58.

[939] **H. BARBIER**, *La liberté de prendre des risques,* J. MESTRE (préf.), coll. Institut de Droit des Affaires, PUAM, 2011. *Adde*. **F. OST,** « Temps et contrat - critique du pacte faustien », *in Annales de Droit de Louvain :*

lors que surgit un imprévu[940], pour lequel il n'était pas possible pour les parties d'anticiper les risques, la force obligatoire ne doit pas aboutir à figer le contrat[941]. Au contraire, il est nécessaire de débloquer des situations en vue de rétablir l'exécution du contrat et permettre ainsi aux parties de réaliser leurs intérêts contractuels et donc de les satisfaire. Monsieur Christophe JAMIN ajoute, cependant, que la révision judiciaire ne doit être admise que dans certaines situations pour éviter de « *détruire à long terme la confiance que les parties ont dans l'institution contractuelle* »[942]. À ce titre, il propose de n'admettre la révision judiciaire que dans le cas où « *la modification du coût du contrat est sur le point de ruiner le débiteur, ne serait-ce que parce que sa ruine est susceptible de mettre un terme au contrat* »[943]. Il estime donc, par exemple, qu'elle ne doit pas être admise « *lorsque le fournisseur est assuré, ou quand le contrat ne représente qu'une très faible part de son chiffre d'affaires* »[944]. L'intervention du juge dans le contrat semble donc importante dans les situations dans lesquelles l'une des parties subit des conséquences excessives de ce déséquilibre contractuel et ne peut en sortir faute d'accord de son cocontractant.

En outre, l'évolution de l'usage de l'outil contractuel développant les contrats de longue durée a permis d'introduire la notion de pérennité en matière contractuelle. La pérennité contractuelle apparaît comme une préoccupation, voire un impératif, du droit des contrats dans la doctrine de la fin du XX^e^ siècle[945]. De plus en plus présent, le phénomène de pérennité

Revue trimestrielle, vol. 59, 1999, n°1-2, p. 17, spéc. p. 26 : « *La règle du jeu contractuel est précisément que les contractants, ou l'un d'eux, assument cette part inévitable de risque que comporte le futur* ».

[940] **L. THIBIERGE**, *Le contrat face à l'imprévu,* L. AYNÈS (préf.), coll. Recherches Juridiques, Économica, 2011, n°36, p. 26 : L'auteur établi une distinction entre l'imprévu et l'incertain. « *Le premier désigne un événement que les parties n'ont pas considéré lors de la formation du contrat. Étranger à la conscience des parties, il est également étranger au champ des stipulations contractuelles. À l'inverse, l'événement incertain a fait l'objet d'une réflexion. C'est au regard d'un risque ou d'une opportunité favorable, mais en tout hypothèse aléatoire, que les parties se sont engagées* ».

[941] Un auteur a d'ailleurs mis en avant l'impossibilité pour les parties de tout prévoir dans leur contrat et évoque à ce titre l'incomplétude des contrats : V. en ce sens **E. PUTMAN**, « L'introuvable contrat complet », *in RRJ - Cahiers de méthodologie juridique*, 2008-5, p. 2477. *Adde*. **E. MACKAAY, S. ROUSSEAU, P. LAROUCHE et *al*.,** *Analyse économique du droit*, 3ème éd., coll. Méthodes du droit, Dalloz, 2021, n^os^ 1173 et s., p. 389 et s.

[942] **Ch. JAMIN**, « Révision et intangibilité du contrat ou la double philosophie de l'article 1134 du Code civil », *in* Dossier « Que reste-t-il de l'intangibilité du contrat », *in Dr. & patr.*, 1998, n°48, p. 46, spéc. p. 53.

[943] **Ch. JAMIN**, « Révision et intangibilité du contrat ou la double philosophie de l'article 1134 du Code civil », *in* Dossier « Que reste-t-il de l'intangibilité du contrat », *in Dr. & patr.*, 1998, n°48, p. 46, spéc. p. 53.

[944] **Ch. JAMIN**, « Révision et intangibilité du contrat ou la double philosophie de l'article 1134 du Code civil », *in* Dossier « Que reste-t-il de l'intangibilité du contrat », *in Dr. & patr.*, 1998, n°48, p. 46, spéc. p. 53.

[945] **A. GHOZI**, *La modification de l'obligation par la volonté des parties : étude de droit civil français,* D. TALLON (préf.), t. 166, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 1980, n°12, p. 4 ; **J. MESTRE**, « L'évolution du contrat en droit privé français », *in L'évolution contemporaine du Droit des contrats – Journées René Savatier,* PUF, 1985, p. 41, spéc. p. 56 et s. : l'auteur évoque en particulier que « *se multiplient de nos jours les illustrations de cet impératif de pérennité contractuelle* » ; **J. MESTRE**, « Du souci de pérennité contractuelle », *in RTD Civ.*, 1990, p. 653.

contractuelle s'insère dans les réflexions portant sur le droit des contrats[946]. Elle permet de ne pas figer « *le contrat hors du temps et permet son adaptation* »[947] avec pour objectif une « *plus grande efficacité du contrat* »[948]. De nombreux exemples peuvent être cités, notamment l'essor de la sanction du réputé non écrit, la technique de la substitution, la technique de la régularisation de l'acte juridique entaché de nullité, la suspension contractuelle, la nullité partielle, *etc*. Il existe ainsi de nombreux exemples pour lesquels « *la survie de l'acte régularisé, réparé, révisé, modifié, adapté, expurgé, suspendu, prévaut sur son anéantissement pur et simple* »[949]. Il est donc nécessaire de cerner le phénomène.

180. La pérennité contractuelle, une condition d'efficacité du contrat. – Les caractéristiques de la pérennité contractuelle « *se concentrent principalement sur la durée de la convention confrontée à l'écoulement du temps* »[950]. Autrement dit, ce phénomène permet d'insérer le contrat dans le temps et place au premier plan l'impératif de stabilité qui permet sa réalisation effective[951]. Dans sa thèse, Madame Anne-Sophie LAVEFVE LABORDERIE met en lumière la double dimension attachée au phénomène de pérennité contractuelle. D'une part, elle constate une dimension qualitative[952]. Dans cette optique, « *la pérennité contractuelle ne se concrétise pas uniquement dans la longue durée du contrat ; elle se manifeste grâce à l'exécution efficace de la convention* »[953]. D'autre part, une dimension quantitative est observée. Il s'agit d'un « *phénomène d'origine conventionnelle qui se réalise grâce à une appréhension à la fois étendue et souple de la durée de la convention* »[954]. En ce sens, la durée

[946] Une thèse a été consacrée à la notion : **A.-S. LAVEFVE LABORDERIE**, *La pérennité contractuelle,* C. THIBIERGE (préf.), t. 447, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2005.

[947] **P. LEMAY**, *Le principe de la force obligatoire du contrat à l'épreuve du développement de l'unilatéralisme,* S. CHASSAGNARD-PINET (préf.), coll. Bibliothèque des thèses, Mare & Martin, 2014, n°199, p. 285 : « *à l'inverse de l'intangibilité du contrat ou du respect absolu de la parole donnée, ne fige pas le contrat hors du temps et permet son adaptation* ».

[948] **D. MAZEAUD**, « La révision du contrat », *in LPA,* 2005, n°129, p. 4.

[949] **C. THIBIERGE-GUELFUCCI**, « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », *in RTD Civ.* 1997, p. 357, spéc. n°7.

[950] **A.-S. LAVEFVE LABORDERIE**, *La pérennité contractuelle,* C. THIBIERGE (préf.), t. 447, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2005, n°143, p. 86.

[951] **A.-S. LAVEFVE LABORDERIE**, *La pérennité contractuelle,* C. THIBIERGE (préf.), t. 447, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2005, n°18, p. 13 : « *La pérennité contractuelle conduit à une réflexion sur la tension qui existe entre la nécessaire stabilité du contrat et sa non moins nécessaire continuité dans le temps* ».

[952] **A.-S. LAVEFVE LABORDERIE**, *La pérennité contractuelle,* C. THIBIERGE (préf.), t. 447, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2005, n°233, p. 141.

[953] **A.-S. LAVEFVE LABORDERIE**, *La pérennité contractuelle,* C. THIBIERGE (préf.), t. 447, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2005, n°127, p. 78.

[954] **A.-S. LAVEFVE LABORDERIE**, *La pérennité contractuelle,* C. THIBIERGE (préf.), t. 447, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2005, n°232, p. 141.

du contrat relève de la maîtrise des parties au contrat en vertu de la liberté contractuelle. La seule limite se trouve dans l'interdiction des conventions perpétuelles.

En outre, la pérennité contractuelle présente une double utilité. Elle est à la fois un impératif économique, mais également un impératif moral. En tant qu'impératif économique, la pérennité contractuelle se traduit comme « *la nécessité d'appréhender le contrat de longue durée comme un bien qui doit pouvoir se maintenir durablement et efficacement dans son environnement économique* »[955]. L'impératif moral de la pérennité contractuelle se traduit, quant à la lui, par « *la nécessité d'appréhender le contrat comme un lien qui doit construire entre les éventuelles parties les bases d'une confiance mutuelle, qui elle-même se prolonge et se renforce par la suite entre les contractants durant l'exécution de leur convention* »[956].

La pérennité contractuelle permet donc d'« *appréhender la convention au regard de son utilité durable* »[957]. Le contrat doit ainsi être durable et efficace, à cette fin, il doit être en adéquation avec son environnement économique et social[958]. De ce fait, la pérennité contractuelle permet au contrat de longue durée d'assurer ce pour quoi il a été conclu et donc de s'exécuter correctement et efficacement[959]. Cela tient non seulement à sa stabilité jusqu'à la fin de son exécution, mais également à la mise en œuvre de tous les moyens pour sa sauvegarde évitant ainsi toute rupture du lien contractuel ou toute inexécution.

181. La force obligatoire, un élément indispensable pour l'équilibre contractuel. – L'assouplissement de la force obligatoire ne signifie pas que le contrat devient une source d'instabilité. Au contraire. Il s'agit d'un moyen d'éviter toute rupture du lien contractuel[960].

---

[955] **A.-S. LAVEFVE LABORDERIE**, *La pérennité contractuelle,* C. THIBIERGE (préf.), t. 447, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2005, n°447, p. 251.

[956] **A.-S. LAVEFVE LABORDERIE**, *La pérennité contractuelle,* C. THIBIERGE (préf.), t. 447, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2005, n°534, p. 299.

[957] **A.-S. LAVEFVE LABORDERIE**, *La pérennité contractuelle,* C. THIBIERGE (préf.), t. 447, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2005, n°239, p. 145.

[958] **A.-S. LAVEFVE LABORDERIE**, *La pérennité contractuelle,* C. THIBIERGE (préf.), t. 447, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2005, n°536, p. 302.

[959] **L. GRYNBAUM**, *Le contrat contingent – L'adaptation du contrat par le juge sur habilitation du législateur,* M. GOBERT (préf.), t. 389, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2004, n°39, p. 36 : « *Un contrat efficace suppose qu'il s'inscrive dans la durée afin d'atteindre l'objectif pour lequel il a été conclu* » ; **D. MAZEAUD**, « La révision du contrat », *in LPA*, 2005, n°129, p. 4, spéc. n°6 : « *Au fond, l'une comme l'autre s'inscrivent dans la perspective d'une plus grande efficacité du contrat dont l'exécution recherchée est inconciliable, non seulement avec les déséquilibres contractuels excessifs intervenus ab initio ou survenus a posteriori, qui conduisent fatalement à une rupture du lien contractuel, mais encore avec une politique de sanctions trop fruste et dénuée de nuance. Dans cette perspective, la révision apparaît alors comme un facteur de stabilité, de continuité, dans la mesure où elle seule permet de sauver un contrat promis, dans une vision classique, à une disparition certaine* ».

[960] **G. PAISANT**, « Introduction », *in* Dossier « Que reste-t-il du principe d'intangibilité du contrat », *in Dr. & patr.,* 1998, n°48, p. 42, spéc., p. 44 ; **F. OST,** « Temps et contrat - critique du pacte faustien », *in Annales de*

Cette évolution de la force obligatoire permet une réelle conciliation avec l'objectif d'équilibre contractuel, sans pour autant ébranler le principe de sécurité juridique[961]. D'une part, ce principe de force obligatoire permet d'apporter la sécurité juridique dans les contrats, en ce sens, qu'il devient un véritable lien de droit dont l'exécution est rendue obligatoire[962]. Cette sécurité permet d'apporter une confiance dans la relation contractuelle[963]. Ce lien obligatoire permet d'aboutir à la « *finalité satisfactoire du contrat* »[964], tout en veillant à ce qu'il soit conforme vis-à-vis de l'ordre normatif dans lequel il s'insère[965]. D'autre part, prenant en compte le contexte dans lequel évolue le contrat, la force obligatoire en garantit une plus grande pérennité et devient un « *moyen d'assurer le maintien et la survie de ce dernier en accord avec les exigences de bonne foi et de justice contractuelles* »[966]. En d'autres termes, la force obligatoire permet la réalisation de l'équilibre contractuel. Le contrat n'est donc obligatoire que dans la mesure du raisonnable et en cas de conflit ou de survenance d'un événement bouleversant l'équilibre initial, des moyens juridiques sont mis en œuvre pour parvenir au maintien de ce contrat. ***Associée à la pérennité contractuelle, la force obligatoire permet d'appréhender la vie du contrat dans le temps et ainsi de garantir la réalisation du contrat, et par voie de conséquence l'équilibre contractuel***[967]. Un lien doit donc être établi entre « *la viabilité du*

Droit de Louvain : Revue trimestrielle, vol. 59, 1999, n°1-2, p. 17, spéc. p. 29 : « *Cette flexibilité accrue du contrat, loin d'accuser sa vulnérabilité, lui confère une plus grande capacité d'adaptation et donc des chances plus élevées de survivre aux aléas des circonstances* » ; **P. ANCEL**, « Le renouveau de la force obligatoire du contrat : rapport de synthèse », *in RDC*, 2024, n°4, p. 127 : « *Ce qui est vrai, en revanche, c'est que, au-delà de ce noyau, la force obligatoire est susceptible de plus ou de moins, elle ne constitue pas un principe absolu, et on peut admettre que, pour satisfaire à l'équilibre des intérêts en présence, le droit apporte des limites à la force obligatoire, en permettant aux parties, dans certaines circonstances, de se retirer du contrat ou de le modifier, en permettant au juge, aussi, de tempérer la rigueur de la loi contractuelle* ».

[961] **V. LASBORDES**, *Les contrats déséquilibrés*, C. SAINT-ALARY HOUIN (préf.), t. 2, coll. Institut de Droit des Affaires, PUAM, 2000, n°426, p. 389 : « *C'est au nom de la sécurité juridique que la survie du lien contractuel doit être assurée* ».

[962] **A.-S. DUPRÉ-DALLEMAGNE**, *La force contraignante du rapport d'obligation (Recherche sur la notion d'obligation)*, Ph. DELEBECQUE (préf.), coll. Institut de Droit des Affaires, PUAM, 2004, n°85, p. 99 : « *L'effet obligatoire résultant de l'accord de volonté implique que la volonté n'est pas seulement source de droit, mais aussi source d'un droit* », obtenir l'exécution du contrat.

[963] **D. DEROUSSIN**, « Le contrat à travers le Code civil des français », *in Histoire de la justice,* 2009/1, n°19, p. 247, spéc. p. 256 : Monsieur David DEROUSSIN affirme que l'ancien article 1134 du Code civil a une « *vertu civilisatrice* ».

[964] **H. JUILLET-REGIS**, *La force obligatoire du contrat – Réflexion sur l'intérêt au contrat*, B. TEYSSIÉ (dir.), th. dactyl., Université de Paris Panthéon-Assas, 2015, n°286 ; p. 186.

[965] **H. JUILLET-REGIS**, *La force obligatoire du contrat – Réflexion sur l'intérêt au contrat*, B. TEYSSIÉ (dir.), th. dactyl., Université de Paris Panthéon-Assas, 2015, n°366, p. 240.

[966] **G. PAISANT**, « Introduction », *in* Dossier « Que reste-t-il du principe d'intangibilité du contrat », *in Dr. & patr.*, 1998, n°48, p. 42, spéc., p. 44. *Adde*. **Ch. JAMIN**, « Révision et intangibilité du contrat ou la double philosophie de l'article 1134 du Code civil », *in* Dossier « Que reste-t-il de l'intangibilité du contrat », *in Dr. & patr.*, 1998, n°48, p. 46, spéc. p. 49 : « *La façon dont nous percevons aujourd'hui la bonne foi nous incline au contraire à penser qu'elle justifie la modification du contrat au cours de son exécution* ».

[967] **J. CARBONNIER**, « Introduction », *in L'évolution contemporaine du Droit des contrats, Journées René Savatier,* PUF, 1985, p. 29, spéc. p. 35.

contrat et l'équilibre contractuel »[968]. L'équilibre contractuel entre ainsi en résonnance avec le souci d'assurer la pérennité contractuelle[969]. La viabilité d'un contrat dépendrait en effet de l'existence d'un certain équilibre dès la conclusion du contrat, puis de son maintien jusqu'au terme du contrat[970].

***

182. Conclusion Chapitre 2. – L'équilibre contractuel peut être appréhendé comme une finalité tant du point de vue de la notion de contrat, que de celui du droit des contrats. D'une part, une interdépendance entre la notion de contrat et l'équilibre contractuel doit être mise en évidence. Ce dernier ne peut, en effet, exister sans l'existence d'un support contractuel, et réciproquement, l'une des finalités du contrat serait l'équilibre contractuel. L'un n'allant pas sans l'autre, le contrat existant doit donc tendre vers l'harmonie des intérêts légitimes des contractants, autrement dit, tendre vers cette finalité d'équilibre. D'autre part, l'équilibre contractuel a vocation à redonner une cohérence d'ensemble à la notion de contrat lui permettant de se départir des crises qui l'ont traversé et des préjugés persistants. Partant de ces affirmations, ***l'équilibre contractuel est inhérent à la notion de contrat et donc peut être appréhendé dans n'importe quel contexte contractuel, peu important la nature du contrat en cause***. En outre, l'équilibre contractuel s'attache également à la temporalité du contrat et doit être appréhendé comme une notion évolutive. ***L'équilibre se construit au moment de la formation du contrat, puis se cristallise au moment de la conclusion de ce dernier, tout en ayant vocation à évoluer selon le déroulement de la relation contractuelle.***

Par ailleurs, l'équilibre contractuel joue également le rôle de grille de lecture du droit des contrats et permet de retracer l'une de ses finalités poursuivies : la satisfaction des intérêts légitimes. L'analyse de la réception de l'équilibre contractuel a permis de démontrer qu'il est devenu un véritable principe descriptif du droit des contrats. En outre, l'équilibre contractuel

---

[968] **S. LE GAC-PECH**, *La proportionnalité en droit privé des contrats*, H. MUIR-WATT (préf.), t. 335, coll . « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2000, n°49, p. 37.

[969] **P. LEMAY**, *Le principe de la force obligatoire du contrat à l'épreuve du développement de l'unilatéralisme,* S. CHASSAGNARD-PINET (préf.), coll. Bibliothèque des thèses, Mare & Martin, 2014, n°238, p. 333 : L'auteur estime que le principe de l'équilibre contractuel est au service de la pérennité contractuelle.

[970] **L. FIN-LANGER**, *L'équilibre contractuel,* C. THIBIERGE (préf.), t. 366, coll. Bibliothèque de droit privé, LGDJ, 2002, n°362, p. 244 : « *L'intérêt des parties reste de conclure des contrats équilibrés ou au moins des contrats déséquilibrés qui ne leur nuise pas. L'équilibre contractuel permet le développement de relations durables et donc la conclusion de conventions de longue durée. Cette recherche de l'équilibre contractuel à long terme doit exister pour établir une relation de confiance. En effet, l'équilibre contractuel représente un gage d'exécution* ».

se concilie avec les principes du droit des contrats, avec lesquels il est traditionnellement opposé. La liberté contractuelle constitue ainsi le moyen privilégié, mais non absolu, pour tendre vers un équilibre contractuel, tandis que la force obligatoire, appréhendée dans la durée, permet d'apporter une certaine souplesse et contribue à la réalisation effective de l'équilibre contractuel. L'atteinte substantielle faite à la finalité d'équilibre contractuel permet de justifier l'instauration de mécanismes protecteurs, sans qu'ils n'entrent en contradiction avec la force obligatoire ou encore la liberté contractuelle.

CONCLUSION DU TITRE 2

183. Définir la notion d'équilibre contractuel a toujours suscité des réticences, certains auteurs allant jusqu'à affirmer qu'il n'était pas possible de le faire. L'intégration de la notion dans le discours a été appréhendée avec crainte au risque de bouleverser la théorie générale du contrat et d'aller à l'encontre du modèle contractuel français. Pourtant, en analysant les discours portant sur la notion de contrat et sur le droit des contrats, des points communs ont pu en être extraits. Ainsi, l'équilibre contractuel peut s'employer dans n'importe quel contexte contractuel, sans prétendre s'attacher à un seul type de contrat. En outre, la notion peut traverser le temps, restant insérée dans la théorie générale, tout en véhiculant les évolutions des conceptions du contrat et l'évolution du droit des contrats en lui-même. ***Pris sous l'angle de sa finalité, l'équilibre contractuel peut donc être défini comme un état d'harmonie permettant la satisfaction mutuelle (un accommodement) des différents intérêts légitimes à la relation contractuelle. L'équilibre contractuel est une notion évolutive, puisqu'il se construit au moment de la formation du contrat, puis se cristallise au moment de la conclusion du contrat, tout en ayant vocation à évoluer selon le déroulement de la relation contractuelle.***

La portée générale de l'équilibre contractuel présente de véritables enjeux et permet surtout une réelle cohérence de la théorie générale du contrat et de la notion de contrat elle-même. Elle permet de s'affranchir des dogmatismes persistants en droit des contrats et d'englober la notion de contrat elle-même, sans prendre parti pour la politique législative qui pourrait être menée. Pouvant être érigé en réel principe descriptif, l'équilibre contractuel apparaît finalement comme une clé de lecture du droit des contrats et peut permettre au législateur de s'orienter vers cet objectif, mais également au juge de s'en inspirer pour orienter son interprétation. En outre, ce principe permet de s'articuler avec les principes du droit des contrats et d'en retirer un renouvellement de son interprétation. De finalité en soi, la liberté contractuelle devient le moyen privilégié de tendre vers un équilibre contractuel, la force obligatoire quant à elle est le meilleur moyen de garantir l'intérêt du contrat en assurant la réalisation de l'équilibre contractuel déterminé par les parties.

CONCLUSION DE LA PARTIE I

184. L'usage diffus de la notion d'équilibre contractuel a pu faire douter d'une possible définition. En effet, la diversité des contextes d'utilisation aurait pu suggérer l'impossibilité d'en établir une. Toutefois, une étude approfondie de ses usages, au moyen de la méthode de l'induction, a permis de déceler les contextes dans lesquels était employée la notion d'équilibre contractuel. Si une diversité a pu en être retirée, il n'en demeure pas moins qu'un point commun ressortait de ces développements permettant de servir de base à la définition d'équilibre contractuel. Il s'agit de la notion d'intérêt. En effet, il semblerait que le contrat soit le vecteur des différents intérêts et besoins des parties, mais également que le droit des contrats permet d'encadrer la conclusion de contrat participant à la satisfaction de ces intérêts. L'équilibre contractuel se manifeste dès lors que les intérêts privés en présence sont satisfaits et qu'ils entrent en harmonie avec l'intérêt général. À partir de là, une définition finaliste de l'équilibre a pu être déduite : ***l'équilibre contractuel peut donc être défini comme un état d'harmonie permettant la satisfaction mutuelle (un accommodement) des différents intérêts légitimes à la relation contractuelle. C'est une notion à la temporalité évolutive, l'équilibre se construit au moment de la formation du contrat, puis se cristallise au moment de la conclusion du contrat, tout en ayant vocation à évoluer selon le déroulement de la relation contractuelle.*** Cette définition a une véritable portée générale en ce sens qu'elle innerve tous les contrats, mais également toute la vie du processus contractuel, allant de la formation à l'extinction et de l'équilibre entre les parties à l'équilibre du contenu contractuel. Véritable principe descriptif du droit des contrats, l'équilibre contractuel n'emporte toutefois pas la faveur pour s'établir en principe normatif. Ainsi, sa traduction en droit positif se révèle par des mécanismes ponctuels remédiant aux déséquilibres contractuels suffisamment substantiels.

Par ailleurs, la théorie générale du contrat, fondée sur l'égalité et la liberté[971], est marquée par un certain dogmatisme et les présupposés qui l'accompagnent, se montrant ainsi en décalage avec la réalité contractuelle[972]. Bien que largement critiquée, la conception libérale classique

[971] **D. MAZEAUD**, V° « Déséquilibre significatif », *in Dictionnaire du contrat,* D. MAZEAUD, R. BOFFA, N. BLANC (dir.), coll. Les dictionnaires LGDJ, LGDJ, 2018, n°113, p. 478 : « *En bref, jusque dans le dernier quart du XX^e siècle, le contrat était réputé être le fruit de l'égalité et de la liberté contractuelles* ».

[972] **J. JULIEN**, « Dogmatisme et pragmatisme dans le nouveau droit des contrats » », *in Études offertes à Jacques Combret,* coll. Les mélanges, Defrénois, 2017, p. 225. *Adde*. **R. LIBCHABER**, *Le contrat au XXI^e siècle – L'ingénierie juridique et les nouveaux contrats d'affaires*, coll. Droit des affaires, LGDJ, 2020.

du contrat continue d'influencer les réflexions ayant trait au contrat[973]. Des résurgences de l'autonomie de la volonté, de l'égalité des parties ou encore de la suprématie de la liberté contractuelle semblent encore biaiser les réflexions portant sur le contrat qui restent, pour une large part, enfermées dans ce dogmatisme[974]. Pourtant, nombre d'auteurs tentent de renouveler le paradigme contractuel et l'approche épistémologique des relations contractuelles. Il est donc difficile de se départir de ces différents acquis et préjugés. Malgré ces obstacles et une fois affranchie d'un certain dogmatisme, la notion d'équilibre contractuel s'érige en réelle clé de lecture. Elle peut notamment être aisément conjuguée avec les principes du droit des contrats. Les principes de liberté contractuelle et de force obligatoire participent à cet objectif d'équilibre contractuel.

L'équilibre contractuel s'harmonise dans les différents niveaux de discours, à savoir la notion de contrat, le droit positif des contrats, et plus largement la théorie générale du contrat. Il s'avère également qu'elle résiste aux effets du temps et peut s'adapter aux nouvelles politiques engagées dans la réglementation du contrat. Une analyse du droit commun des contrats permettra désormais d'envisager les différents moyens à mettre en œuvre afin de tendre autant que possible vers cette finalité d'équilibre du contrat.

[973] **C. MOULY-GUILLEMAUD**, *Retour sur l'article 1135 du Code civil – Une nouvelle source du contenu contractuel*, D. FERRIER (préf.), t. 460, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2006, n°81, p. 83 : *Le vestige de la théorie de l'autonomie de la volonté nimbe encore la théorie générale du contrat, en dépit des transgressions qui en discréditent la légitimité. Son déclin incontestable s'éternise, sans pour autant qu'il n'y soit mis un terme. La persistance de la théorie de l'autonomie de la volonté, malgré sa décadence si souvent proclamée, semble pouvoir s'expliquer par le défaut de proposition susceptible de lui succéder* » ; **F. MAUME**, *Essai critique sur la protection du consentement de la partie faible en matière contractuelle,* D. HOUTCIEFF (dir.), th. dactyl., Université d'Évry-Val-d'Essonne, 2015, n°763, p. 380 : « *Pour ainsi dire, aujourd'hui, tout a évolué dans le contrat, sauf la manière de présenter son idéologie. Même contestée, même réfutée, l'autonomie de la volonté se trouve encore au centre de ce thème. Voilà pourtant plus d'un siècle que l'on en dénonce l'inadéquation* ». *Adde*. **J.-Ph. LÉVY**, « Préface », *in L'autonomie de la volonté – Naissance et évolution d'un concept*, V. RANOUIL, PUF, 1980, p. 5 : *« Quant aux privatistes, tributaires de l'enseignement de leurs maîtres, ils croient trop souvent que certaines règles ou idées qu'ils adoptent ou combattent étaient dans le Code civil* ».

[974] Dès 1985, un auteur avait soulevé cette problématique : **J.-G. BELLEY**, « La théorie générale des contrats. Pour sortir du dogmatisme », *in Les cahiers du droit,* 1985, vol. 26, n°4, p. 1045.

PARTIE II - LES MÉTHODES DE RÉALISATION DE L'ÉQUILIBRE CONTRACTUEL

185. La notion d'équilibre contractuel a soulevé de sérieuses difficultés relatives à la possibilité d'établissement d'une définition. Après une prise de recul nécessaire au regard du morcellement des conceptions de l'équilibre, une définition a, tout de même, pu être déduite de ses contextes d'utilisation, en plaçant la notion d'intérêt au centre de l'équilibre recherché en matière contractuelle. ***L'équilibre contractuel peut donc être défini comme un état d'harmonie permettant la satisfaction mutuelle (un accommodement) des différents intérêts légitimes à la relation contractuelle.*** Nous avons également mis en avant la dimension temporelle et évolutive de l'équilibre contractuel. ***À cet égard, s'il se cristallise au moment de la conclusion du contrat, il a vocation à évoluer selon le déroulement de la relation contractuelle.*** Sa réception au sein du droit permet, par ailleurs, de l'ériger en principe descriptif du droit des contrats, puisqu'il en constitue une finalité. Les contours de la notion d'équilibre contractuel étant tracés, cette grille de lecture doit permettre d'identifier les phénomènes du droit positif subsumés sous la notion d'équilibre contractuel et d'en saisir les problématiques soulevées par la notion[975]. Il est, à cet égard, nécessaire d'envisager les difficultés et les risques engendrés par son appréhension en droit positif. Dans cette optique, seront envisagées les méthodes de traitement de l'équilibre contractuel. L'une des critiques essentielles formulée à l'encontre de l'équilibre contractuel par la doctrine concerne les risques d'insécurité juridique en raison notamment de l'impossibilité de fixer un seuil de déséquilibre contractuel ou encore de la catégorisation des protections. En outre, l'équilibre est une « *notion forcément relative* »[976], en ce sens qu'elle relève d'un idéal vers lequel tendre. De cet idéal découlent des difficultés de mise en œuvre en droit positif, et notamment de l'adéquation des moyens employés avec l'objectif recherché. Si la finalité de l'équilibre contractuel reste commune à tous les contrats, il n'en demeure pas moins que la mise en œuvre de cet objectif se révèle difficile tant la notion de contrat est plurielle et recouvre un vaste panel de réalités différentes. Pour favoriser cet idéal, cela suppose l'identification de certains critères, non

[975] Rappr. **C. FRANÇOIS**, *L'acte juridique irrégulier efficace,* Th. REVET (préf.), t. 598, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2020, n°104, p. 63.

[976] **J.-L. AUBERT**, « Les difficultés d'un équilibre (À propos de la réforme en cours du régime des baux d'habitation) », *in D.*, 1986, p. 247.

absolus, mais rationnels (**Titre 1**). L'application de ces critères d'appréhension de l'équilibre contractuel conduira à établir cette grille de lecture du droit des contrats tout en proposant des pistes d'amélioration s'agissant de son interprétation ou même parfois de la rédaction de certains textes (**Titre 2**).

TITRE 1 – L'IDENTIFICATION DE CRITÈRES D'APPRÉHENSION DE L'ÉQUILIBRE CONTRACTUEL

TITRE 2 – L'APPLICATION DES CRITÈRES D'APPRÉHENSION DE L'ÉQUILIBRE CONTRACTUEL

TITRE 1. *L'IDENTIFICATION DE CRITÈRES D'APPRÉHENSION DE L'ÉQUILIBRE CONTRACTUEL*

186. La définition de l'équilibre contractuel permet, d'une part, d'établir une relecture de la notion de contrat et d'autre part, de redonner une cohérence d'ensemble au droit des contrats entendu largement et regroupant ainsi le droit positif, mais aussi la théorie générale du contrat. Érigée en véritable finalité, mais également en un objectif de politique législative, l'équilibre contractuel dépend de la politique mise en place en vue de sa réalisation. Dans cette perspective, la définition donnée ne permet pas d'appréhender précisément le traitement qu'il est nécessaire de lui réserver. La finalité d'équilibre telle que présentée doit entrer en adéquation avec son traitement en droit positif et inversement, il est nécessaire que le traitement envisagé entre en adéquation avec l'objectif poursuivi. Pour des raisons de sauvegarde de l'intérêt de l'outil contractuel, le traitement de l'équilibre ne doit pas être absolu, il doit être rationalisé (**Chapitre 1**). En ce sens, l'établissement de critères permettra d'en avoir une appréhension raisonnée, pour éviter tout risque d'arbitraire ou d'excès de réglementations. En outre, l'établissement de l'équilibre contractuel dépendant en grande partie des contractants, une appréhension de leur comportement par le droit doit être envisagée (**Chapitre 2**).

CHAPITRE 1 – *L'établissement de critères de rationalisation*

CHAPITRE 2 – *L'établissement de critères d'appréhension des comportements*

CHAPITRE 1. L'ÉTABLISSEMENT DE CRITÈRES DE RATIONALISATION

187. Ayant pu faire l'objet d'interprétations excessives ou erronées, la notion d'équilibre contractuel pouvait souffrir de préjugés et était dépourvue de toute définition. Au regard des développements effectués, une définition de portée générale a, tout de même, été mise en lumière. Toutefois, la portée générale de la définition de l'équilibre contractuel risque de poser des difficultés quant à son appréciation et son contrôle[977]. L'appréciation de l'équilibre contractuel envisagée sous l'angle de sa finalité, à savoir la satisfaction des intérêts, est difficile tant elle relève de la casuistique[978]. La définition proposée de l'équilibre contractuel ne permet pas d'établir des critères d'appréciation ou même d'intervention. À tout le moins, elle ne permet d'établir qu'un critère positif, la satisfaction des intérêts. Si le législateur et éventuellement le juge doivent intervenir, cela ne peut se faire à n'importe quelles conditions.

Pour rappeler ce que Monsieur Gaël CHANTEPIE a écrit à propos de l'équilibre contractuel : « *l'équilibre serait la fin ; la lutte contre les déséquilibres le moyen* »[979]. En d'autres termes, le traitement de l'équilibre contractuel se traduit par une lutte contre les déséquilibres contractuels. Aucune disposition générale portant sur une exigence d'équilibre ne doit donc émerger de cette définition générale, seul un traitement particulier dans certaines situations semble souhaitable. Par exemple, s'il n'existe pas de disposition générale permettant le contrôle du prix, il n'est néanmoins pas possible de procéder à une vente lorsque le prix est illusoire ou dérisoire[980]. Dans le même sens, il n'existe pas de principe général de contrôle du contenu du contrat, toutefois les clauses vidant de sa substance l'obligation essentielle[981] ou créant un déséquilibre significatif[982] sont réputées non écrites. Ces dispositions ont ceci de commun de sanctionner les excès d'un déséquilibre. Il est donc nécessaire d'envisager le seuil au-delà duquel le manque d'équilibre doit faire l'objet d'interventions extérieures. Seules certaines circonstances

---

[977] **C. OUERDANE-AUBERT DE VINCELLES**, *Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles,* Y. LEQUETTE (préf.), vol. 19, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, Dalloz, 2002, n°14, p. 26 : « *l'équilibre contractuel est une notion mouvante composée d'éléments dont les appréciations sont nécessairement fluctuantes* ».

[978] **L. GRYNBAUM**, *Le contrat contingent – L'adaptation du contrat par le juge sur habilitation du législateur,* M. GOBERT (préf.), t. 389, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2004, n°42, p. 38.

[979] **G. CHANTEPIE**, « La notion d'équilibre du contrat », *in Loyers et copr.*, 2016, n°10, doss. n°6, p. 12, spéc. n°1.

[980] C. civ., art. 1169.

[981] C. civ., art 1170.

[982] C. civ., art. 1171.

limitativement énumérées doivent permettre une intervention extérieure dans la chose des parties. La fixation de critères d'équilibre contractuel permet d'apporter une sécurité juridique supplémentaire au regard de la définition donnée.

L'équilibre contractuel doit donc être rationalisé pour éviter tout excès dans la délimitation de cette définition. Autrement dit, il est nécessaire d'envisager l'équilibre contractuel avec une approche raisonnable. Puisque le contrôle de l'équilibre passe par la correction des déséquilibres, il apparaît nécessaire de compléter cette définition en indiquant ce qu'est le déséquilibre. La difficulté est d'autant plus évidente, dès lors qu'il s'agit de déterminer un déséquilibre. Qu'est-ce qu'un déséquilibre contractuel ? Tous les déséquilibres contractuels doivent-ils faire l'objet d'une attention du législateur ? Envisageant les difficultés de détermination de déséquilibre contractuel engendrées par la seule définition positive de l'équilibre contractuel, des critères d'identification du déséquilibre légitime s'adjoindront pour compléter la définition générale, permettant d'en avoir une appréciation plus raisonnée.

La notion d'équilibre contractuel doit donc être construite par référence aux déséquilibres auxquels le contrat peut donner naissance. Il est ainsi nécessaire d'envisager les raisons de la nécessité de distinguer les différents seuils de déséquilibre, pour ensuite déterminer des critères permettant d'identifier les déséquilibres légitimes à toute intervention. Cette détermination permettra de mettre en lumière que le traitement de l'équilibre contractuel ne doit pas concerner toutes les situations de déséquilibre, certaines ne doivent faire l'objet d'aucune intervention pour protéger l'intérêt de l'outil contractuel, mais également pour maintenir une certaine sécurité juridique. En outre, une attention particulière devra également être accordée au traitement particulier des déséquilibres qui ne doivent pas conduire à un excès d'équilibre contractuel, le contrat devant, avant tout, rester la chose des parties. Pour ce faire, une fois mise en avant l'existence de différents degrés de déséquilibre contractuel (**Section 1**), seront identifiées les sources des déséquilibres contractuels légitimes (**Section 2**).

Section 1. L'identification des différents seuils de déséquilibre contractuel

188. Le déséquilibre contractuel. – Par une interprétation *a contrario* de la définition d'équilibre contractuel, il y a donc un déséquilibre contractuel lorsque l'un des intérêts légitimes

à l'origine du contrat n'est pas ou plus satisfait[983]. Toutefois, tous les déséquilibres ne doivent pas nécessairement appeler à une réaction. Contrairement à ce qui a pu être affirmé, le déséquilibre contractuel ne se traduit pas seulement par une absence d'équilibre[984]. Le déséquilibre est défini comme étant « *un manque d'équilibre* »[985]. Si le manque d'équilibre implique nécessairement un déséquilibre, il semble que plusieurs degrés de déséquilibre existent. Ici, ils peuvent se traduire par une absence totale d'équilibre, là, par une absence partielle, comme la définition l'indique, un manque. Autrement dit, l'interprétation *a contrario* de la définition de l'équilibre contractuel ne peut suffire à la détermination du déséquilibre pris en compte, dans la mesure où peuvent exister une multitude de formes de déséquilibres. Si le contrat et le droit des contrats doivent tendre vers un idéal d'équilibre contractuel, il n'en demeure pas moins qu'il ne faut pas assimiler tous les déséquilibres[986]. Cette indétermination peut, néanmoins, poser des difficultés. Le contrat est-il déséquilibré dès lors que, de manière cumulative, tous les intérêts ne sont pas satisfaits, ou l'est-il lorsque l'intérêt d'un des contractants n'est pas pris en compte, ou encore, le contrat est-il déséquilibré si les intérêts privés entrent en contradiction avec l'intérêt général ? Tant de questions qui permettent de soulever les difficultés de la définition donnée.

189. L'indifférence vis-à-vis de certains déséquilibres. – Il est des cas dans lesquels un contrat déséquilibré, c'est-à-dire un contrat ne satisfaisant pas totalement les intérêts des parties[987], ne doit appeler aucune réaction de l'ordre juridique. Des exemples permettront

---

[983] V. en ce sens : **G. PIETTE**, *La correction du contrat*, M. MENJUCQ (préf.), t. II, coll. Institut de droit des affaires, PUAM, 2004, n°918, p. 488 : « *Le contrat est donc déséquilibré lorsque l'intérêt du contractant ne justifie pas, ou plus ses obligations* ».

[984] Pourtant certains auteurs ont assimilé, sans nuance, le déséquilibre à une absence d'équilibre : **L. FIN-LANGER**, *L'équilibre contractuel,* C. THIBIERGE (préf.), t. 366, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2002, n°188, p. 143 : « *Le déséquilibre se définit par opposition à l'équilibre : il représente une absence d'équilibre. Finalement c'est la même réalité qui apparaît derrière l'utilisation de ces deux expressions : dans un cas l'équilibre contractuel existe ; dans l'autre, pas* » ; **L. THIBIERGE**, « Le traitement du déséquilibre économique par le droit commun des contrats », *in Réforme du droit civil et vie des affaires*, M. BOURASSIN, J. REVEL (dir.), coll. Thèmes & commentaires, Dalloz, 2014, p. 233 : « *Le déséquilibre, c'est l'absence d'équilibre* » ; **S. CHAUDOUET**, *Le déséquilibre significatif*, N. FERRIER (préf.), t. 609, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2021, n°4, p. 4 ; **O. PLOTNIC, M. NICOLAE**, « La nature juridique du contrat d'adhésion au risque d'un déséquilibre contractuel », *in Revista Națională de Drept,* 2020, p. 49, spéc. p. 51.

[985] TLFi, V° « Déséquilibre » : http://stella.atilf.fr/Dendien/scripts/tlfiv5/advanced.exe?8;s=568216245;.

[986] V. en ce sens : **G. PIETTE**, *La correction du contrat*, M. MENJUCQ (préf.), t. II, coll. Institut de droit des affaires, PUAM, 2004, n°922, p. 490.

[987] Attention, ici, le contrat déséquilibré est celui qui ne satisfait pas les différents intérêts envisagés, à savoir les intérêts privés des parties et l'intérêt général. Cela ne concerne donc pas les contrats pour lesquels les parties ont voulu un déséquilibre en valeur, dès lors que ces dernières voient leurs intérêts respectés. Qu'il s'agisse donc d'un déséquilibre structurel (exemple : donation) ou d'un déséquilibre voulu (exemple : une vente à moindre coût pour un membre de la famille), cela ne concerne pas le déséquilibre contractuel tel que nous l'envisageons. Ainsi le déséquilibre du contenu contractuel n'entraîne pas nécessairement un déséquilibre contractuel.

d'illustrer le propos[988]. Une personne loue un appartement dans une ville dans laquelle elle est censée être mutée. La mutation est finalement annulée. L'intérêt du locataire disparaît. À moins de l'avoir intégré dans le champ contractuel, la disparition de cet intérêt n'entraîne pas la caducité du contrat. Pourtant, un déséquilibre contractuel est apparu, mais il n'est susceptible d'aucun recours particulier. Le second exemple porte sur l'achat de vêtements en soldes. Un acheteur se procure des vêtements dans une grande enseigne, laquelle précise que tout achat ne peut donner lieu à un retour. Il s'avère que l'individu, en essayant ses achats, se rend compte que cela ne lui convient pas. Un déséquilibre apparaît une fois encore, car il n'est pas satisfait de l'issue de ses essayages. Encore une fois, aucune remise en cause du contrat n'est envisageable.

Au regard de ces exemples, même si le contrat, qui ne satisfait pas ou plus l'intérêt de l'une des parties, est déséquilibré, il ne doit pas pour autant y être remédié à l'aide d'une intervention extérieure. Le seul défaut d'intérêt d'une des parties n'est que très peu pris en compte[989], sauf à ce qu'il soit dû à l'abus de l'autre partie. En effet, il ne doit pas être permis de remettre en question systématiquement des contrats au prétexte de l'existence d'un déséquilibre[990].

190. La prise de risque dans le contrat. – Le contrat est un outil par lequel les parties tentent, autant que possible de satisfaire leurs intérêts, mais il n'en demeure pas moins qu'il reste un outil de prise et de gestion des risques[991]. L'objectif d'équilibre contractuel ne peut donc être absolu, puisqu'il est de l'essence du contrat d'y intégrer un risque, ou parfois un déséquilibre[992]. Le droit ne doit donc intervenir que dans certaines circonstances particulières pour éviter de retirer tout attrait à l'outil contractuel. Le droit doit permettre une certaine liberté

---

[988] L'exemple est tiré de : **J. GHESTIN, G. LOISEAU, Y.-M. SERINET**, *Traité de droit civil – La formation du contrat*, t. 2, *L'objet et la cause – Les nullités*, 4ème éd., coll. Traités, LGDJ, 2013, n°566, p. 393.

[989] Comp. **J. GHESTIN**, « L'utile et le juste », *in ADP*, t. 26, 1981, p. 35, spéc. p. 42 : l'auteur évoque une idée similaire, non pas au regard de l'intérêt privé, mais au regard de l'utilité particulière du contrat. Cependant, les deux réflexions se rejoignent en ce sens que l'absence d'utilité particulière d'un contrat implique une absence d'intérêt pour l'une des parties au contrat. À ce titre, il estime que « *l'utilité ou l'inutilité particulière d'un contrat déterminé ne joue donc qu'un rôle relativement limité dans la théorie générale du contrat* ».

[990] **C. OUERDANE-AUBERT DE VINCELLES**, *Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles,* Y. LEQUETTE (préf.), vol. 19, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, Dalloz, 2002, n°13, p. 23 : « *Il peut être légitime de distinguer un contrat déséquilibré parce qu'une partie a abusé de l'autre, d'un contrat identiquement déséquilibré parce qu'une partie a été négligente* ».

[991] V. en ce sens : **J.-M. MOUSSERON**, « La gestion des risques par le contrat », *in RTD Civ.* 1988, p. 481, spé. N°2, p. 484 : L'auteur entend par risque, « *considérée en état d'éventualité au jour de la conclusion du contrat, toute déviation par rapport à la ligne tracée, au projet initial social, économique ou financier dont les parties étaient initialement convenues* » ; **H. BARBIER**, *La liberté de prendre des risques,* J. MESTRE (préf.), coll. Institut de Droit des Affaires, PUAM, 2011.

[992] **A. SÉRIAUX**, « Le futur contractuel », *in Le droit et le futur,* J.-J. AUSTRUY (dir.), PUF, 1985, p. 77, spéc. pp. 86-87.

de prendre des risques, mais doit également en tracer les contours jugés acceptables pour l'ordre social[993]. Il ne faut donc pas retirer cet aspect au contrat : il est des risques qui entraîneront un déséquilibre contractuel, mais le risque étant assumé, il ne faut pas permettre de recours. La liberté laissée aux individus de façonner leur relation contractuelle implique la responsabilité des contractants. Ainsi, selon Monsieur Hugo BARBIER, « *le droit n'a par principe aucunement vocation à contrôler la légitimité de la prise de risque pour soi-même. Contrairement à un mouvement doctrinal et jurisprudentiel tendant à promouvoir une nouvelle mission du droit, la protection des individus contre eux-mêmes, il nous semble que seule la protection d'autrui ou contre autrui intéresse le droit* »[994]. Il ne faut donc pas que le droit protège l'individu contre lui-même[995], la liberté contractuelle devant nécessairement impliquer une responsabilité de sa part[996].

191. La responsabilité des contractants. – Ainsi qu'il est enseigné dans la philosophie classique, la responsabilité est donc la conséquence de la liberté[997]. En d'autres termes, les contractants doivent assumer leurs actes dès lors qu'ils relèvent de leur liberté. Il a pu être affirmé que « *le corollaire de la liberté de choix de l'homme est sa responsabilité : parce qu'il a été libre de choisir, il doit assumer les conséquences de son choix, qu'elles soient avantageuses ou désavantageuses* »[998]. Dans cette optique, la détermination de l'équilibre contractuel « *relève par principe de la responsabilité de ceux qui l'ont conclu* »[999]. Aussi, certains déséquilibres doivent relever de la responsabilité des contractants. Dès lors que la liberté des contractants apparaît comme effective, ils doivent être responsables et assumer leurs

[993] **H. BARBIER**, *La liberté de prendre des risques,* J. MESTRE (préf.), coll. Institut de Droit des Affaires, PUAM, 2011, n°643, p. 552 : En guise de conclusion de sa thèse, l'auteur affirme que « *devant le* (sic) *montée des risques et l'attente légitime de sécurité, le droit doit, selon nous, admettre en son sein la liberté de prendre des risques, afin d'en définir les contours acceptables pour l'ordre social* ».

[994] **H. BARBIER**, *La liberté de prendre des risques,* J. MESTRE (préf.), coll. Institut de Droit des Affaires, PUAM, 2011, n°353, p. 318.

[995] Ces propos peuvent être tempérés, puisqu'il existe des situations dans lesquelles le droit protège les individus contre eux-mêmes, il s'agit du régime des incapacités. Toutefois, ces situations doivent être écartées de nos développements puisque l'incapable ne peut en principe pas contracter seul.

[996] En ce sens : **Ph. MALAURIE**, « Liberté et responsabilité », *in Defrénois,* 2004, n°5, p. 351 : « *Nous sommes des hommes libres parce que nous sommes responsables ; nous sommes responsables parce que nous sommes libres ; pas de liberté sans responsabilité ; pas de responsabilité sans liberté ; pas l'une sans l'autre : elles sont indivisibles* ».

[997] V. en ce sens les développements portant sur ce thème de **M. FABRE-MAGNAN**, *Droit des obligations,* t. 2, *Responsabilité civile et quasi-contrats*, 5ème éd., coll. Thémis, PUF, 2021, n°59, pp. 76-79 : « *Dans la philosophie classique, de Descartes à Sartre, la responsabilité est une conséquence de la liberté. L'homme est libre donc il est responsable des conséquences de ses choix* » (n°58, p. 77).

[998] **C. OUERDANE-AUBERT DE VINCELLES**, *Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles,* Y. LEQUETTE (préf.), vol. 19, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, Dalloz, 2002, n°15, p. 27.

[999] **D. MAZEAUD**, « Le principe de proportionnalité et la formation du contrat », *in LPA*, 1998, n°117, p. 12, spéc. n°3.

actes[1000]. Ainsi, lorsque le déséquilibre contractuel trouve sa source dans la seule faute ou négligence du contractant, le droit ne doit en principe pas intervenir, ce dernier doit assumer la responsabilité de sa prise de risques. À ce titre, l'erreur, qui est considérée comme un vice du consentement, ne fait l'objet d'une sanction que si elle est excusable. C'est-à-dire qu'aucune sanction ne pourra être prononcée dès lors que l'erreur relève de la faute même du contractant[1001]. En ce sens, selon une auteure, « *le contrat et son équilibre ne sont que la manifestation de l'usage de cette liberté, concrétisée et extériorisée par la volonté* »[1002]. *A contrario*, dès lors qu'une partie ne bénéficie aucunement d'une liberté effective, elle ne peut être tenue responsable des désagréments contractuels et une protection extérieure peut intervenir.

192. L'effectivité de la liberté. – Monsieur Hugo BARBIER a déterminé les cas dans lesquels la liberté des contractants pouvait être effective[1003].

D'une part, il estime que pour que la liberté soit effective, il faut avoir la capacité de connaître les risques pris[1004]. Non sans obstacle, cette « *capacité informationnelle* »[1005] permet d'être conscient de la prise de risque qu'engendre la conclusion du contrat. Il pèse alors sur les contractants une sorte de devoir de se renseigner[1006] dès lors qu'ils ont la capacité d'avoir accès à l'information. Cette obligation de se renseigner a été mise en lumière par la jurisprudence dès

[1000] Pour reprendre les termes de PORTALIS, lors de son discours préliminaire : « *L'office de la loi est de nous protéger contre la fraude d'autrui, mais non de nous dispenser de faire usage de notre propre raison* » : **J.-M.-E. PORTALIS**, « Discours préliminaire prononcé lors de la présentation du projet de la commission du gouvernement », *in Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, P.-A. FENET, t. 1, Videcoq, 1836, p. 514. *Adde*. **P.-E. AUDIT**, « De quelques enseignements de l'analyse comportementale du droit en matière d'information du contractant », *in RTD Civ.*, 2021, p. 545.

[1001] Sur la question de l'erreur inexcusable : *cf. infra* n°293.

[1002] **C. OUERDANE-AUBERT DE VINCELLES**, *Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles,* Y. LEQUETTE (préf.), vol. 19, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, Dalloz, 2002, n°408, p. 319.

[1003] **H. BARBIER**, *La liberté de prendre des risques,* J. MESTRE (préf.), coll. Institut de Droit des Affaires, PUAM, 2011, n^{os} 56 et s., p. 78 et s.

[1004] **H. BARBIER**, *La liberté de prendre des risques,* J. MESTRE (préf.), coll. Institut de Droit des Affaires, PUAM, 2011, n^{os} 58 et s., p. 79 et s.

[1005] **H. BARBIER**, *La liberté de prendre des risques,* J. MESTRE (préf.), coll. Institut de Droit des Affaires, PUAM, 2011, n°58, p. 79.

[1006] **C. LUCAS DE LEYSSAC**, « L'obligation de renseignement dans les contrats », *in L'information en droit privé,* Y. LOUSOUARN, P. LAGARDE (dir.), coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 1978, p. 305, spéc. n^{os} 35 et s., p. 325 et s. ; **P. JOURDAIN**, « Le devoir de "se" renseigner (contribution à l'étude de l'obligation de renseignements) », *in D.*, 1983, p. 139 ; **Ph. LE TOURNEAU**, « De l'allègement de l'obligation de renseignement ou conseil », *in D.*, 1987, chron. XIX, p. 101, spéc. p. 102 et s. ; **M.-N. CAPOGNE-CHARLES**, *De l'obligation de veiller à ses propres intérêts lors de la formation du contrat (Étude de droit positif),* J.-M. DE LA MOUTTE (dir), th. dactyl., Université de Toulouse, 1988, p. 249 et s. ; **M. FABRE-MAGNAN**, *De l'obligation d'information dans les contrats – Essai d'une théorie,* J. GHESTIN (préf.), t. 221, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 1992, n^{os} 257 et s. ; **H. BARBIER**, « Vers un devoir de "googliser" ? », *in RTD Civ.*, 2019, p. 98.

le XIX[e] siècle[1007]. L'exemple topique est alors le développement prétorien de l'erreur inexcusable[1008]. Autrement dit, un contractant est privé de la possibilité de se prévaloir d'une erreur, vice de consentement, dès lors qu'elle est la conséquence de sa propre faute[1009]. La qualification d'erreur inexcusable serait une manière de sanctionner la faute commise dans le devoir de se renseigner[1010]. Cet exemple de l'erreur inexcusable peut être corroboré avec l'insertion d'un devoir d'information précontractuelle dans le Code civil par la réforme de 2016-2018[1011]. En effet, ce devoir n'est pas absolu puisque l'information n'est due que lorsque la partie ignore légitimement cette information. Cette limitation du devoir d'information implique alors pour son bénéficiaire un devoir de s'informer[1012]. Le devoir d'information n'a en effet pas été instauré en vue de faire du contractant « *un incapable, mais de tenir compte de l'asymétrie de l'information de part et d'autre* »[1013]. Plus largement, ce devoir de se renseigner intégrerait un devoir plus large, celui de veiller sur ses propres intérêts[1014]. En tout état de cause, il existe un devoir de se renseigner à la charge de tous les contractants dès lors qu'ils disposent

[1007] **M.-N. Capogne-Charles**, *De l'obligation de veiller à ses propres intérêts lors de la formation du contrat (Étude de droit positif),* J.-M. de la Moutte (dir), th. dactyl., Université de Toulouse, 1988, p. 249.

[1008] Désormais codifiée à l'article 1132 C. civ. : « *L'erreur de droit ou de fait, à moins qu'elle ne soit inexcusable, est une cause de nullité du contrat lorsqu'elle porte sur les qualités essentielles de la prestation due ou sur celles du cocontractant* ».

[1009] V. en ce sens **M.-N. Capogne-Charles**, *De l'obligation de veiller à ses propres intérêts lors de la formation du contrat (Étude de droit positif),* J.-M. de la Moutte (dir), th. dactyl., Université de Toulouse, 1988, p. 249 ; **M. Fabre-Magnan**, *De l'obligation d'information dans les contrats – Essai d'une théorie,* J. Ghestin (préf.), t. 221, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 1992, n°258, p. 200.

[1010] V. not. **B. Petit, S. Rouxel**, *Fasc. unique : CONTRAT. – Vice du consentement. – Erreur,* JurisClasseur Civil Code, LexisNexis, 30 juin 2022 (mise à jour par N. Rzepecki), spéc. n°106 : « *Il apparaît ainsi que la qualification d'erreur inexcusable constitue l'une des manières de sanctionner la faute commise dans le devoir de se renseigner* » ; **J. Flour, J.-L. Aubert, É. Savaux**, *Droit civil – Les obligations – L'acte juridique,* 18ème éd., coll. Université, Dalloz, 2024, n°383, p. 511 : « *En revanche, elle admet aussi l'existence d'une obligation de se renseigner qui pèse, avec une intensité variable, sur tout contractant et qui fixe une limite à la sanction de l'erreur sur la substance* » ; **F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, et *al.***, *Droit civil – Les obligations*, 13ème éd., coll. Précis, Dalloz, 2022, n°291, p. 326 : « *En s'abstenant de prendre les précautions élémentaires, l'errans a manqué à son devoir de s'informer* ».

[1011] Art. 1112-1 C. civ. : « *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* ».

[1012] V. en ce sens : **M. Fabre-Magnan**, *De l'obligation d'information dans les contrats – Essai d'une théorie,* J. Ghestin (préf.), t. 221, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 1992, n[os] 256 et s., p. 199 et s.

[1013] **N. Picod**, *Fasc. 12-1 : CONTRAT. – Formation du contrat. – Négociations*, JurisClasseur Notarial Répertoire, LexisNexis, 8 août 2023 (mise à jour : 31 août 2023), spéc. n°63. *Adde*. **M.-N. Capogne-Charles**, *De l'obligation de veiller à ses propres intérêts lors de la formation du contrat (Étude de droit positif),* J.-M. de la Moutte (dir), th. dactyl., Université de Toulouse, 1988, p. 251 : Les limites apportées au devoir d'information permettent « *de prévenir les abus qui consisteraient à s'en remettre à son cocontractant, pour la sauvegarde de ses propres intérêts* ».

[1014] **M.-N. Capogne-Charles**, *De l'obligation de veiller à ses propres intérêts lors de la formation du contrat (Étude de droit positif),* J.-M. de la Moutte (dir), th. dactyl., Université de Toulouse, 1988, p. 251 : « *Veiller à ses propres intérêts oblige à quérir les informations en se renseignant soi-même* ».

de la capacité informationnelle telle que décrite par Monsieur Hugo BARBIER. Cette capacité n'est pas suffisante, il ajoute une seconde condition pour que la liberté soit effective.

D'autre part, il met en évidence que l'effectivité de cette liberté suppose la capacité de refuser le risque[1015]. Autrement dit, il faut que le titulaire d'une telle liberté ait les moyens de l'exercer ou de ne pas l'exercer. L'auteur illustre son propos au moyen d'un exemple éclairant de l'existence d'une dépendance économique. Cette dépendance entacherait la liberté en ce sens qu'elle contraindrait la partie à contracter quand bien même elle aurait conscience des risques et que sans cette dépendance, elle n'aurait certainement pas contracté :

> *« Un seul exemple suffit à comprendre les sens du propos. Au XIX^ème^ siècle, les juristes, afin de justifier le travail dans les mines, et surtout les conditions de travail des mineurs, n'ont pas hésité à mettre en avant l'idée d'acceptation des risques. En acceptant l'emploi, les mineurs acceptaient les risques inhérents au travail dans les mines. L'insécurité permanente des exploitations minières prenait alors le visage aimable de la prise de risque pour se justifier. Or justement, pour pouvoir asseoir ce type de contrat de travail sur la liberté de prendre des risques, encore aurait-il fallu s'assurer de ce que les mineurs pouvaient concrètement refuser de prendre ses risques. Le besoin de travailler et la dépendance économique impliquaient très certainement l'absence d'option. C'est pourtant cette possibilité de solution de rechange qui donne corps à cette liberté abstraitement accordée »*[1016].

Au regard de cet exposé, il est donc nécessaire d'intervenir dans les contrats lorsque la liberté n'apparaît pas effective. Dès lors qu'un déséquilibre contractuel survient, un traitement de ce dernier ne semble envisageable que lorsqu'il découle d'une absence de liberté. En dehors de ces hypothèses, le contrat doit rester intact, puisque le déséquilibre contractuel est issu d'une décision des contractants prise en pleine conscience et doit être assumé par lui[1017].

***

[1015] **H. BARBIER**, *La liberté de prendre des risques,* J. MESTRE (préf.), coll. Institut de Droit des Affaires, PUAM, 2011, n^os^ 61 et s., p. 83 et s.

[1016] **H. BARBIER**, *La liberté de prendre des risques,* J. MESTRE (préf.), coll. Institut de Droit des Affaires, PUAM, 2011, n°61, p. 83

[1017] **C. OUERDANE-AUBERT DE VINCELLES**, *Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles,* Y. LEQUETTE (préf.), vol. 19, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, Dalloz, 2002, n°16, p. 29 : « *Admettre la liberté, c'est admettre de mauvais choix, mais ce n'est pas parce que ces mauvais choix existent qu'il faut remettre en cause le principe. Par conséquent, reconnaître un principe de liberté ne revient pas à dire que la rencontre de deux volontés conscientes et libres aboutit à un contrat nécessairement équilibré, ce que défendait la théorie classique. Affirmer la liberté des contractants signifie que la loi n'a pas à intervenir au seul prétexte d'un déséquilibre objectif : peu importe ce déséquilibre dès lors que les volontés qui ont conclu le contrat sont libres et saines* ».

193. Conclusion Section 1. – Il ressort de cette étude que tous les déséquilibres ne peuvent être envisagés avec la même importance. Pour conserver l'intérêt de l'outil contractuel et une certaine sécurité juridique, il est alors nécessaire d'identifier les déséquilibres contractuels pour lesquels une action normative peut être engagée. Il a été rappelé que le contrat est un outil de gestion des risques, mais également un outil de prise de risques. Pour conserver une certaine sécurité juridique, une stabilité, tous les risques assumés faisant naître un déséquilibre ne doivent donc pas faire l'objet d'un traitement juridique. ***Le déséquilibre contractuel ne doit faire l'objet d'un traitement uniquement lorsqu'il est constaté un défaut d'effectivité de liberté. La liberté n'est effective qu'en présence d'une capacité informationnelle, ajoutée à une capacité de refuser un risque***. Dès lors qu'un de ces deux éléments se trouve manquant, la liberté d'un contractant est ineffective. En dehors de ces hypothèses, le déséquilibre ressort de la liberté contractuelle impliquant une prise de responsabilité de la part des contractants. Ces derniers doivent donc assumer le risque contractuel qu'ils ont pris, quand bien même le contrat ne respecterait pas les intérêts attendus. L'effectivité de la liberté est donc un premier critère permettant d'identifier les déséquilibres contractuels pouvant faire l'objet d'une attention particulière. Il faut toutefois éviter d'entrer dans les excès d'un paternalisme juridique. La protection juridique apportée aux contractants ne doit donc pas aboutir à une déresponsabilisation ou une infantilisation des contractants[1018] ; elle ne doit intervenir que lorsque le déséquilibre est suffisamment grave et engendre un contrat contraire à l'intérêt général, qu'il s'agisse d'intérêts particuliers ou publics[1019]. Il est donc nécessaire d'envisager les causes de déséquilibres permettant d'en déduire des critères d'intervention extérieure[1020].

[1018] **Ph. MALINVAUD**, « La protection des consommateurs », *in D.*, 1981, p. 49 : L'auteur a en effet mis en avant les risques d'une surprotection des parties faibles qui pourrait conduire à leur infantilisation ; **Ph. MALAURIE**, « L'effet pervers des lois », *in Droit civil, procédure, linguistique juridique – Écrits en hommage à Gérard Cornu,* hors coll., PUF, 1995, p. 309, spéc. p. 310 : Cette infantilisation ne serait que la conséquence de l'effet pervers de la loi, tel qu'énoncé par MALAURIE. Il s'agit d'une règle législative qui produit « *un effet complètement contraire à celui que ses auteurs en attendaient* » et ainsi, en matière de protection des individus, et pour ce qui nous intéresse des parties faibles, l'auteur affirme que *« toute protection juridique tend, avec le temps, à se développer et à devenir excessive ». Adde*. **M. FONTAINE**, « La protection de la partie faible dans les rapports contractuels (rapport de synthèse) », *in La protection de la partie faible dans les rapports contractuels – Comparaison franco-belge*, M. FONTAINE, J. GHESTIN, (dir.), t. 152, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 1996, p. 615, spéc. n°55, p. 651.

[1019] **D. MAZEAUD**, « Le principe de proportionnalité et la formation du contrat », *in LPA*, 1998, n°117, p. 12, spéc. n°4 : « *S'il ne saurait être question de lutter systématiquement contre tous les déséquilibres en vue d'assurer une équivalence arithmétique dans le contrat, on ne peut non plus se résigner à admettre, sur l'autel de la liberté, les injustices les plus criantes, autrement dit les déséquilibres contractuels excessifs ou significatifs qui n'ont d'autre justification que l'impossibilité pour un des contractants de négocier le contrat, dont le contenu est donc unilatéralement et arbitrairement déterminé par son partenaire* ».

[1020] **J.-P. CHAZAL**, *De la puissance économique en droit des obligations,* t. 2, D. LEFÈBVRE (dir.), th. dactyl., Université de Grenoble II, 1996, n^{os} 596 et s., p. 455 et s.

Section 2. L'identification des sources de déséquilibres contractuels légitimes

194. Il existe un déséquilibre contractuel dès lors que les intérêts contractuels et/ou l'intérêt général ne sont pas respectés. Toutefois, nous l'avons envisagé, tous les déséquilibres ne justifient pas une quelconque réaction. Seuls ceux découlant d'une absence d'effectivité de liberté doivent faire l'objet d'un traitement juridique. En revanche, pour éviter toute insécurité juridique ou tout paternalisme juridique, il semble important d'y adjoindre des critères permettant de fixer un seuil identifiant les déséquilibres pour lesquels le droit accorde une importance. En effet, tous les déséquilibres ne doivent pas permettre une correction du contrat ou susciter une attention particulière du législateur ou du juge. Il est pertinent que les déséquilibres menant à une intervention extérieure soient suffisamment excessifs[1021].

195. Madame Victoire LASBORDES propose une définition du contrat déséquilibré, estimant que « *le contrat déséquilibré est un contrat présentant un déséquilibre au détriment de l'une des parties* »[1022]. Autrement dit, le contrat serait déséquilibré dès lors que l'une des parties subit ce déséquilibre, il lui serait imposé par l'autre sans qu'elle ne l'ait réellement voulu. Toutefois, il a pu être affirmé que le « *déséquilibre est multiforme, et pas toujours où on l'attendait ; de la formation du contrat à sa dissolution, en passant par son exécution, chaque relation contractuelle est un équilibre perpétuellement instable. Pour chaque temps du contrat, il faut des remèdes* »[1023]. Il existe donc différents déséquilibres contractuels pouvant s'établir dès la formation du contrat, mais pouvant également survenir au moment de son exécution, et ce jusqu'à son extinction. Ainsi, pour être plus complète, ***le contrat substantiellement déséquilibré est un contrat ne respectant pas l'intérêt de l'une des parties ou des deux, le déséquilibre s'établissant à leur détriment et s'appréciant tout au long de la relation contractuelle.*** Cette définition permet alors d'établir une distinction. D'une part, le déséquilibre interne au contrat trouve sa source dans l'existence d'un déséquilibre entre les parties, dans lequel la partie forte fait usage de sa puissance au détriment de l'autre (**Paragraphe 1**). D'autre

[1021] En ce sens : **G. PIETTE**, *La correction du contrat*, M. MENJUCQ (préf.), t. II, coll. Institut de droit des affaires, PUAM, 2004, n^os^ 922 et s., p. 490 et s. ; **Ph. STOFFEL-MUNCK**, *Regards sur la théorie de l'imprévision, vers une souplesse contractuelle en droit privé français contemporain*, R. BOUT (préf.), PUAM, 1994, n^os^ 77 et s., p. 110 et s.

[1022] **V. LASBORDES**, *Les contrats déséquilibrés*, C. SAINT-ALARY HOUIN (préf.), t. 1, coll. Institut de Droit des Affaires, PUAM, 2000, n°18, p. 43.

[1023] **Ph. RÉMY**, « Droit des contrats : questions, positions, propositions », *in Le droit contemporain des contrats,* L. CADIET (dir.), coll. Travaux et recherches, Économica, 1987, p. 271, spéc. n°27, p. 278.

part, le déséquilibre externe au contrat trouve sa source dans un élément extérieur et imprévu par les parties, duquel ressort un déséquilibre à l'encontre de l'ensemble des parties ou de l'une seule d'entre elles (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 1. Le déséquilibre contractuel interne

196. Le déséquilibre interne au contrat. – Le déséquilibre contractuel interne trouve ainsi sa source dans le comportement d'une des parties disposant d'un pouvoir[1024], d'une prérogative[1025] ou d'une puissance[1026] à l'encontre de l'autre, qualifiée alors de partie faible. Entendue comme le synonyme de la puissance, la notion de pouvoir renvoie à « *la faculté d'imposer sa volonté à autrui* »[1027]. Selon Monsieur Pascal LOKIEC, la notion de pouvoir peut revêtir une double dimension. D'un côté, la notion de pouvoir peut ressortir d'une situation purement factuelle, d'un autre côté, le pouvoir d'un contractant peut être issu d'une prérogative juridique, légale ou contractuelle[1028]. Dans cette perspective, il existe alors une disparité entre les parties pouvant mener à un usage abusif d'une volonté unilatérale. En conséquence, l'une des parties au contrat voit son intérêt au contrat entaché. En matière de déséquilibre interne, deux situations doivent alors être envisagées. D'une part, le déséquilibre existant entre les parties entraîne une présomption de déséquilibre menant à une intervention préventive du législateur (**A**). D'autre part, dès lors que le risque se réalise, le législateur prévoit des mécanismes de sanctions menant à la suppression du déséquilibre contractuel (**B**).

[1024] La notion de pouvoir recouvre plusieurs significations. Certains ont pu alors le définir comme « *l'aptitude à agir valablement dans un intérêt au moins partiellement distinct du sien* » (**E. GAILLARD**, *Le pouvoir en droit privé*, G. CORNU (préf.), coll. Droit civil, Économica, 1985, n°75, p. 53). Cet aspect de la notion renvoie à l'hypothèse bien connue du mandat. Dans notre hypothèse, la notion de pouvoir recouvre une toute autre dimension. Elle renvoie plutôt à la notion de puissance. En d'autres termes, « *le pouvoir confère la puissance de faire prévaloir sa volonté sur celle de son cocontractant* » (**G. HELLERINGER**, *Les clauses du contrat – Essai de typologie,* L. AYNÈS (préf.), coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2012, n°345, p. 188). *Adde*. **P. LOKIEC,** *Contrat et pouvoir : Essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, A. LYON-CAEN (préf.), t. 408, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2004.

[1025] Sur la notion de prérogative et sa distinction avec la notion de pouvoir : V. **L. MOLINA**, *La prérogative contractuelle,* L. AYNÈS (préf.), t. 619, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2022, n^{os} 77 et s., p. 73 et s.

[1026] Sur la notion de puissance : **J.-P. CHAZAL**, *De la puissance économique en droit des obligations,* D. LEFÈBVRE (dir.), th. dactyl., Université de Grenoble II, 1996.

[1027] **P. LOKIEC**, *Contrat et pouvoir : Essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, A. LYON-CAEN (préf.), t. 408, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2004, n°16, p. 12.

[1028] **P. LOKIEC**, *Contrat et pouvoir : Essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, A. LYON-CAEN (préf.), t. 408, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2004, n^{os} 16 et s., p. 12 et s. : l'auteur oppose les pouvoirs contractuels qu'il définit comme des prérogatives juridiques reconnues par le droit, aux simples rapports de pouvoirs factuels dans le contrat.

A. <u>Une présomption de déséquilibre contractuel – La prise en considération d'un risque</u>

197. L'inégalité des parties, point de départ de la réflexion sur le déséquilibre contractuel. – Il existe, en principe, une sorte de présomption d'équilibre contractuel dès lors que les parties au contrat s'engagent librement au regard de leurs intérêts respectifs[1029]. Ce n'est là finalement qu'une présomption qui, comme toute présomption, peut être renversée. À ce titre, les multiples interventions législatives, tant dans la création des droits spéciaux, que dans le droit commun, se justifient souvent au regard du constat d'une inégalité identifiée entre les parties – contrat de travail, d'assurance, de consommation, d'adhésion, *etc*. –, entraînant une faiblesse pour l'un des contractants[1030]. Les droits contemporains des contrats intègrent ainsi la notion de vulnérabilité[1031] avec pour objectif de parvenir à un équilibre contractuel. Cette inégalité entraîne un risque pour la libre volonté du contractant plus faible. L'inégalité entre contractants ressort d'un rapport de sujétion ayant pour conséquence le développement d'un pouvoir dans la relation contractuelle[1032]. Il a donc été affirmé que « *l'introduction de l'unilatéralisme au sein du droit commun des contrats tend à accroître l'existence de pouvoirs au sein de la relation contractuelle* »[1033]. C'est en ce sens que certains auteurs ont pu associer la notion de pouvoir aux droits potestatifs. Il s'agit en effet d'un « *pouvoir, pour son titulaire, d'influer sur une situation juridique préexistante en la modifiant, l'éteignant ou en en créant une nouvelle, par sa seule volonté unilatérale et sans que son partenaire, placé dans une position totale de sujétion puisse y faire obstacle* »[1034]. Découle ainsi de cette inégalité, l'existence de ce rapport de sujétion entre les parties. Cette situation favorise en effet les

[1029] V. en ce sens : **F. CHÉNEDÉ**, « De l'autonomie de la volonté à la justice commutative. Du mythe à la réalité », *in* dossier « Devenirs de l'autonomie de la volonté », *in Droit & philosophie*, vol. IV, 2012, p. 155, spéc. n°15, p. 179 ; **E. GOUNOT**, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé – Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, éd. Rousseau, 1912, p. 385.

[1030] Un auteur identifie trois grandes variétés d'inégalité, à savoir l'inégalité des besoins, l'inégalité des connaissances et l'inégalité économique : **J.-L. AUBERT**, « La relation entre bailleurs et locataires en droit français », *in La protection de la partie faible dans les rapports contractuels – Comparaison franco-belge*, J. GHESTIN, M. FONTAINE (dir.), coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 1996, p. 165, spéc. n°7, p. 168.

V. en ce sens **M. CHAGNY**, *Droit de la concurrence et droit commun des obligations*, J. GHESTIN (préf.), vol. 32, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, Dalloz, 2004, n^{os} 811 et s., p. 783 et s.

[1031] V. en ce sens : **S. LE GAC-PECH**, « De la personne vulnérable au contractant vulnérable », *in Le droit du contractant vulnérable*, S. LE GAC-PECH (dir.), vol. 16, coll. Contrats & Patrimoine, Larcier, 2016, p. 11.

[1032] **C. SÉVELY-FOURNIÉ**, *Essai sur l'acte juridique extinctif en droit privé – Contribution à l'étude de l'acte juridique,* L. ROZÈS (préf.), vol. 100, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, Dalloz, 2010, n°328, p. 419.

[1033] **P. LEMAY**, *Le principe de la force obligatoire du contrat à l'épreuve du développement de l'unilatéralisme,* S. CHASSAGNARD-PINET (préf.), coll. Bibliothèque des thèses, Mare & Martin, 2014, n°258, p. 358.

[1034] **J. ROCHFELD**, « Les droits potestatifs accordés par le contrat », *in Études offertes à Jacques Ghestin, Le contrat au début du XXI^{e} siècle*, *LGDJ, 2001,* p. 747, spéc. n°3, p. 748.

rapports de force entre contractants. La faiblesse de l'une des parties est susceptible d'entraîner un déséquilibre du contrat, bafouant alors l'intérêt d'une des parties à ce contrat, voire allant à l'encontre de l'intérêt général.

198. L'existence de l'inégalité, source d'une présomption de déséquilibre contractuel. – L'inégalité des parties contractantes entraîne ainsi une méfiance, mais l'existence de cette inégalité ne peut toutefois pas être effacée puisqu'elle est inhérente aux rapports contractuels contemporains[1035]. Pour ne citer que quelques exemples, Monsieur Georges VIRASSAMY a identifié les contrats de dépendance. Il s'agit de contrats liés à une activité professionnelle dans lesquels une dépendance économique est inhérente au rapport contractuel en cause, comme les contrats de distribution ou encore les contrats de franchise[1036]. Dans le même sens, Madame Victoire LASBORDES a isolé les contrats déséquilibrés en pouvoir, c'est-à-dire les contrats dans lesquels « *l'une des parties dispose d'un pouvoir déséquilibrant, entendu comme le pouvoir d'imposer une volonté unilatérale à un partenaire qui n'est pas en mesure de discuter* »[1037]. Pour finir, peuvent également être mentionnés les contrats de masse. Il s'agit de contrats d'adhésion standardisés dans lesquels seule l'une des parties détermine le contenu contractuel, l'autre doit seulement y adhérer. Ces différents contrats entraînent alors une inégalité entre les parties, mais surtout, il en ressort un fort unilatéralisme dans la relation contractuelle[1038]. L'inégalité des parties a été le tremplin de spécialisation du droit des contrats. De nombreux droits spéciaux se sont alors saisis de cette inégalité afin de renforcer la protection de la partie identifiée comme étant plus faible, autrement dit celle qui subit l'inégalité. Si elle ne peut être éradiquée, l'inégalité des parties entraîne une méfiance. La partie identifiée comme

[1035] V. not. **G. RIPERT**, *La règle morale dans les obligations civiles*, 4ème éd., LGDJ, 1949, n°40, p. 74 ; **G. VIRASSAMY**, *Les contrats de dépendance – Essai sur les activités professionnelles exercées dans une dépendance économique*, J. GHESTIN (préf.), t. CXC, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 1986, n°348, p. 299 : S'agissant des contrats de dépendance économique, l'auteur affirme qu'ils « *constituent une réalité de la vie contractuelle et sont utilisés dans tous les secteurs de la vie économique* » ; **A.-S. CHONÉ**, *Les abus de domination – Essai en droit des contrats et en droit de la concurrence*, B. TEYSSIÉ (préf.), coll. Recherches Juridiques, Économica, 2010, n°5, p. 4 : « *Entre les hommes, l'inégalité existe à l'état de nature* ».

[1036] **G. VIRASSAMY**, *Les contrats de dépendance – Essai sur les activités professionnelles exercées dans une dépendance économique*, J. GHESTIN (préf.), t. CXC, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 1986.

[1037] **V. LASBORDES**, *Les contrats déséquilibrés*, C. SAINT-ALARY HOUIN (préf.), t. 1, coll. Institut de Droit des Affaires, PUAM, 2000, n°202, p. 205.

[1038] L'unilatéralisme fait partie intégrante de la sphère contractuelle. La doctrine s'est ainsi saisie du phénomène : V. not. **Ch. JAMIN, D. MAZEAUD (dir.)**, *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, coll. Études juridiques, Économica, 1999 ; **P. LEMAY**, *Le principe de la force obligatoire du contrat à l'épreuve du développement de l'unilatéralisme,* S. CHASSAGNARD-PINET (préf.), coll. Bibliothèque des thèses, Mare & Martin, 2014 ; **M. CASSIÈDE**, *Les pouvoirs contractuels : étude de droit privé*, L. SAUTONIE-LAGUIONIE (dir.), th. dactyl., Université de Bordeaux, 2018 ; **L. MOLINA**, *La prérogative contractuelle,* L. AYNÈS (préf.), t. 619, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2022.

faible ne serait ainsi pas en mesure de défendre ses propres intérêts, pouvant ainsi mener à un déséquilibre contractuel[1039].

199. L'inégalité impactant la rationalité des contractants. – Comme déjà envisagés, des présupposés ont entouré les différentes conceptions du contrat, et ont également influencé le droit des contrats. Ces présupposés impliquent l'égalité des contractants, leur rationalité, ainsi que la poursuite par chacun d'eux de leurs intérêts[1040]. La rationalité demeure le moteur de ces présupposés. Selon les sciences sociales, « *le modèle du choix rationnel prévoit que les individus décident à la lumière des informations sur les options et sur leurs conséquences dont ils disposent au moment de la décision. Ils sont censés choisir la meilleure option selon leurs préférences personnelles* »[1041]. Ce modèle implique que les individus disposent des informations suffisantes permettant d'opérer le meilleur choix selon leurs intérêts personnels. En matière contractuelle, cela suppose donc que les contractants soient capables individuellement de prendre des décisions rationnelles leur permettant de satisfaire leurs différents besoins et intérêts. Cette rationalité illimitée s'inspire du modèle économique néo-classique dit du choix rationnel construit autour de la notion d'*Homo œconomicus*[1042]. Ce modèle a largement été remis en question en doctrine, les contractants ne pouvant être pleinement rationnels et égaux[1043]. Cette inégalité impacte en effet la rationalité du choix des contractants. Pourtant, la rationalité illimitée continue d'opérer son influence dans le traitement de l'équilibre contractuel. Alors que la vision classique des contractants désincarnés, égaux et rationnels, a été remise en question depuis longtemps, elle continue malgré tout d'influencer le législateur. Cette vision idéale du contractant impacte directement le traitement de l'équilibre en droit des contrats à travers ce que la doctrine appelle le néo-libéralisme[1044]. Dès lors qu'il

[1039] V. en ce sens : **S. LE GAC-PECH (dir.)**, *Les droits du contractant vulnérable*, vol. 16, coll. Contrats & Patrimoine, Larcier, 2016. *Adde*. **S. LE GAC-PECH**, « Bâtir un droit des contractants vulnérables », *in RTD Civ.*, 2014, p. 581.

[1040] V. en ce sens : **J. ROCHFELD**, *Les grandes notions du droit privé,* 3ème éd., coll. Thémis, PUF, 2022, n°2, p. 528 : « *Les présupposés sous-tendant la conception dominante du contrat, au XIXe siècle, se conforment aux idées de la période qui allait faire naître le Code civil, à savoir celles de l'égalité des citoyens, de la rationalité des individus et de la poursuite par chacun de son intérêt* ».

[1041] **E. MACKAAY, S. ROUSSEAU, P. LAROUCHE et *al.*,** *Analyse économique du droit*, 3ème éd., coll. Méthodes du droit, Dalloz, 2021, n°117, p. 37.

[1042] *Cf. supra* n°108.

[1043] *Cf. supra* n°108.

[1044] V. en ce sens : **J. FLOUR, J.-L. AUBERT, É. SAVAUX**, *Droit civil – Les obligations – L'acte juridique,* 18ème éd., coll. Université, Dalloz, 2024, n°163, p. 209 : « *Pourtant, il est permis d'y voir, de manière plus conforme à l'intention du législateur, un mouvement de restauration de la volonté : la loi donne à des contractants que les techniques contractuelles modernes rendent particulièrement vulnérables les moyens d'émettre un consentement éclairé* ».

est possible de constater un défaut dans la liberté contractuelle de l'un des contractants, le législateur intervient en vue d'opérer un rééquilibrage.

200. L'inégalité des parties, un facteur d'intervention préventive du législateur. – Dans cette optique, l'inégalité des parties devient un facteur d'intervention du législateur. Ce dernier intervient de manière préventive afin d'éviter que le risque ne se réalise. Notamment, le législateur tente autant que faire se peut de rééquilibrer l'asymétrie existant entre les parties. L'objet est donc d'aboutir à « *la restauration d'une volonté libre et éclairée des contractants* »[1045]. Autrement dit, il s'agit d'endiguer toute réalisation du risque de déséquilibre contractuel. Dans le même sens, Monsieur Florian MAUME affirmait que « *la protection de la partie faible doit garantir un niveau de savoir suffisant pour restaurer une véritable liberté contractuelle* »[1046]. Il s'agit donc pour le législateur de récréer une volonté rationnelle de manière artificielle des contractants[1047]. Le postulat de départ d'égalité des contractants est finalement devenu un objectif permettant de corriger l'inégalité entre les contractants[1048]. L'inégalité constatée entraînerait l'ineffectivité totale ou partielle de la liberté contractuelle de l'une des parties. Cette inégalité entraîne un risque pour l'équilibre contractuel, risque dont le législateur peut se saisir à titre préventif.

À titre d'illustration, il est possible de mentionner l'obligation d'information précontractuelle ou encore le formalisme informatif. Ces deux exemples permettent de mettre en évidence une volonté du législateur de restaurer la « *capacité informationnelle* »[1049] des contractants afin qu'ils puissent contracter dans de meilleures conditions. Un autre exemple peut se manifester au travers des mécanismes de finalisation. Les droits finalisés ont fait l'objet d'une étude approfondie permettant de les identifier et de les définir[1050]. Monsieur Roberto THIANCOURT les définit comme des droits « *assortis d'une exigence de justification de leur*

[1045] **C. OUERDANE-AUBERT DE VINCELLES**, *Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles,* Y. LEQUETTE (préf.), vol. 19, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, Dalloz, 2002, n°687, p. 499.

[1046] **F. MAUME**, *Essai critique sur la protection du consentement de la partie faible en matière contractuelle,* D. HOUTCIEFF (dir.), th. dactyl., Université d'Évry-Val-d'Essonne, 2015, n°411, p. 210.

[1047] V. en ce sens : **N. CHARDIN**, *Le contrat de consommation de crédit et l'autonomie de la volonté*, J.-L. AUBERT (préf.), t. 199, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 1988.

[1048] V. en ce sens : **P. LOKIEC**, « La décision et le droit privé », *in D.*, 2008, p. 2293 : « *L'idée de "corriger" les différentes asymétries et ainsi de procéder au "rééquilibrage du contrat" n'est rien d'autre que la conséquence de la fiction d'égalité des parties au contrat. De présupposé, elle est devenue l'objectif - inatteignable - du droit, quelque peu atténué il est vrai dès lors qu'il est davantage question d'équilibre que d'égalité* ».

[1049] **H. BARBIER**, *La liberté de prendre des risques*, J. MESTRE (préf.), coll. Institut de Droit des Affaires, PUAM, 2011, n°58, p. 79.

[1050] V. **R. THIANCOURT**, *Les droits finalisés dans le contrat – Contribution à l'étude de la justification en droit* privé, J.-B. SEUBE (préf.), t. 646, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2024.

usage »[1051], à l'image de l'exigence de motivation. Autrement dit, ces droits permettent de prendre en considération les motifs des contractants dans l'exercice de leurs droits permettant de réduire la part d'arbitraire pouvant émaner de leur décision[1052]. Plus précisément, les droits finalisés désignent « *les prérogatives juridiques ne pouvant être exercées que pour certains motifs concrets déterminés par la loi, le juge ou le contrat et dont le respect est judiciairement contrôlé* »[1053]. L'auteur énonce que « *ce phénomène de finalisation traduit un effacement du caractère discrétionnaire des droits qui en font l'objet* »[1054]. Ces derniers constituent « *une réponse appropriée à la nécessité de prévenir une mise en œuvre arbitraire des pouvoirs contractuels* »[1055]. Il s'agit donc d'introduire une part d'objectivité pour contrebalancer la subjectivité inhérente aux pouvoirs contractuels « *contraignant* [son titulaire] *à agir dans le respect de l'intérêt du contractant* »[1056]. Bien qu'aucune référence formelle aux droits finalisés ne soit faite en droit positif, l'auteur affirme qu'ils « *s'élaborent à partir de notions présentes en droit positif des contrats et qui en révèlent l'existence comme celles de "motifs légitimes", de "cause réelle et sérieuse", de "juste motif", etc.* »[1057]. Principalement issus des législations spéciales[1058], ces droits finalisés se manifestent également en droit commun des contrats. Peut alors servir d'illustration, la fixation unilatérale du prix qui exige une motivation en cas de contestation[1059] ou encore la résolution unilatérale du contrat exige une motivation[1060]. Ces mécanismes ont alors une vocation préventive incitant les détenteurs de droits discrétionnaires à justifier le bien-fondé de l'exercice de leurs prérogatives. En outre, la finalisation des droits permet de faciliter le contrôle des motifs afin de « *s'assurer qu'un contractant a exercé le*

[1051] **R. THIANCOURT**, *Les droits finalisés dans le contrat – Contribution à l'étude de la justification en droit privé*, J.-B. SEUBE (préf.), t. 646, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2024, n°196, pp. 171-172.

[1052] **R. THIANCOURT**, *Les droits finalisés dans le contrat – Contribution à l'étude de la justification en droit privé*, J.-B. SEUBE (préf.), t. 646, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2024, n°196, pp. 171-172.

[1053] **R. THIANCOURT**, *Les droits finalisés dans le contrat – Contribution à l'étude de la justification en droit privé*, J.-B. SEUBE (préf.), t. 646, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2024, n°357, p. 330.

[1054] **R. THIANCOURT**, *Les droits finalisés dans le contrat – Contribution à l'étude de la justification en droit privé*, J.-B. SEUBE (préf.), t. 646, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2024, n°96, p. 100.

[1055] **M. CASSIÈDE**, *Les pouvoirs contractuels : étude de droit privé*, L. SAUTONIE-LAGUIONIE (dir.), th. dactyl., Université de Bordeaux, 2018, n°335, p. 368.

[1056] **M. CASSIÈDE**, *Les pouvoirs contractuels : étude de droit privé*, L. SAUTONIE-LAGUIONIE (dir.), th. dactyl., Université de Bordeaux, 2018, n°335, p. 368.

[1057] **R. THIANCOURT**, *Les droits finalisés dans le contrat – Contribution à l'étude de la justification en droit privé*, J.-B. SEUBE (préf.), t. 646, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2024, n°195, p. 171.

[1058] **R. THIANCOURT**, *Les droits finalisés dans le contrat – Contribution à l'étude de la justification en droit privé*, J.-B. SEUBE (préf.), t. 646, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2024, n°96, p. 100 : L'auteur évoque plusieurs illustrations et « *il en va notamment de la sorte du licenciement du salarié, du congédiement de certains preneurs à bail, de la cessation du contrat d'agent commercial, de la révocation de certains dirigeants sociaux, etc.* ».

[1059] C. civ., art. 1164 et 1165.

[1060] C. civ., art. 1226, al. 3.

pouvoir qui lui était reconnu, par la loi ou le contrat, conformément à sa finalité »[1061]. Les droits finalisés permettent ainsi de rationaliser les décisions de leur détenteur, mais également de rééquilibrer les pouvoirs entre les parties contractantes[1062].

L'objectif est de rééquilibrer la balance des intérêts entre les contractants, de rétablir un certain équilibre entre eux. L'objet de ces interventions préventives est alors de contrer les risques portés par ces contrats et de tenter autant que possible de sécuriser les relations contractuelles afin qu'elles ne portent pas une atteinte substantielle à la partie faible. Finalement, la volonté librement exprimée d'un contractant est un facteur qui détermine l'équilibre présumé du contrat. Toutefois, sanctionner l'existence de l'inégalité en elle-même apparaît inutile, tous les contrats n'étant « *pas le lieu d'exploitation de la faiblesse de certains partenaires* »[1063]. L'inégalité doit rester un point de vigilance, pour tenter d'endiguer la réalisation du risque, mais seul l'abus de cette situation d'inégalité doit être sanctionné[1064].

B. L'existence d'un déséquilibre contractuel – La correction de la réalisation du risque

201. La réalisation du risque. – L'inégalité des parties est un facteur de risque de déséquilibre contractuel en raison d'une place laissée à la sujétion. Dépourvu de toute conséquence dommageable, le législateur intervient de manière préventive pour, autant que faire se peut, procéder à un rééquilibrage entre les parties afin qu'elles disposent d'une liberté contractuelle effective. Toutefois, la prévention du risque n'empêche pas la réalisation de ce dernier. Il est nécessaire désormais d'identifier la réalisation du déséquilibre contractuel. Madame Victoire LASBORDES estime que « *le déséquilibre est le résultat d'un abus dans*

[1061] **J.-B. SEUBE**, « L'obligation de motivation et la rupture du bail commercial », *in RDC*, 2006, p. 761. *Adde*. **M. FABRE-MAGNAN**, « L'obligation de motivation en droit des contrats », *in Études offertes à Jacques Ghestin, Le contrat au début du XXI^e siècle,* LGDJ, 2001, p. 301.

[1062] **R. THIANCOURT**, *Les droits finalisés dans le contrat – Contribution à l'étude de la justification en droit* privé, J.-B. SEUBE (préf.), t. 646, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2024, n^os 200 et s., p. 174 et s.

[1063] **A. COMBALUZIER-VAUDE**, *Contribution à la définition de la notion de partie faible dans les contrats*, D. FERRIER (dir.), th. dactyl., Université de Montpellier, 2008, n°5, p. 14 : L'auteure poursuit en affirmant que « *un contractant dans une telle situation peut être entièrement satisfait d'une relation contractuelle. Il est heureux au demeurant que la faiblesse n'empêche pas les contractants de retirer un bénéfice contractuel. Dans la grande majorité des cas, la faiblesse ne prête pas à conséquence* ».

[1064] **G. RIPERT**, *La règle morale dans les obligations civiles*, 4ème éd., LGDJ, 1949, n°59, p. 102 : « *Ce n'est pas l'inégalité des contractants qui par elle seule rend le contrat suspect, c'est l'abus possible de cette inégalité* » ; **G. LOISEAU**, « La puissance du contractant en droit commun des contrats », *in AJ Contrats d'affaires – Concurrence – Distribution*, 2015, p. 496.

l'exercice de ce pouvoir unilatéral exorbitant »[1065]. Selon cette définition, une distinction doit alors être opérée entre l'existence d'un pouvoir – factuel ou issu d'une prérogative contractuelle[1066] – et l'usage abusif de ces derniers[1067]. L'existence d'un tel pouvoir peut faire présupposer un risque, mais seules les conséquences de l'exercice permettent d'établir l'existence d'un déséquilibre contractuel substantiel, les intérêts de l'une des parties n'étant pas respectés. Le titulaire d'un pouvoir, de quelque nature qu'il soit, « *est enclin à en abuser* »[1068]. En ce sens, l'exercice d'un droit ou d'un pouvoir « *s'arrête aux frontières de l'excès et de l'abus* »[1069]. Ainsi, le risque d'abus entraîne une vigilance accrue dans la relation contractuelle, un souci de régulation, tandis que l'exercice de l'abus entraîne des sanctions pour celui qui l'exerce dès lors qu'en découle un excès[1070]. ***Le critère du traitement curatif du déséquilibre contractuel serait donc les conséquences préjudiciables qu'emporte l'exercice abusif du pouvoir unilatéral par l'une des parties sur les autres***. Deux éléments sont donc à envisager, à savoir l'abus et les conséquences de cet abus.

202. L'existence d'un comportement abusif, critère de traitement du déséquilibre contractuel ? – La notion d'abus a déjà fait l'objet de travaux approfondis, notamment en matière contractuelle[1071]. Communément, l'abus signifie « *l'exploitation excessive d'une*

[1065] **V. LASBORDES**, *Les contrats déséquilibrés*, C. SAINT-ALARY HOUIN (préf.), t. 1, coll. Institut de Droit des Affaires, PUAM, 2000, n°202, p. 205.

[1066] **P. LOKIEC**, *Contrat et pouvoir : Essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, A. LYON-CAEN (préf.), t. 408, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2004, n^{os} 16 et s., p. 12 et s.

[1067] Cette distinction entre l'existence et l'exercice a été effectuée dans d'autres écrits : **B. MOORE**, « Flexible contrat », *in Mélanges Jean-Louis Baudouin,* Yvon Blais éd., 2001, p. 569 ; **J. ROCHFELD**, « Les droits potestatifs accordés par le contrat », *in Études offertes à Jacques Ghestin, Le contrat au début du XXI^{e} siècle*, *LGDJ, 2001,* p. 747 ; **J. ROCHFELD,** « Contrats et obligations », *in JCP G.,* 2002, n°19, p. 134 ; **A.-S. CHONÉ**, *Les abus de domination – Essai en droit des contrats et en droit de la concurrence*, B. TEYSSIÉ (préf.), coll. Recherches Juridiques, Économica, 2010, n°5, pp. 4-5.

[1068] **R. THIANCOURT**, *Les droits finalisés dans le contrat – Contribution à l'étude de la justification en droit* privé, J.-B. SEUBE (préf.), t. 646, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2024, n°2, p. 17.

[1069] **N. FOURNIER DE CROUY**, *La faute lucrative*, M. BEHAR-TOUCHAIS (préf.), coll. Recherches Juridiques, Économica, 2018, n°25, p. 26.

[1070] **S. LE GAC-PECH**, « De la personne vulnérable au contractant vulnérable », *in Le droit du contractant vulnérable*, S. LE GAC-PECH (dir.), vol. 16, coll. Contrats & Patrimoine, Larcier, 2016, p. 11 : L'auteure évoque cette dualité entre la protection et la sanction d'un abus en matière de vulnérabilité du contractant : « *Le renvoi à la vulnérabilité contractuelle n'a pas simplement pour effet de protéger la personne en état de fragilité, en évitant que cet état soit la cause de nouvelles difficultés financières mais plus largement pour objet de réprimer un abus du cocontractant* » (p. 13). L'auteure continue de manière plus explicite en affirmant que « *cette dualité, entre l'état préexistant et la situation corrélative que l'on subit, explique que la vulnérabilité renvoie tout autant au risque qu'au résultat* » (p. 16).

[1071] **Ph. STOFFEL-MUNCK**, *L'abus dans le contrat – Essai d'une théorie*, R. BOUT (préf.), t. 337, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2000 ; **A.-S. CHONÉ**, *Les abus de domination – Essai en droit des contrats et en droit de la concurrence*, B. TEYSSIÉ (préf.), coll. Recherches Juridiques, Économica, 2010 ; **A. HASNAOUI CHAFIAA**, *L'abus dans l'exécution du contrat*, M. K. CHARFEDDINE (préf.), coll. Logiques juridiques, L'Harmattan, 2020.

possibilité »[1072]. Parmi les différents types d'abus susceptibles d'être identifiés, on dénombre les abus de domination, les abus de dépendance économique, les abus de faiblesse, les abus de liberté contractuelle, les abus de droit, *etc*. Si certains abus font l'objet, de manière autonome, d'une consécration en droit positif, ce qui intéresse le propos c'est avant tout de déterminer ce qu'est l'abus dans le contrat. Selon Monsieur Philippe STOFFEL-MUNCK, l'abus dans le contrat « *est synonyme de toute forme de déloyauté* ». Il peut ainsi résulter de deux situations, à savoir « *l'usage excessif d'une prérogative juridique* »,[1073] mais aussi, d'une « *mise à profit d'une position de force souvent au détriment d'intérêts vulnérables* »[1074]. À l'examen, ces deux situations se recoupent avec les deux aspects de la notion de pouvoir. Le contractant peut user abusivement d'une prérogative contractuelle ou d'une situation purement factuelle. Dit autrement, dès lors qu'un contractant dispose d'un quelconque pouvoir issu d'une puissance factuelle ou d'une prérogative juridique – contractuelle ou légale –, un abus peut être commis par lui.

Monsieur Philippe STOFFEL-MUNCK a d'ailleurs identifié deux aspects de la notion d'abus, l'un découlant d'une faute d'un contractant et l'autre étant envisagé comme une limite à la force obligatoire du contrat[1075]. Ces deux versants de l'abus permettent d'une part d'envisager l'abus de comportement d'une partie tirant profit de la situation d'inégalité de fait entre les parties ; d'autre part, d'envisager l'abus de comportement d'une partie tirant avantage d'un droit ou d'une prérogative que lui attribue la convention[1076]. Dans ces deux situations, l'abus résulte d'un pouvoir détenu par l'un des contractants. Il doit donc être appréhendé dans un contexte d'unilatéralisme, engendrant des situations de pouvoir. L'inégalité en matière contractuelle favorise ainsi les situations dans lesquelles un fort unilatéralisme se développe. La notion d'unilatéralisme a été définie comme étant « *l'aptitude de la volonté d'une seule personne à créer des effets de droit. En droit des contrats, l'unilatéralisme est l'expression de la volonté individuelle en vue de créer une obligation contractuelle, ou détruire le lien contractuel, ou*

[1072] **A.-S. CHONÉ-GRIMALDI**, V° « Abus », *in Dictionnaire du contrat,* D. MAZEAUD, R. BOFFA, N. BLANC (dir.), coll. Les dictionnaires LGDJ, LGDJ, 2018, n°1, p. 19.

[1073] **ASSOCIATION H. CAPITANT** (dir.), *Vocabulaire juridique*, 14ème éd., coll. Quadrige, PUF, 2022, V° « Abus ».

[1074] **ASSOCIATION H. CAPITANT** (dir.), *Vocabulaire juridique*, 14ème éd., coll. Quadrige, PUF, 2022, V° « Abus ».

[1075] **Ph. STOFFEL-MUNCK**, *L'abus dans le contrat – Essai d'une théorie*, R. BOUT (préf.), t. 337, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2000, n°8, p. 13.

[1076] **Ph. STOFFEL-MUNCK**, *L'abus dans le contrat – Essai d'une théorie*, R. BOUT (préf.), t. 337, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2000, n°177, p. 164 : l'auteur insiste sur cette distinction et fait part de la confusion qui règne dans les écrits entre ces deux types d'abus.

encore de définir le contenu du contrat »[1077]. Ainsi, l'exercice abusif d'une volonté unilatérale résultant d'une prérogative contractuelle ou d'un pouvoir est la source d'un déséquilibre contractuel entraînant des conséquences préjudiciables pour le contractant faible. Cet abus doit ainsi aller à l'encontre de l'intérêt du contractant ou de l'intérêt général.

Toutefois, l'abus est un critère subjectif ne permettant pas de satisfaire la sécurité juridique souhaitée. Il est difficile de fixer un seuil de l'abus suffisamment précis pour intervenir, c'est pourquoi il est nécessaire de constater un excès dans l'exercice de ce pouvoir. À ce titre, il devient générateur de responsabilité devant faire l'objet d'une correction dès lors qu'il entraîne des conséquences excessives.

203. Conséquences excessives découlant de l'abus. – La notion d'abus, telle qu'envisagée, devient un critère d'intervention extérieure, le droit se saisit de la problématique de l'abus dans le contrat. Ainsi, la liberté contractuelle implique pour les parties une responsabilité dans le choix de leurs actes. Toutefois, le défaut de liberté pour l'une des parties, issu de leur inégalité, et l'abus de liberté contractuelle ou d'une prérogative juridique[1078] pour l'autre entraîne une réaction juridique à proportion de la nature de l'abus. Cet abus doit engendrer des conséquences excessives, autrement dit provoquer un déséquilibre substantiel dans le contrat. Ces conséquences doivent donc être suffisamment flagrantes et manifestes, et être décelées facilement[1079]. Dans cette situation, l'excès engendré par l'abus réduit les intérêts de l'autre contractant ou affecte considérablement l'intérêt général, de sorte que le contrat n'est plus en mesure de parvenir à sa finalité d'équilibre contractuel. Dans ces circonstances, un contrôle extérieur peut être mis en place.

204. Le contrôle de l'exercice excessif d'un pouvoir. – Le déséquilibre contractuel interne légitime doit être le résultat de l'exercice excessif d'un pouvoir factuel ou juridique. Dès lors que cet exercice entraîne des conséquences excessives, il est nécessaire que le législateur ou le juge se saisisse de la question. Ce sont là des critères permettant de fixer le seuil d'une intervention extérieure au contrat, ce dernier n'étant plus la chose des parties, mais

[1077] **S. BROS**, « La place de l'unilatéralisme : progrès ou danger ? », *in RDC,* 2012, n°4, p. 1452.

[1078] Cette distinction ressort de la thèse de Monsieur Philippe STOFFEL-MUNCK : **Ph. STOFFEL-MUNCK**, *L'abus dans le contrat – Essai d'une théorie*, R. BOUT (préf.), t. 337, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2000, n^{os} 346 et s., p. 291 et s.

[1079] V. sur la notion d'excès : **D. BAKOUCHE**, *L'excès en droit civil*, M. GOBERT (préf.), t. 432, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, n^{os} 14 et s., p. 15 et s. : Pour l'auteur « *l'excès, qui ne se conçoit que manifeste, suppose non pas un simple déséquilibre ou une simple disproportion, mais, plus radicalement une démesure évidente, flagrante et, partant, inacceptable ou intolérable entre les données comparées* […] » (n°450, p. 403).

la chose d'une seule des parties. Dans cette situation, le risque de déséquilibre s'est réalisé, le traitement ne peut alors qu'être curatif. La prévention et la sanction des excès ont donc vocation à préserver ou protéger les intérêts, qu'ils soient privés, avec la protection des intérêts des parties et notamment de la partie faible, ou qu'il s'agisse de l'intérêt général, avec par exemple, la régulation du marché. Le comportement des contractants n'est pas le seul susceptible de causer un déséquilibre contractuel substantiel, il existe également des causes extérieures se traduisant en déséquilibre contractuel externe.

Paragraphe 2. Le déséquilibre contractuel externe

205. Le déséquilibre contractuel externe, l'imprévu. – Nous l'avons vu, l'équilibre contractuel doit s'étendre de la phase de formation du contrat jusqu'à son exécution. Si la phase de formation du contrat est déterminante dans l'établissement de l'équilibre contractuel, des situations peuvent pourtant échapper aux volontés qui doivent faire face aux imprévus. En effet, en dépit de la tentative des parties d'embrasser l'avenir avec leur contrat, un imprévu peut surgir et prendre au dépourvu les contractants. Il est ainsi des cas dans lesquels des déséquilibres peuvent surgir de l'exécution du contrat, ces déséquilibres devant être extérieurs[1080] à la volonté des contractants, autrement dit, ils trouveront leur source dans un imprévu. Déjà envisagée précédemment, la notion d'imprévu a été mise en lumière par Monsieur Louis THIBIERGE[1081]. Il établit à ce titre une distinction entre la notion d'imprévu et l'incertain. « *Le premier désigne un événement que les parties n'ont pas considéré lors de la formation du contrat. Étranger à la conscience des parties, il est également étranger au champ des stipulations contractuelles. À l'inverse, l'événement incertain a fait l'objet d'une réflexion. C'est au regard d'un risque ou d'une opportunité favorable, mais en toute hypothèse aléatoire, que les parties se sont engagées* »[1082]. L'imprévu doit alors altérer les prévisions des parties[1083]. Il traduit un unique phénomène : « *Quelle que soit la gravité des conséquences de l'imprévu, celui-ci procède*

[1080] **L. THIBIERGE**, *Le contrat face à l'imprévu*, L. AYNÈS (préf.), coll. Recherches Juridiques, Économica, 2011, n^os^ 519 et s., p. 310 et s. : « *En réalité, dire que l'événement est extérieur aux parties signifie tout à la fois qu'il n'est pas dû à leur faute, mais également qu'il ne relève pas de leur responsabilité* ». Cela rejoint les développements sur la notion de responsabilité en matière contractuelle et la liberté laissé aux parties dans l'organisation de leur relation contractuelle (*cf. supra* n°191).

[1081] **L. THIBIERGE**, *Le contrat face à l'imprévu*, L. AYNÈS (préf.), coll. Recherches Juridiques, Économica, 2011.

[1082] **L. THIBIERGE**, *Le contrat face à l'imprévu*, L. AYNÈS (préf.), coll. Recherches Juridiques, Économica, 2011, n°36, p. 26.

[1083] **L. THIBIERGE**, *Le contrat face à l'imprévu*, L. AYNÈS (préf.), coll. Recherches Juridiques, Économica, 2011, n°563, p. 326.

toujours d'un même phénomène. L'imprévu dispose d'une nature unique : il désigne l'événement extérieur à la sphère contractuelle auquel les parties n'ont pas songé »[1084]. Dans le cas d'un imprévu provoquant un déséquilibre contractuel conjoncturel, la solution peut éventuellement se trouver dans le contrat. Les parties peuvent en effet se garantir contre l'avenir et prévoir certaines clauses[1085] visant à se protéger des imprévus. Toutefois, ces prévisions contractuelles ne ressortent pas de l'intégralité des contrats.

206. Principe du *mutuus consensus*. – Dans le cas où les parties n'ont rien prévu dans leur contrat, elles ont tout de même la possibilité de convenir d'un nouvel accord pour rétablir l'équilibre contractuel de départ ou un nouvel équilibre qui leur conviendra. Elles peuvent également résilier le contrat d'un commun accord[1086]. Par ce nouvel accord, les parties peuvent donc remédier au déséquilibre survenant en cours d'exécution du contrat, notamment lorsqu'il affecte l'intérêt de l'ensemble des parties au contrat, mais cela est également possible lorsque les déséquilibres n'affectent que l'une des parties. Toutefois, il est des cas dans lesquels ce nouvel accord ne pourra être émis en raison d'une divergence entre les parties ou d'un échec de la renégociation. Dans ces circonstances, une situation de blocage en ressort, laissant souvent l'une des parties subir le déséquilibre contractuel ayant surgi inopinément.

207. L'imprévu paralysant nécessite une intervention extérieure. – Dans ces situations de blocage, il doit être permis à la partie subissant le déséquilibre impromptu d'obtenir une intervention extérieure pour adapter le contrat à ce nouveau contexte, et à défaut d'une telle possibilité, lui permettre de sortir des liens contractuels[1087]. Pour être saisi par le droit, l'imprévu doit évidemment causer un déséquilibre substantiel dans le contrat menant à une excessive onérosité dans l'exécution du contrat, voire à l'impossibilité d'exécuter le contrat[1088].

***

[1084] **L. THIBIERGE**, *Le contrat face à l'imprévu*, L. AYNÈS (préf.), coll. Recherches Juridiques, Économica, 2011, n°588, p. 334.

[1085] Il est possible de prendre l'exemple des clauses de hardship : « *La clause de hardship, variété de clause de renégociation qualifiée parfois de clause de sauvegarde, permet à l'une des parties d'exiger de l'autre la renégociation de leur accord à exécution successive lorsque l'équilibre économique qui existait lors de la conclusion a disparu par suite d'un bouleversement des circonstances* » : **W. DROSS**, *Clausier – Dictionnaire des clauses ordinaires et extraordinaires des contrats de droit privé interne*, 3ème éd., LexisNexis, 2016, p. 346.

[1086] Dans ce cas, l'on parle de *mutuus dissensus* : **R. VATINET**, « Le *mutuus dissensus* », *in RTD civ.*, 1987, p. 252.

[1087] Il existe ainsi une gradation des remèdes selon la gravité de la paralysie du contrat.

[1088] L'imprévu est saisi par le droit positif au moyen du mécanisme de la force majeure (art. 1218 C. civ.) et depuis 2016, de la révision pour imprévision (art. 1195 C. civ.)

208. Conclusion Section 2. – La préservation des intérêts au contrat n'est donc pas absolue, elle n'intervient finalement que lorsque se manifeste un déséquilibre interne ou un déséquilibre externe.

En matière de déséquilibre interne, un traitement différencié doit intervenir selon la gravité du déséquilibre interne. Deux situations peuvent survenir en cas de déséquilibre interne : d'une part, il peut exister une présomption de déséquilibre lorsqu'il résulte de la relation contractuelle, une inégalité ; d'autre part, il peut exister un réel déséquilibre substantiel, lorsqu'il découle de cette inégalité l'usage abusif d'un pouvoir unilatéral dont les conséquences sont dommageables pour la partie faible. Dans ces situations, l'intervention du législateur ne peut être identique. Dans le premier cas, seul un risque découle de la situation, si bien que seule une intervention à titre préventif peut être mise en œuvre par le législateur. Dans le second, des conséquences excessives sont subies par l'une des parties au contrat, prenant sa source dans un comportement abusif du contractant. L'intervention du législateur doit alors être curative afin de sanctionner le déséquilibre et éventuellement réparer les préjudices qui découlent de la situation dommageable.

En matière de déséquilibre externe, un imprévu peut survenir pendant l'exécution du contrat. Si cet imprévu n'est pas en soi une cause d'intervention, une intervention extérieure est là encore nécessaire dès lors qu'il en résulte un grave déséquilibre et une situation de blocage entre les parties.

***

209. Conclusion du Chapitre 1. – Le traitement de l'équilibre contractuel passe par la nécessité d'identifier les déséquilibres contractuels légitimes à toute préoccupation. Le contrat doit pouvoir rester la chose des parties. Seules ces dernières sont en principe légitimes à conclure, modifier, résilier leur contrat d'un commun accord. En revanche, dès lors qu'un défaut d'effectivité de liberté survient, le déséquilibre devient légitime. Il constitue ainsi le seuil par-delà lequel une intervention directe ou indirecte s'avère nécessaire. Il était donc question de démontrer l'existence de différents degrés de déséquilibre. À cet égard, seuls ceux résultant d'une absence de liberté contractuelle étaient légitimes à faire l'objet d'un contrôle. ***Le déséquilibre contractuel ne doit faire l'objet d'un traitement uniquement lorsqu'il est constaté un défaut d'effectivité de liberté, à savoir une incapacité informationnelle, ajoutée à une incapacité de refuser un risque***. De ce constat, il était donc question d'identifier les

déséquilibres pour lesquels la liberté contractuelle se trouve altérée. Deux types de déséquilibres ont ainsi pu être identifiés.

Premièrement, les déséquilibres internes, c'est-à-dire ceux dont l'origine provient de l'existence d'un pouvoir unilatéral, voire de l'exercice abusif de ce dernier, entraînent des conséquences excessives pour la partie subissant ce pouvoir. D'un côté, il existe une présomption de déséquilibre, encourageant une intervention préventive du législateur, d'un autre côté, il existe un réel déséquilibre substantiel incitant une intervention extérieure pour protéger la partie dépourvue de toute possibilité. Dans le cas du déséquilibre interne, le comportement de l'une des parties au contrat ne respecte pas l'intérêt contractuel.

Deuxièmement, les déséquilibres externes doivent également être identifiés. Il s'agit de déséquilibres prenant leur source dans un imprévu et à l'occasion desquels l'une des parties provoque une situation de blocage dans la relation contractuelle impliquant des conséquences excessives pour la partie subissant l'imprévu. Il en ressort ainsi un grave déséquilibre dont aucune issue ne semble pouvoir être trouvée. Dans ces circonstances, une intervention extérieure peut mettre fin à cette situation de déséquilibre contractuel.

L'identification de ces critères permet une rationalisation de la notion d'équilibre contractuel. ***L'équilibre contractuel est un état d'harmonie permettant la satisfaction mutuelle (un accommodement) des différents intérêts légitimes à la relation contractuelle. C'est une notion à la temporalité évolutive, l'équilibre se construit au moment de la formation du contrat, puis se cristallise au moment de la conclusion du contrat, tout en ayant vocation à évoluer selon le déroulement de la relation contractuelle.*** Dès lors qu'un intérêt ne se trouve pas satisfait, que ce soit au moment de la formation, de l'exécution ou de l'extinction du contrat, un potentiel déséquilibre apparaît. ***Pour être légitime, le déséquilibre doit trouver sa source dans le mauvais comportement d'un contractant exerçant abusivement un pouvoir sur l'autre et dont l'issue ne peut qu'entraîner des conséquences excessives***. Une intervention semble nécessaire dès lors que la naissance ou la persistance du déséquilibre trouve sa source dans le mauvais comportement d'un contractant. Les déséquilibres contractuels trouvant essentiellement leur source dans un abus de comportement de la part d'un contractant, il est nécessaire de pouvoir les appréhender efficacement.

CHAPITRE 2. LA DÉTERMINATION DE CRITÈRES D'APPRÉHENSION DES COMPORTEMENTS

210. La définition de l'équilibre contractuel permet d'appréhender de manière générale la notion. Elle ne permet, en revanche, pas d'appréhender précisément le traitement qu'il est nécessaire de lui réserver. Désormais, nous avons établi des critères permettant de déterminer, de manière plus sûre, le seuil d'intervention extérieure afin d'appréhender les différents déséquilibres contractuels légitimes. Ainsi, l'intervention de l'ordre juridique s'avère nécessaire lorsqu'un contractant adopte un comportement abusif entraînant des conséquences excessives pour son cocontractant. Il est nécessaire dorénavant d'envisager de quelle manière le traitement du déséquilibre doit être appréhendé. L'équilibre contractuel relevant du droit des contrats, il apparaît légitime d'envisager désormais des critères d'efficacité du traitement de cet équilibre[1089]. Il apparaît donc nécessaire qu'en tant que finalité, le traitement de l'équilibre soit efficace, c'est-à-dire qu'il doit produire « *dans de bonnes conditions et sans autre aide, l'effet attendu* »[1090]. Largement abandonnée aux études sociologiques ou économiques, la notion d'efficacité est dépourvue de tout sens juridique[1091]. L'efficacité permet d'atteindre la finalité attendue, il s'agit de « *l'accomplissement d'une attente* »[1092]. Elle doit se distinguer de deux notions voisines, à savoir l'effectivité et l'efficience. La première renvoie à un phénomène « *qui produit un effet réel* »[1093], tandis que la seconde renvoie à la notion de « *performance* »[1094] ou encore à « *une aptitude* […] *à fournir le meilleur rendement* »[1095]. En matière juridique, l'efficacité se définit comme un « *mode d'appréciation des conséquences des normes juridiques et de leur adéquation aux fins qu'elles visent* »[1096], en l'occurrence l'équilibre

[1089] V. en ce sens **J.-F. BRISSON**, « Objectifs dans la loi et efficacité du droit », *in Les objectifs dans le droit*, B. FAURE (dir.), coll. Thèmes & commentaires, Dalloz, 2010, p. 29 : « *tout texte juridique vise à atteindre des objectifs et tend donc par définition à l'efficacité* ».

[1090] CNRTL, V° « Efficace » : https://www.cnrtl.fr/lexicographie/efficace.

[1091] V. en ce sens : **Y.-M. LAITHIER**, *Études comparatives des sanctions de l'inexécution du contrat »,* H. MUIR-WATT (préf.), t. 419, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2004, n°8, p. 18 ; **M. BOURASSIN**, *L'efficacité des garanties personnelles*, M.-N. JOBARD-BACHELLIER et V. BRÉMOND (préf.), t. 456, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2006, n°4, p. 7 ; **G. CHANTEPIE**, « L'efficacité attendue du contrat », *in RDC*, 2010, n°1, p. 317.

[1092] **M. BOURASSIN**, *L'efficacité des garanties personnelles*, M.-N. JOBARD-BACHELLIER et V. BRÉMOND (préf.), t. 456, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2006, n°7, p. 8.

[1093] CNRTL, V° « Effectif » : https://www.cnrtl.fr/lexicographie/effectif.

[1094] Larousse, V° « Efficience » : https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/efficience/27930.

[1095] CNRTL, V° « Efficience » : https://www.cnrtl.fr/definition/efficience.

[1096] **R. BETTINI**, V° « Efficacité », *in Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, A.-J. ARNAUD (dir.), 2ème éd., coll. Anthologie du droit, LGDJ, 1993, p. 219.

contractuel. L'efficacité nécessite donc une adéquation entre l'effet attendu et l'effet réalisé[1097]. Le traitement de l'équilibre contractuel doit permettre dans une certaine mesure de réaliser l'effet attendu du contrat. Cela implique donc d'établir des critères permettant l'efficacité du traitement de l'équilibre contractuel.

211. L'idéal serait d'atteindre la perfection du contrat et donc qu'il produise les effets attendus à la condition de respecter et de satisfaire les intérêts contractuels[1098]. Cette idée de perfection renvoie ainsi à l'efficacité du contrat. En principe, l'efficacité du contrat dépend des parties. Ces dernières doivent en effet parer à toutes éventualités par le biais de prévisions contractuelles[1099] ou encore trouver un accord entre elles dès lors que survient un déséquilibre contractuel. Toutefois, il s'agit d'un idéal faisant face à la survenance de déséquilibres dont le droit doit se saisir lorsque les parties elles-mêmes ne peuvent dénouer la situation. Le traitement efficace de l'équilibre contractuel se caractérise par l'« *aptitude réelle* [des normes] *à réaliser leur but* »[1100]. Bien que critiquée[1101], la recherche de l'efficacité par le droit permettra de mettre « *au jour les règles satisfaisantes ou, au contraire, les lacunes du droit, au regard de l'objectif donné* »[1102]. Les déséquilibres contractuels se caractérisant par l'adoption de mauvais comportements par l'un des contractants, il est nécessaire d'envisager l'efficacité du traitement de l'équilibre contractuel par une appréhension de leurs comportements.

212. Il faut donc que le contrôle de l'équilibre soit suffisamment efficace pour qu'il atteigne son objectif, sans toutefois qu'il ne devienne un contrôle excessif permettant à la partie

---

[1097] **M. BOURASSIN**, *L'efficacité des garanties personnelles*, M.-N. JOBARD-BACHELLIER et V. BRÉMOND (préf.), t. 456, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2006, n°10, p. 9.

[1098] V. en ce sens : **A. BOUSCAVERT**, *La perfection des actes juridiques*, V. ÉGÉA (dir.), th. dactyl., Université Aix-Marseille, 2023, n°907, p. 549 : « *Il est ainsi apparu que la perfection pouvait s'entendre de la réalisation par l'acte de l'opération juridique qui constitue sa finalité, parfois aussi appelée le negotium* ».

[1099] Les parties peuvent anticiper tout risque de survenance d'un déséquilibre par le biais de diverses clauses mais aussi par le biais de peines privées pour éviter toute inexécution qui entraînerait un déséquilibre contractuel. Ces sanctions privées peuvent être l'attribution de pouvoirs unilatéraux ou encore l'insertion d'une clause pénale dans le contrat. Pour plus de développements sur ces points : **B. STARCK**, *Essai d'une théorie de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, M. PICARD (préf.), L. Rodstein, 1947 ; **S. CARVAL**, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, G. VINEY (préf.), t. 250, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 1995 ; **A. JAULT**, *La notion de peine privée*, F. CHABAS (préf.), t. 442, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2005.

[1100] **R. BETTINI**, V° « Efficacité », *in Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, A.-J. ARNAUD (dir.), 2ème éd., coll. Anthologie du droit, LGDJ, 1993, p. 219, spéc. n°1, p. 220.

[1101] Pour plus de développements sur les critiques de la méthode de la recherche de l'efficacité : V. **M. BOURASSIN**, *L'efficacité des garanties personnelles*, M.-N. JOBARD-BACHELLIER et V. BRÉMOND (préf.), t. 456, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2006, nos 42 et s., p. 22 et s.

[1102] **M. BOURASSIN**, *L'efficacité des garanties personnelles*, M.-N. JOBARD-BACHELLIER et V. BRÉMOND (préf.), t. 456, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2006, n°38, p. 19.

protégée d'en profiter[1103] et inversement. Cependant et comme l'a écrit MALAURIE, « *le droit est un art difficile, notamment parce que les lois produisent souvent des effets pervers* »[1104]. Si les effets pervers des lois ne sont pas neutralisables dans leur entièreté[1105], il n'en demeure pas moins qu'il est nécessaire, autant que possible de les anticiper. Toutefois, l'art de légiférer d'avère difficile[1106], notamment en raison de « *l'ambivalence humaine* »[1107]. En effet, le droit encadre directement ou indirectement les comportements humains, or leur appréhension est difficile[1108]. En matière contractuelle, la conclusion, l'exécution, le déroulement de la relation contractuelle ne dépend que du comportement des parties[1109]. Bien que la loi encadre ces comportements, il leur appartient de respecter ou non ces contraintes. Cela relève de la liberté et de la responsabilité de chacun. Or, le traitement de l'équilibre contractuel relève d'une appréhension des comportements, puisqu'il implique d'anticiper ou de sanctionner tout abus de la part d'un contractant. Pour parvenir à un encadrement efficace et rationalisé de l'équilibre

[1103] Nous pouvons citer l'exemple de la fixation unilatérale du prix dans les contrats. Avant qu'elle ne soit admise en jurisprudence par des arrêts du 1er décembre 1995, cette pratique ne l'était pas. Cela a pu donner lieu à des abus dans le contentieux. Ainsi la personne qui se voyait imposer le prix dans le contrat pouvait saisir un juge pour demander la nullité du contrat dès lors qu'une fixation de prix de lui convenait pas. Cette partie avait donc conscience que la pratique de fixation unilatérale n'était pas admise mais ne saisissait de juge qu'en cas de désaccord. V. en ce sens : **R. BOFFA, B. HAFTEL, Ph. CHAUVIRÉ, *al.***, *Les grandes décisions de la jurisprudence civile*, coll. Thémis, PUF, 2024, décision n°64, p. 405 et s., spéc. n°5, pp. 410-411: « *Alors que certains contrats-cadres avaient pu être exécutés pendant plusieurs années sans histoire, la nullité pour indétermination du prix devenait une défense pour le contractant à qui l'on reprochait une inexécution* ».

[1104] **Ph. MALAURIE**, « L'effet pervers des lois », *in Droit civil, procédure, linguistique juridique – Écrits en hommage à Gérard Cornu*, PUF, 1995, p. 309, spéc. n°1, p. 309. *Adde*. **G. PIGNARRE**, « L'effet pervers des lois », *in RRJ – Cahiers de méthodologie juridique*, 1994-4, p. 1097.

[1105] V. en ce sens : **Ph. MALAURIE**, « L'effet pervers des lois », *in Droit civil, procédure, linguistique juridique – Écrits en hommage à Gérard Cornu*, PUF, 1995, p. 309, spéc. n°14, p. 314-315 : l'auteur affirme qu'aucune loi parfaite ne peut exister. Selon lui, « *même si l'on découvrait un jour une prodigieuse machine juridique à faire des lois, qui permettrait de connaître tous les facteurs (je dis bien tous) qui dominent les relations humaines, qui embrasserait cet extraordinaire enchevêtrement qui constitue la vie, la totalité des intérêts en cause – moraux et patrimoniaux, individuels et sociaux – les intentions, les motifs, les mobiles, les arrière-pensées, les passions – avouées, cachées, inconscientes ou refoulées –, les volontés et velléités de puissance, les sublimations, les désirs de générosité, qui déviderait tous les psy – psychologie, psychiatrie, psychanalyse –, qui discernerait tous les effets – directs, indirects et induits –, toutes les conséquences et incidences, individuelles, familiales, démographiques, monétaires, financières, pacifiantes, bellifiantes, locales, régionales, nationales, internationales, universelles, politiques, électorales, etc., qu'une règle peut avoir. Elle ne serait pas capable de faire un droit parfait* ».

[1106] **Ph. MALAURIE**, « L'effet pervers des lois », *in Droit civil, procédure, linguistique juridique – Écrits en hommage à Gérard Cornu*, PUF, 1995, p. 309, spéc. n°2, p. 309 : « *Il n'est pas besoin d'être convaincu du sens tragique de la vie, comme l'était André Malraux, ou de l'infinie tristesse du monde comme l'était Jules Michelet, pour savoir que le droit, tout le droit, mais particulièrement le droit civil est un art difficile et que ce qu'il y a de plus difficile c'est de légiférer* ».

[1107] **Ph. MALAURIE**, « L'effet pervers des lois », *in Droit civil, procédure, linguistique juridique – Écrits en hommage à Gérard Cornu*, PUF, 1995, p. 309, spéc. n°15, p. 315.

[1108] **G. PIGNARRE**, « L'effet pervers des lois », *in RRJ – Cahiers de méthodologie juridique*, 1994-4, p. 1097, spéc. n°84 : « *Le destin de la règle de droit passe par la réponse de ceux auxquels elle s'adresse. Or, tout ce qui touche aux comportements humains est difficilement correctibles* ».

[1109] V. en ce sens : **B. FAGES**, *Le comportement du contractant*, J. GHESTIN (préf.), coll. Institut de droit des affaires, PUAM, 1997 ; **M. IRUELA**, *La sanction du comportement du contractant*, D. KRAJESKI (dir.), th. dactyl., Université de Toulouse, 2021.

contractuel, il semble nécessaire d'avoir une appréhension pragmatique des comportements (**Section 1**). Toutefois, des limites pourront être mises en exergue menant à l'illusion d'une régulation des comportements (**Section 2**).

Section 1. L'importance d'une appréhension pragmatique des comportements contractuels

213. « *Pour être efficace, le droit a besoin d'une représentation aussi exacte que possible des comportements humains* »[1110]. Effectivement, le droit reste en majorité une science de régulation des comportements humains[1111]. Monsieur Philippe JESTAZ nuance toutefois cette affirmation. Selon lui, le droit n'a pas pour unique but de prescrire des comportements, « *cette conception mélange le vrai et le contestable* »[1112]. Il est évident, selon lui, que le droit peut prescrire des comportements, tel est le cas par exemple du Code de la route. Cependant, il ne doit pas se réduire à la prescription. Le droit ne doit donc pas se limiter à cette vision restrictive, il « *délimite, attribue et organise* »[1113]. L'auteur prend, à ce titre, l'exemple de l'article 1103 du Code civil qui dispose que « *les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits* ». Cet article n'a pas vocation à prescrire un comportement quelconque, « *il se borne à nous avertir que nos contrats seront obligatoires, en quoi il programme nos conduites futures* […]. *Ainsi cet article n'a rien d'une règle de conduite : il est plus subtilement une règle pour les conduites* »[1114]. Si le droit n'a pas seulement vocation à prescrire, il agit tout de même directement ou indirectement sur les comportements[1115]. Le comportement des individus reste donc au cœur du droit, puisque de lui dépend l'efficacité de la règle de droit.

214. En matière de droit des contrats, et surtout dans un objectif d'équilibre contractuel, le législateur encadre les comportements des contractants. Si les comportements que le

[1110] **A. ALEMANNO, G. HELLERINGER, A.-L. SIBONY**, « L'analyse comportementale du droit manifeste pour un nouveau champ de recherche en Europe », *in Revue internationale de droit économique*, 2016, n°3, p. 315.

[1111] En ce sens : **Ph. MALINVAUD, N. BALAT**, *Introduction à l'étude du droit*, 23ème éd., coll. Manuels, LexisNexis, 2023, n°46, p. 44 : « *Le droit a pour objet d'organiser la vie en société , de régir les comportements des hommes entre eux de telle sorte que soit assurée la paix sociale* » ; **J. GHESTIN, H. BARBIER**, *Introduction générale*, t. 1, *Droit objectif et droits subjectifs – Sources du droit*, 5ème éd., coll. Traité, LGDJ, 2018, n°9, p. 16 ; **F. TERRÉ, N. MOLFESSIS**, *Introduction générale au droit*, 16ème éd., coll. Précis, Dalloz, 2024, n°27, p. 35.

[1112] **Ph. JESTAZ**, *Le droit*, 11ème éd., coll. Connaissance du droit, Dalloz, 2021, p. 4.

[1113] **Ph. JESTAZ**, *Le droit*, 11ème éd., coll. Connaissance du droit, Dalloz, 2021, p. 5.

[1114] **Ph. JESTAZ**, *Le droit*, 11ème éd., coll. Connaissance du droit, Dalloz, 2021, p. 5.

[1115] **Ph. JESTAZ**, *Le droit*, 11ème éd., coll. Connaissance du droit, Dalloz, 2021, p. 4 : « *D'une façon générale, il va de soi que le droit vise à influer sur les comportements, mais pas forcément de manière directe ; et que de leur côté les justiciables modèlent leur comportement en fonction du droit, mais parfois pour le contourner* ».

législateur doit prendre en considération pour l'élaboration de la norme ont pu être déterminés, il faut également envisager des critères d'encadrement afin de ne pas aboutir, autant que possible, à la création d'effets pervers de la loi, en anticipant le comportement des contractants. Une appréhension pragmatique des comportements des contractants permettra une prise de conscience de la rationalité limitée des contractants (**Paragraphe 1**), mais également de l'existence de comportements opportunistes (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 1. La prise en compte de la rationalité limitée dans le contrôle de l'équilibre contractuel

215. Présentation de l'analyse comportementale du droit. – L'une des difficultés dans le traitement de l'équilibre contractuel est de savoir dans quelles mesures le législateur doit intervenir, selon quels critères il doit élaborer des normes visant à le protéger. La rationalité illimitée peut servir de point de départ quant à une éventuelle intervention du législateur[1116], toutefois, il semble important de pouvoir appréhender de manière réaliste les comportements, ce qu'illustre la théorie comportementale du droit. L'analyse comportementale du droit est inspirée du courant « *Behavioral law and economics* » essentiellement développé aux États-Unis. Il s'agit de travaux portant une réflexion sur l'économie comportementale. Peu abordée en France, quelques auteurs ont entrepris de transposer ces travaux à la sphère juridique[1117]. Cette analyse « *permet avant tout de nourrir la discussion sur l'efficacité des règles de droit, c'est-à-dire leur aptitude à atteindre leur but* »[1118]. L'objectif premier est « *d'appréhender la complexité des comportements humains, d'en éclairer les mécanismes et d'analyser l'influence du contexte du processus décisionnel. L'individu n'est plus abordé comme un être abstrait ou désincarné, mais agit comme un agent susceptible de commettre des erreurs, d'être influencé et d'agir, parfois inconsciemment, à l'encontre de ses intérêts* »[1119]. Ces recherches se fondent sur la notion de rationalité limitée qui a été développée par l'économiste Herbert Alexander

[1116] *Cf. supra* n°199.

[1117] V. not. **A. BIARD, M. FAURE**, « Ce que l'économie comportementale peut apporter aux juristes : illustrations européennes », *in RTD Eur.*, 2015, p. 715 ; **A. ALEMANNO, G. HELLERINGER, A.-L. SIBONY**, « Brève introduction à l'analyse comportementale du droit », *in D.*, 2016, p. 911 ; **A. ALEMANNO, G. HELLERINGER, A.-L. SIBONY**, « L'analyse comportementale du droit manifeste pour un nouveau champ de recherche en Europe », *in Revue internationale de droit économique*, 2016, n°3, p. 315 ; **P.-E. AUDIT**, « De quelques enseignements de l'analyse comportementale du droit en matière d'information du contractant », *in RTD Civ.*, 2021, p. 545.

[1118] **A. ALEMANNO, G. HELLERINGER, A.-L. SIBONY**, « Brève introduction à l'analyse comportementale du droit », *in D.*, 2016, p. 911.

[1119] **A. BIARD, M. FAURE**, « Ce que l'économie comportementale peut apporter aux juristes : illustrations européennes », *in RTD Eur.*, 2015, p. 715.

SIMON[1120]. L'analyse comportementale du droit étudie également le comportement des individus face aux incitations comportementales contenues dans les règles de droit[1121]. Deux analyses peuvent donc s'extraire des travaux d'économie comportementale en matière juridique, à savoir la prise en compte réaliste des comportements humains dans l'élaboration de la règle juridique, mais également l'appréciation des comportements humains face aux différentes règles juridiques.

216. L'influence de l'analyse comportementale en droit des contrats. – Appliquée à la matière contractuelle, il est question de se détacher de la vision classique des contractants égaux et suffisamment rationnels pour satisfaire leurs propres intérêts[1122]. Le point de départ de la réflexion est au contraire tout autre. L'analyse repose sur une rationalité limitée des contractants, pourvue de biais cognitifs[1123] et heuristiques[1124]. Cette analyse permettrait un renouvellement de l'appréhension des comportements humains, tout en tirant « *les conséquences, dans le domaine juridique, de la mise en évidence de l'existence de biais cognitifs* »[1125]. Cette théorie comportementale peut s'illustrer de différentes manières.

[1120] **A. SILEM**, *Lexique d'économie,* 16ème éd., coll. Lexiques, Dalloz, 2024, V° « Rationalité limitée, Rationnalité procédurale » : « *Expressions d'Herbert Alexander Simon (1916-2001, prix Nobel d'économie en 1978 pour son travail sur le processus de décision au sein de l'organisation économique) qui désignent le comportement cognitif plus réaliste des agents. Elles se distinguent de la rationalité substantive de la théorie microéconomique standard. La rationalité limitée signifie que la personne humaine ne peut traiter que quelques symboles à la fois et que ses capacités de mémorisation sont limitées. Compte tenu de ces caractères, il doit mettre en place une heuristique efficace. Cette démarche heuristique est l'autre nom de la rationalité procédurale qui consiste à sélectionner un ensemble de choix possibles parmi un ensemble plus vaste pour arriver à une solution satisfaisante, mais qui n'est pas nécessairement la meilleure de manière absolue* ».

[1121] **A. BIARD, M. FAURE**, « Ce que l'économie comportementale peut apporter aux juristes : illustrations européennes », *in RTD Eur.*, 2015, p. 715 : « *il convient de souligner que la contribution principale de l'analyse comportementale réside dans la tentative de mieux décrire – c'est-à-dire de façon plus réaliste – la façon dont l'être humain se comporte et réagit face aux règles de droit* ».

[1122] **P.-E. AUDIT**, « De quelques enseignements de l'analyse comportementale du droit en matière d'information du contractant », *in RTD Civ.*, 2021, p. 545 : « *Il s'agit de remplacer ce modèle de l'humain rationnel par celui de l'humain tel qu'il est décrit par les résultats des expériences de la psychologie cognitive avec, à la clé, des bénéfices tels qu'une critique scientifiquement informée des règles de droit existantes, du processus judiciaire et parlementaire ou encore de l'amélioration de l'efficacité de la règle de droit ainsi que de la protection des individus* ».

[1123] Monsieur Pierre-Emmanuel AUDIT définit les biais cognitifs « *comme des modes de raisonnement empruntés de manière routinière par le cerveau humain pour analyser une situation ou aboutir à des conclusions et qui s'avèrent structurellement défectueux* » : **P.-E. AUDIT**, « De quelques enseignements de l'analyse comportementale du droit en matière d'information du contractant », *in RTD Civ.*, 2021, p. 545.

[1124] Les heuristiques « *sont des simplifications et des raccourcis mentaux par lesquels le cerveaux humain trie l'information disponible pour ne retenir que ce qui est jugé pertinent pour la prise de décision* » : **A. BIARD, M. FAURE**, « Ce que l'économie comportementale peut apporter aux juristes : illustrations européennes », *in RTD Eur.*, 2015, p. 715.

[1125] **P.-E. AUDIT**, « De quelques enseignements de l'analyse comportementale du droit en matière d'information du contractant », *in RTD Civ.*, 2021, p. 545.

Ainsi, les capacités cognitives des individus étant limitées, il est question de mettre en avant leur « *capacité de traitement de l'information imparfaite et limitée* »[1126]. En matière juridique, Monsieur Pierre-Emmanuel AUDIT les étudie à travers l'obligation d'information en droit[1127], mais son analyse peut tout aussi bien être étendue à tous mécanismes informationnels. Selon des études, les individus ne peuvent rationnellement traiter, assimiler et comprendre l'ensemble des informations qui leur sont transmises[1128]. Un exemple parlant se trouve être la lecture des conditions générales. Cette lecture apparaît illusoire dès lors qu'il faudrait consacrer un nombre d'heures excessivement chronophage pour qu'un individu le fasse[1129]. Et quand bien même il les lirait, il ne pourrait complètement les assimiler[1130].

En outre, cette théorie permet d'étudier l'influence de ce qu'appelle la psychologie cognitive, l'effet de cadrage. L'effet de cadrage ou encore biais de cadrage « *désigne l'influence importante que peut avoir la formulation d'une question ou d'un problème sur la réponse qui y est apportée. Il montre à quel point l'être humain est influençable et offre un moyen de le mesurer* »[1131]. En d'autres termes, il est possible d'influencer les décisions selon la manière dont sont présentées des données menant à l'établissement d'un choix. Des études ont démontré, par exemple, que « *72 % DES SUJETS D'UNE EXPÉRIENCE "préfèrent" sauver 200 personnes sur 600 lors d'une épidémie de grippe que laisser mourir 400 individus. Le*

[1126] **P.-E. AUDIT**, « De quelques enseignements de l'analyse comportementale du droit en matière d'information du contractant », *in RTD Civ.*, 2021, p. 545.

[1127] **P.-E. AUDIT**, « De quelques enseignements de l'analyse comportementale du droit en matière d'information du contractant », *in RTD Civ.*, 2021, p. 545. *Adde*. **M. LAY-DUFFANT**, *Critique de la notion d'obligation – Étude de droit civil français*, B. THULLIER (dir.), th. dactyl., Université de Paris-Nanterre, 2021.

[1128] **M. LAY-DUFFANT**, *Critique de la notion d'obligation – Étude de droit civil français*, B. THULLIER (dir.), th. dactyl., Université de Paris-Nanterre, 2021, spéc. n°3, pp. 1-2.

[1129] V. en ce sens : **D. COHEN**, « Ampleur et qualités du consentement donné par clic de souris », *in LPA,* 2014, n°164, p. 3 : « […] *une étude précise menée en 2012 par un groupe d'élèves du master de droit économique de Sciences Po a montré que la lecture intégrale des conditions générales de la plupart des opérateurs nécessiterait plusieurs heures, voire une dizaine d'heures, ce qui n'est pas raisonnablement envisageable, a fortiori dans un univers virtuel ou tout est conçu pour exalter et encourager l'instantanéité, la simplicité et l'extrême rapidité de la conclusion d'un contrat* » ; **R. BOFFA**, « Article 1108 : le contrat d'adhésion »*, in RDC*, 2015, n°3, p. 736, spéc. n°1 : « *L'adhésion dématérialisée est encore moins réfléchie : qui peut prétendre avoir lu les conditions générales d'un contrat avant de télécharger une application sur son téléphone ?* » ; **F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, et *al.***, *Droit civil – Les obligations*, 13ème éd., Coll. Précis, Dalloz, 2022, n°340, p. 379 ; **J. CALAIS-AULOY, H. TEMPLE, M. DEPINCÉ**, *Droit de la consommation*, 10ème éd., coll. Précis, Dalloz, 2020, n°60, p. 74. *Adde.* Des chercheurs américains ont démontré « l'échec de l'obligation d'information » (traduction du titre de leur article) : **O. BEN-SHAHAR, C. E. SCHNEIDER**, « The failature of mandated disclosure », *in University of Pennsylvania Law Review,* 2011, vol. 159, n°3, p. 647.

[1130] V. en ce sens : **N. MATHEY**, *Fasc. 100 : Forme des contrats*, JurisClasseur Contrats-Distribution, LexisNexis, 15 sept. 2020, spéc. §44 : « *Non seulement, les mentions informatives sont sans doute rarement lues mais, en outre, lorsqu'elles sont lues, rien n'assure qu'elles soient effectivement comprises* ». *Adde*. **A. LEPAGE**, « Les paradoxes du formalisme informatif », *in Études de droit de la consommation – Liber amicorum Jean Calais-Auloy*, Dalloz, 2004, p. 597.

[1131] **LA TOUPIE**, V° « Effet de cadrage » : https://www.toupie.org/Biais/Biais_cadrage.htm.

résultat est pourtant le même ! Mais il semble plus positif… »[1132]. Un autre exemple peut être pris en matière médicale. Lorsqu'un médecin propose une opération à son patient, le choix de ce dernier pourra différer selon qu'il lui annonce qu'il a 10% de chance de mourir ou 90% de chance de survie, alors pourtant qu'objectivement l'information est identique. Il s'agit là d'un biais de perception qui influe sur toutes les prises de décision[1133]. Rapportée à la matière juridique, le biais de cadrage peut avoir une incidence sur l'efficacité de l'information transmise. Il serait ainsi possible pour le détenteur d'une information de la manipuler pour influencer la décision du destinataire. Objectivement, l'information transmise est exacte et pertinente, mais subjectivement, elle ne permet pas à son destinataire de comprendre rationnellement les implications de sa décision ou de son choix[1134].

217. Illustrations en droit européen de la consommation. – Cette approche inspire déjà le législateur européen, notamment en matière de droit de la consommation[1135]. Par exemple, il est désormais prévu qu'« *avant que le consommateur soit lié par un contrat ou une offre, le professionnel doit obtenir le consentement exprès du consommateur à tout paiement supplémentaire*[1136] *à la rémunération convenue au titre de l'obligation contractuelle principale du professionnel. Si le professionnel n'a pas obtenu le consentement exprès du consommateur, mais qu'il l'a déduit en ayant recours à des options par défaut que le consommateur doit rejeter pour éviter le paiement supplémentaire, le consommateur peut prétendre au remboursement de ce paiement* »[1137]. Cet article se fonde sur les travaux de l'économie comportementale démontrant que les individus ne modifient pas leurs options par défaut. À titre d'illustration, les assurances annulation qui pouvaient être proposées de manière complémentaire à l'achat d'un consommateur et entraîner ainsi des frais supplémentaires dès lors qu'elles étaient proposées par défaut. Dorénavant, toute option entraînant des frais supplémentaires doit faire l'objet d'un consentement exprès de la part du consommateur.

[1132] **D. OVADIA**, « L'effet de cadrage – De l'art de présenter les choses pour influencer les décisions », *in Cerveau & Phycho*, 2018/4, n°98, p. 32.

[1133] **LA TOUPIE**, V° « Effet de cadrage » : https://www.toupie.org/Biais/Biais_cadrage.htm : « *Ce phénomène a été démontré en 1981 par Daniel Kahneman (né en 1934), psychologue et économiste américano-israélien, prix Nobel d'économie en 2002* ».

[1134] V. en ce sens : **P.-E. AUDIT**, « De quelques enseignements de l'analyse comportementale du droit en matière d'information du contractant », *in RTD Civ.*, 2021, p. 545.

[1135] V. not. **EUROPEAN COMMISSION**, *Legacy document consumer policy*, 2010-2014.

[1136] C'est nous qui soulignons.

[1137] Directive 2011/83/UE du Parlement européen et du Conseil, du 25 octobre 2011, relative aux droits des consommateurs, modifiant la directive 93/13/CEE du Conseil et la directive 1999/44/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 85/577/CEE du Conseil et la directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil, art. 22.

Un autre exemple tiré du droit de la consommation porte sur le devoir d'information. Les recherches sur la psychologie cognitive ont démontré que l'homme réel ne pouvait pas nécessairement faire face à une information trop technique ou encore un afflux d'informations abondant. Submergé par la quantité d'informations ou encore par sa complexité ou sa technicité[1138], l'individu « *se contentera généralement d'acquiescer, mettant ainsi à néant l'utilité de l'acte d'information supposé garantir son intérêt et qui sera pourtant réputé accompli* »[1139]. Dans ces hypothèses, les bénéfices du devoir d'information sont largement réduits, alors pourtant que l'information se trouve être transmise. Au regard de ces analyses, le droit européen s'est saisi de la question tentant d'appréhender cette problématique. Dans cette perspective de prise en compte de la rationalité limitée des individus, l'article L. 211-1 du Code de la consommation prévoit que « *les clauses des contrats proposés par des professionnels aux consommateurs doivent être présentées et rédigées de façon claire et compréhensible*[1140] »[1141]. Il est désormais courant, en droit de la consommation, d'observer ces expressions « *claire et compréhensible* »[1142] ou encore « *lisible et compréhensible* »[1143], permettant de faire en sorte

[1138] V. en ce sens les développements illustrés de **P.-E. AUDIT**, « De quelques enseignements de l'analyse comportementale du droit en matière d'information du contractant », *in RTD Civ.*, 2021, p. 545.

[1139] **P.-E. AUDIT**, « De quelques enseignements de l'analyse comportementale du droit en matière d'information du contractant », *in RTD Civ.*, 2021, p. 545.

[1140] C'est nous qui soulignons

[1141] Cet article découle d'une transposition de la Directive 93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs.

[1142] V. not. C. consom., art. L. 223-2 : « *Lorsqu'un professionnel est amené à recueillir auprès d'un consommateur des données téléphoniques, il l'informe de son droit à s'inscrire sur la liste d'opposition au démarchage téléphonique.*
Lorsque ce recueil d'information se fait à l'occasion de la conclusion d'un contrat, le contrat mentionne, de manière claire et compréhensible, l'existence de ce droit pour le consommateur » (nous soulignons) ;
C. consom., art. L. 313-6, al. 1er : « *Le prêteur assure la disponibilité permanente des informations générales, claires et compréhensibles, sur les contrats de crédit visés à l'article L. 313-1. L'intermédiaire de crédit assure également la disponibilité permanente des mêmes informations. Ces dernières sont délivrées sur papier, sur tout autre support durable ou sous forme électronique. Elles sont facilement accessibles et sont fournies gratuitement à l'emprunteur* » (nous soulignons) ;
C. consom., art. L. 224-33, al. 1er : « *Tout projet de modification des conditions contractuelles est notifié par le fournisseur de services de communications électroniques au consommateur, de manière claire et compréhensible, sur support durable au moins un mois avant son entrée en vigueur.* […] » (nous soulignons).

[1143] V. not. C. consom., art. L. 221-8 : « *Dans le cas d'un contrat conclu hors établissement, le professionnel fournit au consommateur, sur papier ou, sous réserve de l'accord du consommateur, sur un autre support durable, les informations prévues à l'article L. 221-5.*
Ces informations sont rédigées de manière lisible et compréhensible » (nous soulignons) ;
C. consom., art. L. 111-6 al. 2ème : « *Le producteur informe le consommateur, de façon lisible et compréhensible, des caractéristiques essentielles de chaque mise à jour des éléments numériques du bien, notamment de l'espace de stockage qu'elle requiert, de son impact sur les performances du bien et de l'évolution des fonctionnalités qu'elle comporte* » (nous soulignons) ;
C. consom., art. L. 111-2 al. 1er : « *Outre les mentions prévues à l'article L. 111-1, tout professionnel, avant la conclusion d'un contrat de fourniture de services et, lorsqu'il n'y a pas de contrat écrit, avant l'exécution de la prestation de services, met à la disposition du consommateur ou lui communique, de manière lisible et compréhensible, les informations complémentaires relatives à ses coordonnées, à son activité de prestation de*

que l'information donnée puisse atteindre son but d'éclairer le consentement des consommateurs. Il s'agit là d'une prise en considération de l'homme réel et non plus seulement de l'homme rationnel, qui détenteur de toute information, serait amené à les comprendre et en faire un bon usage.

Ces illustrations permettent de mettre en avant le souci du législateur européen[1144] d'accentuer la protection du consommateur en partant de postulats nouveaux, à savoir la rationalité limitée inhérente aux humains. Finalement, cette approche, bien qu'imparfaite[1145], présente l'avantage d'un changement de perspective permettant d'aborder la règle juridique au regard de ses conséquences pratiques. Elle permet également d'appréhender de manière réaliste les comportements humains afin d'élaborer et d'analyser la norme au regard de cette réalité. Cette question de l'analyse comportementale semble donc intégrée dans les réflexions européennes. Elle devrait également l'être dans les réflexions dès lors qu'il s'agit de réguler les comportements des contractants. Cette analyse permet d'admettre que la rationalité limitée concerne tous les individus et non pas seulement une catégorie spécifique de la population[1146]. Elle permet ainsi de démontrer que l'identification des parties faibles ne peut être suffisante. La psychologie cognitive ne semble pas être intégrée uniquement dans les réflexions portant sur la protection d'individus spécifiquement identifiés et notamment les consommateurs.

218. L'impact envisageable de l'analyse comportementale du droit sur le traitement de l'équilibre contractuel. – Les contractants ne sont donc pas toujours en mesure d'être pleinement rationnels, du fait de plusieurs variables, le manque d'accès à l'information, la surinformation, la technicité de l'information, l'absence de prise sur l'information donnée, *etc*. Dans cette optique, la rationalité limitée doit ainsi être prise en considération dans la protection de l'équilibre contractuel. Il ne faut donc pas seulement protéger les contractants contre les

services et aux autres conditions contractuelles, dont la liste et le contenu sont fixés par décret en Conseil d'État » (nous soulignons).

[1144] V. not. **X. GABAIX, A. LANDIER, D. THESMAR et *al.***, *La protection du consommateur : rationalité limitée et régulation*, Rapport n°101 du Conseil d'analyse économique, La documentation française, 2012.

[1145] Sur les limites de l'analyse comportementale du droit : **A. BIARD, M. FAURE**, « Ce que l'économie comportementale peut apporter aux juristes : illustrations européennes », *in RTD Eur.*, 2015, p. 715.

[1146] **P.-E. AUDIT**, « De quelques enseignements de l'analyse comportementale du droit en matière d'information du contractant », *in RTD Civ.*, 2021, p. 545 : « *La psychologie cognitive enseigne que la rationalité limitée comme les biais cognitifs n'affectent pas qu'une catégorie de la population, mais celle-ci toute entière. De ce constat, on peut en tirer un enseignement méthodologique essentiel : au rebours de la conception implicite actuelle, il n'est pas justifié de partir d'une représentation par défaut du destinataire de la règle qui est celle du décideur rationnel pour lui apporter des exceptions à l'égard d'une ou plusieurs catégories de personnes. Il convient tout au contraire, de prendre pour représentation de principe celle du décideur à rationalité limitée ;* […] ».

autres, mais il faut également les protéger efficacement. Cette prise en compte plus pragmatique de la nature humaine permettra de renforcer l'efficacité des mécanismes tendant à l'équilibre contractuel. Il semble donc nécessaire d'intégrer les réflexions de l'analyse comportementale dans l'interprétation des mécanismes tendant vers l'équilibre contractuel pour leur permettre d'atteindre cette finalité et d'être pleinement efficace. L'appréhension plus pragmatique des comportements s'étend également à la prise en compte de comportements opportunistes de la part des contractants.

Paragraphe 2. La prise en compte des comportements opportunistes dans le contrôle de l'équilibre contractuel

219. La notion d'opportunisme. – L'appréhension des comportements contractuels nécessite également d'anticiper tout opportunisme de la part des parties. En principe, l'opportunisme n'est teinté d'aucun *a priori*, il s'agit d'un « *comportement d'une personne qui agit en fonction des circonstances et sait exploiter les occasions* »[1147], une « *aptitude à saisir toutes les occasions avantageuses* »[1148]. Par exemple, une personne peut faire preuve d'opportunisme en quittant un emploi pour un autre, pour lequel elle tire un avantage supplémentaire. Toutefois, l'analyse économique lui attribue une connotation péjorative, il impliquerait ainsi de tirer profit d'une situation – ce qui n'est pas en soi blâmable –, mais ce profit impliquerait une tromperie[1149]. L'opportunisme peut prendre des formes diverses et variées[1150]. Monsieur Ejan MACKAAY reprend plusieurs situations d'opportunismes identifiées

[1147] CNRTL, V° « Opportunisme » : https://www.cnrtl.fr/definition/opportunisme.

[1148] CNRTL, V° « Opportunisme » : https://www.cnrtl.fr/definition/opportunisme.

[1149] **O. E. WILLIAMSON**, *Les institutions de l'économie*, trad. dirigée par M. GHERTMAN, InterEditions, 1994, p. 70 : « *Par opportunisme, j'entends une recherche d'intérêt personnel qui comporte la notion de tromperie. Cette dernière inclut les formes les plus apparentes telles que le mensonge, le vol et la tricherie. Mais elle ne se cantonne pas à ses extrêmes et l'opportunisme implique plus souvent des formes subtiles de tromperie* ».

[1150] **E. MACKAAY**, « L'analyse économique du droit comme outil de la doctrine juridique : La bonne foi et la justice contractuelle », *in RRJ*, 2011-4, p. 1605, spéc. p. 1611.

par la doctrine économiste, le resquillage[1151], le problème d'agence[1152], l'aléa moral[1153], le bastion[1154], *etc*. En raison de sa diversité, l'opportunisme est difficile à définir[1155], toutefois, certains auteurs s'y sont attelés pour présenter l'opportunisme en matière contractuelle.

220. L'opportunisme contractuel. – L'opportunisme implique pour le contractant de tirer profit d'une situation quelconque, qu'elle soit juridique ou factuelle, souvent au détriment de l'autre contractant. Il s'agirait finalement d'un contractant adoptant un comportement indésirable, un comportement de mauvaise foi. Ce rapprochement entre le comportement opportuniste et la mauvaise foi a été opéré par un universitaire américain, Monsieur Timothy J. MURIS[1156]. Ce dernier estime que « *le comportement opportuniste constitue un critère permettant de distinguer la bonne foi de la mauvaise foi* »[1157]. Monsieur Ejaan MACKAAY a d'ailleurs défini l'opportunisme du contractant. Il consiste « *pour l'un des contractants à modifier, par la ruse ou par la force, à son avantage ou au détriment de l'autre, la répartition des gains conjoints du contrat – les quasi-rentes dans le vocabulaire de l'économiste – que chaque partie pouvait normalement envisager au moment de la conclusion du contrat* »[1158]. Il

---

[1151] **E. MACKAAY**, « L'analyse économique du droit comme outil de la doctrine juridique : La bonne foi et la justice contractuelle », *in RRJ*, 2011-4, p. 1605, spéc. p. 1611 : « *lorsqu'un résultat désiré ne peut être obtenu que moyennent l'apport de tous les intéressés ou de la plupart d'entre eux, mais où il n'est pas pratiquement possible de surveiller chacun, le resquilleur s'abstient de contribuer, sans se priver de profiter du résultat obtenu ou du projet réalisé par les autres. Une variante de ce schéma se présente dans le contexte du rapport de travail : l'employé qui ne fournit pas à l'employeur toute l'ampleur de sa capacité de travail fait ce qu'en anglais appelle du shirking* ».

[1152] **E. MACKAAY**, « L'analyse économique du droit comme outil de la doctrine juridique : La bonne foi et la justice contractuelle », *in RRJ*, 2011-4, p. 1605, spéc. p. 1611 : « *là où, pour la réalisation de ses plans, une personne doit faire appel à d'autres qu'elle ne peut parfaitement surveiller, ces autres personnes peuvent poursuivre, au moins pour partie, leurs propres intérêts au détriment du sien ; le problème se présente par exemple dans tous les volets de la gouvernance des entreprises* ».

[1153] **E. MACKAAY**, « L'analyse économique du droit comme outil de la doctrine juridique : La bonne foi et la justice contractuelle », *in RRJ*, 2011-4, p. 1605, spéc. p. 1611 : « *le terme provient du domaine de l'assurance, mais son usage s'est généralisé. Il s'agit également d'un problème de coût de surveillance : l'assuré, une fois le contrat d'assurance souscrite, se comporte de manière moins prudente qu'il ne l'a – implicitement – promis ou montré au moment où la prime d'assurance a été fixée* ».

[1154] **E. MACKAAY**, « L'analyse économique du droit comme outil de la doctrine juridique : La bonne foi et la justice contractuelle », *in RRJ*, 2011-4, p. 1605, spéc. p. 1611 : « *lorsqu'un projet collectif n'ira de l'avant que moyennant l'accord de tous, le bastion suspend son assentiment dans le dessein de s'assurer une part plus que proportionnelle des gains conjoints résultant du projet. L'opportunisme provient ici non pas d'un problème d'information (surveillance), mais du pouvoir de monopole qui résulte du droit de véto* ».

[1155] **E. MACKAAY**, « L'analyse économique du droit comme outil de la doctrine juridique : La bonne foi et la justice contractuelle », *in RRJ*, 2011-4, p. 1605, spéc. p. 1611 : « *Autant ces formes spécifiques d'opportunismes ont été étudiées de près, autant il est difficile de trouver une définition de l'opportunisme en général* ».

[1156] **T. J. MURIS**, « Opportunistic Behavior and the Law of Contracts », *in Minnesota Law Review*, 1981, vol. 65, p. 521.

[1157] **T. J. MURIS**, « Opportunistic Behavior and the Law of Contracts », *in Minnesota Law Review*, 1981, vol. 65, p. 521, spéc. p. 566 : « *Opportunistic behavior provides a ground upon which to separate good from bad faith* ».

[1158] **E. MACKAAY, S. ROUSSEAU, P. LAROUCHE et *al.***, *Analyse économique du droit*, 5ème éd., coll. Méthodes du droit, Dalloz, 2021, n°1181, p. 392.

s'agit donc d'un comportement indésirable intervenant souvent au détriment d'une partie au cours de la relation contractuelle. Le contractant opportuniste agit en contrariété avec les intérêts de son cocontractant, créant ainsi une situation de déséquilibre contractuel. Deux formes d'opportunisme sont identifiées par l'auteur, l'opportunisme *ex ante* et *ex post*[1159]. L'opportunisme *ex ante* consiste « *à faire conclure au contractant une entente qu'il n'aurait pas acceptée de plein gré et parfaitement informé* »[1160]. Il s'agit d'un comportement opportuniste qui se présente dans la période de formation du contrat[1161]. L'opportunisme *ex post*, quant à lui, « *vise à modifier en cours d'exécution la répartition implicitement convenue au moment de la conclusion du contrat* »[1162]. Dans cette situation, le comportement opportuniste intervient en cours d'exécution du contrat et vise à entraver sa bonne exécution[1163]. Les manifestations de l'opportunisme peuvent donc se présenter dans toutes les phases de la relation contractuelle. En outre, l'opportunisme peut provenir de n'importe quel contractant, et ce, peu important sa position contractuelle, qu'il soit en position de faiblesse ou de force vis-à-vis de son cocontractant.

221. Illustrations de l'influence de l'opportunisme en droit des contrats. – Selon Monsieur Ejaan MACKAAY, le droit doit prendre en compte ces comportements dans l'arsenal juridique du droit des obligations[1164]. L'auteur évoque, à ce titre, le dol dont il estime qu'il « *constitue un exemple patent d'opportunisme par la ruse* »[1165]. Le dol provoque ainsi un vice du consentement entraînant un déséquilibre contractuel. Par cette tromperie, le consentement de la partie contractante se trouve vicié, ne pouvant, à cet égard, conclure un contrat qui respecterait ses intérêts[1166]. Un autre exemple d'opportunisme pourrait trouver sa source dans

---

[1159] **O. E. WILLIAMSON**, *Les institutions de l'économie*, trad. dirigée par M. GHERTMAN, InterEditions, 1994, pp. 70-71. *Adde*. **E. MACKAAY, S. ROUSSEAU, P. LAROUCHE et *al.***, *Analyse économique du droit*, 5ème éd., coll. Méthodes du droit, Dalloz, 2021, n°746, p. 251.

[1160] **E. MACKAAY, S. ROUSSEAU, P. LAROUCHE et *al.***, *Analyse économique du droit*, 5ème éd., coll. Méthodes du droit, Dalloz, 2021, n°746, p. 251.

[1161] V. en ce sens : **S. LEBRETON**, *L'exclusivité contractuelle et les comportements opportunistes – Étude particulière aux contrats de distribution,* M. PÉDAMON (préf.), coll. F.N.D.E., LexisNexis, 2002, n°29, p. 58.

[1162] **E. MACKAAY, S. ROUSSEAU, P. LAROUCHE et *al.***, *Analyse économique du droit*, 5ème éd., coll. Méthodes du droit, Dalloz, 2021, n°746, p. 251.

[1163] V. en ce sens : **S. LEBRETON**, *L'exclusivité contractuelle et les comportements opportunistes – Étude particulière aux contrats de distribution,* M. PÉDAMON (préf.), coll. F.N.D.E., LexisNexis, 2002, n°29, p. 58.

[1164] **E. MACKAAY**, « L'analyse économique du droit comme outil de la doctrine juridique : La bonne foi et la justice contractuelle », *in RRJ*, 2011-4, p. 1605, spéc. p. 1614 : « *Parce que l'opportunisme peut prendre une infinité de forme, le droit a besoin d'un arsenal ouvert d'outils pour y répondre* ».

[1165] **E. MACKAAY**, « L'analyse économique du droit comme outil de la doctrine juridique : La bonne foi et la justice contractuelle », *in RRJ*, 2011-4, p. 1605, spéc. p. 1615.

[1166] Dans le même sens : **C. OUERDANE-AUBERT DE VINCELLES**, *Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles,* Y. LEQUETTE (préf.), vol. 19, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, Dalloz, 2002,

un effet pervers du droit. Par exemple, les devoirs d'information ont en principe pour objectif d'informer une partie contractante sur un élément du contrat[1167]. Ainsi, un consommateur pourrait revendiquer la violation d'un devoir d'information par le professionnel pour remettre en cause le contrat, alors même que l'information n'en serait que secondaire et n'aurait pas modifié son consentement[1168]. Les consommateurs « *se sentant universellement et arbitrairement protégés,* […] *risquent peu à peu de privilégier l'inconscience au détriment de la responsabilité* »[1169]. La rédaction des textes permet d'entraver cette possibilité. Ces derniers prévoient, en effet, que l'information devant être transmise soit déterminante du consentement[1170]. En tout état de cause, les protections accordées aux contractants ne doivent pas leur permettre de se déresponsabiliser. Une solution est proposée par Monsieur Jean-Pascal CHAZAL consistant à apprécier les situations *in concreto* et non *in abstracto*[1171]. Cette proposition pourrait cependant entraîner des écarts d'interprétation selon la juridiction en cause. Mais dans la continuité de cette solution, il serait possible d'envisager d'apprécier la bonne foi de la personne bénéficiant d'une protection légale. La jurisprudence a pu se montrer sensible à ce genre d'effet pervers. Elle a ainsi refusé une demande de redressement judiciaire civil d'un particulier en retenant que son surendettement résultait « *d'une succession d'emprunts excessifs qu'il a contractés d'une manière irréfléchie eu égard au montant de son salaire, qui ne lui ont pas permis de tenir ses engagements financiers antérieurs et que cette situation de surendettement n'a pas pu lui échapper au fur et à mesure de la souscription des emprunts, dans la mesure où il exerçait la profession d'attaché commercial d'un organisme de crédit et que son activité professionnelle consistait à proposer des prêts à la clientèle tout en s'assurant que la capacité à épargner des emprunteurs leur permettrait de faire honneur à leurs*

n°6, p. 11 : l'auteure estime que le mécanisme des vices du consentement permet au juge une protection de l'équilibre contractuel.

[1167] *Contra*. **M. LAY-DUFFANT**, *Critique de la notion d'obligation – Étude de droit civil français*, B. THULLIER (dir.), th. dactyl., Université de Paris-Nanterre, 2021 : L'auteur estime que la fonction informative des devoirs d'information n'est que secondaire. Il estime ainsi que la fonction principale des devoirs d'information est avant tout une fonction d'imputation.

[1168] Sur cette question des effets pervers de la protection des consommateurs : **J.-P. CHAZAL**, *De la puissance économique en droit des obligations,* D. LEFÈBVRE (dir.), t. 1, th. dactyl., Université de Grenoble II, 1996, n^{os} 150 et s., p. 120 et s. ; **R. MARTIN**, « Le consommateur abusif », *in D.*, 1987, chron. XXIX, p. 150.

[1169] : **J.-P. CHAZAL**, *De la puissance économique en droit des obligations,* D. LEFÈBVRE (dir.), t. 1, th. dactyl., Université de Grenoble II, 1996, n°152, p. 121.

[1170] Pour plus de développements sur ce point : *cf. infra* n°287.

[1171] **J.-P. CHAZAL**, *De la puissance économique en droit des obligations,* D. LEFÈBVRE (dir.), t. 1, th. dactyl., Université de Grenoble II, 1996, n°152, p. 121 : « *Plutôt que de se complaire dans une analyse in abstracto, il vaudrait mieux, malgré les complications techniques qu'elle engendrerait, privilégier une analyse in concreto de la faiblesse, de la compétence et du savoir* ».

engagements et aux remboursements échelonnés »[1172]. Les juges du fond se fondent ainsi sur la mauvaise foi du particulier. Il s'agissait là d'une condition légale permettant l'accès aux procédures de redressement[1173]. Par la notion de bonne foi, les juges entendent apprécier le comportement du débiteur[1174]. Les comportements opportunistes sont donc généralisés à toutes les parties contractantes, et ce peu important leur position.

222. La prise en compte des comportements opportunistes dans la rationalisation du traitement de l'équilibre contractuel. – Peu de travaux intègrent cette dimension de comportements opportunistes dans leur recherche juridique[1175]. Pourtant, il semble qu'il soit nécessaire de le faire, essentiellement pour se détacher de la vision parfaite du contractant ou de la vision manichéenne opposant les parties fortes nécessairement *perfides* et les parties faibles nécessairement *vertueuses*. Cette conscience des comportements opportunistes doit être prise en compte à la fois pour les parties contractantes qui détiendraient un pouvoir sur les autres, mais aussi pour les parties contractantes bénéficiant d'une surprotection en raison de leur situation[1176]. Les comportements opportunistes peuvent donc émaner de chaque contractant. La partie forte pourrait ainsi utiliser un pouvoir qu'elle détient de manière opportune afin d'en dégager un avantage au détriment de l'autre. Il en est ainsi d'un contractant, qui, détenant une information, la divulgue, mais en la formulant à son avantage. Cette situation relève essentiellement du mauvais comportement d'une partie qui doit être évité. Mais pour ce qui intéresse la rationalisation du traitement de l'équilibre contractuel, il s'agit essentiellement de prendre conscience de la faiblesse supposée d'une partie, mais dans la détermination de sa protection. Cette prise de conscience permet d'éviter autant que possible qu'elle puisse adopter

[1172] CA Pau, 2ème ch., 17 déc. 1990 : *D.*, 1991, p. 270, note J.-C. GROSLIÈRE. *Adde*. CA Versailles, 13e ch., 20 déc. 1991 : *D.*, 1991, p. 197, note J.-L. AUBERT.

[1173] Loi n°89-1010 du 31 décembre 1989 relative à la prévention et au règlement des difficultés liées au surendettement des particuliers et des familles, art. 1er, al. 1er : « Il est institué une procédure de règlement amiable destinée, par l'élaboration d'un plan conventionnel approuvé par le débiteur et ses principaux créanciers, à régler la situation de surendettement des personnes physiques, caractérisée par l'impossibilité manifeste pour le débiteur de bonne foi de faire face à l'ensemble de ses dettes non professionnelles exigibles et à échoir » (nous soulignons).

[1174] **J.-C. GROSLIÈRE**, « N'est pas de bonne foi le professionnel du crédit qui se met dans une situation de surendettement alors qu'il doit en avoir conscience », *in D.*, 1991, p. 270.

[1175] *Contra*. En droit de la concurrence, l'analyse des comportements est plus souvent abordée. V. not. **S. LEBRETON**, *L'exclusivité contractuelle et les comportements opportunistes – Étude particulière aux contrats de distribution,* M. PÉDAMON (préf.), coll. F.N.D.E., LexisNexis, 2002.

[1176] V. en ce sens : **J. CALAIS-AULOY, H. TEMPLE, M. DEPINCÉ**, *Droit de la consommation*, 10ème éd., coll. Précis, Dalloz, 2020, spéc. n°20, p. 23 : « *En outre, il est dangereux de donner aux consommateurs l'impression que la loi les protège en toutes circonstances et de créer ainsi chez eux une mentalité d'assistés, voire d'incapables. La surprotection risque de perpétuer la situation de faiblesse dans laquelle se trouvent la plupart des consommateurs. Elle risque aussi d'être abusivement utilisée par les consommateurs les plus malins* » ; **C. GRUDLER**, « Caractère abusif de clauses de contrats de consommation : vers un équilibre entre la protection du consommateur et du professionnel ? », *in RD banc. et fin.*, 2023, n°6, étude 20.

un comportement opportuniste. Tel pourrait être le cas d'un consommateur négligent dans la conclusion du contrat pensant qu'en dernière intention il demeure protégé par le droit de la consommation. Un auteur a d'ailleurs déjà alerté au sujet des conséquences que pourrait avoir une surprotection des consommateurs[1177]. Entraînant un paternalisme exacerbé, une infantilisation, le consommateur deviendrait négligent, ce qui aboutirait à sa déresponsabilisation. L'opportunisme doit donc devenir un critère de rationalisation du traitement de l'équilibre contractuel. Cela permet de démontrer que toute protection doit être bornée, évitant, autant que possible, tout effet pervers de cette protection. Il ne faudrait pas que les contractants puissent adopter, à l'appui d'une quelconque protection, un comportement opportuniste.

D'un côté, il est nécessaire d'anticiper autant que possible les éventuels comportements opportunistes d'un contractant disposant d'un pouvoir quelconque sur l'autre. Ce pouvoir lui permettrait ainsi de profiter de la situation afin qu'elle soit à son avantage, même si cela doit se faire au détriment de l'autre contractant. Dans cette situation, un déséquilibre contractuel pourrait naître. D'un autre côté, il est nécessaire d'avoir conscience de l'opportunisme possible des contractants dans le traitement de l'équilibre contractuel. Si des protections sont parfois envisageables, elles ne doivent pas aboutir à une surprotection qui permettrait cette fois-ci à la personne protégée d'en tirer un avantage. Dans toutes ces situations, l'opportunisme d'un contractant risque de porter atteinte à la finalité recherchée, l'équilibre contractuel. Si les contractants doivent d'eux-mêmes se prémunir et avoir conscience des risques d'opportunisme, le droit des contrats doit également intégrer cette dimension opportuniste des comportements.

***

223. Conclusion Section 1. – La finalité d'équilibre contractuel permet de tenir compte des différents intérêts contractuels et d'éviter tout déséquilibre contractuel. Ces déséquilibres contractuels résultent en partie d'un mauvais comportement adopté par l'une des parties ayant pour conséquence de bafouer les intérêts de l'autre partie et d'entraîner des conséquences excessives. Par la recherche de l'équilibre contractuel, il est donc question d'éviter ces situations et notamment en appréhendant le comportement des parties. Pour être efficace, il est nécessaire d'envisager de manière pragmatique les comportements que pourrait adopter un contractant. La modification du postulat de rationalité illimitée envisagée par l'analyse

[1177] **Ph. MALINVAUD**, « La protection des consommateurs », *in D.*, 1981, p. 49.

économique classique semblait inévitable, afin d'en aborder un nouveau. Il s'agit de la rationalité limitée des contractants. Dans cette optique, la rationalité limitée doit ainsi être prise en considération dans la protection de l'équilibre contractuel. Il ne faut donc pas seulement protéger les contractants contre les autres, mais il faut également les protéger efficacement. En outre, il faut également prendre en considération les différents comportements opportunistes qui pourraient émaner des contractants. La prise en compte réaliste des comportements des contractants permet une vision plus juste de leur capacité. ***La rationalité limitée ainsi que les comportements opportunistes doivent devenir des points de vigilance dans l'appréhension juridique de l'équilibre contractuel***. Toutefois, l'appréhension des comportements par le droit ne peut être pleinement efficace.

Section 2. L'illusion de l'appréhension efficace des comportements par le Droit

224. Si le traitement de l'équilibre contractuel doit tenir compte du comportement des contractants, il est nécessaire d'envisager les limites du Droit dans l'appréhension de ces comportements. La finalité du contrat est la satisfaction des intérêts de chacun des contractants. Autrement dit, pour parvenir à cette finalité, le contrat doit être équilibré. Si cet équilibre peut se présenter de lui-même, l'accord des contractants étant suffisant, il est des cas dans lesquels les contrats s'en trouvent dépourvus *ab initio* ou durant l'exécution contractuelle. Ainsi se présente un déséquilibre pour lequel il faut envisager des remèdes. Le traitement de l'équilibre contractuel passant par une réglementation ainsi qu'une régulation des comportements, le droit doit pouvoir intégrer des considérations comportementales dans son élaboration. L'analyse mettra ainsi en évidence les difficultés d'appréhension des comportements par le droit, ces derniers constituant ainsi une limite à son efficacité. Pour être efficace, le traitement de l'équilibre contractuel doit permettre une prise sur le comportement des contractants, à la fois de manière curative et de manière préventive.

Des mécanismes de traitement curatif de l'équilibre existent en droit positif. Il s'agit là de mécanismes permettant aux parties subissant un déséquilibre d'agir en justice. Dans le cadre de ces mécanismes, le juge devient le gardien de l'équilibre contractuel par l'impulsion de la saisine d'un contractant. Une fois le déséquilibre réalisé, les mécanismes curatifs impliquent d'une part la connaissance de la règle par les contractants, mais aussi et surtout la saisine d'une juridiction pour mettre un terme au déséquilibre.

Si la correction est une méthode indispensable dans le traitement du déséquilibre, le juge en étant le gardien, des limites lui sont ainsi inhérentes rendant ce traitement d'une efficacité moindre, notamment dans les litiges contractuels de faible ampleur. À l'image du droit de la consommation[1178], il semble important d'accentuer les mécanismes préventifs dans la mesure où ils permettent d'orienter le comportement des contractants en amont d'un éventuel conflit. Si le juge fait figure de gardien de l'équilibre contractuel[1179], il ne doit toutefois pas en être l'outil privilégié. Il faut donc autant que possible se saisir de la fonction préventive du droit.

En matière contractuelle, la prévention est tout d'abord l'affaire des parties contractantes qui doivent intégrer dans leur champ contractuel des clauses leur permettant d'aménager la conclusion, l'exécution et même l'extinction de leur contrat. C'est en ce sens que le contrat est un acte de prévision. Toutefois, il est des cas dans lesquels les parties seules ne peuvent anticiper de concert la poursuite de leur relation contractuelle. Le Droit a également une fonction préventive venant en complément, et notamment dans les situations dans lesquelles une présomption de déséquilibre survient. La prévention regroupe « *un ensemble de mesures et institutions destinées à empêcher la réalisation d'un risque, la production d'un dommage, l'accomplissement d'actes nuisibles, etc. ; en s'efforçant d'en supprimer les causes et les moyens* »[1180]. Elle regroupe deux éléments, à savoir la dissuasion des comportements antisociaux, ainsi que l'incitation à adopter un certain comportement. La dissuasion des comportements est davantage inhérente à la sanction qu'à la règle de droit en elle-même. Il est question d'utiliser la crainte d'être sanctionné des individus pour les empêcher d'adopter un comportement illicite. Concernant de la fonction incitative, elle vise à mettre en place des mécanismes ayant pour objet un certain civisme contractuel, tout en prévenant le risque de déséquilibre. Tel peut être le cas par exemple des mécanismes informationnels. Par leur biais, il s'agit de réinstaurer un équilibre informationnel entre les parties destiné à endiguer un risque

[1178] **J. CALAIS-AULOY**, « L'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats », *in RTD civ.*, 1994, p. 239 : à propos du droit de la consommation, l'auteur affirme que « *l'idée générale est d'ajouter aux remèdes individuels et curatifs du code civil des moyens préventifs et collectifs, mieux adaptés au phénomène de consommation de masse* ».

[1179] V. en ce sens : **Th. REVET**, « Réflexions sur l'unilatéralisme dans le droit rénové des contrats », *in Études en la mémoire de Philippe Neau Leduc – Le juriste dans la cité*, coll. Mélanges, LGDJ, 2018, p. 887, spéc. n° 11, p. 896-897 : « […] *le juge est habilité à contrôler cette décision afin de vérifier qu'elle est suffisamment conforme à l'intérêt de tous les contractants* ».

[1180] **ASSOCIATION H. CAPITANT** (dir.), *Vocabulaire juridique*, 14ème éd., coll. Quadrige, PUF, 2022, V° « Prévention ». *Adde*. **C. SINTEZ**, *La sanction préventive en droit de la responsabilité civile*, C. THIBIERGE, P. NOREAU (préf.), Vol. 110, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, Dalloz, 2011, n°18, p. 19 : La fonction préventive « *consisterait à anticiper la survenance du risque de dommage grave et irréversible dans certains domaines* ».

de déséquilibre contractuel. L'intérêt de cette fonction préventive est donc de mettre en place des moyens visant à réduire les risques de déséquilibres. En d'autres termes, cette fonction est destinée à réinstaurer une liberté contractuelle effective. Elle permet en outre de prévenir tout conflit et donc d'éviter autant que possible leur apparition et par conséquent la saisine d'un juge, dont nous avons vu qu'elle emporte de lourdes conséquences et des inconvénients non négligeables pour la poursuite de la relation contractuelle.

225. Bien que les méthodes préventives et curatives permettent d'appréhender de manière complémentaire les comportements des parties, c'est sans compter sur les limites inhérentes au Droit, à savoir ses usages (**Paragraphe 1**) ainsi que sa mise en œuvre (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 1. Des limites constituées par l'usage du Droit

226. Les incontrôlables usages et interprétations du droit par les contractants. – « *À quoi sert le droit ? À mille choses, qui sont souvent à mille lieues de ce à quoi il est officiellement censé servir* »[1181]. Si l'équilibre contractuel est une finalité de la politique législative, l'usage des mécanismes juridiques peut en constituer une limite. C'est ainsi que l'auteur d'un texte voit l'interprétation et l'usage de ce dernier lui échapper[1182]. Dit autrement, bien qu'une finalité soit assignée à un texte, cette finalité peut ne pas être respectée en raison d'une interprétation différente ou d'un usage différent de la règle de droit. Les usages des règles juridiques peuvent constituer une limite aux différents mécanismes de l'équilibre contractuel, et ce pour plusieurs raisons : soit en raison d'une imperfection du système juridique (**A**), soit en raison d'un comportement du contractant (**B**).

[1181] **D. LOCHAK**, « Présentation », *in Les usages sociaux du droit*, PUF, 1989, p. 5, spéc. p. 9.

[1182] V. en ce sens : **J.-M.-E. PORTALIS**, « Discours préliminaire prononcé lors de la présentation du projet de la commission du gouvernement », *in Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, P.-A. FENET, t. 1, Videcoq, 1836, p. 469 : « *Car les lois, une fois rédigées, demeurent telle qu'elles ont été écrites. Les hommes, au contraire, ne se reposent jamais ; ils agissent toujours : et ce mouvement, qui ne s'arrête pas, et dont les effets sont diversement modifiés par les circonstances, produit, à chaque instant, quelque combinaison nouvelle, quelque nouveau fait, quelque résultat nouveau* » ; **G. PIGNARRE**, « L'effet pervers des lois », *in RRJ – Cahiers de méthodologie juridique*, 1994-4, p. 1097, spéc. n°27, p. 1110 : « *Une fois élaborée, la règle échappe à ses auteurs* » ; **Ph. CHAUVIRÉ**, « Quelques précisions pratiques à propos du pacte de préférence », *in Mélanges offerts à Geneviève Pignarre – Un droit en perpétuel mouvement*, coll. Mélanges, LGDJ, 2018, p. 235 : « *Une fois entré en vigueur, le nouveau texte n'appartient plus à ses auteurs, mais bien à tous les acteurs qui doivent en faire application et, ce faisant, en livrer leur interprétation* ».

A. <u>Les mésusages dus aux imperfections du système juridique</u>

227. Les mésusages dus à la méconnaissance du Droit. – Reposant sur l'adage *nul n'est censé ignorer la loi*[1183], les justiciables sont censés connaître la loi dans son intégralité. La réalité de l'adage pose toutefois des difficultés. Bien que l'accès matériel au droit soit renforcé avec la dématérialisation, la multiplication ainsi que la complexification du droit rendent difficile une connaissance effective de la règle juridique ainsi que de sa sanction[1184]. Cet adage constitue, en fin de compte, une fiction juridique[1185]. Il s'agit d'une présomption irréfragable permettant l'applicabilité de la loi sans que personne ne puisse invoquer son ignorance pour y échapper[1186]. À défaut, cela provoquerait une forte insécurité juridique[1187]. Il suffirait à quiconque d'arguer son ignorance pour échapper à toute sanction, rendant la preuve du fait mensonger quasiment impossible. Cette fiction permet ainsi de participer au « *bon fonctionnement de la règle de droit* »[1188], sans elle, il serait aisé d'échapper aux règles juridiques. Bien que cette fiction soit indispensable au bon fonctionnement du système juridique, reste que sa réalisation concrète n'est qu'une chimère. Ainsi, l'absence de connaissance effective de l'ensemble des règles peut entraîner un mauvais usage de la règle de droit. Cette limite demeure difficilement correctible sauf à inclure dans les différents mécanismes informationnels une certaine éducation juridique[1189]. Cela suppose néanmoins que

---

[1183] Pour plus de développements sur cet adage : V. not. **E. DEREUX**, « Étude critique de l'adage "Nul n'est censé ignorer la loi" », *in RTD Civ.*, 1907, p. 513 ; **R. GUILLIEN**, « Nul n'est censé ignorer la loi », *in Mélanges en l'honneur de Paul Roubier*, t. 1, *Théorie générale du droit et droit transitoire*, Dalloz & Sirey, 1961, p. 253 ; **P. DEUMIER**, « La publication de la loi et le mythe de sa connaissance », *in LPA*, 2000, n°46, p. 6.

[1184] V. en ce sens : **D. MAZEAUD**, « L'attraction du droit de la consommation », *in RTD Com*., 1998, p. 95 : « *L'esprit d'entreprise ne rime pas nécessairement que l'on sache avec la compétence juridique !* » ; **M. MEKKI**, *L'intérêt général et le contrat – Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé,* J. GHESTIN (préf.), t. 411, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2004, n°1039, p. 613 : l'auteur estime que « *les parties faibles* […] *n'ont pas une connaissance parfaite des règles dont ils sont bénéficiaires* ».

[1185] **ASSOCIATION H. CAPITANT** (dir.), *Vocabulaire juridique*, 14ème éd., coll. Quadrige, PUF, 2022, V° « Fiction » : « *Artifice de technique juridique (en principe réservé au législateur souverain), "mensonge de la loi" (et bienfait de celle-ci) consistant à "faire comme si", à supposer un fait contraire à la réalité, en vue de produire un effet de droit* ». *<u>Adde</u>*. **G. WICKER**, *Les fictions juridiques – Contribution à l'analyse de l'acte juridique*, J. AMIEL-DONAT (préf.), t. 253, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 1997.

[1186] **H. ROLAND, L. BOYER**, *Adages du droit français*, 4ème éd., Litec, 1999, n°291, pp. 579-584, spéc. p. 580 : La doctrine « *considère généralement la maxime comme posant une présomption (fictive) irréfragable.* […] *en droit civil, quand une loi prononce une déchéance, une prescription, une nullité ou une pénalité quelconque, celui qui ne s'est point conformé à ses préceptes ne peut, pour en décliner l'application, prétexter son ignorance* ».

[1187] *<u>Contra</u>*. Cass. Civ. 3ème, 29 sept. 2016, n°15-15.129, publiée au bulletin : La jurisprudence a déjà écarté l'application de cet adage « *afin de protéger certains contractants et de ne pas affaiblir quelques règles essentielles* » (**H. BARBIER**, « L'éviction de l'adage nul n'est censé ignorer la loi dans l'appréciation de la connaissance du vice requise pour confirmer l'acte nul », *in RTD Civ.*, 2016, p. 846).

[1188] **Ph. MALINVAUD, N. BALAT**, *Introduction à l'étude du droit*, 23ème éd., coll. Manuels, LexisNexis, 2023, n°55, p. 50.

[1189] V. en ce sens : **N. MOLFESSIS**, « De l'obligation de renseignement à l'éducation juridique du contractant », *in Mélanges en l'honneur du professeur Jean Hauser*, coll. Mélanges, LexisNexis, 2012, p. 927.

le contractant, tenu d'informer son partenaire, ait lui-même connaissance de la règle juridique. L'amélioration de cette connaissance impliquerait une complexification des relations contractuelles entraînant un surcoût important pour celui à qui incombe le devoir d'information. En outre, cette solution dispose d'une limite lorsque la connaissance du droit ne peut passer par une information préalable. Par exemple, le rédacteur d'un contrat ne peut bénéficier de cette information sauf à se renseigner lui-même. Si sa méconnaissance peut être due à un comportement négligent, elle peut également découler de la complexité du droit lui-même et de sa densité. Finalement, il s'agit là d'une limite inhérente se heurtant au mythe de la connaissance du Droit.

228. Les mésusages dus à l'inintelligibilité de la règle. – L'exigence d'intelligibilité et d'accessibilité du Droit a été consacrée par le Conseil constitutionnel comme un objectif à valeur constitutionnelle[1190]. L'intelligibilité de la règle de droit implique suffisamment de clarté et de lisibilité dans sa rédaction permettant sa compréhension et ses implications. La lisibilité fait écho à « *la qualité d'un texte qui peut être lu promptement, assimilé facilement, dont les éléments essentiels sont identifiés et simplement retenus* »[1191]. Elle participe donc des exigences qualitatives de la loi, mais également à sa prévisibilité, « *le législateur* [devant] *s'exprimer de manière à être compris de tous* »[1192]. Selon MALAURIE, « *seule la loi claire, simple, limpide, transparente, compréhensible de tous peut être respectée, devenir efficace et assurer ce que l'on peut attendre du droit : la justice, l'ordre, la prévisibilité, la sécurité, le bien-être, la paix et peut-être le bonheur* »[1193]. Une loi intelligible permettra aux contractants d'adapter leur comportement en conséquence. En revanche, « *l'obscurité des lois rend le droit imprévisible, en fait un instrument de l'arbitraire, indulgent envers les habiles et les puissants, impitoyable*

[1190] V. not. Cons. Const., 16 déc. 1999, n°99-421 DC, spéc. §13 : « *Considérant, en deuxième lieu, que l'urgence est au nombre des justifications que le Gouvernement peut invoquer pour recourir à l'article 38 de la Constitution ; qu'en l'espèce, le Gouvernement a apporté au Parlement les précisions nécessaires en rappelant l'intérêt général qui s'attache à l'achèvement des neuf codes mentionnés à l'article 1er, auquel faisait obstacle l'encombrement de l'ordre du jour parlementaire ; que cette finalité répond au demeurant à l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi ; qu'en effet l'égalité devant la loi énoncée par l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et "la garantie des droits" requise par son article 16 pourraient ne pas être effectives si les citoyens ne disposaient pas d'une connaissance suffisante des normes qui leur sont applicables ; qu'une telle connaissance est en outre nécessaire à l'exercice des droits et libertés garantis tant par l'article 4 de la Déclaration, en vertu duquel cet exercice n'a de bornes que celles déterminées par la loi, que par son article 5, aux termes duquel "tout ce qui n'est pas défendu par la loi ne peut être empêché, et nul ne peut être contraint à faire ce qu'elle n'ordonne pas"* ; » (nous soulignons).

[1191] **G. KOUBI**, « Lire et comprendre : quelle *intelligibilité* de la loi », *in Le titre préliminaire du Code civil*, G. FAURÉ, G. KOUBI (dir.), coll. Études juridiques, Économica, 2003, p. 215, spéc. p. 227.

[1192] **G. CORNU**, *Linguistique juridique*, 3ème éd., coll. Domat Droit privé, Montchrestien, 2005, n°83, p.315.

[1193] **Ph. MALAURIE**, « L'intelligibilité des lois », *in Philippe Malaurie – Écrits d'une vie*, coll. Hors collection, LGDJ, 2021, p. 47, spéc. p. 47 (réed. de l'article paru en 2005 dans la revue *Pouvoirs*, n°114, p. 131).

envers les faibles et les maladroits, une source permanente de conflits, de verbalismes, de procédures judiciaires interminables ; […] »[1194]. Ces affirmations valent de manière identique pour la clarté de la sanction[1195], elle ne pourra notamment produire son effet dissuasif que si elle est suffisamment bien formulée. Dès lors que les conditions d'applicabilité et d'application de la règle ne sont pas suffisamment précises, l'aléa judiciaire se renforce au détriment de la fonction dissuasive. L'intelligibilité permet ainsi une meilleure compréhension des différentes règles, mais également protège contre tout risque d'arbitraire limitant autant que possible l'aléa judiciaire. Elle permet, en outre, un renforcement de la sécurité juridique[1196].

Un exemple permettra d'illustrer le propos. Une critique a pu être émise à l'encontre des clauses abusives qui est celle de savoir quelles seront les clauses qui feront l'objet d'une sanction[1197]. Le juge s'appuiera-t-il sur les listes déjà déterminées par le Code de la consommation ou s'en détachera-t-il ? Si le contractant a la certitude du caractère abusif d'une clause, il pourrait être dissuadé d'insérer cette clause litigieuse dans le contrat. À l'instar des listes grises et noires en droit de la consommation, l'intelligibilité des textes ainsi que le renforcement de leur prévisibilité d'application permettraient de renforcer cette fonction dissuasive. En revanche, l'existence d'une zone grise introduisant un doute quant à l'affirmation du caractère abusif d'une clause ne fait que desservir la prévisibilité du droit. En la matière, des auteurs ont estimé que le juge civil s'inspirera certainement des listes du droit de la consommation[1198]. En l'état actuel de la jurisprudence, il ne semble pas possible de le

[1194] **Ph. MALAURIE**, « L'intelligibilité des lois », *in Philippe Malaurie – Écrits d'une vie*, coll. Hors collection, LGDJ, 2021, p. 47, spéc. p. 47 (réed. de l'article paru en 2005 dans la revue *Pouvoirs*, n°114, p. 131).

[1195] **J. RIVERO**, « Sur l'effet dissuasif de la sanction juridique », *in Mélanges offerts à Pierre Raynaud*, Dalloz-Sirey, 1985, p. 675, spéc. p. 680 : « *Quelle que soit la sanction, elle ne sera dissuasive que si la règle est formulée de façon assez claire pour ceux qu'elle concerne sachent exactement ce qu'elle commande ou ce qu'elle interdit* ».

[1196] V. en ce sens : **Th. PIAZZON**, *La sécurité juridique*, L. LEVENEUR (préf.), t. 35, coll. Doctorat & notariat, Defrénois, 2009, n^os^ 121 et s., p. 209 et s.

[1197] V. en ce sens : **J. VOGEL**, « Faut-il réformer la réforme du droit des contrats ? – Une nécessité pour l'économie et les entreprises françaises », *in AJ contrat*, 2017, p. 470 : « *La généralisation de la qualification de clause abusive nuit à la prévisibilité juridique nécessaire à la vie des affaires. Désormais, les cocontractants ne seront jamais assurés de la validité de telle ou telle clause, pourtant librement acceptée, en dehors de situations spécifiques relevant du droit spécial dans lesquelles un rapport déséquilibré peut intervenir* ».

[1198] V. not. **M. MEKKI**, « Fiche pratique sur les clauses abusives : quel *modus operandi* pour les professionnels du droit », *in Gaz. Pal.*, 2016, n°17, p. 11 : « *À suivre le rapport remis au président de la République, et à l'instar de ce que le Conseil constitutionnel avait décidé le 13 janvier 20115 à propos du "déséquilibre significatif" de l'article L. 442-6, I, 2 ° du Code de commerce, le juge peut s'inspirer du droit de la consommation à savoir les listes noire et grise, les recommandations de la commission des clauses abusives et la jurisprudence tant nationale qu'européenne* » ; **G. CHANTEPIE, N. SAUPHANOR-BROUILLAUD**, V° « Déséquilibre significatif », *in Rép. civ.*, Dalloz, janv. 2022 (actu. sept. 2024), spéc. n°201 : « *Si l'on peut imaginer qu'elles exerceraient une influence sur l'appréciation judiciaire du déséquilibre significatif en droit commun, elles ne s'imposeront pas avec la même force à l'ensemble des contrats* ».

confirmer, les juges n'étant pas légalement tenus par ces listes. En outre, bien que les listes du droit de la consommation pourraient servir d'exemple, il sera toujours possible d'en sortir pour déclarer abusive une clause qui n'y serait pas mentionnée. L'inintelligibilité contribue ainsi à la persistance de zones grises, son manque de prévisibilité entraînant ainsi parfois la rédaction de clauses pour lesquelles un doute persiste quant à sa licéité. À certains égards, le doute ne constitue pas un frein suffisant à l'insertion des clauses dans le contrat. En outre, le rédacteur d'acte pourrait introduire une clause dont il sait qu'elle est illicite en misant sur l'inaction de son cocontractant ne faisant pas valoir la règle protectrice.

Cet exemple permet de mettre en avant l'importance de la prévisibilité ainsi que de l'intelligibilité du droit. La compréhensibilité d'un texte permet aux parties contractantes, en l'occurrence, d'adapter leur comportement afin qu'il entre en conformité avec le droit.

B. Les mésusages dus aux comportements des contractants

229. Le mauvais usage de la règle de droit peut être dû aux comportements volontaires des parties qui détourneraient les règles juridiques à leur profit. Cela peut se traduire par un abus de droit,[1199] mais également un effet pervers de la loi. En tout état de cause, il est possible pour les parties contractantes d'élaborer des stratégies permettant d'utiliser le droit à leur avantage en détournant la règle juridique (**1**). Cet usage détourné de la règle de droit se trouve conforté par l'absence d'efficacité des sanctions dissuasives (**2**).

1. L'élaboration de stratégies de contournement de la règle juridique

230. Les mésusages dus aux contournements de la règle juridique. – En matière juridique, l'interprétation de la norme échappe à son auteur. Peuvent donc découler des différents usages, des effets pervers. La finalité initialement assignée au texte se trouvera ainsi détournée par une ingénierie juridique de la part des contractants[1200]. Il ne s'agit pas tant d'abuser de son droit, mais plutôt de trouver des moyens détournés de contourner les finalités des lois. Dans cette perspective, les contractants utilisent l'outil juridique à leur avantage en

[1199] V. en ce sens : **F. OST**, *À quoi sert le droit ? Usages, fonctions et finalités*, coll. Penser le droit, Bruylant, 2017, p. 81.

[1200] **G. PIGNARRE**, « L'effet pervers des lois », *in RRJ – Cahiers de méthodologie juridique*, 1994-4, p. 1097, n°27, p. 1110.

détournant la règle de sa finalité première en exploitant les différentes failles qui peuvent se présenter[1201].

231. L'exemple de la qualification du contrat d'adhésion. – Depuis la réforme de 2016, le contrat d'adhésion a fait son entrée dans le Code civil. Il est défini comme « *celui qui comporte un ensemble de clauses non négociables, déterminées à l'avance par l'une des parties* »[1202]. Autrement dit, pour être qualifié de contrat d'adhésion, il faut la rédaction unilatérale du contrat et la soustraction aux négociations. Il faut ajouter que lorsque le contrat est qualifié de contrat d'adhésion, le rédacteur doit redoubler de vigilance s'agissant de la rédaction, puisqu'un contrôle des clauses peut être demandé au juge. Pour contourner l'application de la législation des clauses abusives, il a pu être proposé par certains professionnels du droit d'insérer dans le contrat une clause indiquant que la négociation était possible, quand bien même l'adhérent n'aurait effectivement rien négocié. Cette clause permet de qualifier fictivement le contrat de gré à gré, leur faisant par conséquent échapper à la réglementation des clauses abusives.

232. Ces effets pervers ne peuvent ainsi pas être anticipés par le législateur. Ils sont accentués, en outre, par l'absence des sanctions dissuasives efficaces.

2. L'adoption de comportements opportunistes permis par l'impossible efficacité des sanctions dissuasives

233. Les mésusages dus à l'absence de sanctions dissuasives. – La sanction a pu être considérée comme « *l'inconnue du droit* »[1203]. Selon le sens commun, la sanction renvoie à la « *peine ou récompense prévue pour assurer l'observation d'une loi, l'exécution d'une mesure réglementaire, d'un contrat* »[1204]. Deux facettes ressortent de cette définition, d'un côté, la sanction renvoie à une peine, d'un autre côté, elle renvoie à une récompense. En matière juridique, seul l'aspect punitif semble retenu. Ainsi, la sanction « *peut être vue comme un instrument normatif contraignant qui tend à inciter, dissuader ou rétribuer un comportement* »[1205]. La sanction a donc un rôle prophylactique, rétributif et de réparation. Elle

[1201] **F. OST**, *À quoi sert le droit ? Usages, fonctions et finalités*, coll. Penser le droit, Bruylant, 2017, p. 86 ; **A. MASSON** (dir.), *Stratégie d'instrumentalisation juridique et concurrence*, coll. Droit, Management et Stratégies ; Larcier, 2013.

[1202] C. civ., art. 1110, al. 2ème.

[1203] **Ph. JESTAZ**, « La sanction ou l'inconnue du droit », *in D.*, 1986, chron. XXXII, p. 197.

[1204] CNRTL, V° « Sanction » : https://cnrtl.fr/definition/sanction.

[1205] **M. IRUELA**, *La sanction du comportement du contractant*, D. KRAJESKI (dir.), th. dactyl., Université de Toulouse, 2021, n°4, p. 25.

est donc un élément inséparable de la norme juridique, permettant une certaine orientation des comportements[1206]. Madame Carole OUERDANE-AUBERT DE VINCELLE a étudié l'efficacité des sanctions contractuelles en cas d'altération du consentement. Elle énonce que les sanctions efficaces sont celles « *dont les effets seront susceptibles de réparer les conséquences de la violation tout en incitant au respect de la loi* »[1207]. Autrement dit, la sanction est efficace lorsqu'elle remplit cumulativement ses deux fonctions, à savoir la fonction réparatrice, ainsi que sa fonction dissuasive. Concernant les mésusages du droit, il convient de se concentrer sur la fonction dissuasive de la sanction. En effet, la présence de sanctions dissuasives peut permettre de prévenir tout mauvais comportement contractuel, rendant ainsi une certaine efficacité au Droit.

234. La fonction dissuasive de la sanction. – Largement envisagée dans les théories de droit pénal classiques[1208], la fonction dissuasive de la sanction est celle qui vise à faire renoncer à certains comportements par crainte d'être sanctionné[1209]. L'objet n'est donc pas de punir à proprement parler, mais d'éviter la violation de la règle juridique[1210]. En matière contractuelle, « *une sanction est dissuasive si elle incite les contractants à respecter la règle de droit, malgré leur volonté primaire de la violer* »[1211]. La difficulté peut se poser en droit des contrats en ce que les sanctions ne semblent pas dissuader les comportements antisociaux alors pourtant que son efficacité s'avère importante.

235. L'importance de l'efficacité des sanctions dissuasives. – Une illustration de l'importance de la fonction dissuasive de la sanction permettra ensuite d'envisager l'adéquation

---

[1206] **M. IRUELA**, *La sanction du comportement du contractant*, D. KRAJESKI (dir.), th. dactyl., Université de Toulouse, 2021, n°13, p. 37.

[1207] **C. OUERDANE-AUBERT DE VINCELLES**, *Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles,* Y. LEQUETTE (préf.), vol. 19, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, Dalloz, 2002, n°407, p. 318.

[1208] **R. MERLE, A. VITTU**, *Traité de droit criminel*, t. 1, *Problème généraux de la science criminelle, Droit pénal général*, 7ème éd., Éditions Cujas, 1997, n°654, p. 824 ; **C. BECCARIA**, *Des délits et des peines*, M. CHEVALLIER (trad.), coll. GF, Flammarion, 1991 (réédition de l'ouvrage paru initialement en 1765), p. 86-87.

[1209] CNRTL, V° « Dissuader » : https://www.cnrtl.fr/definition/dissuader : Dissuader signifie « *amener par des arguments quelqu'un à renoncer à* […] *une action, une entreprise, un dessein* » ; Larousse, V° « Dissuader » : https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/dissuader/26034#:~:text=Faire%20renoncer%20quelqu%27un%20%C3%A0,dissuad%C3%A9%20de%20faire%20ce%20voyage : « *Faire renoncer quelqu'un à son intention de faire quelque chose, l'en détourner* ».

[1210] **C. OUERDANE-AUBERT DE VINCELLES**, *Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles,* Y. LEQUETTE (préf.), vol. 19, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, Dalloz, 2002, n°23, p. 40 : « *L'approche d'une sanction dissuasive procède d'un mécanisme différent : parce que le but n'est pas de punir mais d'éviter une violation, quel que soit son domaine, le législateur doit d'abord s'interroger sur l'effet dissuasif des sanctions existantes – pénales ou civiles – qui se manifeste au travers de leurs fonctions principales respectives – répressive ou réparatrice* ».

[1211] **C. OUERDANE-AUBERT DE VINCELLES**, *Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles,* Y. LEQUETTE (préf.), vol. 19, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, Dalloz, 2002, n°68, p.73.

des sanctions. L'illustration s'inspirera d'une expérience économique connue sous le nom de « *la crèche d'Haïfa* »[1212]. Le problème part du constat de retards récurrents de parents venant chercher leurs enfants à la crèche. En raison de ces retards, les animateurs – ou au moins l'un d'entre eux – se trouvaient contraints d'attendre l'arrivée des parents. Une solution a été proposée, celle de sanctionner les incivilités des parents par une amende pécuniaire. Cette amende, au lieu d'être dissuasive et d'inciter les parents à venir chercher leurs enfants à l'heure, n'a pas eu l'effet escompté. Au contraire, le constat fut celui de l'augmentation du nombre de retards. « *Pour à peine quelques dollars par jour* [3 dollars en l'occurrence]*, les parents pouvaient s'affranchir de toute culpabilité* »[1213]. L'amende n'était donc pas assez élevée pour dissuader les retards, et son faible montant permettait aux parents, en quelque sorte, d'acheter leur retard. « *Si le préjudice subi par la garderie ne vaut que 3 dollars, pourquoi se donner la peine de changer de comportement ?* »[1214]. Les parents y trouvent plus d'avantages à continuer de venir en retard et de payer, plutôt que de changer leur comportement[1215]. Lorsque l'amende a été supprimée, faute d'efficacité, le nombre de retards est d'ailleurs resté constant. « *Les parents avaient désormais tout loisir d'arriver en retard, de ne pas payer d'amende et de ne pas se sentir coupables* »[1216].

Deux enseignements peuvent être tirés de cette expérience : d'abord, la sanction doit se montrer dissuasive afin d'éviter qu'elle ne soit perçue comme permissive. Ensuite, les sanctions pécuniaires ne sont pas nécessairement efficaces, quand bien même le montant serait élevé. Pour atteindre l'objectif fixé par la loi, il semble nécessaire de trouver la sanction adéquate tout en prenant en compte une certaine proportionnalité dans sa détermination.

236. Illustrations en droit des contrats. – Cet exemple de la crèche peut s'apparenter à ce que l'on appelle la faute lucrative. PLANIOL a pu la définir comme « *celle qui consiste à ne pas exécuter son obligation pour tirer profit de son inexécution* »[1217]. Sur les bases de cette définition, Madame Nathalie FOURNIER DE CROUY estime qu'« *est qualifiée de faute lucrative*

[1212] **S. D. LEVITT, S. J. DUBNER**, *Freakonomics*, A. Muchnik (trad.), Folio actuel, 2007, p. 36 et s.
[1213] **S. D. LEVITT, S. J. DUBNER**, *Freakonomics*, A. Muchnik (trad.), Folio actuel, 2007, p. 45.
[1214] **S. D. LEVITT, S. J. DUBNER**, *Freakonomics*, A. Muchnik (trad.), Folio actuel, 2007, p. 45.
[1215] **J.-M. DANIEL**, *8 Leçons d'histoire économique – Croissance, crise financière, réforme fiscale, dépenses publiques*, Odile Jacob éd., 2012, p. 63 : « *En donnant une valeur monétaire à l'absence de ponctualité, la mesure prise permet aux parents d'en réévaluer la nature profonde. Ils font le calcul auquel se référait Condorcet et comparent le désagrément du paiement de l'impôt, ici constitué de l'amende à acquitter pour leur retard, au bénéfice que leur apporte un surcroît de temps libre* ».
[1216] **S. D. LEVITT, S. J. DUBNER**, *Freakonomics*, A. Muchnik (trad.), Folio actuel, 2007, p. 45.
[1217] **M. PLANIOL**, *Traité élémentaire de droit civil*, t. 2, *Obligations – contrats – Sûretés réelles*, 3ème éd., LGDJ, 1947, n°790, p. 269.

toute faute commise délibérément en vue d'un enrichissement illicite et au préjudice d'autrui »[1218]. Avant de commettre une faute lucrative, son auteur potentiel doit prendre en compte trois paramètres pour effectuer un calcul coût-avantage : « *le profit escompté, le montant de la sanction et la probabilité qu'elle soit prononcée* »[1219]. Sous l'éclairage de cette analyse économique, l'auteure estime qu'une faute est lucrative « *lorsque le gain espéré (G) est supérieur à la peine (P)* »[1220] et « *lorsque le gain espéré est supérieur ou égal au montant de la peine, dès lors que la probabilité de la détection est faible* »[1221].

Pour illustrer cette faute lucrative, il est possible de prendre pour exemple l'insertion d'une clause abusive dans un contrat d'adhésion. Dans cette situation, le rédacteur de l'acte va insérer une clause par laquelle il pourra obtenir un avantage, mais cet avantage demeure illicite. L'introduction de cette clause crée un déséquilibre contractuel. Au préalable, le rédacteur de l'acte va donc prendre en considération les trois paramètres précités. S'agissant du profit escompté, il s'agit de se procurer un avantage contractuel, cette clause lui permettant, par exemple, de modifier unilatéralement les clauses du contrat ou de ne pas exécuter son obligation. Concernant le montant de la sanction, les clauses abusives sont réputées non écrites. Si cette sanction à l'avantage certain de permettre au contrat de poursuivre son exécution, il n'en demeure pas moins qu'elle n'est en aucun cas dissuasive. Enfin, s'agissant de la probabilité que la sanction soit prononcée, encore faut-il que l'adhérent au contrat saisisse un juge, et que le juge prononce le réputé non écrit. Autrement dit, le prononcé de la sanction est soumis à l'aléa judiciaire. Au regard de ces paramètres, il est possible de conclure que le rédacteur n'a rien à perdre d'insérer de telles clauses, le seul risque étant de voir prononcer le réputé non-écrit de la clause. Si dans cette circonstance, aucun gain n'en ressortait, la probabilité du prononcé de cette sanction reste tout de même mince[1222]. La difficulté ici provient de l'absence de dissuasion de la sanction. La sanction encourue ne permet pas de dissuader tous les comportements antisociaux adoptés par le rédacteur du contrat. La fonction dissuasive pourrait

[1218] **N. FOURNIER DE CROUY**, *La faute lucrative*, M. BEHAR-TOUCHAIS (préf.), coll. Recherches Juridiques, Économica, 2018, p. 220.

[1219] **N. FOURNIER DE CROUY**, *La faute lucrative*, M. BEHAR-TOUCHAIS (préf.), coll. Recherches Juridiques, Économica, 2018, n°4, p. 5.

[1220] **N. FOURNIER DE CROUY**, *La faute lucrative*, M. BEHAR-TOUCHAIS (préf.), coll. Recherches Juridiques, Économica, 2018, n°4, p. 4

[1221] **N. FOURNIER DE CROUY**, *La faute lucrative*, M. BEHAR-TOUCHAIS (préf.), coll. Recherches Juridiques, Économica, 2018, n°4, p. 4

[1222] **N. FOURNIER DE CROUY**, *La faute lucrative*, M. BEHAR-TOUCHAIS (préf.), coll. Recherches Juridiques, Économica, 2018, n°14, p. 15 : « *La seule confiscation du profit illicite n'est donc pas suffisante dès lors que la probabilité de son prononcé est faible* ».

avoir une place importante dans le traitement de l'équilibre contractuel à condition qu'elle remplisse certaines conditions afin de produire l'effet escompté.

237. Les critères d'efficacité d'une sanction dissuasive. – Madame Carole OUERDANE-AUBERT DE VINCELLES a élaboré des critères qui permettraient d'assurer l'effet dissuasif de la sanction[1223]. Selon l'auteure, « *trois conditions sont essentielles pour qu'une sanction soit dissuasive : la sanction et ses effets doivent être connus du contractant, ce qui implique qu'il ait connaissance de la règle elle-même, ensuite elle doit être proportionnée à la violation, et enfin elle doit être suffisamment effective pour que le contractant croit à son application* »[1224]. Il semble nécessaire de revenir sur chacune de ces conditions, chacune d'elles posant certaines difficultés.

238. L'illusion de la connaissance de la sanction et de ses effets. – S'agissant de la première condition, il faut que la sanction et ses effets soient connus du contractant. Sans revenir sur l'artificialité de l'adage *nul n'est censé ignorer la loi*[1225], cette condition soulève des difficultés quant à sa réalisation[1226]. Si la connaissance de la sanction et de son effet apparaît en théorie comme un critère de dissuasion, il ne semble pas que cette condition soit pleinement réalisable dans les faits.

239. L'illusion de la proportionnalité de la sanction dissuasive à hauteur de la violation. – Concernant la seconde condition, la sanction doit être proportionnée à la violation. Selon l'auteure, « *le principe de proportionnalité est important, car il empêche que le débiteur de l'obligation ait davantage intérêt à violer la loi qu'à la respecter* »[1227]. Dit autrement, la sanction doit pouvoir empêcher la commission d'une quelconque faute lucrative. Il faut que « *la perte* […] *soit au moins égale à l'avantage retiré de la violation, sinon le débiteur de l'obligation légale trouvera toujours plus d'intérêt à violer la loi qu'à la respecter* »[1228]. Pour

[1223] **C. OUERDANE-AUBERT DE VINCELLES**, *Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles,* Y. LEQUETTE (préf.), vol. 19, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, Dalloz, 2002, n°68, p. 74.

[1224] **C. OUERDANE-AUBERT DE VINCELLES**, *Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles,* Y. LEQUETTE (préf.), vol. 19, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, Dalloz, 2002, n°68, p. 74.

[1225] Pour plus de développements sur cet adage : V. not. **E. DEREUX**, « Étude critique de l'adage "Nul n'est censé ignorer la loi" », *in RTD Civ.*, 1907, p. 513 ; **R. GUILLIEN**, « Nul n'est censé ignorer la loi », *in Mélanges en l'honneur de Paul Roubier*, t. 1, *Théorie générale du droit et droit transitoire*, Dalloz & Sirey, 1961, p. 253 ; **P. DEUMIER**, « La publication de la loi et le mythe de sa connaissance », *in LPA*, 2000, n°46, p. 6.

[1226] *Cf. supra* n°227.

[1227] **C. OUERDANE-AUBERT DE VINCELLES**, *Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles,* Y. LEQUETTE (préf.), vol. 19, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, Dalloz, 2002, n°68, p. 74.

[1228] **C. OUERDANE-AUBERT DE VINCELLES**, *Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles,* Y. LEQUETTE (préf.), vol. 19, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, Dalloz, 2002, n°68, p. 74.

être dissuasive, il est nécessaire que la sanction prononcée soit au moins égale, voire supérieure, au gain illicite dû à la transgression. La sanction devrait alors être prononcée, non pas au regard du préjudice subi par la victime de la transgression, mais au regard de l'avantage que lui a provoqué la violation. Une réflexion quant à l'adéquation de la sanction à la norme semble s'imposer. Opter pour l'adaptabilité de la sanction permettrait au juge d'ajuster la sanction au regard, à la fois au préjudice subi, mais également à l'avantage issu de la violation. En l'état du droit positif et de la responsabilité contractuelle, seul le dommage prévisible consécutif à une inexécution contractuelle est réparé[1229]. Le Code civil prévoit tout de même un tempérament à cette limitation, lorsque le dommage résulte d'une faute lourde ou d'une faute dolosive. Dans cette hypothèse, les dommages et intérêts « *ne comprennent que ce qui est une suite immédiate et directe de l'inexécution* »[1230]. Dans tous les cas, seule une réparation du préjudice sera faite, et aucune sanction pécuniaire permettant de sanctionner la violation illicite n'est prévue. Monsieur Nathan ALLIX a proposé l'intégration du mécanisme de l'amende civile en droit positif français[1231]. Il définit l'amende civile « *comme l'amende prononcée par une juridiction en réponse à un comportement ou une abstention prévus par un texte et qui, non constitutifs d'une infraction pénale, n'entraînent pas, par principe, l'application de l'ensemble des règles régissant les amendes pénales* »[1232]. L'amende civile permet, en effet, de sanctionner civilement la gravité du comportement illicite, en plus de la réparation du préjudice. À ce titre, les dommages et intérêts ont vocation à intégrer le patrimoine de la victime, quant à l'amende civile, elle reviendrait à l'État. Ce mécanisme a l'avantage de renforcer la fonction dissuasive du droit et d'intégrer une « *fonction de moralisation des comportements* »[1233] à la responsabilité contractuelle. Sans revenir sur les développements qui ont pu être faits en la matière[1234], ce mécanisme pourrait être la solution à l'amélioration de l'efficacité du droit par un renforcement de la fonction dissuasive du droit.

[1229] C. civ., art. 1231-2 : « *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* ».

[1230] C. civ., art. 1231-4.

[1231] **N. ALLIX**, *Les sanctions pécuniaires civiles*, L. LEVENEUR (préf.), t. 615, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2022.

[1232] **N. ALLIX**, *Les sanctions pécuniaires civiles*, L. LEVENEUR (préf.), t. 615, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2022, n°94, p. 63.

[1233] **S. CARVAL**, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, G. VINEY (préf.), t. 250, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 1995.

[1234] V. en ce sens : **S. CARVAL**, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, G. VINEY (préf.), t. 250, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 1995 ; **N. ALLIX**, *Les sanctions pécuniaires civiles*, L. LEVENEUR (préf.), t. 615, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2022 : Monsieur Nathan ALLIX fait, à ce titre, une proposition de textes législatifs et réglementaires.

240. L'illusion de l'effectivité de l'application de la sanction. – Enfin, s'agissant de la dernière condition, l'effectivité de l'application de la sanction, le contractant doit croire que son acte illicite sera systématiquement sanctionné. Cela implique deux choses, la dénonciation de la violation et l'application de la sanction. Or, ces deux éléments dépendent une fois encore d'éléments extérieurs rendant incertaine son effectivité. Cela suppose que la victime de l'acte illicite connaisse la règle protectrice ayant fait l'objet d'une violation, qu'il subisse un préjudice suffisamment important pour saisir un juge, qu'il puisse rapporter la preuve de la violation, et enfin que le juge, au vu des éléments, prononce une sanction. Cette dernière condition se heurte donc à certains aléas irréductibles, à savoir l'aléa de la saisine d'une juridiction, l'aléa de la preuve et l'aléa judiciaire.

241. L'imperfection des sanctions dissuasives efficaces. – La recherche d'une sanction dissuasive semble se heurter à de nombreux obstacles. L'absence de sanction dissuasive encourage donc l'auteur du fait illicite à l'accomplir, la sanction n'étant pas intimidante au point de le faire se rétracter. Les critères établis de la fonction doivent permettre de tracer une cohérence dans le choix des sanctions et dans leur détermination. Le renforcement de cette fonction permettrait d'influencer certains comportements pour éviter autant que possible la naissance d'un déséquilibre contractuel, nuisant au bon déroulement de la relation contractuelle, et à l'intérêt de l'outil contractuel. Malgré l'élaboration de critères d'efficacité, dont les limites ont pu être abordées, une autre limite intervient, celle du comportement du contractant. Selon Jean RIVERO, « *pour que la sanction soit dissuasive, il n'est pas nécessaire qu'elle soit, dans l'absolu, d'une exceptionnelle rigueur, il est indispensable, par contre qu'elle soit adaptée à la mentalité, au mode de vie, aux préoccupations de ceux qu'elle entend dissuader* »[1235]. L'auteur prend ainsi l'exemple de jeunes délinquants « *condamnés à un bref séjour en prison pour un délit de vagabondage, de bien vouloir porter la peine à trois mois – les trois mois d'hiver qu'ils préféraient passer dans une prison relativement chaude plutôt que sur les routes enneigées de l'Ariège* »[1236]. Si des critères objectifs permettent de renforcer le caractère dissuasif de la sanction, il ne dépendra en définitive que de critères subjectifs appartenant personnellement à chaque individu en fonction de leur situation[1237]. Il en est ainsi lorsque l'acte illicite est

[1235] **J. RIVERO**, « Sur l'effet dissuasif de la sanction juridique », *in Mélanges offerts à Pierre Raynaud*, Dalloz-Sirey, 1985, p. 675, spéc. p. 682.

[1236] **J. RIVERO**, « Sur l'effet dissuasif de la sanction juridique », *in Mélanges offerts à Pierre Raynaud*, Dalloz-Sirey, 1985, p. 675, spéc. p. 682-683.

[1237] **J. RIVERO**, « Sur l'effet dissuasif de la sanction juridique », *in Mélanges offerts à Pierre Raynaud*, Dalloz-Sirey, 1985, p. 675, spéc. p. 685 : « *Le décalage entre le Droit et la vie ne fait que traduire, au fond, leur qualité d'êtres libres, et la réalité de la condition humaine* ».

volontairement commis, c'est-à-dire que le contractant est de mauvaise foi, il « *peut être présumé* […] *indifférent aux conséquences de son acte* »[1238], ainsi la fonction dissuasive n'a que peu d'influence sur son comportement. Ces critères doivent donc permettre de tendre vers une pleine efficacité de la fonction dissuasive, quand bien même aucune solution parfaite ne pourrait être déterminée. Ils apportent une cohérence dans le choix des sanctions, ainsi qu'une meilleure adéquation. En somme, ils permettent de tendre vers une meilleure efficacité de la règle de droit. D'autres limites dont il faut également avoir conscience sont celles résultant de la mise en œuvre du Droit par les justiciables.

Paragraphe 2. Des limites constituées par la mise en œuvre du Droit

242. L'aléa de la saisine d'un juge. – Si une partie du traitement de l'équilibre contractuel se veut préventif, il n'en demeure pas moins qu'en cas de déséquilibre contractuel, et à défaut d'accord, seule la saisine d'un juge peut permettre d'y mettre fin. Il est en effet nécessaire que la violation de la règle entraînant un déséquilibre soit dénoncée par le contractant la subissant. Or, cette dernière ne saisira pas systématiquement le juge. Madame Soraya AMRANI-MEKKI identifie l'existence d'entraves à la fois extrajuridiques et juridiques dissuadant la saisine d'un juge[1239]. Il peut en être ainsi pour les premières de « *peur de représailles, peur de perte de marché* »[1240], ou encore « *la modicité de la somme en jeu qui décourage l'action* »[1241]. Nous pouvons également considérer que la saisine d'un juge implique pour les justiciables de connaître leurs droits, ce qui n'est pas nécessairement le cas[1242]. Cela se recoupe finalement avec ce qui a été dit précédemment sur la connaissance de la règle juridique, en dépit

[1238] **A. TUNC**, « Responsabilité civile et dissuasion des comportements antisociaux », *in Aspects nouveaux de la pensée juridique, recueil d'études en hommage à Marc ANCEL*, t. 1, éd. Pedone, 1975, p. 407, spéc. n°5, p. 409.

[1239] **S. AMRANI-MEKKI**, « Accès à la justice et déséquilibre économique », *in Les déséquilibres économiques et le droit économique*, L. BOY (dir.), coll. Droit – Économie – International, Larcier, 2014, p. 83. *Adde*. Des rapports se concentrent ainsi sur la problématique de l'absence de recours des justiciables notamment dans les relations contractuelles structurellement déséquilibrées : **J.-P. HEURTIN, A.-M. HO DINH**, *Le non-recours à la justice – Les trajectoires des plaintes de consommation*, Rapport de recherche final, 2010, [en ligne] http://www.gip-recherche-justice.fr/wp-content/uploads/2014/07/07-14-RF.pdf ; **I. ASTIER, J.-F. LAÉ**, *Aller ou non aux prud'hommes ? Un accès difficile à la justice du travail*, Rapport de recherche final, 2009, [en ligne] http://www.gip-recherche-justice.fr/wp-content/uploads/2014/07/07-16-RF.pdf.

[1240] **S. AMRANI-MEKKI**, « Accès à la justice et déséquilibre économique », *in Les déséquilibres économiques et le droit économique*, L. BOY (dir.), coll. Droit – Économie – International, Larcier, 2014, p. 83, spéc. p. 85.

[1241] **S. AMRANI-MEKKI**, « Accès à la justice et déséquilibre économique », *in Les déséquilibres économiques et le droit économique*, L. BOY (dir.), coll. Droit – Économie – International, Larcier, 2014, p. 83, spéc. p. 86.

[1242] V. en ce sens : **B. LEFÈBVRE**, « La justice contractuelle : mythe ou réalité ? », *in Les cahiers du droit,* vol. 37, n°1, 1996, p. 17, spéc. p. 28 : « *Malgré l'existence de tous les outils juridiques nécessaires, encore faut-il que les justiciables puissent s'en prévaloir. À cet égard, l'ignorance des individus quant à leurs droits, jumelée au coût et aux délais, jette une ombre au tableau* ».

de l'adage, « *nul n'est censé ignorer la loi* ». Pour les secondes, il peut s'agir de clauses insérées dans le contrat relatives à la durée de la prescription ou encore des clauses de médiation ou de conciliation préalable obligatoire[1243]. Si l'aménagement de l'action est permis dans certaines circonstances, voire encouragé, ces clauses retardent la possibilité de saisir un juge amenant parfois à une renonciation de la part des justiciables. D'autres entraves à la saisine d'un juge existent, elles sont cette fois-ci judiciaires, telles que le coût de la preuve qui certaines fois sera supporté par une partie économique faible[1244]. Ces entraves entraînent ainsi l'inaction du justiciable rendant « *illusoire toute législation visant à rétablir l'équilibre* »[1245]. En d'autres termes, la saisine du juge n'est pas automatique, elle se heurte à des entraves décourageantes pour les parties, diminuant l'efficacité de la sanction. Dans la continuité, Monsieur Rémy LIBCHABER évoque un phénomène « *de fuite devant la saisine judiciaire* » en raison des temps de procédure, des coûts ou encore de la dégradation des relations contractuelles en cas de saisine[1246]. Ces phénomènes d'entrave ou de fuite affaiblissent ainsi l'efficacité des mécanismes de traitement de l'équilibre contractuel, l'acte illicite n'étant pas systématiquement dénoncé.

***

243. Conclusion Section 2. – L'équilibre contractuel est une notion centrale en droit des contrats, mais son traitement est souvent entravé par les limites inhérentes du droit, notamment dans l'appréhension des comportements des contractants. Les comportements opportunistes, tels que l'exploitation des failles juridiques ou la manipulation des clauses contractuelles, posent des défis significatifs pour maintenir et protéger l'équilibre contractuel. Malgré les efforts législatifs et jurisprudentiels, le droit peine souvent à anticiper et à réguler efficacement les comportements opportunistes, compromettant ainsi l'équilibre contractuel. « *Tout ce qui touche aux comportements humains est difficilement correctible* »[1247].

[1243] **S. AMRANI-MEKKI**, « Accès à la justice et déséquilibre économique », *in Les déséquilibres économiques et le droit économique*, L. BOY (dir.), coll. Droit – Économie – International, Larcier, 2014, p. 83, spéc. p. 87.

[1244] **S. AMRANI-MEKKI**, « Accès à la justice et déséquilibre économique », *in Les déséquilibres économiques et le droit économique*, L. BOY (dir.), coll. Droit – Économie – International, Larcier, 2014, p. 83, spéc. p. 96. *Adde*. **E. MACKAAY**, « L'efficacité du contrat – une perspective d'analyse économique du droit », *in L'efficacité du contrat*, G. LARDEUX (dir.), coll. Thèmes & commentaires, Dalloz, 2011, spéc. p. 31, spéc. p. 35.

[1245] **S. AMRANI-MEKKI**, « Accès à la justice et déséquilibre économique », *in Les déséquilibres économiques et le droit économique*, L. BOY (dir.), coll. Droit – Économie – International, Larcier, 2014, p. 83, spéc. p. 86.

[1246] **R. LIBCHABER**, *Le contrat au XXIe siècle – L'ingénierie juridique et les nouveaux contrats d'affaires*, coll. Droit des affaires, LGDJ, 2020, n°3, p. 12.

[1247] **G. PIGNARRE**, « L'effet pervers des lois », *in RRJ – Cahiers de méthodologie juridique*, 1994-4, p. 1097, spéc. n°87, p. 1139.

L'équilibre contractuel constitue donc un idéal dont la réalisation s'avère complexe notamment en ce que les comportements contractuels sont difficilement appréhendables de manière effective. Toujours est-il que les mécanismes mis en place doivent tendre vers cet idéal[1248] en tenant compte des points de vigilance rencontrés. Il ne faut pas contrôler l'intégralité des comportements et ceux dont le contrôle s'impose, doivent être appréhendés de manière réaliste en tenant compte des caractéristiques humaines à savoir les heuristiques, les biais cognitifs et l'opportunisme.

***

244. Conclusion Chapitre 2. – L'appréhension de l'équilibre contractuel en droit positif doit se référer à la réalité des comportements des contractants. L'analyse économique du droit ainsi que l'analyse comportementale du droit se veulent, en ce sens, être une source d'inspiration puisqu'elles permettent d'aborder les comportements humains de manière pragmatique. Elles permettent ainsi de mettre en exergue leur rationalité limitée composée de biais cognitifs et heuristiques. « *L'individu n'est plus abordé comme un être abstrait ou désincarné, mais agit comme un agent susceptible de commettre des erreurs, d'être influencé et d'agir, parfois inconsciemment, à l'encontre de ses intérêts* »[1249]. Elles permettent, par ailleurs, de déceler l'opportunisme des comportements de chacun des contractants. ***La rationalité limitée ainsi que les comportements opportunistes doivent devenir des points de vigilance dans le traitement juridique de l'équilibre contractuel***.

245. L'efficacité de l'appréhension de l'équilibre contractuel en droit positif semble, toutefois, hasardeuse en raison de la difficulté pour le droit de se saisir des comportements contractuels. Si les fonctions préventives, dissuasives ou encore réparatrices permettent, en théorie, une protection de l'équilibre contractuel, il n'en demeure pas moins que leur efficacité dépend, en partie, des comportements des contractants. Cette limite identifiée du droit fait obstacle à une maîtrise parfaite de l'intégralité des paramètres, ce qui conduit inévitablement à des résultats imparfaits. L'appréhension des comportements constitue ainsi une difficulté supplémentaire dans l'élaboration des règles édictées, ce que l'on constate plus particulièrement dans le cadre de l'équilibre contractuel. Malgré l'imperfection de ces

[1248] Sur les idéaux en droit des contrats : V. **H. KRYCH**, *Les idéaux du droit des contrats : identification et réalisation*, F. LABARTHE (dir.), th. dactyl., Université de Reims, 2001.

[1249] [1249] **A. BIARD, M. FAURE**, « Ce que l'économie comportementale peut apporter aux juristes : illustrations européennes », *in RTD Eur.*, 2015, p. 715.

méthodes, il n'en demeure pas moins que certains moyens permettent de saisir plus efficacement les différents comportements[1250]. Ces difficultés doivent être prises en compte et insérées dans une réflexion sur la protection de l'équilibre contractuel. À ce titre et à l'aune de ces critères et méthodes, il est nécessaire d'engager l'analyse des différents mécanismes de droit positif. C'est ainsi qu'en matière d'équilibre contractuel, le législateur ainsi que le juge se sont saisis des comportements des contractants de manière directe, en agissant sur l'équilibre relationnel, et de manière indirecte en agissant sur l'équilibre substantiel du contrat.

[1250] **B. LEFÈBVRE**, « La justice contractuelle : mythe ou réalité ? », *in Les cahiers du droit,* vol. 37, n°1, 1996, p. 17, spéc. p. 30 ; « *Nous nous réjouissons, tout de même, des moyens qu'offre le nouveau Code civil et nous osons espérer que l'avenir saura démontrer leur utilité et leur efficacité. Toutefois, force est de reconnaître que le droit a ses limites. Faut-il rappeler que le droit n'est malheureusement pas synonyme de justice ?* ».

CONCLUSION DU TITRE 1

246. L'établissement de critères d'appréhension de l'équilibre en droit positif s'avère être difficile. Il a tout d'abord fallu établir un seuil d'intervention afin d'engager un traitement rationalisé de la notion. En effet, tous les déséquilibres ne doivent pas faire l'objet d'une intervention au risque de dénaturer la liberté contractuelle, ainsi que l'outil contractuel. Seuls les déséquilibres issus d'un défaut d'effectivité de la liberté doivent pouvoir être appréhendés. Les autres déséquilibres demeurent de la responsabilité des contractants, soit ils sont voulus, soit ils relèvent de la prise de risque inhérente au contrat. De ce constat, il était donc question d'identifier les déséquilibres pour lesquels la liberté contractuelle se trouve altérée. Deux types de déséquilibres ont ainsi pu être identifiés : premièrement, les déséquilibres internes, c'est-à-dire ceux dont l'origine provient de l'existence d'un pouvoir unilatéral, voire de l'exercice abusif de ce dernier, entraînent des conséquences excessives pour la partie subissant ce pouvoir. Deuxièmement, les déséquilibres externes sont ceux prenant leur source dans un imprévu et dont l'une des parties entraîne une situation de blocage dans la relation contractuelle, impliquant également des conséquences excessives pour la partie subissant l'imprévu. Finalement, ***pour être légitime, le déséquilibre doit trouver sa source dans le mauvais comportement d'un contractant exerçant abusivement un pouvoir sur l'autre et dont l'issue ne peut qu'entraîner des conséquences excessives***. Il est donc nécessaire d'appréhender les comportements des contractants, et pour ce faire, une appréhension pragmatique a pu être mise en avant avec les limites que cela implique.

L'analyse économique du droit permet de prendre conscience du comportement des contractants qui, d'une part, trouve sa source dans une rationalité limitée, d'autre part, dans l'existence de comportements opportunistes. Ces deux éléments doivent alors devenir des points de vigilance dans l'appréhension de l'équilibre contractuel. Cela permet ainsi d'encadrer les différents mécanismes, de sorte que la protection de l'équilibre de soit pas excessive et ne permette pas l'adoption de comportements inappropriés. Cela étant, l'appréhension des comportements constitue, dans une certaine mesure, une limite du droit rendant sa pleine efficacité illusoire. En effet, pour être pleinement efficace, le droit doit pouvoir être connu et compris de tous. Ensuite, sa mise en œuvre devrait pouvoir être effective dès la naissance d'un conflit entre les parties contractantes.

Toutefois, la mise en avant de ces limites permet de constituer des critères de vigilance concernant l'usage du droit. D'un côté, des limites ont pu être mises en avant en raison de l'imperfection du système juridique. Il ressort de ces imperfections un mauvais usage de la règle de droit dû à une méconnaissance des règles juridiques, ainsi qu'un manque d'intelligibilité et de compréhension de la règle de droit. D'un autre côté, des stratagèmes peuvent également être mis en place par les contractants visant à contourner une règle de droit ou à agir par pur opportunisme dès lors que la sanction n'est pas suffisamment dissuasive. Enfin, des limites peuvent être constituées par la mise en œuvre du droit dans la mesure où la saisine du juge est constitutive d'un double aléa. Le premier porte sur sa saisine par une partie contractante, le second porte que l'aléa judiciaire. Tous ces éléments permettent de dire que l'appréhension des comportements des contractants constitue une véritable limite à l'efficacité du droit. Bien qu'un système juridique parfait ne puisse en découler, il n'en demeure pas moins que la conscience de ces limites permet la mise en place de sécurité supplémentaire.

TITRE 2. *L'APPLICATION DES CRITÈRES DE RECHERCHE DE L'ÉQUILIBRE CONTRACTUEL*

247. Après avoir établi les critères permettant d'appréhender l'équilibre contractuel en droit positif, il est nécessaire de les utiliser pour analyser ce droit. Malgré les limites identifiées, ces critères doivent rester des points de vigilance essentiels pour cette analyse. Ainsi, l'intervention du législateur ou du juge ne devrait pas viser tous les déséquilibres contractuels, mais uniquement ceux qui sont légitimes, c'est-à-dire ceux résultant d'une absence de liberté contractuelle effective due à un comportement inapproprié du contractant, entraînant des conséquences excessives. De plus, il est crucial de porter une attention particulière à l'analyse des comportements des contractants. En effet, l'analyse comportementale du droit permet de mettre en lumière la rationalité limitée des parties prenantes, et cette rationalité limitée doit être intégrée dans l'interprétation des textes législatifs et de la jurisprudence. Par ailleurs, l'opportunisme des contractants doit également être pris en compte pour évaluer les situations où des comportements stratégiques peuvent influencer la conclusion, l'exécution ou l'extinction du contrat. L'analyse du droit positif conduira à établir cette grille de lecture à l'aune de ces différents critères, tout en proposant des pistes d'amélioration s'agissant de son interprétation ou même parfois de la rédaction de certains textes.

248. Depuis le XX[e] siècle, la tendance du législateur est d'instaurer des mécanismes orientant l'équilibre contractuel de façon à ce que les intérêts soient préservés[1251]. Le législateur oscille alors entre l'instauration de mécanismes d'ordre impératif et supplétif. Là, les mécanismes impératifs imposent « *un équilibre nécessaire du contrat auquel les parties ne sauraient échapper même de leurs propres volontés* » [1252]. Ici, les mécanismes supplétifs qui participent à cet équilibre contractuel que l'on pourrait nommer équilibre suggéré[1253]. Les règles

[1251] V. not. **H. CAPITANT**, « Le caractère social du projet franco-italien de code international des obligations et des contrats », *in Revue critique de législation et de jurisprudence,* 1931, p. 71 ; **D. MAZEAUD**, « Les nouveaux instruments de l'équilibre contractuel – Ne risque-t-on pas d'aller trop loin ? »*, in La nouvelle crise du contrat,* Ch. JAMIN, D. MAZEAUD (dir.)*,* coll. Thèmes & commentaires, Dalloz, 2003, p. 135, spéc. n°3-4, p. 136 ; **H. BARBIER**, « De l'appréciation souple de l'équilibre contractuel : florilège de contreparties en tous genres », *in RTD Civ.*, 2018, p. 102.

[1252] V. en ce sens **D. HOUTCIEFF**, *Droit des contrats*, 9ème éd., coll. Paradigme, Bruylant, 2024, n[os] 481 et s., p. 438 et s.

[1253] **C. PÉRÈS-DOURDOU**, *La règle supplétive*, G. VINEY (préf.), t. 421, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2004, n°583, p. 568 : Madame Cécile PÉRÈS-DOURDOU a pu proposer une vision renouvelée de la règle supplétive et de son rôle, finalement, non négligeable au sein du droit positif. Les règles supplétives seraient ainsi l'expression de la « *normalité contractuelle* » suggérée par le législateur.

supplétives, souvent considérées comme « *un pis-aller, applicable faute de mieux* »[1254], doivent être considérées autrement. Selon Madame Cécile PÉRÈS-DOURDOU, la règle supplétive « *est, à la fois, modèle et ordre. Modèle, en tant qu'elle représente un type idéal à reproduire, traduisant les valeurs auxquelles l'ordre juridique marque son attachement en les érigeant en devoir-être, exprimant une normalité axiologique. Ordre, en ce que la liberté de principe qu'elle présuppose au bénéfice des sujets de droit n'est pas absolue, mais relative, le modèle supplétif devant être réintégré à l'encontre de la volonté individuelle exprimée lorsque celle-ci franchit un seuil inacceptable et porte atteinte à la règle supplétive elle-même* »[1255]. À partir de ces affirmations, des auteurs ont démontré que le droit supplétif est finalement un modèle d'équilibre contractuel suggéré par le législateur[1256]. Dans cette perspective, que les moyens soient impératifs ou supplétifs, le législateur met en œuvre une politique législative permettant d'incarner cette finalité d'équilibre contractuel. En outre, il ne faut pas négliger les apports substantiels de la jurisprudence en la matière, puisqu'elle a permis de révéler, ou pour certains de déformer[1257], des textes permettant d'apporter une protection à l'équilibre contractuel. Bien que redouté en raison d'un risque d'arbitraire et d'immixtion dans le contrat, l'objectif d'équilibre contractuel a également déteint sur le rôle des juges en la matière. En effet, les mécanismes, en cas d'irrespect ou de litige entre les parties contractantes, sont analysés et interprétés par les juges. Les juges, dès lors qu'ils sont saisis d'un litige, se trouvent investis

[1254] **C. PÉRÈS-DOURDOU**, *La règle supplétive*, G. VINEY (préf.), t. 421, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2004, n°458, p. 439.

[1255] **C. PÉRÈS-DOURDOU**, *La règle supplétive*, G. VINEY (préf.), t. 421, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2004, n°584, p. 570.

[1256] V. en ce sens : **C.-M. PÉGLION-ZIKA**, *La notion de clause abusive – Étude de droit de la consommation*, L. LEVENEUR (préf.), t. 585, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2018, n^{os} 296 et s., p. 203 et s. ; **S. CHAUDOUET**, *Le déséquilibre significatif*, N. PERRIER (préf.), t. 609, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2021, n^{os} 288 et s., p. 228 et s. *Adde*. **G. TRUDEL**, « Des frontières de la liberté contractuelle », *in Problèmes de droit contemporain – Mélanges Louis Baudouin*, Presses de l'université de Montréal, 1974, p. 217.

[1257] Sur le risque d'arbitraire des juges : V. not. **Ph. DELEBECQUE**, « Existence et portée de l'obligation de s'informer pour informer », *in Defrénois,* n°22, 1996, p. 1373 ; **L. LEVENEUR**, « Le solidarisme contractuel : un mythe », *in Le solidarisme contractuel,* L. GRYNBAUM, M. NICOD (dir.), coll. Études juridiques, Économica, 2004, p. 173, spéc. n°17, p. 186 ; **Y. LEQUETTE**, « Bilan des solidarismes contractuels », *in Études de Droit privé – Mélanges offerts à Paul Didier*, Économica, 2008, p. 268 ; **L. AYNÈS**, « La cause, inutile et dangereuse », *in Dr. & patr.*, 2014, n°240, p. 40 ; **G. PARLEANI**, « Un droit des contrats qui fait tout pour qu'on le fuie », *in AJ contrat*, 2019, p. 149.

Sur la déformation de la notion de cause : V. not. **F. MAUME**, *Essai critique sur la protection du consentement de la partie faible en matière contractuelle,* D. HOUTCIEFF (dir.), th. dactyl., Université d'Évry-Val-d'Essonne, 2015, n^{os} 389 et s., p. 199 et s.

Sur le forçage du contrat : V. not. **L. JOSSERAND**, « Le contrat dirigé », *in DH,* 1933, chron., p. 89 ; « L'essor moderne du concept contractuel » *in Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény,* t. II, Sirey, 1934, p. 333, spéc. p. 340 : La paternité de l'expression est attribuée à Louis JOSSERAND. *Adde*. **L. LEVENEUR**, « Le forçage du contrat », *in Droit & Patrimoine*, 1998, n°58, p. 69 ; **B. GUIDERDONI**, *Le forçage du contrat par le juge*, D. BUREAU (dir.), th. dactyl., Université de Caen, 2002 ; **R. BLOUGH**, *Le forçage, du contrat à la théorie générale*, D. FENOUILLET (préf.), PUAM, 2011.

d'un pouvoir de contrôle du contrat au regard de cet objectif d'équilibre. Les méthodes employées par le législateur, complétées par la jurisprudence, permettront d'opérer cette grille de lecture.

249. Les méthodes employées pour parvenir au mieux à l'objectif d'équilibre contractuel et de préservation des intérêts ne relèvent donc pas de manière uniforme d'une inspiration théorique particulière. Comme en 1804[1258], le législateur semble faire une œuvre pragmatique pour protéger au mieux les parties au contrat et son contenu en gardant une certaine distance pour laisser l'intérêt de l'utilisation de l'outil contractuel intact. Ainsi, plusieurs approches législatives peuvent être identifiées s'agissant de la protection des contractants et de leurs intérêts. Madame Judith ROCHFELD a pu déceler trois méthodes[1259]. La première consiste en la réintroduction d'un consentement libre et éclairé[1260] par le biais notamment d'une optimisation de l'information et de la liberté de choix de la partie protégée[1261]. La seconde consiste à rééquilibrer le contenu contractuel par des mécanismes extérieurs[1262]. Elle permet ainsi « *d'imposer un contenu équilibré* »[1263]. Dans cette optique, le législateur tend à normaliser le contenu contractuel[1264] et *« vise à restaurer l'équilibre du contenu contractuel en éliminant les facteurs de déséquilibre qui ont pu y être introduits par la partie en position de force* »[1265]. Enfin, la troisième méthode « *s'attache à "moraliser" les rapports contractuels, notamment par l'imposition de devoirs généraux de comportement à la charge des cocontractants* »[1266].

[1258] **F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, et *al.***, *Droit civil – Les obligations*, 13ème éd., Coll. Précis, Dalloz, 2022, n°31, p. 14 : « *Les rédacteurs du Code civil ont entendu réaliser, non une œuvre dogmatique, mais une œuvre pragmatique, une œuvre de modération et de sagesse* ».

[1259] **J. ROCHFELD**, *Les grandes notions du droit privé,* 3ème éd., coll. Thémis, PUF, 2022, n°12, p. 547. *Adde*. **M. CUMYN**, « Les sanctions des lois d'ordre public touchant à la justice contractuelle : leurs finalités, leur efficacité », *in R.J.T.*, 2007, n°41-1, p. 1 : Les trois méthodes avancées par Madame Judith ROCHFELD se retrouvent également dans les écrits de Madame Michèle CUMYN.

[1260] **J. ROCHFELD**, *Les grandes notions du droit privé,* 3ème éd., coll. Thémis, PUF, 2022, n°12, p. 547.

[1261] **M. CUMYN**, « Les sanctions des lois d'ordre public touchant à la justice contractuelle : leurs finalités, leur efficacité », *in R.J.T.*, 2007, n°41-1, p. 1 spéc. p. 15 : « *la prémisse qu'une personne bien informée, disposant d'un temps de réflexion suffisant, saura profiter du libre jeu de la concurrence en effectuant les choix qui répondent le mieux à ses besoins et à ses intérêts* ».

[1262] **J. ROCHFELD**, *Les grandes notions du droit privé,* 3ème éd., coll. Thémis, PUF, 2022, n°12, p. 547.

[1263] **J. ROCHFELD**, *Les grandes notions du droit privé,* 3ème éd., coll. Thémis, PUF, 2022, n°12, p. 547. Adde.

[1264] **M. CUMYN**, « Les sanctions des lois d'ordre public touchant à la justice contractuelle : leurs finalités, leur efficacité », *in R.J.T.*, 2007, n°41-1, p. 1 spéc. p. 14 : « *la prémisse que les parties ne sauront pas elles-mêmes parvenir à l'élaboration d'un contrat juste et équilibré* »

[1265] **J. ROCHFELD**, *Les grandes notions du droit privé,* 3ème éd., coll. Thémis, PUF, 2022, n°12, p. 548.

[1266] **J. ROCHFELD**, *Les grandes notions du droit privé,* 3ème éd., coll. Thémis, PUF, 2022, n°12, p. 548.

250. Ces méthodes encadrent le comportement des parties au contrat[1267]. Dans cette optique, soit une action est menée directement en vue de l'encadrement du comportement des parties ; soit une action est permise directement sur le contenu dès lors qu'un déséquilibre substantiel trouve sa source dans le comportement d'une partie au contrat. Une dichotomie semble ainsi s'instaurer entre des mécanismes agissant sur l'équilibre entre les parties et d'autres directement sur l'équilibre du contenu contractuel. Cette dualité renvoie en ce sens à la double dimension révélée de l'équilibre : équilibre des parties et équilibre du contenu[1268]. Le législateur intervient tantôt directement sur le comportement des parties (**Chapitre 1**), tantôt indirectement sur le comportement de ces dernières (**Chapitre 2**).

***CHAPITRE 1** – L'équilibre relationnel, l'appréhension directe des comportements des parties*

***CHAPITRE 2** – L'équilibre substantiel, l'appréhension indirecte des comportements des parties*

[1267] Après tout, « *la fonction première du droit semble être de diriger les conduites humaines* » : **P. DEUMIER**, *Introduction générale au droit*, 7ème éd., coll. Manuel, LGDJ, 2023, n°9, p. 21 ; **B. FAGES**, *Le comportement du contractant*, J. GHESTIN (préf.), coll. Institut de droit des affaires, PUAM, 1997, n°7, p. 19. *Adde*. **D. MAINGUY**, « Le contractant, personne de bonne foi ? », *in La réforme du droit des contrats*, coll. Actes de colloque, Presses de la Faculté de Montpellier, 2015, p. 83 : *« La question du comportement du contractant, dans le projet de réforme, est abordée à de multiples reprises, de manière directe ou indirecte, sans que nul ne puisse prédire ce que sera l'accueil juriprudentiel fait des textes aujourd'hui inconnus* ».

Pour une position plus nuancée : **Ph. JESTAZ**, *Le droit*, 11ème éd., coll. Connaissances du droit, Dalloz, 2021, p. 4 ; **A. JEAMMAUD**, « La règle de droit comme modèle », *in D.*, 1990, p. 199.

[1268] **M. BARBA**, « Formation du contrat de consommation en droit européen : transparence, équilibre, loyauté », *in Le droit européen de la consommation au XXIe siècle – État des lieux et perspectives*, M. COMBRET (dir.), coll. Droit de l'Union européenne, Bruylant, 2022, p. 245, spéc. n°11, p. 254 : « *L'essentiel est là : l'équilibre du contrat est au cœur des préoccupations du droit des obligations. Puisque le droit ne peut que modérément agir sur l'équilibre des forces (des contractants), il agit en aval sur l'équilibre du résultat (le contrat)* ».

CHAPITRE 1. *L'ÉQUILIBRE RELATIONNEL, L'APPRÉHENSION DIRECTE DU COMPORTEMENT DES PARTIES*

251. Il existe depuis 1804 un principe d'équilibre subjectif. Autrement dit, dès lors que les parties sont effectivement libres de déterminer le déroulement de leur relation contractuelle, elles seules déterminent l'équilibre contractuel visant à satisfaire au mieux leurs intérêts respectifs. Si la liberté contractuelle reste le moyen privilégié participant à l'équilibre contractuel, elle n'est efficace que dans la mesure où les deux contractants bénéficient de cette liberté. Autrement dit, pour être un instrument efficace d'équilibre, la liberté contractuelle ne doit pas être unilatérale, elle doit être effective. C'est à ce titre que le législateur intervient sur le comportement des parties en vue d'interagir avec l'effectivité de la liberté de chacun[1269]. Le contrat devient, en ce sens, « *un lieu où les intéressés ont le devoir de bien se comporter* »[1270]. À l'instar de la notion générale de bon père de famille[1271], le législateur instaure des mécanismes orientant le comportement des parties vers un comportement de bon contractant. La formation du contrat est « *un moment critique de la vie juridique* »[1272], ainsi, le législateur prévoit des mécanismes intervenant dès ce stade, pour tenter d'endiguer autant que possible les risques d'abus découlant d'un déséquilibre structurel. Dans cette optique, l'objet de la régulation est d'assurer de manière préventive ou curative l'objectif d'équilibre contractuel auquel les parties devraient aboutir. Bien que la formation du contrat reste, pour une large part, déterminante, il n'en demeure pas moins que des mécanismes portant sur le comportement des contractants interviennent également lors de l'exécution du contrat[1273]. Un encadrement des comportements innerve ainsi tout le processus contractuel, de sa formation, jusqu'à son extinction. Cet encadrement découle de dispositions générales d'encadrement des comportements[1274]

[1269] V. **B. FAGES**, *Le comportement du contractant*, J. GHESTIN (préf.), coll. Institut de droit des affaires, PUAM, 1997, n°485, p. 262 : « *il faut néanmoins reconnaître que le droit des contrats a entrepris depuis quelques décennies de réguler les conduites individuelles. Dans ses grandes dispositions, il n'organise plus seulement les processus fondamentaux qui président à la formation et à l'exécution des actes juridiques, il gouverne de plus en plus les actes, les agissements, les comportements concrets du parties* ».

[1270] **B. FAGES**, *Le comportement du contractant*, J. GHESTIN (préf.), coll. Institut de droit des affaires, PUAM, 1997, n°485, p. 262.

[1271] **C. FRANÇOIS**, « Suppression de l'expression "bon père de famille", tempête dans un bénitier », 2014 [en ligne] https://www.clementfrancois.fr/suppression-bon-pere-de-famille-code-civil-tempete-benitier/.

[1272] **M. BARBA**, « Formation du contrat de consommation en droit européen : transparence, équilibre, loyauté », *in Le droit européen de la consommation au XXIe siècle – État des lieux et perspectives*, M. COMBRET (dir.), coll. Droit de l'Union européenne, Bruylant, 2022, p. 245, spéc. n°1, p. 245.

[1273] Comme nous l'avions déjà évoqué, la notion d'équilibre transcende la distinction entre la formation et l'exécution et innerve toute la vie du contrat : *Cf. supra* n°144.

[1274] **D. MAINGUY**, « Le contractant, personne de bonne foi ? », *in La réforme du droit des contrats*, coll. Actes de colloque, Presses de la Faculté de Montpellier, 2015, p. 83 : Selon cet auteur, « *la question du*

(**Section 1**), puis celles, plus spéciales permettant de rétablir un équilibre dans une relation asymétrique (**Section 2**).

Section 1. Les mécanismes généraux encadrant le comportement des parties

252. Le législateur ainsi que la jurisprudence[1275], mettent à la charge des contractants des contraintes comportementales de portée générale. Avant d'entamer l'analyse de ces contraintes, des précisions terminologiques doivent être envisagées au préalable. Ces contraintes doivent, en effet, être distinguées des seules obligations.

253. Point terminologique. – Il existe un débat sémantique portant sur la distinction entre l'obligation et le devoir qui ne semble pas dégager de distinction unanime. Si certains déterminent le critère de distinction selon la source, d'autres le font selon la période contractuelle ou d'autres encore estiment que le terme de devoir est moins précis n'impliquant aucune juridicité, ils préfèrent alors le terme d'obligation[1276]. Il semblerait que chacune de ces distinctions révèle certaines utilités, mais ne permettent pas réellement de cerner la distinction à établir entre les deux. Monsieur Louis THIBIERGE met en avant des critères de distinction pertinents retenant ainsi notre attention[1277]. En premier lieu, toute obligation suppose un débiteur et un créancier[1278]. En outre, l'obligation est soumise aux principes régissant le régime général de l'obligation à savoir la possibilité de céder l'obligation, ou encore d'en exiger l'exécution forcée[1279]. Or, s'agissant des règles régissant le comportement des contractants, il ne semble, d'une part, pas possible de déterminer le débiteur et le créancier, puisque tous les

comportement du contractant, dans le projet de réforme, est abordée à de multiples reprises, de manière directe ou indirecte ».

[1275] **B. FAGES**, *Le comportement du contractant*, J. GHESTIN (préf.), coll. Institut de droit des affaires, PUAM, 1997, n°529, p. 284 : « *En conclusion, on retiendra que les obligations de bon comportement doivent l'essentiel de leur portée aux juges qui, au fil de leur décisions, ont tracé les directives applicables à tous les contractants* ».

[1276] Pour une présentation synthétique des différents critères de distinction retenus par la doctrine : **J.-P. CHAZAL**, « Les nouveaux devoirs des contractants – Est-on allé trop loin ? », *in La nouvelle crise du contrat,* Ch. JAMIN, D. MAZEAUD (dir.), coll. Thèmes & commentaires, Dalloz, 2003, p. 99, spéc. p. 103-105.

[1277] **L. THIBIERGE,** *Le contrat face à l'imprévu,* L. AYNÈS (préf.), coll. Recherches Juridiques, Économica, 2011, n°797, p. 448 : Les développements de l'auteur portent sur la qualification de devoir ou d'obligation de renégociation du contrat s'imposant aux contractants.

[1278] **L. THIBIERGE,** *Le contrat face à l'imprévu,* L. AYNÈS (préf.), coll. Recherches Juridiques, Économica, 2011, n°797, p. 448 : « *toute obligation suppose, outre un débitum et un obligatio, un sujet passif appelé le débiteur, et un sujet actif, appelé le créancier* ». *Adde*. **M. FONTAINE**, « Obliegenheit, incombance ? », *in Liber amicorum Hubert Claassens*, Maklu-Academia Bruylant, 1998, p. 151, spéc. p. 152.

[1279] **L. THIBIERGE,** *Le contrat face à l'imprévu,* L. AYNÈS (préf.), coll. Recherches Juridiques, Économica, 2011, n°797, p. 448 : à propos d'une éventuelle obligation de renégociation, « *une telle obligation, à la supposer caractérisée, échapperait largement aux principes gouvernant le régime général de l'obligation* […] ». *Adde*. **M. FONTAINE**, « Obliegenheit, incombance ? », *in Liber amicorum Hubert Claassens*, Maklu-Academia Bruylant, 1998, p. 151, spéc. p. 152.

contractants y sont soumis, d'autre part, les règles de comportement ne peuvent faire l'objet d'une quelconque cession puisqu'elles incombent à tous les contractants, durant toute la durée du contrat. En outre, Madame Barbara FRELETEAU a mis en avant un autre critère de distinction reposant sur la différence de nature entre ces notions : elle estime ainsi que les devoirs et les incombances sont de pures directives comportementales ne revêtant aucune valeur monétaire[1280]. Seuls les préjudices résultant du non-respect de ces devoirs et incombances peuvent avoir une valeur monétaire. Dans cette perspective, elle s'appuie sur les écrits de Monsieur Denis MAZEAUD qui a mis en exergue les deux aspects d'un contrat. Il estime en effet que « *le contrat se compose de deux ensembles normatifs : l'un, d'ordre éthique, qui incarne le devoir-être contractuel ; l'autre, d'ordre économique, qui s'insère dans la prestation promise* »[1281]. En d'autres termes, les obligations correspondent à la dimension économique du contrat, tandis que les devoirs et incombances relèvent de sa dimension éthique[1282]. Finalement, « *ces contraintes non-obligationnelles s'intègrent toutes deux dans le contrat et pèsent spécifiquement sur la personne des contractants. Il s'agit d'exigences de conduite mises à la charge du contractant, qu'il doit observer au-delà de la stricte exécution de ses obligations* »[1283]. Sera alors retenue, s'agissant des règles comportementales – notamment la bonne foi, les bonnes mœurs ou encore l'information –, la notion de devoir[1284]. En se fondant sur les écrits de cette auteure, il est donc possible de mettre en exergue différents devoirs et incombances en matière contractuelle visant à encadrer le comportement des parties (**Paragraphe 1**) en vue d'assurer l'équilibre contractuel (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 1. L'encadrement des comportements des contractants

254. L'encadrement du comportement des parties se retrouve à travers deux notions de portée générale du Code civil, la bonne foi (**A**) et les bonnes mœurs (**B**).

[1280] **B. FRELETEAU**, *Devoir et incombance en matière contractuelle*, L. SAUTONIE-LAGUIONIE (préf.), t. 576, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2017 ; n°49, p. 43 et n°53, p. 48. *Adde*. Cette notion d'incombance est inspirée du droit allemand, connue sous le nom « Obliegenheit » : V. en ce sens **M. FONTAINE**, « Obliegenheit, incombance ? », *in Liber amicorum Hubert Claassens*, Maklu-Academia Bruylant, 1998, p. 151, spéc. p. 154.

[1281] **D. MAZEAUD**, « Le nouvel ordre contractuel », *in RDC*, 2003, n°1, p. 295, spéc. n°6 :

[1282] **B. FRELETEAU**, *Devoir et incombance en matière contractuelle*, L. SAUTONIE-LAGUIONIE (préf.), t. 576, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2017, n°49, p. 43.

[1283] **B. FRELETEAU**, *Devoir et incombance en matière contractuelle*, L. SAUTONIE-LAGUIONIE (préf.), t. 576, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2017, n°67, p. 61.

[1284] Pour plus de développements sur la distinction : **B. FRELETEAU**, *Devoir et incombance en matière contractuelle*, L. SAUTONIE-LAGUIONIE (préf.), t. 576, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2017 ; **N. HAGE-CHAHINE**, *La distinction de l'obligation et du devoir en droit privé,* Y. LEQUETTE (préf.), coll. Thèses, Éditions Panthéon-Assas, 2017.

A. <u>Un devoir général comportemental : la bonne foi</u>

255. La grande oubliée du XIX^e^ siècle. – La notion de bonne foi contractuelle est inscrite dans le marbre du Code civil depuis 1804[1285], mais n'a pas toujours été perçue avec la même importance[1286]. « *Longtemps assoupie*[s] »[1287], l'interprétation et l'application de cette disposition ont été absorbées par les enjeux et débats portant sur la force obligatoire[1288] associée à l'autonomie de la volonté et au volontarisme[1289]. C'était le premier alinéa de l'ancien article 1134 du Code civil « *qui tenait le haut du pavé* »[1290]. Ainsi la bonne foi a été réduite à une règle d'interprétation et une règle d'exécution de la volonté des parties[1291]. Il est avancé que la notion de bonne foi telle qu'elle était pensée en 1804 ne se référait donc qu'au comportement des contractants dans la bonne exécution du contrat. Autrement dit, les exigences relatives au comportement du contractant ne concernaient que le « *comportement matériel que celui-ci* [devait] *mettre en œuvre pour exécuter l'obligation principale* »[1292].

256. La renaissance de la bonne foi. – La bonne foi a subi une grande évolution quant à son appréhension, elle est dorénavant mise sur le devant de la scène juridique grâce à la jurisprudence et, ensuite, avec la réforme de 2016-2018. Cette dernière lui a consacré un article entier[1293] d'ordre public[1294] et étendu son champ d'application à toute la durée du contrat.

[1285] C. civ., art. 1134 al. 3 : « *Elles doivent être exécutées de bonne foi* ».

[1286] Pour un retour sur l'influence de la notion de bonne foi dans l'Antiquité romaine et dans l'Ancien droit : **É. CHARPENTIER**, « Le rôle de la bonne foi dans l'élaboration de la théorie du contrat », *in RDUS*, 1996, n°26, p. 301.

[1287] **A. BÉNABENT**, *Droit des obligations*, 20ème éd., coll. Précis Domat, LGDJ, 2023, n°305, p. 268 : « *cette disposition longtemps assoupie* ».

[1288] La force obligatoire était également développée dans l'article 1134 ancien du Code civil au premier alinéa. V. en ce sens : **F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, et *al.*,** *Droit civil – Les obligations*, 13ème éd., coll. Précis, Dalloz, 2022, n°128, p. 143 : « *Alors qu'auparavant* [la bonne foi] *apparaissait comme un simple tempérament à la force obligatoire du contrat, elle se présente désormais comme une directive à part entière du droit des contrats* ».

[1289] **É. CHARPENTIER**, « Le rôle de la bonne foi dans l'élaboration de la théorie du contrat », *in RDUS*, 1996, n°26, p. 301 : « *Ce n'est qu'avec l'individualisme ayant inspiré la théorie de l'autonomie de la volonté et influencé l'interprétation du Code civil que l'importance de la bonne foi diminue* ».

[1290] **J. VAN ZUYLEN**, « Fautes, bonne foi et abus de droit : convergences et divergences », *in Annales de Droit de Louvain*, vol. 71, 2011, n°3, p. 265, spéc. p. 266.

[1291] **F. RANIERI**, « Bonne foi et exercice du droit dans la tradition du civil law », *in RIDC*, vol. 50, n°4, 1998, p. 1055, spéc. p. 1063 : « *En réalité, l'absorption de la bonne foi dans l'élément de la volonté contractuelle a donc transformé dans le droit appliqué français du XIX^e^ siècle la règle de la bonne foi en une norme d'interprétation et d'exécution de la volonté* ».

[1292] **B. FAGES**, *Le comportement du contractant*, J. GHESTIN (préf.), coll. Institut de droit des affaires, PUAM, 1997, n°498, p. 270. *<u>Adde</u>*. **A. BÉNABENT**, *Droit des obligations*, 20ème éd., coll. Précis Domat, LGDJ, 2023, n°39, pp. 48-49.

[1293] C. civ., art. 1104 : « *Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi.*
Cette disposition est d'ordre public ».

[1294] Cette référence à l'ordre public ne figurait pas dans le projet de réforme mais a été ajoutée pour mettre fin au débat portant sur la possibilité de stipuler des clauses permettant de réduire l'exigence de bonne foi, pratique

Toutefois, si l'influence de la bonne foi s'est accentuée, la notion n'en reste pas moins une notion « *totalement fuyante* »[1295] et recélant une certaine « *ambiguïté* »[1296]. La doctrine et la jurisprudence se sont intéressées à la notion de bonne foi, tant s'agissant de son rôle, de sa définition, que de sa portée en droit des contrats. Malgré cela, il reste difficile de les déterminer. Toutefois, si la notion reste floue, plusieurs éléments ressortent de ces études, notamment la dimension générale de la notion.

257. « *Un principe irriguant tout le droit des contrats* »[1297]. – En matière contractuelle[1298], la bonne foi transcende les étapes de la vie du contrat, en ce sens qu'elle englobe la formation[1299], l'exécution,[1300] mais également l'extinction du contrat[1301]. Elle est à ce titre, « *la colonne vertébrale* »[1302] du Code civil, en ce sens qu'elle permet de compléter l'interprétation et l'application de nombreuses autres dispositions[1303].

---

reconnue en droit anglais. V. en ce sens : **Y.-M. LAITHIER**, « L'obligation d'exécuter le contrat de bonne foi est-elle susceptible de clause contraire ? », *in D.*, 2014, p. 33.

[1295] **D. MAINGUY**, « Le contractant, personne de bonne foi ? », *in La réforme du droit des contrats*, C. ALBIGÈS, E. NÉGRON (dir.), coll. Actes de colloque, Presses de la Faculté de Montpellier, 2015, p. 83, spéc. p. 85.

[1296] **D. MAZEAUD**, « Loyauté, solidarité, fraternité : La nouvelle devise contractuelle ? », *in Mélanges en hommage à François Terré, L'avenir du droit,* coll. Études, Mélanges, Travaux, Dalloz, 1999, p. 603, spéc. n°2, p. 603.

[1297] **M. FABRE-MAGNAN**, *Droit des obligations – Contrat et engagement unilatéral*, 7ème éd., coll. Thémis, PUF, 2024, n°138, p. 119.

[1298] Cette norme comportementale ne concerne pas seulement la matière contractuelle, puisqu'il y est fait référence dans de nombreuses dispositions du Code civil.

[1299] C. civ., art. 1112 : « *L'initiative, le déroulement et la rupture des négociations précontractuelles sont libres. Ils doivent impérativement satisfaire aux exigences de la bonne foi* ». *Adde*. **J. CASEY**, « De la bonne foi et de la modération dans la formation du contrat », *in D.*, 1998, p. 208 ; **Ph. LE TOURNEAU, M. POUMARÈDE,** V° « Bonne foi », *in Rép. civ.*, Dalloz, janv. 2017 (actu. oct. 2024).

[1300] V. not. C. civ., art. 1221, en matière d'exécution forcée : « *Le créancier d'une obligation peut, après mise en demeure, en poursuivre l'exécution en nature sauf si cette exécution est impossible ou s'il existe une disproportion manifeste entre son coût pour le débiteur de bonne foi et son intérêt pour le créancier* ». Le comportement des parties s'apprécie également au moment des restitutions avec notamment les art. 1352-1 (« *Celui qui restitue la chose répond des dégradations et détériorations qui en ont diminué la valeur, à moins qu'il ne soit de bonne foi et que celles-ci ne soient pas dues à sa faute* ») et art. 1352-2 (« *Celui qui l'ayant reçue de bonne foi a vendu la chose ne doit restituer que le prix de la vente. S'il l'a reçue de mauvaise foi, il en doit la valeur au jour de la restitution lorsqu'elle est supérieure au prix* ») ; ou encore le paiement avec l'art. 1342-3 C. civ. (« *Le paiement fait de bonne foi à un créancier apparent est valable* »).

[1301] **F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, et *al.*,** *Droit civil – Les obligations*, 13ème éd., coll. Précis, Dalloz, 2022, n°128, p. 144.

[1302] **M. MEKKI**, « Les principes généraux du droit des contrats au sein du projet d'ordonnance portant réforme du droit des obligations », *in D.*, 2015, p. 816, spéc. n°42.

[1303] V. not. la conduite des négociations (C. civ., art. 1112), le devoir d'information précontractuel (C. civ., art. 1112-1), l'erreur (C. civ., art. 1132), la réticence dolosive (C. civ., art. 1137), l'abus dans la fixation du prix (C. civ., art. 1164 et 1165), l'imprévision (C. civ., art. 1195), la défaillance de la condition suspensive (C. civ., art. 1304-3), *etc*.

En outre, la bonne foi irrigue tout le droit des contrats entendu de manière générale, en ce sens qu'elle « *ne cède pas devant les droits spéciaux* »[1304]. Dans cette optique, la Cour de cassation a estimé, au visa notamment de l'ancien article 1134 al. 3 devenu l'article 1104 du Code civil, que « *l'ouverture d'une procédure collective à l'égard du locataire n'a pas pour effet de dispenser le bailleur de mettre en œuvre, de bonne foi, la clause résolutoire* »[1305]. Autrement dit, « *la bonne foi transcende la distinction entre droit commun et droit spécial et cette clause résolutoire mise en œuvre au fondement d'un texte spécial propre au droit des procédures collectives ne pouvait lui échapper* »[1306].

Enfin, la bonne foi s'impose à chacune des parties, même dans le cadre de relations déséquilibrées. Si sur le fondement de la bonne foi, la jurisprudence a pu « *ramener à de meilleurs comportements certains contractants en position de force* »[1307], elle en fait tout de même une application généralisée à tous les contractants. En ce sens, la jurisprudence a pu retenir que « *l'obligation générale de loyauté s'applique aussi au distributeur* »[1308]. Classiquement appréhendé comme étant une partie faible[1309], le distributeur reste, en tout état de cause, tenu d'un devoir de bonne foi. Une autre illustration peut être avancée avec le devoir de minimisation du dommage[1310], bien qu'il ne soit pas consacré en droit français[1311]. Il impose

---

[1304] **M. FABRE-MAGNAN**, *Droit des obligations – Contrat et engagement unilatéral*, 7ème éd., coll. Thémis, PUF, 2024, n°138, p. 121. *Adde*. **H. BARBIER**, « Le devoir de bonne foi n'est pas évincé par le droit spécial », *in RTD Civ.*, 2017, p. 858.

[1305] Cass. Civ. 3ème, 14 sept. 2017, n°16-18.840 : *RTD Civ.*, 2017, p. 858, obs. H. BARBIER ; *D.*, 2018, p. 371, obs. M. MEKKI : « *Qu'en statuant ainsi, alors que l'ouverture d'une procédure collective à l'égard du locataire n'a pas pour effet de dispenser le bailleur de mettre en oeuvre, de bonne foi, la clause résolutoire, la cour d'appel a violé les textes susvisés* ». Rappr. Cass. Civ. 3ème, 1er fév. 2018, n°16-28.684 : *D.*, 2018, p. 1511, note M.-P. DUMONT-LEFRAND ; *Loyers et copr.*, 2018, n°4, comm. 93, com. Ph.-H. BRAULT ; *AJDI*, 2018, p. 591, obs. C. DREVEAU ; *Gaz. Pal.*, 2018, n°11, p. 66, note C.-E. BRAULT.

[1306] **M. MEKKI**, « Droit des contrats », *in D.*, 2018, p. 371.

[1307] **J. MESTRE, B. FAGES**, « L'obligation générale de loyauté s'applique aussi au distributeur », *in RTD Civ.*, 2001, p. 360.

[1308] CA Paris, 25e ch., sect. A, 19 janv. 2001, n°1998/24188 : *RTD Civ.*, 2001, p. 360, obs. J. MESTRE et B. FAGES.

[1309] **G. VIRASSAMY**, *Les contrats de dépendance – Essai sur les activités professionnelles exercées dans une dépendance économique*, J. GHESTIN (préf.), t. CXC, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 1986.

[1310] Pour plus de développements : **S. REIFEGERSTE**, *Pour une obligation de minimiser son dommage*, H. MUIR-WATT (préf.), coll. Droit des affaires, PUAM, 2002 ; **M. MEHANNA**, *La prise en compte de l'intérêt du contractant,* D. MAZEAUD (dir.), th. dactyl., Université de Paris Panthéon-Assas, 2014. *Contra*. **O. DESHAYES**, « L'introduction de modérer son dommage en matière contractuelle – Rapport français », *in RDC*, 2010, n°3, p. 1139.

[1311] La jurisprudence ne semble pas admettre une telle obligation :
V. not en matière délictuelle : Cass. Civ. 2ème, 19 juin 2003, nos 00-22.302 et 01-13.289, *Bull. civ*. II, n°203 : *D.*, 2003, p. 2326, obs. J.-P. CHAZAL ; *RTD Civ.*, 2003, p. 716, obs. P. JOURDAIN ; *D.*, 2004, p. 1346, obs. D. MAZEAUD ; *LPA*, 2003, n°261, p. 17, note Y. DAGORNE-LABBE ; *LPA*, 2003, n°208, p. 16, note S. REIFEGERSTE ; *JCP G.*, 2003, II, 10170, comm. C. CASTETS-RENARD ; *Defrénois*, 2003, p. 1574, note J.-L. AUBERT ; *RLDC*, 2004, n°9, p. 15, note S. PIMONT.

à la victime d'un dommage « *de prendre toutes les mesures raisonnables pour limiter le préjudice qu'*[elle] *subit* »[1312]. La victime d'un dommage, pourrait être considérée comme une partie faible, pourtant si une telle obligation venait à être consacrée, elle l'obligerait à adopter un comportement de bonne foi[1313].

En définitive, le champ d'application de la bonne foi est tel, que certains auteurs, et même parfois les juges, ont pu avancer qu'elle constitue un principe général du droit[1314], voire un principe directeur[1315]. La généralité de la notion entraîne toutefois une certaine incertitude quant à sa définition. Ainsi, la notion de bonne foi est qualifiée de polysémique.

258. La polysémie associée à la bonne foi. – Souvent présentée comme étant une notion floue[1316], la notion de bonne foi a fait l'objet de nombreuses études[1317], dont il ressort de manière constante qu'elle est une notion polysémique[1318]. Dans cette optique, elle renvoie,

---

V. not en matière contractuelle : Cass. Civ. 3ème, 10 juil. 2013, n°12-13.851 : *RDC*, 2014, p. 27, obs. O. DESHAYES ; *RDI* 2013, p. 470, obs. B. BOUBLI ; *Gaz. Pal.,* 2013, n°283, p. 19, chron. D. HOUTCIEFF ; *Gaz. Pal*., 2013, n°318, p. 16, chron. M. MEKKI ; Cass. Civ. 2ème, 23 sept. 2020, n°15-28.898 : *D*., 2021, p. 310, obs. M. MEKKI ; *RTD Com*., 2020, p. 937, obs. B. BOULOC.

[1312] **B. FAGES** (dir.), *Lamy Droit du contrat*, Wolters Kluwer, 2024, spéc. n°1874.

[1313] Certains auteurs estiment que « *le devoir de bonne foi devrait suffire à en fonder le principe que ce soit en matière contractuelle ou extracontractuelle* » : **M. MEKKI**, « L'exception française : non à l'obligation de minimiser le dommage ! », *in Gaz. Pal.*, 2013, n°318.

[1314] **M. MEKKI**, « La réforme au milieu du gué. Les notions absentes ? Les principes généraux du droit des contrats – aspects substantiels », *in RDC*, 2015, n°3, p. 651 ; **M. MEKKI**, « Les principes généraux du droit des contrats au sein du projet d'ordonnance portant réforme du droit des obligations », *in D.*, 2015, p. 816 : Monsieur Mustapha MEKKI qualifie de manière certaine les dispositions liminaires du Code civil, et notamment la bonne foi, de principes généraux. Il n'est toutefois pas fermé à la qualification de principes directeurs. *Contra*. **J. FLOUR, J.-L. AUBERT, É. SAVAUX**, *Droit civil – Les obligations – L'acte juridique,* 18ème éd., coll. Université, Dalloz, 2024, n°170, pp. 222-223.

[1315] V. not. **M. FABRE-MAGNAN**, *Droit des obligations,* t. 1, *Contrat et engagement unilatéral*, 7ème éd., coll. Thémis, PUF, 2024, nos 100 et s., p. 89 et s. ; **D. MAZEAUD**, « Quelle portée pour les principes de liberté contractuelle, de sécurité et de bonne foi ? », *in La réforme du droit français des contrats*, B. FAUVARQUE-COSSON, G. WICKER (dir.), vol. 31, coll. Droit comparé et européen, Société de législation comparée, 2019, p. 59 ; **F. COHET**, *Le contrat,* 2ème éd., coll. Droit en +, Presses universitaires de Grenoble, 2020, nos 25 et s., p. 15 et s. ; **M. LATINA**, V° « Contrat : généralités – Principes directeurs du droit des contrats », *in Rép. Civ.,* Dalloz, mai 2017 (actu. avril 2023).

[1316] V. not. **D. MAZEAUD**, V° « Devoirs de bonne foi et de coopération », *in Dictionnaire du contrat,* D. MAZEAUD, R. BOFFA, N. BLANC (dir.), coll. Les dictionnaires LGDJ, LGDJ, 2018, n°114, p. 484 : « *concept mou et flexible* » ; **D. HOUTCIEFF**, *Droit des contrats*, 9ème éd., coll. Paradigme, Bruylant, 2024, n°634, p. 572 : « *Le contenu de la bonne foi demeure cependant flou et essentiellement incertain* ».

[1317] V. not. **R. DESGORCES**, *La bonne foi dans le droit des contrats : rôle actuel et perspectives*, D. TALLON (dir.), th. dactyl., Université Paris II, 1992 ; **Ph. STOFFEL-MUNCK**, *L'abus dans le contrat – Essai d'une théorie*, R. BOUT (préf.), t. 337, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2000 ; **B. JALUZOT**, *La bonne foi dans les contrats – Étude comparative de droit français, allemand et japonais*, F. FERRAND (préf.), vol. 5, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, Dalloz, 2001 ; **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*, M. FABRE-MAGNAN (préf.), coll. Institut de droit des affaires, PUAM, 2012 ; **R. JABBOUR**, *La bonne foi dans l'exécution du contrat*, L. AYNÈS (préf.), t. 573, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2016.

[1318] V. en ce sens : **G. CORNU**, *Linguistique juridique*, 3ème éd., coll. Domat Droit privé, Montchrestien, 2005, p. 89 : Monsieur Gérard CORNU évoque les différents types de polysémie d'un mot. En l'occurrence la bonne foi

classiquement, à deux aspects distincts mis en lumière par la doctrine. D'une part, elle est « *une croyance erronée à l'existence d'une certaine situation juridique* »[1319]. Sous cette acception, la bonne foi renvoie au standard de l'ignorance légitime. Sous ce sens, elle est aussi appelée bonne foi subjective. D'autre part, elle est « *une qualité morale. Être de bonne foi, c'est faire preuve d'un esprit loyal, sincère et honnête ; c'est être fidèle à la parole donnée ; c'est tenir ses promesses* »[1320]. En ce sens, la notion de bonne foi, dans une dimension plus objective, renvoie à la loyauté qui peut être exigée dans certaines situations. Cette dernière interprétation de la bonne foi renvoie alors un devoir être, un devoir comportemental. Elle permet, à ce titre, « *de caractériser des normes objectives de comportement* »[1321].

Si les deux derniers sens de la notion peuvent s'opposer à certains égards, ils peuvent aussi être rapprochés, la bonne foi exigeant un comportement honnête du contractant, en toutes circonstances. Dans le cas de l'ignorance légitime, le comportement de bonne foi, la croyance du contractant peut permettre de maintenir une situation juridique pourtant irrégulière[1322]. Dans le cas de la loyauté, le contractant doit adopter un comportement loyal respectant les standards de comportement d'une société donnée. Dans les deux situations, le comportement du contractant importe pour le qualifier de bonne foi ou non[1323]. L'opposition se situe au stade de l'appréciation du comportement. Dans le cadre de l'ignorance, l'intention du contractant permet de déceler sa bonne foi. Au contraire, dans le cadre de la bonne foi, entendue comme un comportement loyal et honnête, le comportement du contractant s'appréciera au regard des

est un exemple typique de polysémie interne. Autrement dit, « *il y a polysémie interne lorsqu'au regard du droit, dans un système juridique donné, un même terme peut revêtir, dans l'usage actuel, deux ou plusieurs sens distincts* ».

[1319] **E. ZOLLER**, V° « Bonne foi », *in Dictionnaire de la culture juridique*, D. ALLAND, S. RIALS (dir.), coll. Quadrige, PUF, 2003, p. 143. *Adde*. **ASSOCIATION H. CAPITANT** (dir.), *Vocabulaire juridique*, 14ème éd., coll. Quadrige, PUF, 2022, V° « Bonne foi » ; **Ph. LE TOURNEAU, M. POUMARÈDE,** V° « Bonne foi », *in Rép. civ.*, Dalloz, janv. 2017 (actu. oct. 2024), spéc. n°2 ; **B. LEFEBVRE**, « La bonne foi : notion protéiforme », *in RDUS*, 1996, n°26, p. 323, spéc. p. 325.

[1320] **E. ZOLLER**, V° « Bonne foi », *in Dictionnaire de la culture juridique*, D. ALLAND, S. RIALS (dir.), coll. Quadrige, PUF, 2003, p. 143. *Adde*. **ASSOCIATION H. CAPITANT** (dir.), *Vocabulaire juridique*, 14ème éd., coll. Quadrige, PUF, 2022, V° « Bonne foi » ; **Ph. LE TOURNEAU, M. POUMARÈDE,** V° « Bonne foi », *in Rép. civ.*, Dalloz, janv. 2017 (actu. oct. 2024), spéc. n°2 ; **B. LEFEBVRE**, « La bonne foi : notion protéiforme », *in RDUS*, 1996, n°26, p. 323, spéc. p. 328.

[1321] **J. VAN ZUYLEN**, « Fautes, bonne foi et abus de droit : convergences et divergences », *in Annales de Droit de Louvain*, 2011, vol. 71, n°3, p. 265, spéc. p. 268.

[1322] Au regard de cette affirmation, la bonne foi entendue comme l'ignorance légitime permet de se distinguer de l'erreur, en ce que cette dernière permet au contraire d'annuler le contrat en cause : V. en ce sens : **J. JAUBERT**, *Des effets civils de la bonne foi*, A. Pedone, 1899, p. 157 et s. : « *Il y a donc entre la bonne foi et l'erreur une différence essentielle* » (spéc. p. 157).

[1323] **B. LEFEBVRE**, « La bonne foi : notion protéiforme », *in RDUS*, 1996, n°26, p. 323, spéc. p. 325 : « *Nous verrons toutefois que ces deux sens ne sont pas diamétralement opposés et exclusifs l'un de l'autre* ».

standards d'une société donnée[1324]. S'établit alors une distinction entre le fait d'être de bonne foi – intention – et le fait d'agir de bonne foi – standard de comportement[1325].

259. Une norme comportementale se référant à un standard de comportement. – Issu de la réforme, l'article 1104 du Code civil semble consacrer la bonne foi objective[1326], c'est-à-dire une norme comportementale à travers les termes « *doivent être* »[1327]. Elle renvoie ainsi à « *un comportement honnête du contractant. Elle est une norme générale de conduite* »[1328]. En tant que norme de comportement, la bonne foi revêt ainsi un rôle de régulatrice[1329]. Sous cet aspect, elle doit permettre de prévenir les déséquilibres contractuels en incitant les contractants à ne pas agir de mauvaise foi, mais elle implique également des exigences positives de prise en considération du cocontractant[1330]. En d'autres termes, appréhendée de manière négative, la bonne foi permet d'exclure un « *éventail de comportements indésirables* »[1331].

260. Des fonctions décelées en doctrine. – L'attractivité de la notion de bonne foi et son application de plus en plus fréquente par les juges a conduit la doctrine à se pencher sur les fonctions qui pourraient être attribuées à la bonne foi. Telle qu'envisagée dans les textes, il est

[1324] **B. LEFEBVRE**, « La bonne foi : notion protéiforme », *in RDUS*, 1996, n°26, p. 323, spéc. p. 328 : « *On parle souvent de bonne foi objective, car on examine le comportement d'un individu par rapport à une norme plutôt que par rapport à sa véritable intention* ».

[1325] **F. OSMAN**, *Les principes généraux de la lex mercatoria – Contribution à l'étude d'un ordre juridique anational*, É. LOQUIN (préf.), t. 224, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 1992, p. 22 : L'auteur assimile la bonne foi à un standard de comportement *Adde*. **A.-A. AL-SANHOURY**, « Le standard juridique », *in Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, t. II, *Les sources générales des systèmes juridiques actuels*, Sirey, 1934, p. 144, spéc. p. 145 : « *Le "standard" donne une mesure moyenne de conduite sociale, susceptible de s'adapter aux particularités de chaque hypothèse déterminée* ».

[1326] La bonne foi subjective n'est pour autant pas écartée, elle est incarnée dans certains textes du Code : par exemple en matière de devoir d'information (C. civ., art. 1112-1).

[1327] **D. HOUTCIEFF**, *Droit des contrats*, 9ème éd., coll. Paradigme, Bruylant, 2024, n°632, p. 571.

[1328] **M. MEKKI**, « Les principes généraux du droit des contrats au sein du projet d'ordonnance portant réforme du droit des obligations », *in D.*, 2015, p. 816, spéc. n°41. *Adde*. **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*, M. FABRE-MAGNAN (préf.), coll. Institut de droit des affaires, PUAM, 2012, n°249, p. 183 ; **Ph. STOFFEL-MUNCK**, « L'abus dans le contrat, vingt ans après », *in Homme de foi, homme de droit – Mélanges en l'honneur du Professeur Alain Sériaux*, coll. Liber amicorum, Mare & Martin, 2023, p. 353, spéc. 355 : La bonne foi « *est une norme de comportement, imposée de l'extérieur* ».

[1329] **D. HOUTCIEFF**, *Droit des contrats*, 9ème éd., coll. Paradigme, Bruylant, 2024, nos 635 et s., p. 573 et s. *Adde*. **J. VAN ZUYLEN**, « Fautes, bonne foi et abus de droit : convergences et divergences », *in Annales de Droit de Louvain*, vol. 71, 2011, n°3, p. 265, spéc. p. 270.

[1330] **D. HOUTCIEFF**, *Droit des contrats*, 9ème éd., coll. Paradigme, Bruylant, 2024, nos 635-1 et s., p. 573 et s. *Adde*. **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*, M. FABRE-MAGNAN (préf.), coll. Institut de droit des affaires, PUAM, 2012, n°249, p. 183 : « *L'exigence de bonne foi se concrétise par deux devoirs. Le premier, dit de "loyauté", impose aux parties de s'abstenir de réaliser certains actes. Le second dénommé de "coopération", contraint, au contraire, les contractants à effectuer des actes positifs : ils ne doivent plus rester passifs, mais collaborer* ».

[1331] **E. MACKAAY**, « L'analyse économique du droit comme outil de la doctrine juridique : La bonne foi et la justice contractuelle », *in RRJ*, 2011-4, p. 1605, spéc. p. 1610.

effectivement possible de déceler une exigence comportementale de la part des contractants, toutefois la notion même de bonne foi n'a pu se construire que grâce à l'intervention prétorienne. « *La bonne foi est un concept vague dont tout le sens réside dans souplesse* (sic) *même. Ce concept n'impliquant de lui-même aucune condition d'application ni aucune conséquence juridique déterminée, il emporte nécessairement intervention du juge* »[1332]. Ainsi, quatre fonctions ont pu être tirées des différents écrits dont l'origine se trouve chez DEMOGUE[1333], mais aussi chez un auteur belge, Frans BAERT[1334]. Ces fonctions décelées ont été reprises par la doctrine contemporaine[1335].

261. Fonction interprétative. – En premier lieu, la bonne foi s'est vu attribuer une fonction interprétative. Elle permet ainsi au juge de rechercher l'intention des parties afin que le contrat soit exécuté conformément à son esprit et non seulement à sa lettre[1336]. Elle renvoie ainsi à l'article 1188 du Code civil[1337] portant sur l'interprétation du contrat par le juge. Lorsque les contractants sont de bonne foi, ils ne doivent pas pouvoir « *se réfugier derrière la lettre du contrat* »[1338]. De plus, lorsque le juge ne trouve pas la commune intention des parties et qu'il existe un doute sur leur intention, le juge doit interpréter le contrat d'après les règles de la bonne foi. En ce sens, la réforme a introduit le standard « *raisonnable* »[1339] pour interpréter le contrat lorsque l'intention commune ne peut pas être décelée. Selon un auteur, cette fonction permettrait également « *au juge d'examiner la conduite des parties dans l'exécution du contrat pour voir si cette conduite est en accord avec les buts que les parties ne pouvaient manquer*

[1332] **B. JALUZOT**, *La bonne foi dans les contrats – Étude comparative de droit français, allemand et japonais*, F. FERRAND (préf.), vol. 5, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, Dalloz, 2001, n°889, p. 239.

[1333] V. not. **R. DEMOGUE**, *Traité des obligations en général – Effets des obligations,* t. 6, éd. Arthur Rousseau, 1932, spéc. n^{os} 3 et s., p. 8 et s.

[1334] **F. BAERT**, « De goede trouw: van schone slaapster tot toverfee », *in R.W.*, 1989-1990, p. 1479.

[1335] V. not. **B. LEFEBVRE**, « La bonne foi : notion protéiforme », *in RDUS*, 1996, n°26, p. 323, spéc. p. 340 et s. ; **Ph. STOFFEL-MUNCK**, *L'abus dans le contrat – Essai d'une théorie*, R. BOUT (préf.), t. 337, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2000, n^{os} 60 et s., p. 64 et s. ; **J. VAN ZUYLEN**, « Fautes, bonne foi et abus de droit : convergences et divergences », *in Annales de Droit de Louvain*, vol. 71, 2011, n°3, p. 265, spéc. n^{os} 4 et s., p. 271 et s. ; **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*, M. FABRE-MAGNAN (préf.), coll. Institut de droit des affaires, PUAM, 2012.

[1336] **Ph. STOFFEL-MUNCK**, *L'abus dans le contrat – Essai d'une théorie*, R. BOUT (préf.), t. 337, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2000, n°61, p. 65 ; **J. VAN ZUYLEN**, « Fautes, bonne foi et abus de droit : convergences et divergences », *in Annales de Droit de Louvain*, vol. 71, 2011, n°3, p. 265, spéc. n°5, p. 272.

[1337] « *Le contrat s'interprète d'après la commune intention des parties plutôt qu'en s'arrêtant au sens littéral de ses termes* ».

Lorsque cette intention ne peut être décelée, le contrat s'interprète selon le sens que lui donnerait une personne raisonnable placée dans la même situation ».

[1338] **M. FABRE-MAGNAN**, *Droit des obligations – Contrat et engagement unilatéral*, 7ème éd., coll. Thémis, PUF, 2024, n°790, p. 656.

[1339] **Ph. LE TOURNEAU, M. POUMARÈDE,** V° « Bonne foi », *in Rép. civ.*, Dalloz, janv. 2017 (actu. oct. 2024), spéc. n°71 : « *Or, le "raisonnable", d'ailleurs employé à de multiples reprises par l'ordonnance du 10 février 2016, n'est pas sans lien étroit avec la bonne foi* ».

d'attribuer à ce contrat en vertu du principe de bonne foi »[1340]. Dans le cadre de cette fonction, la bonne foi vient en renfort de l'application d'une autre disposition. Il est possible de mentionner par exemple les arrêts rendus sur le fondement de la réticence dolosive qui mentionnent, la plupart du temps, la bonne foi et son article 1134 al. 3 ancien ou son article 1104 du Code civil[1341].

262. Fonction complétive. – En deuxième lieu, la bonne foi a une fonction complétive c'est-à-dire qu'elle « *consiste à rajouter au contrat des obligations comprises comme nécessaires à son accomplissement* »[1342]. Elle rejoint en quelque sorte la première fonction, il s'agit d'une sorte d'interprétation du contrat créatrice[1343]. À l'instar de ses différentes fonctions, « *la bonne foi introduit de nouvelles règles de comportement – à connotation morale – en vue d'obtenir des solutions plus loyales, plus équitables, plus raisonnables* »[1344].

En matière de bonne foi, la jurisprudence est pionnière et a permis de déceler différents devoirs et incombances comportementaux s'imposant aux contractants, au point de se demander si la jurisprudence n'est pas allée trop loin ?[1345] Ainsi, à titre d'illustration, la jurisprudence a pu déceler un devoir d'information sur le fondement de la bonne foi, avant même de le fonder sur l'équité[1346]. Sans prétendre à l'exhaustivité, la jurisprudence a permis de déceler un grand nombre de devoirs à la charge des contractants sur le fondement de la bonne foi, tels que la loyauté, la coopération, la mise en garde, le conseil, l'information, la cohérence, la confiance, ou encore la transparence, *etc*.

Le législateur n'est pas en reste, le devoir de bonne foi innerve de nombreuses dispositions légales, et notamment avec l'emploi généralisé, depuis la réforme, de standards dans les

---

[1340] **C. MASSE**, « La bonne foi dans l'exécution du contrat – Rapport général » *in La bonne foi – Travaux de l'association Henri Capitant*, t. XLIII, Litec, 1992, p. 217, spéc. p. 224.

[1341] **J. GHESTIN, G. LOISEAU, Y.-M. SERINET**, *Traité de droit civil – La formation du contrat,* t. 1, *Le contrat – Le consentement,* 4ème éd., LGDJ, 2013, n°1327, p. 1105.

[1342] **Ph. STOFFEL-MUNCK**, *L'abus dans le contrat – Essai d'une théorie*, R. BOUT (préf.), t. 337, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2000, n°61, p. 65.

[1343] V. **Ph. LE TOURNEAU, M. POUMARÈDE,** V° « Bonne foi », *in Rép. civ.*, Dalloz, janv. 2017 (actu. oct. 2024), spéc. nos 72 et s.

[1344] **J. VAN ZUYLEN**, « Fautes, bonne foi et abus de droit : convergences et divergences », *in Annales de Droit de Louvain*, vol. 71, 2011, n°3, p. 265, spéc. p. 269.

[1345] **J.-P. CHAZAL**, « Les nouveaux devoirs des contractants – Est-on allé trop loin ? », *in La nouvelle crise du contrat,* Ch. JAMIN, D. MAZEAUD (dir.), coll. Thèmes & commentaires, Dalloz, 2003, p. 99 : Si l'objet de l'intervention de Monsieur Jean-Pascal CHAZAL pose ce questionnement, l'auteur démontre que ce n'est pas le cas.

[1346] V. les développements de Madame Muriel FABRE-MAGNAN sur ce point : **M. FABRE-MAGNAN**, *De l'obligation d'information dans les contrats – Essai d'une théorie,* J. GHESTIN (préf.), t. 221, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 1992.

dispositions du Code[1347], telles que les « attentes légitimes », « raisonnable », « rupture abusive », « l'avantage manifestement excessif », « l'onérosité excessive », le « déséquilibre significatif », *etc*.

263. Fonction limitative. – En troisième lieu, la bonne foi a une fonction limitative. Cette fonction est la traduction de l'abus de droit[1348]. L'abus de droit permet en effet « *au juge de contrôler le comportement du contractant dans l'exercice de ses droits* »[1349]. En d'autres termes, dans sa fonction limitative, la bonne foi consiste à poser des limites dans l'exercice des droits afin d'éviter qu'un tel exercice puisse entrer en contradiction avec les exigences de bonne foi. Il en est ainsi de la rupture des négociations. Si la rupture est en principe libre, il n'en demeure pas moins qu'elle ne doit pas être brutale ou fautive. L'article 1112 du Code civil précise bien que le déroulement des négociations doit « *impérativement satisfaire aux exigences de bonne foi* ». La bonne foi permet ainsi de contrôler l'exercice d'un droit afin d'éviter qu'il n'y soit contraire.

264. Fonction adaptative. – Enfin, en dernier lieu, la bonne foi a une fonction adaptative ou modificatrice. Elle permettrait ainsi au juge d'adapter ou de modifier le contenu contractuel au regard du contexte dans lequel évolue le contrat. Cette fonction s'illustre au regard de la révision judiciaire pour imprévision. Cette dernière fonction soulève des difficultés, le juge ne peut en principe modifier le contenu contractuel. C'est en ce sens que se sont prononcés les juges dans le célèbre arrêt *Les Maréchaux*[1350], jugé excessivement doctrinal[1351]. Les juges

---

[1347] V. **N. Blanc**, « Le juge et les standards juridiques », *in RDC*, 2016, n°2, p. 394 ; **S. Le Gac-Pech**, « Les nouveaux remèdes au déséquilibre contractuel dans la réforme du Code civil », *in LPA,* 2016, n°162-163, p. 7 ; **M. Garnier-Zaffagnini**, *Le standard juridique – Essai d'une théorie générale à l'épreuve du droit des contrats*, M. Latina (dir.), th. dactyl., Université Côte d'Azur, 2022 ; **T. Ronzier**, *La sécurisation des standards dans le nouveau droit commun des contrats : étude à partir des standards liés à l'équilibre contractuel*, M. Laroche et J. Klein (dir.), th. dactyl., Université de Normandie, 2022

[1348] **Ph. Stoffel-Munck**, *L'abus dans le contrat – Essai d'une théorie*, R. Bout (préf.), t. 337, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2000, n^{os} 62 et s., p. 66 et s. Comp. **B. Lefebvre**, « La bonne foi : notion protéiforme », *in RDUS*, 1996, n°26, p. 323, spéc. p. 347 : si l'auteure évoque les liens étroits entre les deux notions, elle insiste sur le fait qu'il ne faut pas confondre bonne foi et abus de droit, le champ d'application de la bonne foi étant beaucoup plus étendu.

[1349] **B. Freleteau**, *Devoir et incombance en matière contractuelle*, L. Sautonie-Laguionie (préf.), t. 576, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2017, n°90, p. 77.

[1350] Cass. Com., 10 juill. 2007, n°06-14.768, *Bull. civ*. IV, n° 188 : *GAJC*, t. 2, 13ème éd., 2015, n° 164 ; *GDJC*, décision n°67 ; *D*., 2007, p. 2839, note Ph. Stoffel-Munck ; *D.*, 2007, p. 2844, note P.-Y. Gautier ; *D*., 2007, p. 2966, obs. S. Amrani Mekki et B. Fauvarque-Cosson ; RTD Civ., 2007, p. 773, obs. B. Fages ; *RTD Com*., 2007, p. 786, obs. P. Le Cannu et B. Dondero ; *JCP G*., 2007, act. 340, note C. Chabas ; *JCP G*., 2007, II, 10154, comm. D. Houtcieff ; *JCP E*., 2007, p. 2394, comm. D. Mainguy ; *CCC*, 2007, n°294, note L. Leveneur.

[1351] **Ph. Le Tourneau, M. Poumarède,** V° « Bonne foi », *in Rép. civ.*, Dalloz, janv. 2017 (actu. oct. 2024), spéc. n°77 : les auteurs affirment de manière rhétorique que l'arrêt de 2007 est « *(excessivement ?) "doctrinal"* ».

décident que « *si la règle selon laquelle les conventions doivent être exécutées de bonne foi permet au juge de sanctionner l'usage déloyal d'une prérogative contractuelle, elle ne l'autorise pas à porter atteinte à la substance même des droits et obligations légalement convenus entre les parties* ». Ainsi cette fonction se matérialise dans la jurisprudence de manière un peu différente.

La révision judiciaire étant rejetée de manière constante en jurisprudence[1352], les juges ont cependant décelé un devoir de renégociation fondé sur la bonne foi et notamment un devoir de loyauté. Ainsi, notamment dans un célèbre arrêt *Huard*[1353], les juges ont imposé aux contractants de renégocier et d'adapter leur contrat dès lors qu'un changement de circonstances intervient[1354]. À titre d'illustration, sur le fondement de la bonne foi, les juges ont pu « *retenir que la loyauté imposait* [aux parties] *de négocier, si le protocole d'accord s'avérait difficilement réalisable, et de proposer des conditions acceptables* »[1355]. Ils semblent imposer une renégociation sur le fondement de la loyauté, dès lors que les conditions deviennent difficilement acceptables. Toutefois, la formule alambiquée de cet arrêt questionne sur sa réelle portée[1356]. Imposent-ils une véritable obligation de révision en cas d'imprévision ? Sur ce point, il est possible d'en douter, la formulation, bien que confuse, montre les précautions prises par les juges en la matière. Certains auteurs estiment, sur des « *parfums de réforme* »[1357], qu'« *il n'est donc pas question d'une obligation de renégociation que les juges du fond auraient "créée" au mépris de la force obligatoire de la convention, mais des suites d'une exigence de bonne foi exacerbée par la convention* »[1358]. En d'autres termes, le seul changement de

[1352] *Cf. supra* n°177

[1353] Cass. Com. 3 nov. 1992, n°90-18.547, *Bull. civ.* IV, n°338 : *RTD Civ*., 1993, p. 124, note J. MESTRE ; *D*., 1995, p. 85, D. FERRIER ; *JCP G*., 1993, II, 22164, note G. VIRASSAMY.

[1354] V. not. : Cass. Com. 3 nov. 1992, n°90-18.547, préc. ; Cass. Com., 24 nov. 1998, n°96-18.357, *Bull. civ*. IV, n°277 : *RTD Civ*., 1999, p. 646, note P.-Y. GAUTIER ; *RTD Civ*., 1999, p. 98, note J. MESTRE ; Cass. Com. 17 mars 2017, n°15-16.406 : *Gaz. Pal.*, 2017, n°32, p. 31, note. D. HOUTCIEFF ; *D.*, 2018, p. 371, obs. M. MEKKI ; *RDC*, 2018, n°1, p. 21, note. Ph. STOFFEL-MUNCK ; *JCP E*., 2017, n°21-22, comm. 1279, A. BORIES. *Adde*. **L. GRYNBAUM**, *Le contrat contingent – L'adaptation du contrat par le juge sur habilitation du législateur,* M. GOBERT (préf.), t. 389, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2004, n^{os} 137 et s., p. 108 et s. ; **L. THIBIERGE,** *Le contrat face à l'imprévu,* L. AYNÈS (préf.), coll. Recherches Juridiques, Économica, 2011, n^{os} 797 et s., p. 448 et s.

[1355] Cass. Com. 17 mars 2017, n°15-16.406 : *Gaz. Pal.*, 2017, n°32, p. 31, note. D. HOUTCIEFF ; *D.*, 2018, p. 371, obs. M. MEKKI ; *RDC*, 2018, n°1, p. 21, note. Ph. STOFFEL-MUNCK ; *JCP E*., 2017, n°21-22, comm. 1279, note A. BORIES.

[1356] En effet, dans cette décision la Cour de cassation affirme que la Cour d'appel n'a pas obligé le franchiseur à renégocier le protocole, alors que dans cette même décision, elle l'approuve d'avoir retenu que la loyauté imposait de négocier. V. en ce sens : **D. HOUTCIEFF**, « La loyauté ou le changement dans la continuité du contrat », *in Gaz. Pal.*, 2017, n°32, p. 31.

[1357] **A. BORIES**, « Devoir d'information et de renégociation du franchiseur : parfums de réforme », *in JCP E.,* 2017, n°21-22, comm. 1279.

[1358] **A. BORIES**, « Devoir d'information et de renégociation du franchiseur : parfums de réforme », *in JCP E.,* 2017, n°21-22, comm. 1279.

circonstances n'emporte pas un devoir de renégociation, toutefois, dès lors que les conditions d'exécution deviennent difficilement acceptables, la bonne foi imposerait une renégociation[1359]. Il faut toutefois tempérer ce devoir qui reste une obligation de moyens[1360], c'est-à-dire que si les parties doivent entamer des renégociations, elles peuvent ne pas aboutir à un résultat. Il reste dorénavant à voir dans quelles mesures s'appliquera l'article 1195 du Code civil[1361] qui concerne cette fois, non plus seulement une révision conventionnelle, mais également une révision judiciaire du contrat. L'influence de la bonne foi est donc très large en droit français, elle remplit ainsi des fonctions variées. La question de sa portée reste toutefois à déterminer.

265. La question de la portée de la bonne foi. – Depuis la réforme, l'article 1104 du Code civil a été déclaré d'ordre public. Comme dit précédemment, cette précision a été ajoutée avant tout pour éviter de répandre la pratique des clauses contraires[1362]. Toutefois, la portée de l'ordre public pourrait être plus étendue que le seul remède aux clauses contraires. Ne serait-il pas possible pour le juge de relever d'office un comportement de mauvaise foi ? Cette interrogation a été relevée par Monsieur Nicolas BALAT[1363]. Selon ce dernier, cette possibilité pourrait faire l'effet d'une « *bombe contractuelle* »[1364]. En effet, si l'esprit du texte ne permet pas ce relevé d'office, la lettre du texte le permet[1365]. En l'état de la jurisprudence, il ne semble

---

[1359] **D. HOUTCIEFF**, « La loyauté ou le changement dans la continuité du contrat », *in Gaz. Pal.*, 2017, n°32, p. 31. *Adde*. Sur le devoir de renégociation conventionnel : **L. THIBIERGE,** *Le contrat face à l'imprévu,* L. AYNÈS (préf.), coll. Recherches Juridiques, Économica, 2011, n^os^ 797 et s., p. 448 et s.

[1360] V. en ce sens : **D. HOUTCIEFF**, « L'obligation de renégocier en cas de modification imprévue des circonstances », *in RLDC*, 2004, n°6, p. 5, spéc. n^os^ 12 et 15 ; **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*, M. FABRE-MAGNAN (préf.), coll. Institut de droit des affaires, PUAM, 2012, n°127, p. 116 ; **C. GANDIBLEUX**, « Les évolutions de l'équilibre contractuel à l'épreuve du droit commun », *in Cahiers de droit de l'entreprise,* 2023, n°6, doss. 39. Comp. pour une position plus nuancée : **L. THIBIERGE,** *Le contrat face à l'imprévu,* L. AYNÈS (préf.), coll. Recherches Juridiques, Économica, 2011, n°801, p. 450 : Monsieur Louis THIBIERGE estime que « *le devoir de renégocier comporte une dimension de résultat, tenant au comportement à adopter, et une dimension de moyens, tenant au but assigné à la renégociation : l'obtention d'un compromis* ».

[1361] « *Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation.*

En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent convenir de la résolution du contrat, à la date et aux conditions qu'elles déterminent, ou demander d'un commun accord au juge de procéder à son adaptation. 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 ».

[1362] *Cf. supra* n°256.

[1363] **N. BALAT**, « Le juge contrôlera-t-il d'office la bonne foi des contractants ? », *in D.*, 2018, p. 2099 : « *Davantage, semble-t-il : les mots employés pourraient avoir dépassé leur volonté. En affirmant que la disposition sur la bonne foi est "d'ordre public", les auteurs du texte pourraient avoir ajouté à la notion des éléments de régime non souhaités et non mesurés* ».

[1364] **N. BALAT**, « Le juge contrôlera-t-il d'office la bonne foi des contractants ? », *in D.*, 2018, p. 2099.

[1365] C. proc. civ., art. 125 al. 1^er^ : « *Les fins de non-recevoir doivent être relevées d'office lorsqu'elles ont un caractère d'ordre public, notamment lorsqu'elles résultent de l'inobservation des délais dans lesquels doivent être exercées les voies de recours ou de l'absence d'ouverture d'une voie de recours* ».

pas qu'il y ait eu un relevé d'office de ce texte, la "fraîcheur" de la réforme ne permet pas, pour l'instant, d'être catégorique. Les juges sont toujours réticents quant à une éventuelle intervention dans la chose des parties, peut-on alors en déduire qu'ils ne feront pas usage de cette possibilité, ou à tout le moins un usage raisonné ?

Une autre question reste en suspens, celle de la sanction de la bonne foi. En principe, la violation de l'ordre public peut être sanctionnée par la nullité[1366]. Cette mention de l'ordre public permettrait-elle d'élever la bonne foi au rang de nouvelle condition de validité du contrat ? Dans l'esprit du législateur, il n'en est rien, toutefois, comme pour le relevé d'office, le texte le permet. À l'analyse de la jurisprudence, il n'y a qu'un seul arrêt isolé ayant permis sur le fondement autonome de la bonne foi de sanctionner le contrat de la nullité[1367]. Cet arrêt reste, d'une part, isolé à ce jour et n'a pas fait l'objet d'une publication au bulletin et, d'autre part, il ne prenait pas appui sur le fondement de l'ordre public ajouté par la réforme de 2016-2018. Ensuite, un autre arrêt rendu en 2020, toujours sur le fondement des anciens textes, exclut explicitement la sanction de la nullité sur le fondement autonome de la bonne foi[1368]. Bien que

[1366] **J.-J. LEMOULAND, G. PIETTE, J. HAUSER**, V° « Ordre public et bonne mœurs », *in Rép. civ.*, Dalloz, fév. 2019 (actu. juin 2023), spéc. n°196 et s. : « *On a assisté au fil du temps à une diversification des sanctions de la violation de l'ordre public. Si la nullité reste la sanction de référence, elle a dû s'adapter à l'évolution des contours et des finalités de l'ordre public lui-même* » (nous soulignons) ; **M. CYMUN**, « L'ordre public et le droit civil », *in Mélanges Jean-Louis Baudouin,* Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2012, p. 271, spéc. p. 284 ; **Ph. MALAURIE, L. AYNÈS, Ph. STOFFEL-MUNCK**, *Droit des obligations*, 12ème éd., coll. Droit civil, LGDJ, 2022, n°394, p. 363.

[1367] Cass. Civ. 1re, 16 mai 1995, n°92-20.976 : *JCP G*., 1996, II, 22736, note F.-X. LUCAS : « *Mais attendu que les juges du fond, qui ont constaté que M. Y... savait la situation de son débiteur irrémédiablement compromise et qu'il avait laissé Mme A... dans l'ignorance de la situation d'insolvabilité totale de M. B..., en ont déduit qu'il avait ainsi manqué à son obligation de contracter de bonne foi ; que, par ce seul motif, et abstraction faite des autres qui sont erronés, mais surabondants, la cour d'appel a légalement justifié sa décision* [les juges du fond ayant sanctionné le manquement à la bonne foi par la nullité du cautionnement] ».

[1368] Cass. Civ. 1re, 1er juil. 2020, n°18-26.352 : *D*., 2021, p. 310, obs. R. BOFFA et M. MEKKI ; *RTD Civ*., 2021, p. 394, note H. BARBIER, *LEDC*, 2020, n°8, p. 7, note O. ROBIN-SABARD ; *CCC*, 2020, n°10, comm. 135, note L. LEVENEUR : « *5. Dans ses conclusions d'appel, l'acquéreur s'est borné à solliciter l'annulation de la vente en se fondant sur l'article 1134 du code civil, alléguant que le contrat avait été exécuté de mauvaise foi par le vendeur, professionnel de l'automobile.*
6. La cour d'appel, qui n'était pas tenue de changer la dénomination ou le fondement juridique de la demande, a, à bon droit, énoncé que la seule mauvaise foi du vendeur n'était pas un motif de résolution ou d'annulation d'un contrat de vente ».

ni la doctrine[1369] ni la jurisprudence ne semblent aller dans cette perspective dangereuse[1370] du relevé d'office et de la sanction de la nullité, le texte laisse cette voie ouverte. En effet, cela permettrait aux parties de se fonder uniquement sur un manquement à la bonne foi sans avoir à rapporter la preuve d'un vice du consentement, ce qui entraînerait un risque d'opportunisme de la part des plaideurs. Comme le propose Monsieur Nicolas BALAT, il aurait été plus juste de rédiger l'article 1104 du Code civil avec la mention « *les parties ne peuvent y déroger* » ou « *les parties ne peuvent ni limiter ni exclure ce devoir* »[1371]. Cette modification permettrait d'éviter tout risque d'interprétation littérale de la mention d'ordre public dans le texte.

266. D'application générale, la bonne foi est devenue, aux mains des juges, puis du législateur, un instrument non négligeable permettant de réguler les comportements[1372]. Envisagé de manière autonome ou en appui d'un autre texte, il est désormais nécessaire que les contractants agissent de bonne foi durant toute la période de la relation contractuelle, de la formation à l'extinction du contrat. Il n'est cependant pas le seul mécanisme permettant d'agir sur les comportements. Ainsi les bonnes mœurs, bien que jugées désuètes, pourraient également tenir un rôle dans l'équilibre relationnel du contrat.

B. Le devoir de conformité du comportement du contractant aux bonnes mœurs

267. La notion de bonnes mœurs. – Sans revenir sur l'histoire et l'origine de la notion de bonnes mœurs[1373], il est question d'envisager dans quelles mesures cette notion peut

[1369] V. not. **A. GHOZI, Y. LEQUETTE**, « La réforme du droit des contrats : brèves observations sur le projet de la chancellerie », *in D.*, 2008, p. 2609 ; **N. BALAT**, « Le juge contrôlera-t-il d'office la bonne foi des contractants ? », *in D.*, 2018, p. 2099 ; **Ph. LE TOURNEAU, M. POUMARÈDE**, V° « Bonne foi », *in Rép. civ.,* Dalloz, janv. 2017 (actu. oct. 2024), spéc. n°51 ; **H. BARBIER**, « Le point sur les sanctions du devoir de bonne foi de l'article 1104 du Code civil », *in RTD Civ.*, 2021, p. 394. *Contra*. La doctrine québécoise semble favorable à admettre la mauvaise foi comme cause autonome de nullité : V. sur ce point les développements **P. ANCEL**, « Les sanctions sur manquement de la bonne foi contractuelle en droit français à la lumière du droit québécois », *in Revue juridique Thémis*, 2011, 45-1, p. 87, spéc. p. 98.

[1370] V. not. **A. GHOZI, Y. LEQUETTE**, « La réforme du droit des contrats : brèves observations sur le projet de la chancellerie », *in D.*, 2008, p. 2609, spéc. n°7 : Les auteurs ne se placent pas sur le terrain de l'ordre public, mais sur les risques d'élever la bonne foi au rang de principe directeur. Toutefois, les risques engendrés peuvent être appliqués par analogie à notre problématique.

[1371] **N. BALAT**, « Le juge contrôlera-t-il d'office la bonne foi des contractants ? », *in D.*, 2018, p. 2099.

[1372] V. en ce sens : **D. MAINGUY**, « Le contractant, personne de bonne foi ? », *in La réforme du droit des contrats*, C. ALBIGÈS, E. NÉGRON (dir.), coll. Actes de colloque, Presses de la Faculté de Montpellier, 2015, p. 83, spéc. p. 104 : « *la bonne foi est un standard juridique sur la base duquel des obligations ou des comportements s'imposent en fonction des interprétations dégagées par le juge* ».

[1373] Sur ce point : **M. PENA**, « Les origines historiques de l'article 6 du Code civil », *in RRJ – Droit prospectif*, 1992-2, p. 499 ; **D. HOUTCIEFF**, *Droit des contrats*, 9ème éd., coll. Paradigme, Bruylant, 2024, n°467-1, pp. 423-424.

permettre d'encadrer les comportements des contractants. L'article 6 du Code civil dispose qu'« *on ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs* ». Autrement dit et pour ce qui nous intéresse, il n'est pas possible de déroger aux bonnes mœurs dans un contrat[1374]. Les bonnes mœurs renvoient à un « *comportement habituel conforme à la morale commune* »[1375]. La conformité aux bonnes mœurs a une finalité essentiellement d'intérêt général : « *elle consiste toujours à préserver la société de comportements dont on estime qu'ils mettraient en danger le développement de ses membres, leur liberté ou leur moralité. Par contre, alors que la finalité classique était essentiellement de nature sexuelle, mais qu'elle a beaucoup reculé devant la libération de ce secteur de la vie sociale, la finalité moderne s'étend vers l'ensemble des actes concernant le corps humain, l'individu lui-même, le commerce portant sur son corps ou ses éléments, voire l'état des personnes* »[1376].

268. La notion de bonnes mœurs en matière contractuelle, une notion désuète et abandonnée. – La notion de bonnes mœurs s'étend à tous les comportements des sujets de droit, mais également aux comportements des contractants. En la matière, elle exige finalement une certaine morale contractuelle. Cela étant, la notion de bonnes mœurs « s*'étiole* » en raison de son « *rôle de protection d'une morale désuète auquel elles ont été confinées* »[1377]. À ce titre, elle n'a pas été reprise, de manière volontaire, par les auteurs de la réforme de 2016-2018[1378]. Certains estiment que « *la morale traditionnelle ne saurait désormais borner le marché ; loin de préjudicier à la société capitaliste, la libre consommation sexuelle s'ajuste parfaitement à celle-ci puisqu'elle est de nature à augmenter le profit seule donnée qui lui importe vraiment* »[1379]. La jurisprudence aurait mis un coup d'arrêt à l'utilité de ce texte en refusant de qualifier une donation faite à la maîtresse d'un époux contraire aux bonnes mœurs. Dans le

[1374] Toutes références aux bonnes mœurs dans les dispositions contractuelles ont disparu avec la réforme de 2016-2018. Auparavant, les anciens articles 1133 et 1172 du Code civil y faisaient référence.

[1375] **ASSOCIATION H. CAPITANT** (dir.), *Vocabulaire juridique*, 14ème éd., coll. Quadrige, PUF, 2022, V° « Bonnes mœurs ».

[1376] **J. LEMOULAND, G. PIETTE, J. HAUSER**, V° « Ordre public et bonnes mœurs », *in Rép. civ.,* Dalloz, fév. 2019 (actu. juin 2023).

[1377] **D. HOUTCIEFF**, « Pour un retour aux bonnes mœurs contractuelles », *in RTD Civ.*, 2021, p. 757.

[1378] 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 : à propos du nouvel article 1102 du Code civil, « *il s'inspire de l'article 6 du code civil, sans toutefois maintenir l'interdiction de déroger aux bonnes mœurs. Cette notion apparaît en effet désuète au regard de l'évolution de la société, et la jurisprudence l'a progressivement abandonnée au profit de la notion d'ordre public dont elle n'a eu de cesse de développer le contenu* ».

[1379] **F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, et *al.*,** *Droit civil – Les obligations*, 13ème éd., coll. Précis, Dalloz, 2022, n°74, p. 62.

même sens, il a pu être affirmé que la notion est morte[1380]. Toutefois, une autre partie de la doctrine estime qu'elle continue d'exister dans le Code civil, notamment dans l'article 6, mais aussi à travers certaines dispositions qui pourraient relever de la conformité aux bonnes mœurs[1381]. Notamment, il a été relevé que la notion de bonnes mœurs reste une « *fraction* »[1382] de l'ordre public et qu'ainsi l'article 1162 du Code civil[1383], concernant la licéité du contenu du contrat, permettrait de continuer de sanctionner les bonnes mœurs[1384]. Cette disparition ne serait alors que formelle, elle intégrerait la notion d'ordre public[1385]. Finalement, bien plus qu'une notion désuète, la notion de bonnes mœurs est une notion évolutive, s'adaptant aux évolutions de la société.

269. « *Pour un retour aux bonnes mœurs contractuelles* »[1386]. – L'argument de la désuétude de la notion est-il réellement valable ? Il ne faut tout de même pas oublier l'époque à laquelle notre Code civil fut rédigé, évidemment que les mœurs et la société ont évolué. Autrement dit, les bonnes mœurs sont « *un contenant plus qu'un contenu* »[1387]. Monsieur Dimitri HOUTCIEFF a dans ce sens écrit que : « *la désuétude des bonnes mœurs ne tient qu'à la conception corsetée à laquelle la doctrine les a réduites : à s'en tenir ici à la matière contractuelle, elles sont ravalées à l'évocation d'une moralité sexuelle vieillissante* »[1388]. Il

[1380] **D. FENOUILLET**, « Les bonnes mœurs sont mortes ! Vive l'ordre public philanthropique », *in Études offertes à Pierre Catala, Le droit privé français à la fin du XX^e siècle*, coll. Mélanges, Litec, 2001, p. 487.

[1381] En effet, l'article 6 du Code civil seul ne suffit pas, puisqu'il ne vise le respect des bonnes mœurs qu'en présence d'un texte particulier. *Contra*. Une autre auteure estime « *qu'en dépit de sa lettre, il est interdit de déroger aux bonnes mœurs alors même qu'elles ne seraient visées par aucune autre disposition* » : **G. PIGNARRE**, « Que reste-t-il des bonnes mœurs en droit des contrats ? "Presque rien ou presque tout ?" », *in RDC*, 2005, n°4, p. 1290.

[1382] **J. FLOUR, J.-L. AUBERT, É. SAVAUX**, *Droit civil – Les obligations – L'acte juridique*, 18ème éd., coll. Université, Dalloz, 2024, n°548, p. 723. *Adde*. **D. FENOUILLET**, « Les bonnes mœurs sont mortes ! Vive l'ordre public philanthropique », *in Études offertes à Pierre Catala, Le droit privé français à la fin du XX^e siècle*, coll. Mélanges, Litec, 2001, p. 487 : l'auteur va plus loin et propose même une absorption des bonnes mœurs dans un ordre public dit « *philanthropique* ».

[1383] C. civ., art. 1162 : « *Le contrat ne peut déroger à l'ordre public ni par ses stipulations, ni par son but, que ce dernier ait été connu ou non par toutes les parties* ».

[1384] **J. FLOUR, J.-L. AUBERT, É. SAVAUX**, *Droit civil – Les obligations – L'acte juridique*, 18ème éd., coll. Université, Dalloz, 2024, n°548, p. 723 ; **D. HOUTCIEFF**, « Pour un retour aux bonnes mœurs contractuelles », *in RTD Civ.*, 2021, p. 757, spéc. n°21 : « *Le nouvel article 1162 du code civil permet dès lors encore de saisir la finalité contraire aux bonnes mœurs* ».

[1385] **J. FLOUR, J.-L. AUBERT, É. SAVAUX**, *Droit civil – Les obligations – L'acte juridique*, 18ème éd., coll. Université, Dalloz, 2024, n°548, p. 723.

[1386] **D. HOUTCIEFF**, « Pour un retour aux bonnes mœurs contractuelles », *in RTD Civ.*, 2021, p. 757.

[1387] **D. HOUTCIEFF**, « Pour un retour aux bonnes mœurs contractuelles », *in RTD Civ.*, 2021, p. 757, spéc. n°3. *Adde*. **M. FABRE-MAGNAN**, « Les grands arrêts de la première chambre civile de la Cour de cassation », *in RDC,* 2023, n°1, p. 145 : « *En définitive, le contenu de la notion de bonnes mœurs n'est certes ni universel ni intemporel – quelles notions le seraient ? O tempora, o mores ! – mais toutes les sociétés à toutes les époques, même les sociétés pluralistes comme la nôtre, doivent définir quelques exigences communes minimales pour faire société les uns avec les autres* ».

[1388] **D. HOUTCIEFF**, « Pour un retour aux bonnes mœurs contractuelles », *in RTD Civ.*, 2021, p. 757, spéc. n°3.

ajoute qu'« *elles pourraient conserver leur rôle traditionnel en se mettant au service des valeurs aujourd'hui considérées comme essentielles par la société contemporaine, pour peu que le juge veuille bien s'en saisir* »[1389]. Autrement dit, selon l'auteur, la doctrine tient une vision étriquée des bonnes mœurs se rapportant uniquement à des règles de moralité sexuelle[1390]. Il estime au contraire qu'il s'agit d'une « *analyse à courte vue* »[1391]. Au-delà de cet aspect restreint, il estime qu'elles « *peuvent demeurer ce qu'elles ont toujours été, c'est-à-dire un instrument de protection des valeurs sociales essentielles et de préservation d'un "minimum civique" en droit des contrats* »[1392]. La notion de bonnes mœurs revêt donc un domaine d'application plus étendu que celui qu'on a pu lui prêter. Plus large que la seule moralité sexuelle, la notion permettrait la protection des valeurs de la société à une époque donnée.

En ce sens, la jurisprudence n'a pas totalement omis la notion de bonnes mœurs, puisque les juges ont rendu des décisions en se fondant sur les bonnes mœurs. La question d'une violation des bonnes mœurs s'était posée à propos d'une cagnotte ouverte sur un site en ligne, afin de récolter des fonds pour un boxeur, gilet jaune, qui avait assené des coups à deux gendarmes. Les juges ont ainsi estimé que la cagnotte a été ouverte « *pour soutenir un combat consistant en l'usage de la violence physique contre les forces de l'ordre afin, toujours selon les termes de l'objet, de "défendre les manifestants"* »[1393]. Ils ont décidé que « *la collecte de fonds* [ayant pour objet de soutenir l'usage de la violence physique contre les forces de l'ordre ou de contourner des condamnations pénales]*, heurte suffisamment la moralité et l'ordre public pour être considéré comme un but illicite* »[1394]. La notion de bonnes mœurs a permis d'annuler

[1389] **D. HOUTCIEFF**, « Pour un retour aux bonnes mœurs contractuelles », *in RTD Civ.*, 2021, p. 757, spéc. n°4.

[1390] **D. HOUTCIEFF**, « Pour un retour aux bonnes mœurs contractuelles », *in RTD Civ.*, 2021, p. 757, spéc. n°15. *Adde*. **D. HOUTCIEFF**, *Droit des contrats*, 9ème éd., coll. Paradigme, Bruylant, 2024, n°468, pp. 424-425.

[1391] **D. HOUTCIEFF**, « Pour un retour aux bonnes mœurs contractuelles », *in RTD Civ.*, 2021, p. 757, spéc. n°15. *Adde*. **J. FLOUR, J.-L. AUBERT, É. SAVAUX**, *Droit civil – Les obligations – L'acte juridique*, 18ème éd., coll. Université, Dalloz, 2024, nos 559 et s., p. 733 et s. : Cette conception restrictive des bonnes mœurs n'est pourtant pas le reflet de la jurisprudence rendue en la matière. Les auteurs ont effectivement démontré que les nullités fondées sur l'atteinte à la morale, ou plus exactement aux bonnes mœurs, se classent en trois catégories principales : les conventions contraires au respect dû à la personne humaine, les conventions tendant à la réalisation d'un gain immoral et les conventions contraires à la morale sexuelle.

[1392] **D. HOUTCIEFF**, « Pour un retour aux bonnes mœurs contractuelles », *in RTD Civ.*, 2021, p. 757, spéc. n°15.

[1393] TJ Paris, 6 janvier 2021, n°19/03587 : *Dalloz actu.*, 19 janv. 2021, obs. C. HÉLAINE ; *Gaz. Pal.*, 2021, n°14, p. 28, D. HOUTCIEFF ; *Gaz. Pal.*, 2021, n°8, p. 20, C. DUBOIS.

[1394] TJ Paris, 6 janvier 2021, n°19/03587, préc.

un contrat, en apparence parfaitement valable, une cagnotte en ligne ; mais dont le but a pu être considéré comme étant illicite, contraire à la moralité[1395].

De même, les juges ont également considéré que « *la convention contraignant un salarié à demeurer vingt années en poste au sein de la même société a été considérée comme contraire aux bonnes mœurs, au motif qu'elle organisait une forme de servitude contraire à la Convention européenne des droits de l'homme* »[1396]. Dans le cadre de cette décision, il est possible de se demander si la notion de bonnes mœurs ne serait pas nourrie par les droits fondamentaux et participerait ainsi au mouvement de fondamentalisation du droit[1397]. Malgré ces applications ponctuelles, qui démontrent certes l'utilité que pourraient recouvrir les bonnes mœurs, il n'en demeure pas moins que la jurisprudence laisse elle aussi tomber en désuétude cette notion en ne l'appliquant que rarement.

270. Les exigences de la vie en société tout au long de la relation contractuelle. – Monsieur Dimitri HOUTCIEFF propose ainsi un profond renouvellement de la notion de bonnes mœurs qui ne renverrait finalement qu'à un minimum d'exigences de la vie en société[1398] : il s'agirait ainsi de prôner des « *valeurs de civilisation* », à l'image du développement de l'ordre public immatériel en droit public[1399]. En conséquence, les bonnes mœurs ont toute leur place dans le paysage juridique français en ce qu'elles permettent de garantir des exigences minimales de vie en société. Elles permettent ainsi de contrôler les comportements, au cours de la relation

[1395] En ce sens **J. FLOUR, J.-L. AUBERT, É. SAVAUX**, *Droit civil – Les obligations – L'acte juridique*, 18ème éd., coll. Université, Dalloz, 2024, n°559, p. 733 : Les auteurs ont émis le constat suivant : « *Alors que les conventions relevées jusqu'ici étaient le plus souvent contraires à l'ordre public par leur objet, la plupart de celles que l'on va voir sont contraires aux bonnes mœurs par leur cause : ce n'est pas l'engagement même de l'une des parties qui est immoral, mais la fin que celle-ci a poursuivi. Il s'ensuit que des contrats extérieurement identiques sont valables ou nuls suivant les motifs qui en ont déterminé la conclusion* ».

[1396] T. com., Saint-Nazaire, 14 fév. 2018, n°2013004001. Cet arrêt est mentionné par Monsieur Dimitri HOUTCIEFF : **D. HOUTCIEFF**, « Pour un retour aux bonnes mœurs contractuelles », *in RTD Civ.*, 2021, p. 757, spéc. n°18.

[1397] V. en ce sens : **D. FENOUILLET**, « Les bonnes mœurs sont mortes ! Vive l'ordre public philanthropique », *in Études offertes à Pierre Catala, Le droit privé français à la fin du XXe siècle*, coll. Mélanges, Litec, 2001, p. 487

[1398] Comp. En droit allemand, la notion de bonnes mœurs recouvre la morale sociale et économique (§ 138 BGB). V. sur ce point : **G. PIGNARRE**, « Que reste-t-il des bonnes mœurs en droit des contrats ? "Presque rien ou presque tout ?" », *in RDC*, 2005, n°4, p. 1290 ; **A. TANI**, *L'ordre public et le droit patrimonial de la famille – Contribution à la distinction entre l'ordre public et l'impérativité en droit privé français*, B. BEIGNIER (préf.), t. 64, coll. Doctorat & Notariat, Defrénois, 2020, n°7, p. 16.

[1399] **D. HOUTCIEFF**, « Pour un retour aux bonnes mœurs contractuelles », *in RTD Civ.*, 2021, p. 757, spéc. n°18. *Adde*. Sur la notion d'ordre public immatériel : **P. DELVOLVÉ**, « L'ordre public immatériel », *in RFDA*, 2015, p. 890 ; **M.-O. PEYROUX-SISSOKO**, *L'ordre public immatériel en droit public français*, B. MATHIEU (préf.), t. 149, coll. Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, LGDJ, 2018 ; **J.-É. SCHOETTL**, « Réflexions sur l'ordre public immatériel », *in RFDA*, 2018, p. 327.

contractuelle[1400], qui apparaîtraient comme contraire à elles[1401], mais aussi de vérifier que les motifs, l'intérêt au contrat, ne soient pas contraire à ces valeurs minimales.

271. En tout état de cause, ces mécanismes, de portée générale – qu'elle soit temporelle ou matérielle –, permettant l'encadrement des comportements, participent à l'objectif d'équilibre contractuel en régulant l'équilibre relationnel du contrat.

Paragraphe 2. L'influence des contraintes comportementales sur l'équilibre contractuel

272. Deux finalités distinctes. – Les notions de bonne foi et de bonnes mœurs permettent ainsi d'appréhender les comportements des contractants. Si certains auteurs ont pu assimiler ces deux notions[1402], elles doivent toutefois être distinguées l'une de l'autre. La première permet de contrôler le comportement du contractant au regard de son cocontractant ; tandis que la seconde permet d'appréhender le comportement du contractant au regard de la société. Autrement dit, ces deux notions permettent respectivement la préservation d'un intérêt privé et de l'intérêt public dans les contrats, et finalement de préserver l'équilibre contractuel.

273. Un équilibre contractuel assuré par des règles de conduite. – Madame Barbara FRELETEAU a démontré dans sa thèse que les différents devoirs et incombances participent à l'équilibre contractuel[1403]. En ce sens, elle affirme que ces règles de conduite permettent ainsi « *d'assurer un certain équilibre au sein de la relation contractuelle* »[1404]. Il s'agit d'envisager successivement ces devoirs afin d'indiquer leur rôle dans l'objectif d'équilibre contractuel.

[1400] **B. FAGES**, *Le comportement du contractant*, J. GHESTIN (préf.), coll. Institut de droit des affaires, PUAM, 1997, n°547, pp. 294-295 : l'auteur démontre que le devoir de conformité aux bonnes mœurs ne s'arrête pas seulement à la formation du contrat, mais qu'elles doivent également s'y plier tout au long de la relation contractuelle.

[1401] La jurisprudence a estimé qu'un « *contrat peut être annulé pour cause illicite ou immorale, même lorsque l'une des parties n'a pas eu connaissance du caractère illicite ou immoral du motif déterminant de la conclusion du contrat* » : Cass. Civ. 1ère, 7 oct. 1998, n°96-14.359, *Bull. civ*. I, n°285 : *RTD. Civ*., 1999, p. 383, obs. J. MESTRE ; *D*., 1999, p. 237, obs. O. TOURNAFOND ; *D.* 1999, p. 110, obs. Ph. DELEBECQUE ; *JCP G.,* 1998, II, 10202, note M.-H. MALLEVILLE,, *JCP*, 1999, I, 144, obs. F. LABARTHE.

[1402] V. en ce sens les développements : **B. FAGES**, *Le comportement du contractant*, J. GHESTIN (préf.), coll. Institut de droit des affaires, PUAM, 1997, n°551, p. 297 ; **L. TCHAVDAROFF**, *De la notion de bonnes mœurs – Essai théorique sur la recherche d'un critérium*, J. Fournier, 1927, p. 22.

[1403] **B. FRELETEAU**, *Devoir et incombance en matière contractuelle*, L. SAUTONIE-LAGUIONIE (préf.), t. 576, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2017, nos 83 et s., p. 70 et s.

[1404] **B. FRELETEAU**, *Devoir et incombance en matière contractuelle*, L. SAUTONIE-LAGUIONIE (préf.), t. 576, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2017, n°87, p. 73.

274. L'admission classique de la participation de la bonne foi à l'équilibre contractuel. – Il n'est pas nouveau d'associer la notion de bonne foi et ses devoirs dérivés à l'équilibre contractuel[1405]. La bonne foi serait ainsi un mécanisme au service du maintien et de l'existence de l'équilibre contractuel[1406]. Elle exige ainsi de la part des cocontractants un comportement loyal[1407], coopératif[1408], transparent, *etc.*[1409]. Sous-tendant toute la relation contractuelle, la bonne foi joue un rôle dès la formation du contrat, jusqu'à son exécution – incluant l'extinction. En premier lieu, l'objet de la bonne foi est alors de permettre la conclusion d'un contrat satisfaisant les intérêts de chacun des contractants. Il est alors question de prise en considération des intérêts de l'autre contractant[1410], sans aller jusqu'au paroxysme de se sacrifier au détriment des intérêts du cocontractant[1411]. La prise en compte de l'intérêt du cocontractant peut être présentée comme une exigence préventive du danger que constitue l'introduction de l'unilatéralisme dans le contrat. En second lieu et plus particulièrement dans l'exécution du contrat, le devoir de bonne foi permet de satisfaire les exigences d'équilibre, autrement dit de satisfaction des intérêts, en ce que les contraintes comportementales permettent

[1405] V. not. **E. CHARPENTIER**, « Le rôle de la bonne foi dans l'élaboration de la théorie du contrat », *in RDUS,* 1995-1996, vol. 26, n°2, pp. 299-320 : *« À l'origine, la bonne foi a joué un rôle dans les situations où les personnes qui y sont soumises ne sont pas égales, l'une étant dépendante de l'autre ».* En d'autres termes, la bonne foi est un mécanisme permettant d'assurer un contrôle de l'équilibre relationnel du contrat ; **L. FIN-LANGER**, *L'équilibre contractuel*, C. THIBIERGE (préf.), t. 366, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2002, n^os^ 398 et s., p. 274 et s. : « *La bonne foi devient le critère de la détermination du contenu obligatoire du contrat et sert de fondement à la découverte par le juge de nouvelles obligations, lui permettant de rendre ce contrat plus harmonieux et donc d'aboutir à l'équilibre contractuel* » (n°399, p. 275) ; **M. MEKKI,** « Les principes généraux du droit des contrats au sein du projet d'ordonnance portant sur la réforme du droit des obligations », *in D.*, 2015, p. 816, spéc. n°43 : *« Ces règles dérivées du principe de bonne foi répondent à deux objectifs : garantir un consentement éclairé et maintenir un contrat équilibré* » (nous soulignons) ; **B. ANCEL**, « La bonne foi dans les pays de Common law : vers une renaissance ? », *in CCC*, 2020, n°11, Étude 17 : « *La bonne foi apparaît ainsi comme l'outil idéal pour permettre la conciliation entre l'objectif de stabilité juridique et l'équilibre entre les divers protagonistes* » ; **M. BARBA**, « Formation du contrat de consommation en droit européen : transparence, équilibre, loyauté », *in Le droit européen de la consommation au XXI^e^ siècle – État des lieux et perspectives*, M. COMBRET (dir.), coll. Droit de l'Union européenne, Bruylant, 2022, p. 245, spéc. n°14, p. 256.

[1406] **L. FIN-LANGER**, *L'équilibre contractuel*, C. THIBIERGE (préf.), t. 366, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2002, n^os^ 398 et s., p. 274 et s.

[1407] **L. AYNÈS**, « L'obligation de loyauté », *in APD*, 2000, n°44, p. 195.

[1408] **F. DIESSE**, « Le devoir de coopération comme principe directeur du contrat », *in APD,* 1999, n°43, p. 259.

[1409] Pour une démonstration plus exhaustive de ce qu'implique le devoir de bonne foi : **Ph. LE TOURNEAU, M. POUMARÈDE,** V° « Bonne foi », *in Rép. civ.*, Dalloz, janv. 2017 (actu. oct. 2024).

[1410] **G. MAIRE**, « Le droit des contrats en mutation : la prise en considération de l'intérêt du cocontractant », *in D^oc^ Publication*, Les Éditions de l'Immatériel, 2018, p. 14.

[1411] **G. MAIRE**, « Le droit des contrats en mutation : la prise en considération de l'intérêt du cocontractant », *in D^oc^ Publication*, Les Éditions de l'Immatériel, 2018, p. 14 : « *La portée de l'obligation pour un contractant de prendre en considération l'intérêt de son cocontractant ne doit pas être exagérée. Il ne s'agit pas de prôner une "vision qui relève de l'angélisme contractuel" en exigeant d'une partie qu'elle privilégie l'intérêt de l'autre au détriment du sien* ».

d'exécuter fidèlement le contrat et d'obtenir la finalité escomptée[1412]. En d'autres termes, « *la contrainte comportementale qu'implique la bonne foi est moins affaire de morale que de poursuite de l'utilité du contrat* »[1413]. Cette contrainte comportementale implique ainsi d'une part de respecter les intérêts et besoins au contrat dans l'exécution de ce dernier, notamment en recherchant « *la meilleure exécution possible du contrat* »[1414]. À ce titre, les juges utilisent la notion de bonne foi pour tenter de « *maintenir un équilibre entre les prestations contractuelles pendant l'exécution du contrat. C'est ainsi que le principe de la révision du contrat, devenu déséquilibré, a été admis sur le fondement de la bonne foi contractuelle* »[1415]. L'illustration phare est l'obligation de renégociation issue de la jurisprudence *Huard*[1416]. L'exécution étant rendue difficile, la satisfaction des parties dans l'exécution du contrat disparaît. En outre, dans l'exécution du contrat, l'exigence de loyauté, de transparence et de coopération est toujours de mise[1417].

275. L'admission singulière de la participation des bonnes mœurs à l'équilibre contractuel. – Si la bonne foi est classiquement associée à l'équilibre contractuel, la notion de bonnes mœurs ne l'est pas. La justification trouve essentiellement sa source dans les conceptions restrictives de l'équilibre contractuel. Toutefois, il a pu être démontré que l'équilibre contractuel ne peut être pleinement satisfait si le contrat n'entre pas en conformité avec l'intérêt général. Or, la notion de bonnes mœurs permet spécifiquement de veiller à ce que les comportements des contractants ne soient pas contraires à l'ordre public. Autrement dit, la notion de bonnes mœurs veille au respect de l'intérêt général, et donc indirectement participe à

[1412] **B. FRELETEAU**, *Devoir et incombance en matière contractuelle*, L. SAUTONIE-LAGUIONIE (préf.), t. 576, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2017, n^os^ 271 et s., p. 227 et s.

[1413] **F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, et *al.*,** *Droit civil – Les obligations*, 13ème éd., coll. Précis, Dalloz, 2022, n°128, p. 144. *Adde*. **S. LEQUETTE**, *Le contrat-coopération – Contribution à la théorie générale du contrat*, C. BRENNER (préf.), coll. Recherches Juridiques, Économica, 2012, n°428, pp. 339-340 ; **R. JABBOUR**, *La bonne foi dans l'exécution du contrat*, L. AYNÈS (préf.), t. 573, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2016, n°363, p. 291 : « *La présentation morale que l'on a attribuée à la bonne foi l'enfermait dans une appréciation sentimentale de la relation. Une approche juridique, objective permet au contraire d'en dévoiler le contenu* ».

[1414] **B. FRELETEAU**, *Devoir et incombance en matière contractuelle*, L. SAUTONIE-LAGUIONIE (préf.), t. 576, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2017, n°279, p. 234.

[1415] **V. LASBORDES**, *Les contrats déséquilibrés*, C. SAINT-ALARY-HOUIN (préf.), t. 2, PUAM, 2000, n°634, p. 543. Comp. **C. GANDIBLEUX**, « Les évolutions de l'équilibre contractuel à l'épreuve du droit commun », *in Cahiers de droit de l'entreprise,* 2023, n°6, doss. 39 : L'auteur estime toutefois que si dans son principe la bonne foi peut être un instrument d'équilibre en raison de sa portée générale et de sa flexibilité, la bonne foi voit son effectivité limitée. Ainsi par exemple, elle ne permet pas d'aboutir à la pérennité du contrat, puisque le devoir de renégociation n'est qu'une obligation de moyens.

[1416] *Cf. supra* n°264.

[1417] **Ph. LE TOURNEAU, M. POUMARÈDE,** V° « Bonne foi », *in Rép. civ.*, Dalloz, janv. 2017 (actu. oct. 2024), spéc. n^os^ 83 et s.

cet objectif d'équilibre contractuel. Elles relèveraient en ce sens du nécessaire équilibre contractuel externe.

276. Vers le développement d'une exigence de civisme contractuel ? – Bien que différentes s'agissant de l'intérêt protégé, ces deux notions peuvent en un sens être assimilées, puisqu'elles visent toutes deux en un contrôle du comportement des contractants[1418]. Ces deux notions comportementales ne sont-elles pas le reflet d'un devoir plus général d'être un bon contractant en faisant preuve de « *civisme contractuel* »[1419]. La notion de civisme renvoie à un « *ensemble des qualités propres au bon citoyen ; zèle, dévouement pour le bien commun de la nation* »[1420]. Rapproché de la matière contractuelle, le civisme contractuel renverrait à des exigences comportementales de la part des contractants permettant le respect des cocontractants, mais également de la société, de l'intérêt général. Cette notion de civisme contractuel pourrait alors évoquer en quelque sorte un bon contractant. Monsieur Bertrand FAGES a, dans cette perspective, démontré la prégnance du droit sur les comportements des contractants[1421]. Il affirme, dans ses propos conclusifs, qu'« *en étudiant l'action du droit sur le comportement du contractant, nous avons voulu faire apparaître qu'un comportement de référence est imposé actuellement par la jurisprudence* [et le législateur] *à chaque personne engagée dans les liens d'un contrat* »[1422]. Il précise également que « *les exigences relatives au comportement du contractant ne concernent pas seulement le comportement matériel que celui-ci doit mettre en œuvre pour exécuter l'obligation principale, elles visent surtout le comportement personnel dont il doit faire preuve pour le bon déroulement de la relation contractuelle* »[1423]. Ainsi à travers cette notion de bon contractant, il s'agirait d'établir un standard[1424] qui permettrait de parvenir à un comportement des contractants conforme au

[1418] Un auteur a dans ce sens assimilé ces deux notions puisqu'elles renvoient toutes deux à une exigence « *d'un contractant de bonne volonté, diligent et loyal* » : **P. GARBIT**, « Baux commerciaux et bonne foi », *in RLDA,* 2003, n°66 : « *La bonne foi, dont l'aspect moral est certain, reconnu par la doctrine, est un principe de droit positif. Comme la référence aux bonnes mœurs ou au bon père de famille, cette notion renvoie à une exigence : celle d'un contractant de bonne volonté, diligent et loyal* ».

[1419] **M. PENA**, « Les origines historiques de l'article 6 du Code civil », *in RRJ – Droit prospectif*, 1992-2, p. 499 ; **D. HOUTCIEFF**, « Pour un retour aux bonnes mœurs contractuelles », *in RTD Civ.*, 2021, p. 757, spéc. n°25. Comp. **D. MAZEAUD**, « Regards positifs et prospectifs sur "le nouveau monde contractuel" », *in LPA*, 2004, n°92, p. 47, spéc. n°26 : l'auteur emploie cette expression au regard de la notion de bonne foi.

[1420] CNRTL, V° « Civisme » : https://www.cnrtl.fr/definition/civisme.

[1421] **B. FAGES**, *Le comportement du contractant*, J. GHESTIN (préf.), coll. Institut de droit des affaires, PUAM, 1997.

[1422] **B. FAGES**, *Le comportement du contractant*, J. GHESTIN (préf.), coll. Institut de droit des affaires, PUAM, 1997, n°833, p. 455.

[1423] **B. FAGES**, *Le comportement du contractant*, J. GHESTIN (préf.), coll. Institut de droit des affaires, PUAM, 1997, n°498, p. 270.

[1424] Sur la qualification de la notion de bon contractant en standard : **B. FAGES**, *Le comportement du contractant*, J. GHESTIN (préf.), coll. Institut de droit des affaires, PUAM, 1997, n°526, p. 283.

respect de l'intérêt général, incluant donc les intérêts publics et privés et ainsi de contribuer à l'objectif d'équilibre contractuel. À travers cette exigence, il est question d'éviter en amont les mauvais comportements des contractants.

***

277. Conclusion Section 1. – Analysés comme des standards de comportement, la bonne foi et les bonnes mœurs permettent d'appréhender les comportements des contractants. Ces mécanismes représentent une véritable exigence de civisme contractuel. Cette dernière contribue ainsi à l'équilibre contractuel puisqu'il est question de respecter les différents intérêts légitimes dans le contrat, ceux de la société et ceux des cocontractants. La bonne foi, comme l'exigence de respect des bonnes mœurs peuvent s'appréhender comme de véritables directives comportementales participant à la finalité d'équilibre contractuel. Au-delà de cette régulation générale, des comportements des contractants en découlent des mécanismes plus spéciaux encadrant le comportement des parties. Le législateur intervient également en instaurant des mécanismes visant à restaurer un déséquilibre dans la relation contractuelle, qu'il s'agisse d'un déséquilibre structurel ou conjoncturel.

Section 2. Les mécanismes spéciaux encadrant le comportement des parties

278. Au-delà de ce civisme contractuel, le législateur comme le juge adoptent d'autres mécanismes veillant à appréhender le comportement des parties dans des circonstances plus particulières. D'un côté, et partant du constat d'un risque de déséquilibre contractuel, sont mis en place des mécanismes dont l'objet est de tenter autant que possible de rétablir un certain équilibre entre les parties dès la période de formation du contrat[1425]. D'un autre côté, il est des cas dans lesquels il n'apparaît pas possible de rétablir artificiellement l'équilibre relationnel, ainsi, le législateur met en place des mécanismes visant à réduire autant que possible le déséquilibre structurel entre les parties, en régulant le comportement des parties afin qu'elles n'abusent pas de leur position. Partant de ces constats, les parties ne sont que très rarement sur un même pied d'égalité.

[1425] La période de formation du contrat n'est, en effet, pas dépourvue de danger. V. en ce sens : **Ph. CHAUVIRÉ, A.-M. GRUEL**, « Les dangers de la période d'échange des consentement », *in JCP N.*, 2015, n°47, doss. 1207, p. 23.

279. Comme nous l'avions envisagé, l'équilibre contractuel doit être appréhendé avec un certain recul, de sorte qu'un seuil d'intervention a pu être déterminé. ***Le déséquilibre contractuel ne doit faire l'objet d'un traitement uniquement lorsqu'il ressort d'un défaut d'effectivité de liberté. La liberté n'est effective qu'en présence d'une capacité informationnelle, ajoutée à une capacité de refuser un risque***. Autrement dit, pour que la liberté soit effective, il est nécessaire d'établir autant que possible un équilibre informationnel et un équilibre entre les pouvoirs des cocontractants. Ces deux critères ressortent des interventions du juge et du législateur dans les mécanismes appréhendant les comportements des parties. Pour tenter de rétablir un certain équilibre relationnel, sont donc mis en place, d'une part, des mécanismes visant à rétablir l'équilibre informationnel (**Paragraphe 1**), et d'autre part, des mécanismes visant à rétablir l'équilibre des pouvoirs des parties (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 1. Le rétablissement de l'équilibre informationnel

280. Dans notre société, la diffusion de l'information est abondante[1426]. Ainsi, se développent de nombreuses problématiques autour de cette information, diffusion de fake news, diffusion d'une information partielle ou déformée, difficultés pour trouver l'information pertinente[1427], mais également de comprendre les informations. En somme, notre société participe d'une diffusion massive et surabondante d'informations entraînant de nombreuses difficultés. La notion d'information prend une place considérable dans le droit positif, se traduisant par un nombre toujours plus croissant de mécanismes (**B**). Pourtant sa définition ne semble pas évidente en raison d'une certaine polysémie (**A**).

A. La notion d'information en matière contractuelle

281. La notion d'information. – Si la notion d'information est ancienne[1428], l'exigence d'information en matière contractuelle a connu un essor au cours du XX^e^ siècle[1429].

[1426] **G. TRUDEL**, « Des frontières de la liberté contractuelle », *in Problèmes de droit contemporain – Mélanges Louis Baudouin*, Presses de l'université de Montréal, 1974, p. 217 : « *Notre vie sociale et économique est dominée par deux facteurs : la consommation et la communication massives* » (nous soulignons).

[1427] **M. FABRE-MAGNAN**, *De l'obligation d'information dans les contrats – Essai d'une théorie,* J. GHESTIN (préf.), t. 221, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 1992, n^os^ 169 et s., p. 132 et s. *Adde*. **M. FABRE-MAGNAN**, *Droit des obligations – Contrat et engagement unilatéral*, 7^ème^ éd., coll. Thémis, PUF, 2024, n°370, p. 306 ; **P.-E. AUDIT**, « De quelques enseignements de l'analyse comportementale du droit en matière d'information du contractant », *in RTD Civ.*, 2021, p. 545.

[1428] **M. FABRE-MAGNAN**, *De l'obligation d'information dans les contrats – Essai d'une théorie,* J. GHESTIN (préf.), t. 221, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 1992, n°1, p. 1.

[1429] **B. FRELETEAU**, *Devoir et incombance en matière contractuelle*, L. SAUTONIE-LAGUIONIE (préf.), t. 576, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2017, n°54, p. 49.

L'information « *est un moyen de réduire les risques et les incertitudes inhérentes à la décision* »[1430]. Bien qu'il soit courant d'utiliser le terme d'information, sa définition n'en est pour autant pas évidente et recouvre une certaine polysémie[1431]. L'information repose ainsi sur une « *action de donner ou de recevoir une forme* »,[1432] mais aussi sur une « *action d'informer quelqu'un, un groupe, de le tenir au courant des événements* »[1433]. Ces deux sens renvoient à une même réalité, « *la première illustre l'aspect dynamique de l'information (l'action d'informer) et la deuxième, l'aspect descriptif de celle-ci (le savoir est l'état de connaissance)* »[1434]. En ce sens, elle désigne à la fois la relation interpersonnelle, puisqu'elle a vocation à être communiquée, mais aussi sa matière, c'est-à-dire son contenu[1435]. Revêtue de deux significations, l'information serait ainsi un « *véhicule du savoir* »[1436] ayant vocation à circuler de personne en personne. En d'autres termes, de ces deux sens, peut découler une fonction unique, le transfert des connaissances[1437], « *l'information est ce qui peut se communiquer* »[1438]. L'information doit avoir « *pour effet de modifier la perception de quelqu'un* »[1439] dès lors qu'il la détient. Du point de vue de l'analyse économique, il est possible d'ajouter que l'information est « *une source de confiance, donc de bonne foi dans la relation contractuelle* »[1440].

282. L'asymétrie d'information, source de risque de développement des comportements opportunistes. – Il est ainsi des situations dans lesquelles, en matière contractuelle, toutes les parties contractantes n'ont pas les mêmes connaissances. En découle

---

[1430] **N. CHARDIN**, *Le contrat de consommation de crédit et l'autonomie de la volonté*, J.-L. AUBERT (préf.), t. 199, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 1988, n°133, p. 103.

[1431] En ce sens : **J.-P. CHAZAL**, *De la puissance économique en droit des obligations,* D. LEFÈBVRE (dir.), t. 2, th. dactyl., Université de Grenoble II, 1996, n°542, p. 417 : « *l'origine étymologique du terme information se situe dans les mots latin informare, qui signifie façonner, donner une forme, et informatio, désignant la conception, l'explication, la représentation d'une idée. Cette polysémie du vocable "information" se retrouve encore aujourd'hui puisqu'il sert à désigner, non seulement le contenu informationnel, mais également le support matériel des connaissances* ».

[1432] TLFi, V° « Information » : http://stella.atilf.fr/Dendien/scripts/tlfiv5/visusel.exe?11;s=83602260;r=1;nat=;sol=0;.

[1433] Larousse, V° « Information » : https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/information/42993.

[1434] **E. DARAGON**, « Essai sur le statut juridique de l'information », *in D.*, 1998, p. 63, spéc. n°5.

[1435] **P. CATALA**, « Ébauche d'une théorie juridique de l'information », *in RRJ*, 1983-1, p. 185, spéc. n°5, p. 188.

[1436] **P. CATALA**, « Ébauche d'une théorie juridique de l'information », *in RRJ*, 1983-1, p. 185, spéc. n°3, p. 186.

[1437] **P. CATALA**, « Ébauche d'une théorie juridique de l'information », *in RRJ*, 1983-1, p. 185, spéc. n°5, p. 187 « *Sans doute n'y a-t-il là que les deux étapes d'une unique fonction, le transfert des connaissances* ».

[1438] **J.-C. GALLOUX**, « Ébauche d'une définition juridique de l'information », *in D.*, 1994, p. 229, spéc. n°12.

[1439] **P.-E. AUDIT**, « De quelques enseignements de l'analyse comportementale du droit en matière d'information du contractant », *in RTD Civ.*, 2021, p. 545.

[1440] **F. ROUVIÈRE**, « L'analyse économique des vices du consentement : une nouvelle vision d'une théorie classique », *in RRJ – Cahiers de méthodologie juridique*, 2008-5, p. 2485, spéc. n°6, p. 2488.

ainsi une asymétrie informationnelle qui peut être technique, juridique, économique, *etc*. L'asymétrie d'information ne pose en soi, pas de difficulté particulière, elle est à ce titre relativement courante au regard de la technicisation des rapports contractuels. Elle est toutefois génératrice d'un risque dès lors que la personne informée « *réussit à s'en servir pour modifier significativement et en sa faveur – de façon subreptice – la répartition des gains conjoints que les parties ont envisagée au moment de la conclusion du contrat* »[1441]. Il s'agit alors de comportements opportunistes[1442] qui « *entraîne*[nt] *une redistribution forcée au détriment de la partie moins informée* »[1443], et que la partie qui agit de manière opportuniste « *exploite l'asymétrie de façon significative* »[1444]. Monsieur Jean-Pascal CHAZAL évoque dans sa thèse la puissance informationnelle[1445]. Dans cette optique, il affirme que l'information est une source du pouvoir. La connaissance unilatérale d'une information peut permettre au sachant de contracter à son unique profit ou même au détriment de son cocontractant qui ne connaît pas l'entièreté des risques ou modalités contractuels. Selon une analyse économique, « *l'asymétrie de l'information est une donnée initiale qui limite la liberté contractuelle* »[1446]. Plus rarement envisagé, le comportement opportuniste peut également émaner de la personne la moins informée, dès lors qu'elle se prévaut de sa propre ignorance et de sa passivité pour engager une action en justice permettant la remise en cause du lien contractuel. Si l'asymétrie d'information a été saisie par ses pathologies, notamment dans les rapports identifiés comme étant déséquilibrés entre les contractants, elle n'en est pas l'apanage. L'asymétrie d'information peut exister dans n'importe quel rapport contractuel, c'est ainsi que le juge et le législateur apportent des exigences générales à cette diffusion de l'information permettant de rétablir un équilibre informationnel entre les parties. Le droit commun des contrats prévoit des mécanismes de

[1441] **E. MACKAAY, S. ROUSSEAU, P. LAROUCHE et *al.***, *Analyse économique du droit*, 3ème éd., coll. Mé du droit, Dalloz, 2021, n°1142, pp. 380-381.

[1442] Issu du discours économique et de l'analyse économique du droit, l'opportunisme se définit comme le comportement « *qui consiste pour l'un des contractants à modifier, par la ruse ou par la force, à son avantage ou au détriment de l'autre, la répartition des gains conjoints du contrat – les quasi-rentes dans le vocabulaire de l'économiste – que chaque partie pouvait normalement envisager au moment de la conclusion du contrat* » : **E. MACKAAY, S. ROUSSEAU, P. LAROUCHE et *al.***, *Analyse économique du droit*, 5ème éd., coll. Méthodes du droit, Dalloz, 2021, n°1181, p. 392. *Adde*. **E. MACKAAY**, « L'analyse économique du droit comme outil de la doctrine juridique : La bonne foi et la justice contractuelle », *in RRJ*, 2011-4, p. 1605.

[1443] **E. MACKAAY, S. ROUSSEAU, P. LAROUCHE et *al.***, *Analyse économique du droit*, 3ème éd., coll. Méthodes du droit, Dalloz, 2021, n°1142, p. 381.

[1444] **E. MACKAAY**, « L'analyse économique du droit comme outil de la doctrine juridique : La bonne foi et la justice contractuelle », *in RRJ*, 2011-4, p. 1605, spéc. p. 1613.

[1445] **J.-P. CHAZAL**, *De la puissance économique en droit des obligations,* D. LEFÈBVRE (dir.), t. 2, th. dactyl., Université de Grenoble II, 1996, nos 542 et s., p. 417 et s. *Adde*. **V. LASBORDES**, *Les contrats déséquilibrés*, C. SAINT-ALARY HOUIN (préf.), t. 2, coll. Institut de Droit des Affaires, PUAM, 2000, nos 438 et s., p. 400 et s. : L'auteure abonde dans le même sens en affirmant que l'information constitue un pouvoir déséquilibrant.

[1446] **F. ROUVIÈRE**, « L'analyse économique des vices du consentement : une nouvelle vision d'une théorie classique », *in RRJ – Cahiers de méthodologie juridique*, 2008-5, p. 2485, spéc. n°6, p. 2488.

protection du consentement au regard d'une asymétrie d'information, toutefois, les mécanismes envisagés sont essentiellement curatifs[1447].

283. Une restauration de la capacité à contracter. – L'information a connu un véritable essor à partir du développement de l'écriture, mais surtout de l'apparition de l'informatique et des systèmes de télécommunications, permettant de faciliter et d'intensifier sa circulation[1448]. L'information permet ainsi une circulation de la connaissance devenue indispensable dans une société où elle est devenue si simple, mais surabondante. La technicisation de la société rend également le partage d'information indispensable[1449]. Elle permet ainsi d'obtenir un consentement éclairé en matière contractuelle, le contractant peut ainsi décider de contracter ou non en pleine connaissance de cause[1450], et de maîtriser son engagement[1451]. Autrement dit, l'information permet de restaurer une capacité à consentir[1452]. La connaissance de l'information par les contractants leur permet de prendre une décision tout en usant de « *son sens du discernement, de la prudence, de la responsabilité* »[1453]. La « *décision de contracter résulte d'une appréciation de l'adéquation du contrat projeté à la satisfaction du besoin envisagé* »[1454], qui ne peut donc se prendre sans les informations nécessaires à cette analyse. Le législateur, prenant acte de cette surinformation et des besoins d'information en matière technique et juridique, met en place des mécanismes permettant d'accroître la circulation de l'information entre les contractants, mais surtout le législateur intervient pour réguler cette circulation. Selon Monsieur Hugo BARBIER, l'une des finalités du droit est de « *s'assurer que toute personne susceptible de prendre un risque est en mesure de le connaître. C'est ce que l'on pourrait*

[1447] **C. OUERDANE-AUBERT DE VINCELLES**, *Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles,* Y. LEQUETTE (préf.), vol. 19, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, Dalloz, 2002, n°5, p. 7.

[1448] **P. CATALA**, « Ébauche d'une théorie juridique de l'information », *in RRJ*, 1983-1, p. 185.

[1449] **N. MOLFESSIS**, « De l'obligation de renseignement à l'éducation juridique du contractant », *in Mélanges en l'honneur du professeur Jean Hauser*, coll. Mélanges, LexisNexis, 2012, p. 927, spéc. n°3, p. 928 : « *L'obligation de renseignement est partout. Plus la société se technicise, moins on comprend, plus on doit savoir* ».

[1450] **E. MACKAAY, S. ROUSSEAU, P. LAROUCHE et *al.***, *Analyse économique du droit*, 3ème éd., coll. Méthodes du droit, Dalloz, 2021, n°1666, p. 560 : « *L'information est l'ingrédient essentiel de notre pensée, de nos décisions* ».

[1451] **N. MOLFESSIS**, « De l'obligation de renseignement à l'éducation juridique du contractant », *in Mélanges en l'honneur du professeur Jean Hauser*, coll. Mélanges, LexisNexis, 2012, p. 927, spéc. n°14, p. 936.

[1452] **H. BARBIER**, *La liberté de prendre des risques,* J. MESTRE (préf.), coll. Institut de Droit des Affaires, PUAM, 2011, n°642, 551.

[1453] **H. BARBIER**, *La liberté de prendre des risques,* J. MESTRE (préf.), coll. Institut de Droit des Affaires, PUAM, 2011, n°59, p. 80.

[1454] **C. LUCAS DE LEYSSAC**, « L'obligation de renseignement dans les contrats », *in L'information en droit privé,* Y. LOUSOUARN, P. LAGARDE (dir.), coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 1978, p. 305, spéc. n°7, p. 309.

appeler la capacité informationnelle »[1455]. Il faut à ce titre déterminer l'objet de l'information en droit positif. Peu important le degré d'intensité du devoir d'information[1456], elle permet d'avertir le cocontractant. Dès lors que cette information est fournie et comprise, la partie peut prendre la décision de contracter ou non. Cependant, dès lors qu'elle a connaissance des risques et qu'elle décide de contracter en tout état de cause, son consentement au contrat s'apparente à une acceptation des risques, à ses risques et périls[1457].

284. L'information permet d'éclairer le consentement des contractants afin qu'ils contractent en connaissance de cause. Le rétablissement de la liberté contractuelle passe par la notion d'information. En outre, la bonne information par les contractants leur permet de mieux respecter leurs propres intérêts au contrat et d'établir un meilleur équilibre contractuel.

B. L'objet de l'information en droit positif

285. L'objet de l'information. – En matière contractuelle, il est nécessaire de réguler l'information transmise. L'objectif de l'information n'est pas seulement d'être transmise, elle doit surtout être pertinente, adaptée et suffisamment claire pour qu'elle soit comprise et que le destinataire de cette information ne se retrouve pas encore plus désarmé face à une information inadéquate. La finalité de ces mécanismes est d'encourager autant que possible la diffusion de l'information[1458] qu'elle porte sur un élément matériel ou juridique[1459].

D'un point de vue matériel, l'information peut ainsi porter sur les caractéristiques essentielles d'un produit ou d'un service, mais elle peut aussi porter sur le risque de contracter,

---

[1455] **H. BARBIER**, *La liberté de prendre des risques,* J. MESTRE (préf.), coll. Institut de Droit des Affaires, PUAM, 2011, n°58, p. 79.

[1456] Il existe différents types d'obligations d'information dont l'intensité diffère selon l'objet de l'information à fournir. Information, renseignement, mise en garde ou encore conseil représentent ces différents degrés. Pour plus de développements sur ce point : **M. FABRE-MAGNAN**, *De l'obligation d'information dans les contrats – Essai d'une théorie,* J. GHESTIN (préf.), t. 221, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 1992, n^{os} 8 et s., p. 7 et s.

[1457] **M. FABRE-MAGNAN**, *De l'obligation d'information dans les contrats – Essai d'une théorie,* J. GHESTIN (préf.), t. 221, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 1992, n°479, p. 391.

[1458] Une limite est toutefois prévue, celle de l'information confidentielle prévue à l'art. 1112-2 C. civ. : « *Celui qui utilise ou divulgue sans autorisation une information confidentielle obtenue à l'occasion des négociations engage sa responsabilité dans les conditions du droit commun* ».

[1459] **N. MOLFESSIS**, « De l'obligation de renseignement à l'éducation juridique du contractant », *in Mélanges en l'honneur du professeur Jean Hauser*, coll. Mélanges, LexisNexis, 2012, p. 927, spéc. n°6, p. 931 : « *De cette extension des objets sur lesquels porte l'information se dégage une summa divisio particulièrement nette. Là où une partie des informations qui doivent être transmises concerne des données factuelles intéressant le contrat et son environnement, d'autres s'en distinguent en ce qu'elles portent non plus sur un élément matériel, mais sur une donnée juridique* ».

tel qu'un emprunt bancaire par exemple[1460]. En l'occurrence, il s'agit d'un réel devoir de mise en garde mis à la charge de la banque pour avertir les clients des risques pris par eux avec la souscription d'un emprunt bancaire[1461]. En ce sens, il existe, en matière de transmission de l'information, différents degrés, allant de la simple transmission de l'information vers la mise en garde, telle qu'énoncée, du contractant sur les dangers du contrat[1462].

D'un point de vue juridique, l'information « *va alors permettre d'instruire le contractant sur le droit, puisqu'il s'agit de porter à sa connaissance des règles concernant ses droits et obligations* »[1463]. L'information portant sur un élément juridique du contrat implique ce que Monsieur Nicolas MOLFESSIS a appelé « *l'éducation juridique des contractants* »[1464]. Cette dernière peut porter sur le contenu même du contrat projeté ou conclu[1465] et ce qu'il prévoit, mais elle peut aussi porter sur l'existence des règles légales applicables au contrat[1466]. Dans cette dernière situation, le contrat « *devient le support d'une information juridique qui lui est exogène* »[1467]. Cette information juridique semble d'autant plus importante qu'en raison de la complexification du droit, les contractants n'ont pas nécessairement une connaissance parfaite de leurs droits et obligations, mais surtout des règles dont ils sont bénéficiaires[1468]. Cette exigence d'information relève plutôt des droits spéciaux, tel que l'illustre le droit de la vente à

[1460] **H. BARBIER**, *La liberté de prendre des risques,* J. MESTRE (préf.), coll. Institut de Droit des Affaires, PUAM, 2011, n°210, pp. 198-199.

[1461] V. en ce sens : **S. PIEDELIÈVRE**, V° « Crédit immobilier – Encadrement de l'endettement du consommateur de crédit immobilier », *in Rép. civ.*, Dalloz, oct. 2016 (actu. juil. 2024), spéc. n°51 : « *Cette obligation va plus loin que le simple devoir de conseil. Le conseil a pour but d'orienter le consentement de l'autre partie, voire de se substituer à lui dans sa prise de décision. Il oblige, plus ou moins, à procéder à des appréciations de qualité et des jugements de valeurs. Par exemple, il appartient au banquier de renseigner son client sur les différents types de produits qu'il peut lui proposer et de le conseiller sur celui qui est le plus avantageux pour lui. Par le devoir de mise en garde, le prêteur ou l'intermédiaire doit indiquer à l'emprunteur les dangers pour ce dernier de l'opération projetée ou de l'un des aspects de cette opération* ».

[1462] **M. FABRE-MAGNAN**, *De l'obligation d'information dans les contrats – Essai d'une théorie,* J. GHESTIN (préf.), t. 221, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 1992, n^{os} 8 et s., p. 7 et s.

[1463] **N. MOLFESSIS**, « De l'obligation de renseignement à l'éducation juridique du contractant », *in Mélanges en l'honneur du professeur Jean Hauser*, coll. Mélanges, LexisNexis, 2012, p. 927, spéc. n°6, p. 931.

[1464] **N. MOLFESSIS**, « De l'obligation de renseignement à l'éducation juridique du contractant », *in Mélanges en l'honneur du professeur Jean Hauser*, coll. Mélanges, LexisNexis, 2012, p. 927, spéc. n°7, p. 931.

[1465] À titre d'illustration, les conditions générales d'un contrat doivent être portées à la connaissance de l'autre partie et être acceptées (C. civ., art. 1119). Le contenu de l'offre est ainsi réglementé par le législateur afin qu'elle contienne toutes les informations possibles sur le contenu, même juridique, du contrat projeté.

[1466] **N. MOLFESSIS**, « De l'obligation de renseignement à l'éducation juridique du contractant », *in Mélanges en l'honneur du professeur Jean Hauser*, coll. Mélanges, LexisNexis, 2012, p. 927, spéc. n°10, p. 933.

[1467] **N. MOLFESSIS**, « De l'obligation de renseignement à l'éducation juridique du contractant », *in Mélanges en l'honneur du professeur Jean Hauser*, coll. Mélanges, LexisNexis, 2012, p. 927, spéc. n°13, p. 934.

[1468] V. en ce sens : **M. MEKKI**, *L'intérêt général et le contrat – Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé,* J. GHESTIN (préf.), t. 411, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2004, n°1039, p. 613 : à propos des sanctions de l'ordre public de protection, l'auteur expose l'absence de connaissance par, en l'occurrence les parties faibles, des règles dont elles sont bénéficiaires. Cette illustration peut également s'étendre aux individus de manière générale.

l'article 1602 du Code civil[1469]. En ce sens, la jurisprudence estime de manière constante qu'« *il appartient au vendeur d'une propriété d'informer l'acquéreur de la situation juridique de celle-ci* »[1470].

Les dispositions portant sur l'information peuvent avoir deux fonctions. Les dispositions peuvent avoir pour objet, d'un côté, la protection du consentement des parties au contrat ou la protection de l'exécution du contrat[1471] ; d'un autre côté, le législateur tente également d'éviter les comportements opportunistes des détenteurs d'une information, mais aussi d'éviter les comportements passifs des personnes ne disposant pas d'information. La finalité poursuivie est avant tout préventive[1472], il est nécessaire par ce rééquilibrage informationnel de prévenir tout risque de déséquilibre contractuel. Autrement dit, il ne faudrait pas que la personne ne disposant pas de suffisamment d'information contracte au détriment de ses propres intérêts. Les juges en premier lieu, puis le législateur « *ont cherché à compenser le déséquilibre en imposant au "bien informé" de renseigner le "mal informé", de façon à recréer une égalité dans la négociation du contrat* »[1473]. Cette incitation à la diffusion de l'information en vue de protéger les parties au contrat et le contrat lui-même (**1**) est complétée par une régulation des comportements qui pourraient apparaître comme opportunistes (**2**).

1. L'influence des mécanismes informationnels sur le consentement et l'exécution du contrat

286. La diffusion de l'information en vue de la protection du consentement et de l'exécution du contrat. – Bien avant le législateur, c'est la jurisprudence[1474] qui a instauré différents degrés de devoirs[1475] d'information. Le devoir d'information est devenu « *en*

[1469] C. civ., art. 1602, al. 1er : « *Le vendeur est tenu d'expliquer clairement ce à quoi il s'oblige* ».

[1470] V. not. Cass. civ. 3ème, 20 mars 1996, n°94-12.704 : *RDI*, 1997, p. 90, obs. C. SAINT-ALARY HOUIN, J.-C. GROSLIÈRE ; Cass. civ. 3ème, 21 février 2001, n°99-17.666 : *AJDI*, 2002, p. 412, obs. F. COHET-CORDEY ; *D.*, 2002, p. 932, G. PIGNARRE.

[1471] V. en ce sens : **M. FABRE-MAGNAN**, *De l'obligation d'information dans les contrats – Essai d'une théorie,* J. GHESTIN (préf.), t. 221, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 1992, p. 543.

[1472] **V. LASBORDES**, *Les contrats déséquilibrés*, C. SAINT-ALARY HOUIN (préf.), t. 2, coll. Institut de Droit des Affaires, PUAM, 2000, nos 436 et s., p. 399 et s. : L'auteure met avant l'aspect préventif du rééquilibrage informationnel ; **F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, et *al.*,** *Droit civil – Les obligations*, 13ème éd., coll. Précis, Dalloz, 2022, n°331 et s., p. 368 et s.

[1473] **C. LUCAS DE LEYSSAC**, « L'obligation de renseignement dans les contrats », *in L'information en droit privé,* Y. LOUSOUARN, P. LAGARDE (dir.), coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 1978, p. 305, spéc. n°7, p. 309.

[1474] Selon une auteure, il s'agit de la principale création jurisprudentielle du XXe siècle : **M. FABRE-MAGNAN**, « Le devoir d'information dans les contrats : essai de tableau général après la réforme », *in JCP G.*, 2016, n°25, p. 1218.

[1475] Sur le débat sémantique entre obligation et devoir : *cf. supra* n°253.

quelques décennies l'une des techniques rudimentaires de l'arsenal du juriste »[1476]. Les juges, en premier, ont su saisir l'importance de la connaissance égalitaire entre les parties. Ces devoirs d'information[1477] (entendus au sens large) ont été instaurés, dans un premier temps, dans différentes lois spéciales. Puis en 2016, le législateur a généralisé cette jurisprudence constante en instaurant dans le droit commun des contrats un devoir d'information précontractuelle[1478].

En droit positif, l'information recouvre un large panel d'exigences. Si le devoir d'information est le premier mécanisme auquel il convient de se référer, il n'est toutefois pas le seul relevant de l'information. Allant d'un devoir d'information au formalisme informatif, le législateur incite à la circulation de l'information en vue d'éclairer le consentement des parties et d'aboutir à une plus grande transparence dans la relation contractuelle. La communication entre les parties permet d'adopter les comportements adéquats et de finaliser le contenu contractuel selon les intérêts de chacun. À ce titre, le devoir d'information constitue une exigence comportementale de la part de celui qui détient l'information[1479]. Cette circulation de l'information a pour fonction, d'une part, de protéger le consentement des parties, d'autre part, de maintenir une certaine pérennité contractuelle[1480]. Les mécanismes informationnels ont donc une visée préventive, curative et pérenne.

287. La visée préventive de la protection du consentement. – Un devoir d'information précontractuelle a donc été instauré par la réforme de 2016. Il a été jugé « *opportun de consacrer dans le code civil de manière autonome, indépendamment du devoir de bonne foi, ce*

[1476] **M. LAY-DUFFANT**, *Critique de la notion d'obligation – Étude de droit civil français*, B. THULLIER (dir.), th. dactyl., Université de Paris-Nanterre, 2021, spéc. n°1, p. 1.

[1477] Malgré la diversité des devoirs relatifs à l'information, une unité existe entre eux, permettant ainsi de porter à la connaissance de l'autre partie des informations nécessaires à éclairer son consentement ou pour l'exécution de l'obligation : V. en ce sens **M. FABRE-MAGNAN**, *De l'obligation d'information dans les contrats – Essai d'une théorie,* J. GHESTIN (préf.), t. 221, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 1992, spéc. n°7, p. 7.

[1478] C. civ., art. 1112-1 : « *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* ».

[1479] **G. CHANTEPIE, M. LATINA**, *Le nouveau droit des obligations – Commentaires théoriques et pratiques dans l'ordre du Code civil*, 3ème éd., coll. Hors collection, Dalloz, 2024, spéc. n°182, p. 187 : Les auteurs relient le devoir d'information à « *une exigence de comportement indépendante du contrat* ». Adde. **B. FRELETEAU**, *Devoir et incombance en matière contractuelle*, L. SAUTONIE-LAGUIONIE (préf.), t. 576, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2017, n°54, p. 49-50.

[1480] V. en ce sens **M. FABRE-MAGNAN**, *De l'obligation d'information dans les contrats – Essai d'une théorie,* J. GHESTIN (préf.), t. 221, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 1992, n°281, p. 225 : Madame Muriel FABRE-MAGNAN a établi, en ce sens, une distinction, non chronologique, mais fonctionnelle du devoir d'information. Une distinction doit être établie « *selon l'intérêt de l'information pour son destinataire, ou en d'autres termes, selon les conséquences de l'inexécution de l'obligation d'information pour son créancier* ». Se distingue alors le devoir d'information ayant une incidence sur le consentement de la partie contractante et celui ayant une incidence sur l'exécution du contrat. Cette distinction semble pouvoir s'étendre de manière générale aux mécanismes informationnels en matière contractuelle.

principe essentiel à l'équilibre des relations contractuelles, et d'en fixer un cadre général »[1481]. Ce devoir précontractuel d'information se rapproche ainsi d'une exigence comportementale[1482], permettant de prévenir un éventuel vice du consentement[1483]. À ce titre, l'absence de divulgation d'information est sanctionnée, mais également la dissimulation intentionnelle de l'information[1484]. Il y a dans cette optique une volonté de réguler les comportements afin d'harmoniser les connaissances de chacun des contractants. Le devoir d'information précontractuelle est inséré dans le Code civil dans une sous-section relative aux négociations[1485]. Cette situation permet de souligner qu'elle « *doit s'exécuter en amont de la conclusion du contrat* »[1486]. Toutefois, il ne devrait pourtant pas se limiter aux seuls contrats pour lesquels la négociation est ouverte. Autrement dit, le devoir d'information semble devoir s'étendre, même dans le cadre des contrats d'adhésion dépourvus de toute négociation[1487].

Par ailleurs, ce devoir d'information précontractuelle n'incombe qu'à la partie qui détient déjà une information pertinente. Le texte ne vise, en effet, que la situation dans laquelle « *celle des parties qui connaît une information dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre doit l'en informer* ». Ainsi, il ne pèse pas sur les contractants une

[1481] 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.

[1482] **S. LEBRETON**, *L'exclusivité contractuelle et les comportements opportunistes – Étude particulière aux contrats de distribution,* M. PÉDAMON (préf.), coll. F.N.D.E., LexisNexis, 2002, n°122, p. 177 : L'auteure assimile le devoir d'information précontractuelle à « *une norme de comportement précontractuel* ».

[1483] **M. FABRE-MAGNAN**, « Le devoir d'information dans les contrats : essai de tableau général après la réforme », *in JCP G.*, 2016, n°25, p. 1218.

[1484] C. civ., art. 1137, al. 1 et 2 : « *Le dol est le fait pour un contractant d'obtenir le consentement de l'autre par des manœuvres ou des mensonges.*
Constitue également un dol la dissimulation intentionnelle par l'un des contractants d'une information dont il sait le caractère déterminant pour l'autre partie ».

[1485] Des auteurs ont soulevé l'emploi malheureux du terme « négociation » plutôt que d'évoquer la « période précontractuelle », d'autant que le législateur admet des contrats sans période de négociation. Ils estiment que « *dans la plupart des cas, la phase de négociations est surtout une période précédant la conclusion du contrat. Or, si cette période conditionne fréquemment le contenu du contrat formé même en l'absence de négociations, du fait notamment de sollicitations commerciales par l'une des parties, elle n'est pas à proprement parler une phase de négociations* » : **G. CHANTEPIE, M. LATINA**, *Le nouveau droit des obligations – Commentaires théoriques et pratiques dans l'ordre du Code civil*, 3ème éd., coll. Hors collection, Dalloz, 2024, spéc. n°167, p. 176.

[1486] **R. BOFFA**, V° « Obligation d'information », *in Dictionnaire du contrat,* D. MAZEAUD, R. BOFFA, N. BLANC (dir.), coll. Les dictionnaires LGDJ, LGDJ, 2018, n°183, p. 771.

[1487] **M. FABRE-MAGNAN**, « Le devoir d'information dans les contrats : essai de tableau général après la réforme », *in JCP G.*, 2016, n°25, p. 1218, spéc. p. 1219.

obligation de se renseigner pour renseigner[1488], sauf dans certains domaines spécifiquement identifiés. En outre, l'objet de l'information ne peut porter sur la valeur de la prestation[1489].

La communication des informations permet d'éclairer les contractants sur le contenu du contrat, le déroulement de la relation contractuelle, des exigences particulières, *etc*. Elle n'incombe alors pas seulement à la partie supposée forte. L'équilibre informationnel ne repose pas alors sur une inégalité structurelle, mais plutôt sur un objectif d'harmonisation des connaissances en vue de la conclusion d'un contrat adapté aux intérêts de chacun[1490]. Cette charge pèse donc sur n'importe laquelle des parties au contrat, dès lors qu'elle détient une information déterminante pour le consentement, c'est-à-dire qu'« *ont une importance déterminante, les informations qui ont un lien direct et nécessaire avec le contenu du contrat ou la qualité des parties* »[1491]. Cette précision terminologique semble pertinente et indispensable à l'efficacité du texte. En effet, cette précision pourrait permettre d'établir une interprétation menant à une rationalisation de l'obligation d'information et une meilleure compréhension de l'information transmise. Dans un premier temps, le détenteur de l'information devra transmettre l'information déterminante sans la noyer dans d'autres éléments plus secondaires qui ne serviraient qu'à la faire passer au second plan[1492]. Seule l'information déterminante doit être transmise. À défaut, cela pourrait s'apparenter à un effet

[1488] **R. BOFFA**, V° « Obligation d'information », *in Dictionnaire du contrat,* D. MAZEAUD, R. BOFFA, N. BLANC (dir.), coll. Les dictionnaires LGDJ, LGDJ, 2018, n°183, p. 771, spéc. 773 : « *l'obligation d'information repose sur la connaissance réelle et non supposée de l'information par le débiteur* ».

[1489] Il s'agit d'un acquis prétorien issu du célèbre arrêt *Baldus* : Cass. Civ. 1ère, 3 mai 2000, n°98-11.381 ; *RTD Civ*., 2000, p. 566, obs. J. MESTRE ; *Defrénois*, 2000, p. 1110, obs. D. MAZEAUD et Ph. DELEBECQUE ; *JCP G*., 2001, II, 10510, note. Ch. JAMIN. *Adde*. Cass. Civ. 3ème, 17 janv. 2007, n°06-10.442 ; *D*., 2007, p. 1051, note D. MAZEAUD ; *D*. 2007, p. 1054, note Ph. STOFFEL-MUNCK ; *RTD Civ*., 2007, p. 335, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; *Defrénois*, 2007, p. 443, obs. É. SAVAUX ; *RDC*, 2007, n°3, p. 703, obs. P.-Y. LAITHIER ; *JCP G*., 2007, II, 10042, note Ch. JAMIN.

[1490] **R. BOFFA**, V° « Obligation d'information », *in Dictionnaire du contrat,* D. MAZEAUD, R. BOFFA, N. BLANC (dir.), coll. Les dictionnaires LGDJ, LGDJ, 2018, n°183, p. 771, spéc. p. 773 : « *l'information est indépendante de la qualité du contractant. Ainsi, un contractant profane peut parfaitement être débiteur d'une obligation d'information dès lors, qu'il a connaissance d'une information décisive pour l'autre* » ; **M. FABRE-MAGNAN**, « Le devoir d'information dans les contrats : essai de tableau général après la réforme », *in JCP G.*, 2016, n°25, p. 1218, spéc. p. 1219 : l'auteure évoque la bilatéralisation de la disposition.

[1491] C. civ., art. 1112-1, al. 3.

[1492] V. en ce sens : **M. MEKKI**, « Fiche pratique sur le clair-obscur de l'obligation précontractuelle d'information », *in Gaz. Pal.*, 2016, n°14, p. 15 : « *Cette disposition est intéressante car, d'un côté et à titre principal, elle protège le débiteur en ne l'obligeant pas à fournir une quantité d'informations inutiles coûteuses en temps et en argent mais, d'un autre côté et à titre accessoire, elle pourrait être analysée comme une protection du créancier afin que des informations sans intérêt ne nuisent pas à celles qui sont nécessaires* ». *Adde*. **M. MEKKI**, « Réforme des contrats et des obligations : l'obligation précontractuelle d'information », *in JCP N.*, 2016, n°43-44, act. 1155, p. 5 ; **I. VINGIANO-VIRICEL**, « Les obligations précontractuelles d'information lors de la vente d'un objet connecté », *in CCC*, 2019, n°4, étude 6, spéc. n°9.

de cadrage illégitime[1493] et pourrait ainsi être sanctionné par le juge[1494]. Dans un deuxième temps, l'information déterminante pourrait ainsi avoir l'attrait, si elle découle d'une interprétation subjective, d'adapter l'information aux besoins spécifiques des individus[1495]. Enfin, dans un troisième temps, elle permet au détenteur de l'information une certaine rationalisation du coût de cette obligation, elle le dispense dans une certaine mesure « *de fournir une quantité d'informations inutiles coûteuses en temps et en argent* »[1496]. Bien que cette interprétation soit sans réelle application, il reste qu'elle semble indispensable pour éviter d'alourdir l'information tant du point de vue de l'informé que de l'informateur. L'information doit alors être pertinente et adaptée afin qu'elle puisse remplir sa fonction. S'il existe des mécanismes permettant de prévenir et de renforcer le consentement, il est également nécessaire d'envisager l'information sous le prisme des mécanismes curatifs.

288. La visée curative de la protection du consentement – En la matière, ce sont les vices du consentement qui permettent d'apporter une correction dans l'établissement d'un déséquilibre contractuel. S'il est peu commun d'associer les vices du consentement à l'équilibre contractuel, il semblerait pourtant qu'ils se concilient[1497]. En effet, nous avons vu qu'il existe un risque de déséquilibre lorsque la liberté contractuelle n'est pas effective. Or, les vices du consentement, l'erreur et le dol, permettent de corriger cette atteinte à la liberté, le consentement n'étant pas éclairé[1498]. Ces mécanismes curatifs permettent donc une remise en cause du contrat

[1493] *Cf. supra* n°216. *Adde*. **P.-E. AUDIT**, « De quelques enseignements de l'analyse comportementale du droit en matière d'information du contractant », *in RTD Civ.*, 2021, p. 545.

[1494] V. en ce sens : Cass. civ. 3ème, 26 juin 1991, n° 89-21.325 : *Bull. civ*. III, n° 194 : « *Mais attendu que, sans se contredire ni dénaturer le congé, la cour d'appel a justement retenu que l'annexion à l'acte de sept pages photocopiées, comportant les 68 articles du Code rural relatifs au statut des baux ruraux, ne pouvait être considérée comme respectant l'obligation de reproduire les termes de l'alinéa 6 de l'article L. 411-64 du Code rural dont la reproduction, limitée à ses uniques dispositions, pouvait seule légitimement instruire le preneur de ses droits* ».

[1495] Il s'agit là d'une critique formulée par Monsieur Mathias LAY-DUFANT. Il estime, en effet, qu'une des raisons de l'échec de l'obligation d'information ressort de la conclusion selon laquelle il est d'erreur commune d'« *oublier que les sujets de droit ne pensent pas forcément comme le juriste – ou l'économiste – pourrait le souhaiter. En particulier, les créanciers d'information ne sont pas forcément intéressés par les informations que le législateur, le juge ou la doctrine estiment utiles pour eux* » : **M. LAY-DUFFANT**, *Critique de la notion d'obligation – Étude de droit civil français*, B. THULLIER (dir.), th. dactyl., Université de Paris-Nanterre, 2021, n°4, p. 3.

[1496] **M. MEKKI**, « Fiche pratique sur le clair-obscur de l'obligation précontractuelle d'information », *in Gaz. Pal.*, 2016, n°14, p. 15. *Adde*. **M. MEKKI**, « Réforme des contrats et des obligations : l'obligation précontractuelle d'information », *in JCP N.*, 2016, n°43-44, act. 1155, p. 5.

[1497] **C. OUERDANE-AUBERT DE VINCELLES**, *Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles,* Y. LEQUETTE (préf.), vol. 19, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, Dalloz, 2002, n°6, p. 11 : « *D'un côté, le droit commun est fondé sur une vision volontariste du contrat, manifestée par le consensualisme et l'exclusion de la lésion, ce qui conduit le juge à ne s'intéresser à l'équilibre contractuel qu'au travers des vices du consentement* ».

[1498] V. en ce sens : **C. OUERDANE-AUBERT DE VINCELLES**, *Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles,* Y. LEQUETTE (préf.), vol. 19, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, Dalloz, 2002, n°17,

postérieure à sa conclusion, en présence d'un défaut d'information. Le consentement éclairé doit, en effet, être rapproché de l'information, puisqu'un « *consentement éclairé est un consentement donné en connaissance de cause, c'est-à-dire avec une information complète et non pas lacunaire* »[1499]. Le consentement peut également être rapproché de l'information, puisque le manquement au devoir d'information peut être sanctionné au titre des vices du consentement, tel que le prévoit l'article 1112-1 du Code civil *in fine*[1500]. Bien que rarement envisagés sous cet aspect, le dol[1501] et l'erreur sont des vices du consentement à rapprocher d'un défaut ou d'une manipulation d'information[1502]. En ce sens, Monsieur Frédéric ROUVIÈRE, se fondant sur les travaux de l'analyse économique du droit, tente d'apporter une vision nouvelle des vices du consentement, classiquement envisagée sous le seul angle volontariste[1503]. L'auteur remet en perspective l'analyse classique et volontariste de la théorie des vices du consentement au regard d'une analyse économique sous le prisme de l'information. L'information est alors au cœur de l'appréciation judiciaire de la caractérisation d'un vice du consentement, à savoir l'erreur et le dol. Sous l'angle de l'équilibre informationnel, seuls le dol et l'erreur peuvent être envisagés[1504]. Ces deux derniers vices sont alors la résultante d'une information lacunaire et incomplète, n'ayant pas permis au contractant de conclure le contrat en pleine connaissance de cause, et par voie de conséquence, ne lui ayant pas permis de conclure un contrat en accord avec ses propres intérêts. Comme évoqué précédemment, l'équilibre contractuel découle du respect des intérêts privés au contrat. Or, un contrat vicié « *ne peut*

pp. 29-31 : « *Ce n'est que parce que le consentement d'un contractant – prolongement de sa volonté – n'a pas été libre, ou parce qu'il n'a pas été conscient des conséquences de son engagement, que l'intervention du juge est permise dans l'équilibre contractuel* » (n°17, p. 30). « *Mais une fois cet engagement pris, librement et consciemment, l'équilibre du contrat n'appartient plus qu'aux parties sans que le juge ait à s'inquiéter de l'existence réelle et objective d'un équilibre : il est alors du ressort de la responsabilité des contractants* » (n°17, p. 31).

[1499] **F. ROUVIÈRE**, « L'analyse économique des vices du consentement : une nouvelle vision d'une théorie classique », *in RRJ – Cahiers de méthodologie juridique*, 2008-5, p. 2485, spéc. n°11, p. 2492.

[1500] C. civ., art. 1112-1, al. 6 : « *Outre la responsabilité de celui qui n'était tenu, le manquement à ce devoir d'information peut entraîner l'annulation du contrat dans les conditions prévues aux articles 1130 et suivants* ».

[1501] Le dol sera plus spécifiquement envisagé dans le cadre de l'appréhension des comportements opportunistes par les mécanismes informationnels.

[1502] **M. FABRE-MAGNAN**, *De l'obligation d'information dans les contrats – Essai d'une théorie,* J. GHESTIN (préf.), t. 221, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 1992, n°346, p. 278 : « *Les vices du consentement permettent, par excellence, de sanctionner la violation d'une obligation d'information ayant une incidence sur le consentement d'un contractant* ».

[1503] **F. ROUVIÈRE**, « L'analyse économique des vices du consentement : une nouvelle vision d'une théorie classique », *in RRJ – Cahiers de méthodologie juridique*, 2008-5, p. 2485.

[1504] **F. ROUVIÈRE**, « L'analyse économique des vices du consentement : une nouvelle vision d'une théorie classique », *in RRJ – Cahiers de méthodologie juridique*, 2008-5, p. 2485, spéc. n°8, p. 2489 : Selon Monsieur Frédéric ROUVIÈRE, l'information constitue le paradigme de l'erreur et du dol.

pleinement satisfaire le contractant »[1505], c'est en ce sens que les vices du consentement permettent une protection de l'équilibre qui ne serait pas respecté. Il peut être incongru de lier les vices du consentement à l'objectif poursuivi d'équilibre contractuel. Si les vices du consentement ne doivent pas être réduits à la seule fonction de poursuivre l'équilibre contractuel, l'existence d'un consentement vicié l'impact nécessairement. L'intérêt de la partie dont le consentement est vicié n'est pas satisfait, soit en raison d'une erreur – excusable – de sa part, soit en raison du comportement dolosif de la part de son cocontractant.

Dans le cadre de l'erreur[1506], il s'agit de manière générale d'une fausse représentation de la réalité de la part de celui qui se méprend. Elle se définit comme « *une discordance entre la croyance de l'une des parties et la réalité* »[1507]. Cette discordance prend alors sa source dans un défaut d'information[1508]. Autrement dit, la connaissance de la réalité permettrait alors d'éviter toute erreur de la part du contractant, « *l'information guérit l'erreur* »[1509]. Cela ne signifie pas pour autant que l'erreur est nécessairement la conséquence d'une violation du devoir d'information[1510], tant s'en faut. Toutefois, si l'erreur est commise par l'*errans*, c'est en raison d'une vision lacunaire des informations touchant un élément du contrat conclu. L'erreur, entendue comme un vice du consentement, permet alors, de manière curative, de protéger le consentement des parties au contrat, parties ayant la possibilité de demander la nullité du contrat. En raison du principe de sécurité juridique, toutes les erreurs ne doivent pas être

[1505] **F. ROUVIÈRE**, « L'analyse économique des vices du consentement : une nouvelle vision d'une théorie classique », *in RRJ – Cahiers de méthodologie juridique*, 2008-5, p. 2485, spéc. n°2, p. 2485.

[1506] L'erreur est ici entendue comme l'erreur pouvant permettre une prise en compte juridique, il s'agit de l'erreur excusable. Il est entendu que toutes les erreurs ne doivent être constitutive d'un vice du consentement. À défaut d'erreur excusable, l'erreur est inexcusable et relève de la responsabilité de son auteur. Sa faute ne saurait remettre en question le contrat.

[1507] **J. GHESTIN, G. LOISEAU, Y.-M. SERINET**, *Traité de droit civil – La formation du contrat,* t. 1, *Le contrat – Le consentement,* 4ème éd., LGDJ, 2013, n°1111, p. 878.

[1508] **P.-E. AUDIT**, « De quelques enseignements de l'analyse comportementale du droit en matière d'information du contractant », *in RTD Civ.*, 2021, p. 545 : « *Admettre que le vice de l'erreur (et accessoirement le dol) puisse conduire à l'annulation du contrat revient en effet à considérer que le contractant ne disposait pas de certaines informations pertinentes et essentielles pour apprécier correctement l'opportunité de conclure le contrat* ».

[1509] **Y. PICOD**, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, G. COUTURIER (préf.), t. 208, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 1989, n°94, p. 111.

[1510] En ce sens, Madame Muriel FABRE-MAGNAN démontre qu'il est inadéquat d'envisager l'erreur sous le seul prisme d'une violation de l'obligation d'information : **M. FABRE-MAGNAN**, *De l'obligation d'information dans les contrats – Essai d'une théorie,* J. GHESTIN (préf.), t. 221, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 1992, n°350, p. 281. *Adde*. **J.-P. CHAZAL**, *De la puissance économique en droit des obligations,* D. LEFÈBVRE (dir.), t. 1, th. dactyl., Université de Grenoble II, 1996, nos 268 et s., p. 199 et s.

susceptibles de fonder une nullité du contrat[1511]. Dans le cadre du dol, il est couramment admis que la rétention ou la manipulation volontaires d'informations sont sanctionnées par la nullité.

Au titre des mécanismes informationnels permettant la protection du consentement, il est également possible d'envisager la garantie des vices cachés[1512]. Cette garantie oblige le vendeur à « *délivrer un bien apte à l'usage auquel on le destine* »[1513]. Cette obligation se situe dans le prolongement d'une obligation d'information, en ce sens, que l'acheteur ne pourra prétendre à cette action en garantie des vices cachés, si le vendeur ne l'a pas informé du vice et que l'acheteur n'avait pu en avoir connaissance par une certaine diligence de sa part[1514]. Dans cette optique, le droit permet au contractant victime d'un vice caché d'obtenir la résolution du contrat ou une réduction du prix. Les mécanismes informationnels permettent ainsi une protection du consentement des cocontractants dès lors que leur consentement n'était pas suffisamment éclairé. D'autres mécanismes pourraient être envisagés afin d'assurer la pérennité contractuelle.

289. La visée pérenne de la protection de l'exécution du contrat. – Si le droit commun des contrats ne contient pas à proprement parler de devoir d'information, il semble toutefois que la jurisprudence puisse continuer d'imposer des obligations contractuelles d'information permettant d'assurer la bonne exécution du contrat, notamment pour les conventions de longue durée, en se fondant sur l'article 1194 du Code civil, et notamment sur la notion d'équité[1515], ou encore sur l'article 1103 du Code civil et la notion de bonne foi[1516]. Toutefois, selon le fondement utilisé, l'information aurait une nature extracontractuelle, car fondée sur la bonne foi, ou une nature contractuelle, car fondée sur les obligations issues des suites que leur donnent l'équité, l'usage et la loi. Dans cette perspective, il s'agit d'inciter les contractants à divulguer des informations qui permettraient à son cocontractant d'adopter le comportement adéquat lors de l'exécution du contrat. Les mécanismes informationnels ont donc vocation de protéger le consentement des parties et l'exécution du contrat. Pour qu'ils soient pleinement efficaces, il est nécessaire d'envisager les modalités attachées à la transmission de l'information.

[1511] *Cf infra* n°293.

[1512] C. civ., art. 1641 et s.

[1513] **F. COLLART DUTILLEUL, Ph. DELEBECQUE, C.-E. BUCHER**, *Contrats civils et commerciaux*, 12ème éd., coll. Précis, Dalloz, 2023, n°253, p. 272.

[1514] V. en ce sens : **F. COLLART DUTILLEUL, Ph. DELEBECQUE, C.-E. BUCHER**, *Contrats civils et commerciaux*, 12ème éd., coll. Précis, Dalloz, 2023, n°253, p. 272.

[1515] **M. FABRE-MAGNAN**, « Le devoir d'information dans les contrats : essai de tableau général après la réforme », *in JCP G.*, 2016, n°25, p. 1218.

[1516] **R. BOFFA**, V° « Obligation d'information », *in Dictionnaire du contrat,* D. MAZEAUD, R. BOFFA, N. BLANC (dir.), coll. Les dictionnaires LGDJ, LGDJ, 2018, n°183, pp. 771-772.

290. Les modalités attachées aux mécanismes informationnels. – S'agissant des modalités de transmission de l'information, il ne semble que rien ne soit prévu. Autrement dit, la question qui se pose est de savoir si le détenteur de l'information est subordonné à quelque modalité que ce soit pour transmettre l'information, ou sa seule transmission suffit à l'accomplissement de son devoir. Plus généralement, concernant la nature du devoir d'information, Madame Muriel FABRE-MAGNAN estimait dans sa thèse que « *l'obligation d'information comprend en réalité deux obligations : d'une part, une obligation de résultat – celle de transmettre une information au créancier – et, d'autre part une obligation de moyens – celle d'utiliser des modalités adéquates de transmission de l'information de sorte que le destinataire la reçoive et la comprenne* »[1517]. En d'autres termes, si la transmission de l'information semble être une obligation de résultat, les modalités de transfert permettant la compréhension, finalement l'efficacité, de l'information ne demeure qu'une obligation de moyens. Quand bien même elle ne serait qu'une obligation de moyens, le détenteur de l'information doit employer tous les moyens possibles afin que cette information soit comprise par le destinataire. Plus spécifiquement, s'agissant du devoir d'information précontractuelle, la question de l'intelligibilité de l'information devrait être prise en compte dans l'appréciation des juges[1518]. Ces derniers semblent d'ailleurs attentifs à l'intelligibilité de cette information[1519]. L'intelligibilité *et* la compréhension de l'information participent à l'efficacité du mécanisme. Admettre la seule transmission de l'information reviendrait seulement pour détenteur de l'information à se libérer de son devoir et ainsi transmettre la charge des risques à son cocontractant, lui empêchant d'invoquer une « *exception d'ignorance légitime* » devant un juge[1520]. Pour s'assurer de la meilleure efficacité de l'information transmise, il est donc

[1517] **M. FABRE-MAGNAN**, *De l'obligation d'information dans les contrats – Essai d'une théorie,* J. GHESTIN (préf.), t. 221, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 1992, spéc. n°504, p. 409.

[1518] **P.-E. AUDIT**, « De quelques enseignements de l'analyse comportementale du droit en matière d'information du contractant », *in RTD Civ.*, 2021, p. 545 : « *Devrait à cet égard être considéré comme ayant failli à son obligation d'information celui qui fournit une information trop abondante, trop complexe, ou trop technique au regard des capacités de compréhension de son interlocuteur, quand bien même elle serait exacte* ».

[1519] **M. FABRE-MAGNAN**, *De l'obligation d'information dans les contrats – Essai d'une théorie,* J. GHESTIN (préf.), t. 221, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 1992, spéc. n°525, p. 420 : « *Les juges vérifient donc, dans tous les cas , que l'information a non seulement été transmise, mais encore qu'elle était compréhensible par son destinataire* ».

[1520] **M. LAY-DUFFANT**, *Critique de la notion d'obligation – Étude de droit civil français*, B. THULLIER (dir.), th. dactyl., Université de Paris-Nanterre, 2021, n^{os} 592 et s., p. 535 et s. : l'auteur assigne deux fonctions à l'obligation d'information. La première fonction est la fonction informative qui n'est, selon lui, qu'une fonction secondaire. La seconde fonction est la fonction d'imputation. Autrement dit, dès lors que le détenteur de l'information s'acquitte de son obligation, il transfert les risques sur le destinataire de l'information. Cette fonction « *consiste ainsi à empêcher l'application d'un mécanisme que nous appellerons ci-après une exception d'ignorance légitime* » (spéc. n°593, p. 537). *Adde*. **H. BARBIER**, *La liberté de prendre des risques,* J. MESTRE (préf.), coll. Institut de Droit des Affaires, PUAM, 2011, n^{os} 381 et s., p. 352 et s.

nécessaire de doubler cette obligation de résultat, d'une obligation de moyens consistant en la compréhension de l'information par son destinataire. Dans certaines circonstances, les mécanismes informationnels doivent également revêtir une forme.

291. Le formalisme, une forme de protection. – L'instauration d'une forme dans certains contrats doit également être relevée au titre de l'information, permettant la protection du cocontractant[1521]. En droit français, il semble qu'il y ait un regain de formalisme en droit des contrats[1522]. Traditionnellement opposé au consensualisme[1523], il est néanmoins réducteur de ne l'apprécier que sous cet angle[1524]. En effet, le formalisme est difficilement appréhendable de manière unitaire à tel point, qu'un auteur a insisté sur le fait qu'il « *convient de parler, non du formalisme, mais des formalismes* »[1525]. Il en ressort tout de même que le formalisme est une méthode de diffusion de l'information[1526], mais disposant de plusieurs finalités, selon le mécanisme en cause. Le formalisme peut, comme l'a mentionné Jacques FLOUR, permettre d'« *attirer l'attention des parties par l'insertion, à l'acte, de mentions théoriquement superflues* », mais également de « *protéger les tiers par une publicité* », ou encore « *obtenir*

[1521] **L. AYNÈS**, « Formalisme et prévention », *in Le droit du crédit au consommateur*, I. FADLALLAH (dir.), Litec, 1982, p. 63 ; **G. COUTURIER**, « Les finalités et les sanctions du formalisme », *in Defrénois,* 2000, n°15-16, p. 880 ; **C. OUERDANE-AUBERT DE VINCELLES**, *Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles,* Y. LEQUETTE (préf.), vol. 19, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, Dalloz, 2002, n°215, pp.183-184 ; **Ph. SIMLER**, « Un peu de formalisme protège, trop de formalisme opprime et spolie – L'exemple de l'article 22-2 de la loi du 6 juillet 1989 », *in Mélanges en l'honneur de Georges Wiederkehr – De code en code*, coll. Études, mélanges et travaux, Dalloz, 2009, p. 253.

[1522] **X. LAGARDE**, « Observations critiques sur la renaissance du formalisme », *in JCP G.*, 1999, n°40, I, p. 170 ; **F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, et *al.***, *Droit civil – Les obligations*, 13ème éd., coll. Précis, Dalloz, 2022, nos 205 et s., p. 224 et s. (s'agissant des contrats solennels) et n°340, p. 379 (s'agissant du formalisme informatif).

[1523] V. not. **A. BÉNABENT**, *Droit des obligations,* 19ème éd., coll. Précis Domat, LGDJ, 2021, n°117, p. 113 ; **M. FABRE-MAGNAN**, *Droit des obligations – Contrat et engagement unilatéral*, 7ème éd., coll. Thémis, PUF, 2024, n°317, p. 267 ; **J. FLOUR, J.-L. AUBERT, É. SAVAUX**, *Droit civil – Les obligations – L'acte juridique*, 18ème éd., coll. Université, Dalloz, 2024, n°577, p. 754 ; **J. GHESTIN, G. LOISEAU, Y.-M. SERINET**, *Traité de droit civil – La formation du contrat,* t. 1, *Le contrat – Le consentement,* 4ème éd., LGDJ, 2013, nos 896 et s., p. 661 et s. ; **D. HOUTCIEFF**, *Droit des contrats*, 9ème éd., coll. Paradigme, Bruylant, 2024, nos 113 et s., p. 126 et s. ; **Ch. LARROUMET, S. BROS**, *Traité de droit civil,* t. 3, *Les obligations – Le contrat*, 9ème éd., coll. Corpus droit privé, Économica, 2018, nos 467 et s., p. 431 et s. ; **Ph. MALINVAUD, M. MEKKI, J.-B. SEUBE**, *Droit des obligations*, 17ème éd., coll. Manuels, LexisNexis, 2023, n°381, p. 355 ; **F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, et *al.***, *Droit civil – Les obligations*, 13ème éd., coll. Précis, Dalloz, 2022, n°195, p. 217.

[1524] **Y. JEANCLOS**, « Formalisme et consensualisme : la sempiternelle querelle du droit des contrats », *in Hommage à Gérard Boulvert*, Éditions de l'université de Nice, 1987, p. 333 ; **É. CHARPENTIER**, « Un paradoxe de la théorie du contrat : l'opposition formalisme/consensualisme », *in Les cahiers de Droit*, 2002, vol. 43, n°2, p. 275.

[1525] **F. LUCET**, « Consensualisme et formalisme », *in RJ Com.*, 1995, n° spécial, p. 42, spéc. p. 43. *Adde*. **J. FLOUR**, « Quelques remarques sur l'évolution du formalisme », *in Le droit privé français au milieu du XXe siècle – Études offertes à Georges Ripert*, t. 1, LGDJ, p. 93, spéc. n°11, p. 104 ; **G. COUTURIER**, « Les finalités et les sanctions du formalisme », *in Defrénois,* 2000, n°15-16, p. 880 ; **J.-L. AUBERT**, « Le formalisme (Rapport de synthèse) », *in Defrénois,* 2000, n°15-16, p. 931.

[1526] **F. LUCET**, « Consensualisme et formalisme », *in RJ Com.*, 1995, n° spécial, p. 42, spéc. p. 43 : *« Le formalisme serait source d'information et de réflexion* ».

sécurité et rapidité par l'emploi de titres stéréotypés constatant des contrats usuels »[1527]. Bien qu'ayant plusieurs finalités, celle relative à la protection du consentement reste la plus envisagée dans les différents écrits portant sur le formalisme[1528]. Le formalisme a « *vocation à éveiller la conscience juridique, à attirer l'attention des parties sur ce qu'elles s'apprêtent à faire* »[1529]. Il permet finalement de mettre en avant, parfois au sens littéral[1530], les informations déterminantes permettant de faire prendre conscience aux parties, la valeur de l'engagement envisagé. À titre d'exemple, la donation prévoit un formalisme au titre de la validité[1531], notamment pour « *éviter que ces contrats soient conclus sans réflexion de la part du donateur, et de les protéger contre toute pression extérieure* »[1532].

En outre, il est des situations dans lesquelles le droit positif prévoit des mécanismes intégrant une exigence de formalisme à visée informative. L'objet n'est alors pas nécessairement d'intégrer dans le champ contractuel une condition de validité[1533], mais principalement d'informer le cocontractant : « *Le contrat informe sur le contrat !* »[1534]. Essentiellement issu des droits spéciaux, notamment en droit des assurances ou encore en droit bancaire, le formalisme intègre alors le contenu contractuel permettant de diffuser des informations estimées élémentaires et devant être portées à la connaissance du cocontractant. Le formalisme informatif reflète « *le résultat d'une expansion constante du formalisme de protection* »[1535]. Protecteur, le formalisme permet aux parties de prendre conscience de la portée

[1527] **J. FLOUR**, « Quelques remarques sur l'évolution du formalisme », *in Le droit privé français au milieu du XX^e siècle – Études offertes à Georges Ripert*, t. 1, LGDJ, p. 93, spéc. n°11, p. 104.

[1528] V. en ce sens : **G. COUTURIER**, « Les finalités et les sanctions du formalisme », *in Defrénois,* 2000, n°15-16, p. 880 : « *Selon leur présentation la plus habituelle et la plus élémentaire, les exigences de solennité auxquelles sont soumis certains actes sont des précautions prises en vue de parvenir, autant que possible, à ce que le consentement des parties soit réfléchi et donné en toute connaissance de cause* » (nous soulignons).

[1529] **V. FORRAY**, *Le consensualisme dans la théorie générale du contrat*, t. 480, G. PIGNARRE (préf.), coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2007, n°38, p.33.

[1530] Par exemple : art. L.112-4 C. assur. prévoit, en matière d'assurance, que certaines informations doivent apparaître « *en caractères très apparents* ».

[1531] C. civ., art. 931 : « *Tous actes portant donation entre vifs seront passés devant notaires dans la forme ordinaire des contrats ; et il en restera minute, sous peine de nullité* ».

[1532] **J. FLOUR**, « Quelques remarques sur l'évolution du formalisme », *in Le droit privé français au milieu du XX^e siècle – Études offertes à Georges Ripert*, t. 1, LGDJ, p. 93, spéc. n°5, pp. 96-97. Comp. **G. BONNET**, « Pour un formalisme raisonné des donations », *in Le formalisme – Sources et technique en droit privé positif*, N. LAURENT-BONNE, S. TISSEYRE (dir.), coll. Contextes, LGDJ, 2017, p. 55, spéc. p. 57 : L'auteur évoque « *le mouvement de désolennisation des libéralités* ».

[1533] C'est en ce sens qu'est traditionnellement comprise la notion de formalisme, « *il désigne ainsi l'ensemble des règles qui suspendent la validité d'un contrat au respect d'une formalité quelconque* ». Il s'oppose ainsi au consensualisme : **N. DISSAUX**, V° « Formalisme », *in Dictionnaire du contrat,* D. MAZEAUD, R. BOFFA, N. BLANC (dir.), coll. Les dictionnaires LGDJ, LGDJ, 2018, n°140, p. 601.

[1534] **N. MOLFESSIS**, « De l'obligation de renseignement à l'éducation juridique du contractant », *in Mélanges en l'honneur du professeur Jean Hauser*, coll. Mélanges, LexisNexis, 2012, p. 927, spéc. n°12, p. 933.

[1535] **J.-L. AUBERT**, « Le formalisme (Rapport de synthèse) », *in Defrénois,* 2000, n°15-16, p. 931.

de leur engagement et d'évaluer ainsi l'adéquation de l'acte avec ses propres intérêts au contrat. En outre, le formalisme a une vocation essentiellement préventive, permettant d'éviter tout engagement non réfléchi de la part des contractants[1536]. Enfin, le formalisme peut également s'apparenter à une notification permettant de porter à la connaissance du contractant une décision prise par son partenaire contractuel ou la mise en demeure, « *l'interpellation par laquelle un créancier informe son débiteur de sa volonté de recouvrer sa créance* »[1537]. L'ajout d'une forme dans le cadre de la transmission d'informations permet ainsi de renforcer la protection apportée.

En tout état de cause, s'il existe des mécanismes encourageant ou sanctionnant la transmission des informations entre les parties au contrat, il n'en demeure pas moins que pour éviter tout comportement opportuniste de part et d'autre, il est nécessaire d'encadrer ces mécanismes.

2. L'influence des mécanismes informationnels sur les comportements opportunistes

292. La régulation de l'information en vue d'éviter les comportements opportunistes. – Une meilleure transparence permet ainsi de rétablir l'équilibre informationnel au sein d'une relation, afin que les consentements au contrat soient éclairés et que le contrat permette de satisfaire les intérêts de chacun. L'équilibre informationnel participe à la finalité d'équilibre contractuel. S'il est en effet nécessaire d'encourager la diffusion des informations entre les cocontractants, cela ne peut suffire. Le législateur tente ainsi d'encadrer l'information et pose une limite aux comportements opportunistes que pourraient adopter les parties au contrat. Peu importe qu'il s'agisse du détenteur de l'information ou du bénéficiaire, les deux protagonistes ne peuvent abuser de manière opportune de leur situation contractuelle.

293. Les éventuels comportements opportunistes du bénéficiaire d'une information. – Ces mécanismes encourageant la diffusion de l'information ne sont pas absolus, ainsi ils ne doivent pas permettre au bénéficiaire de cette dernière d'abuser de sa position.

[1536] **A. LEPAGE**, « Les paradoxes du formalisme informatif », *in Études de droit de la consommation – Liber amicorum Jean Calais-Auloy*, Dalloz, 2004, p. 597, spéc. n°3, p. 600 : « *Dans tous les cas, domine le souci d'une protection préventive* […] ».

[1537] **J.-F. HAMELIN**, « L'exercice des nouveaux pouvoirs unilatéraux des contractants », *in RDC*, 2018, n°3, p. 514.

À ce titre, le devoir d'information n'est pas absolu : « *si celui qui s'apprête à prendre une décision peut accéder par lui-même aux informations nécessaires à son choix, personne ne lui doit d'information ; en revanche, s'il est dans l'impossibilité technique ou économique d'y accéder et qu'un tiers impliqué par le choix à faire dispose des informations nécessaires, alors ce dernier lui doit information* »[1538]. En d'autres termes, il pèse sur les contractants une sorte d'obligation de se renseigner. Ainsi, le contractant ne peut revendiquer une violation du devoir d'information s'il n'est pas dans une situation d'ignorance légitime[1539].

En matière d'erreur, il en est de même puisque seule l'erreur excusable est susceptible d'être prise en considération. *A contrario*, cela signifie que les juges doivent refuser d'accorder la nullité du contrat, dès lors que l'erreur est inexcusable[1540]. À cet égard, « *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* »[1541]. L'*errans* doit alors être en mesure de rapporter la preuve d'une erreur excusable, c'est-à-dire d'une erreur qui ne serait pas issue d'une faute ou négligence de sa part. L'appréciation de l'erreur se fait au regard du comportement de l'*errans* et de sa situation concrète, ce qui implique pour n'importe quelle partie au contrat « *de prendre les précautions élémentaires* »*,* et notamment le respect de son devoir de s'informer[1542]. Les contractants ne

---

[1538] **H. BARBIER**, *La liberté de prendre des risques,* J. MESTRE (préf.), coll. Institut de Droit des Affaires, PUAM, 2011, n°59, p. 80.

[1539] Cette condition d'ignorance légitime était déjà admise indirectement par la jurisprudence : V. not. Cass. Civ. 3ème, 20 nov. 1991, n°90-10.286, *Bull. civ*. III, 1991, n°284 : *JCP N*., 1992, II, n°18, p. 159 ; *RDI*, 1992, p. 69, obs. Ph. MALINVAUD, B. BOUBLI : « *Mais attendu que la cour d'appel, qui a retenu exactement que l'obligation de conseil ne s'appliquait pas aux faits qui sont de la connaissance de tous et relevé que M. Ratton, qui connaissait, en raison de sa profession, le coût des travaux d'aménagement d'une maison, savait que ses exigences nouvelles et changeantes, ainsi que de multiples adjonctions et transformations, entraîneraient une augmentation du coût des travaux, a légalement justifié sa décision de ce chef* ».

[1540] C. civ., art. 1132. *Adde*. La doctrine semble unanime sur ce point qu'il n'y a pas lieu d'annuler le contrat lorsque l'erreur est inexcusable : V. not. **A. BÉNABENT**, *Droit des obligations,* 19ème éd., coll. Précis Domat, LGDJ, 2021, n°100, p. 100 ; **M. FABRE-MAGNAN**, *Droit des obligations – Contrat et engagement unilatéral*, 7ème éd., coll. Thémis, PUF, 2024, n°542, p. 440 ; **J. FLOUR, J.-L. AUBERT, É. SAVAUX**, *Droit civil – Les obligations – L'acte juridique*, 18ème éd., coll. Université, Dalloz, 2024, n°383, pp. 510-511 ; **J. GHESTIN, G. LOISEAU, Y.-M. SERINET**, *Traité de droit civil – La formation du contrat,* t. 1, *Le contrat – Le consentement,* 4ème éd., LGDJ, 2013, nos 1222 et s., p. 999 et s. ; **D. HOUTCIEFF**, *Droit des contrats*, 9ème éd., coll. Paradigme, Bruylant, 2024, nos 262 et s., p. 281 et s. ; **Ch. LARROUMET, S. BROS**, *Traité de droit civil,* t. 3, *Les obligations – Le contrat*, 9ème éd., coll. Corpus droit privé, Économica, 2018, n°340, pp. 287-288 ; **Ph. MALINVAUD, M. MEKKI, J.-B. SEUBE**, *Droit des obligations*, 17ème éd., coll. Manuels, LexisNexis, 2023, n°201, p. 184 ; **F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, et *al.***, *Droit civil – Les obligations*, 13ème éd., coll. Précis, Dalloz, 2022, n°291, p. 326.

[1541] **J. GHESTIN, Y.-M. SERINET**, V° « Erreur », *in Rép. Civ.*, Dalloz, juillet 2017 (actu. fév. 2024), spéc. n°341.

[1542] **F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, et *al.***, *Droit civil – Les obligations*, 13ème éd., coll. Précis, Dalloz, 2022, n°291, p. 326. *Adde*. **P. JOURDAIN**, « Le devoir de "se" renseigner (contribution à l'étude de l'obligation de l'obligation de renseignements) », *in D.*, 1983, p. 139 ; **M.-N. CAPOGNE-CHARLES**, *De l'obligation de veiller à ses propres intérêts lors de la formation du contrat (Étude de droit positif),* J.-M. DE LA MOUTTE (dir), th. dactyl., Université de Toulouse, 1988, p. 249 et s.

doivent donc pas rester passifs et s'en tenir à leur connaissance. Selon GHESTIN, la sollicitation de l'annulation d'un contrat en invoquant une erreur dont on est responsable est un comportement de mauvaise foi[1543]. L'instauration de règles protectrices du consentement « *ne doit pas inciter les parties à une passive attente des renseignements donnés par l'autre, ni la conduire à l'acceptation latente et téméraire de la possibilité de se tromper en toute quiétude et sérénité* »[1544]. C'est ainsi qu'en général un refus de nullité sera observé par les juges. La doctrine a également envisagé que la responsabilité de l'*errans* pourrait être engagée dès lors qu'il obtient « *la nullité du contrat car son erreur n'était pas grossière,* […] *pour réparer le préjudice que l'autre partie subit du fait de la nullité* »[1545]. En effet, lorsque l'erreur ne trouve pas sa source dans une rétention d'information, mais qu'elle mène tout de même à la nullité du contrat, le cocontractant subit le prononcé de la nullité de ce dernier. Il pourrait être envisageable d'engager la responsabilité de l'*errans* afin d'indemniser son cocontractant dès lors qu'il subit un préjudice du fait de la nullité. Toutefois, cette dernière possibilité, bien qu'estimée envisageable, ne semble pas être une pratique courante dans les prétoires, si bien que « *les parties paraissent ne jamais conclure en ce sens* »[1546].

Enfin et dernier exemple, en matière de formalisme informatif, les juges du fond ont pu avoir des applications ostensiblement rigoureuses des règles de formalisme[1547]. La jurisprudence de la Cour de cassation, pour éviter tout effet d'aubaine, a créé un ensemble de règles destinées à ne pas sanctionner automatiquement le non-respect d'un formalisme[1548]. En

---

[1543] **J. GHESTIN**, *La notion d'erreur dans le droit positif actuel*, J. BOULANGER (dir.), LDGJ, 1962, n°87, p. 101 : « *C'est en effet faire preuve de mauvaise foi, que de solliciter l'annulation d'un contrat en invoquant une erreur dont on est responsable* ».

[1544] **M.-N. CAPOGNE-CHARLES**, *De l'obligation de veiller à ses propres intérêts lors de la formation du contrat (Étude de droit positif),* J.-M. DE LA MOUTTE (dir), th. dactyl., Université de Toulouse, 1988, pp. 250-251.

[1545] V. not. : **Y. LEQUETTE**, « Responsabilité civile *versus* vices sur consentement », *in Mélanges en l'honneur de Marie-Stéphane Payet – Au-delà des Codes*, coll. Études, mélanges et travaux, Dalloz, 2009, p. 363, spéc. n°4, p. 367.

[1546] V. sur ce point les exemples pris : **J. GHESTIN, G. LOISEAU, Y.-M. SERINET**, *Traité de droit civil – La formation du contrat,* t. 1, *Le contrat – Le consentement,* 4ème éd., LGDJ, 2013, n°1223, p. 1000.

[1547] V. en ce sens : **A. LEPAGE**, « Les paradoxes du formalisme informatif », *in Études de droit de la consommation – Liber amicorum Jean Calais-Auloy*, Dalloz, 2004 ; **Ph. SIMLER**, « Un peu de formalisme protège, trop de formalisme opprime et spolie – L'exemple de l'article 22-2 de la loi du 6 juillet 1989 », *in Mélanges en l'honneur de Georges Wiederkehr – De code en code*, coll. Études, mélanges et travaux, Dalloz, 2009, p. 253.

[1548] **H. BARBIER**, « Le formalisme informatif à l'épreuve des droits fondamentaux », *in RTD Civ.*, 2021, p. 120 : « *Chacun sait en effet que, lorsqu'il n'a pas été parfaitement observé, il est pour la partie dont il assure la protection une source bien commode d'évasion de ses obligations contractuelles. C'est la raison pour laquelle la Cour de cassation a fini par bâtir un ensemble de règles destinées à ne pas sanctionner automatiquement le non-respect d'un formalisme et à vérifier la réalité du trouble causé à la partie protégée par la loi* ». *Adde*. **Ph. SIMLER**, « Un peu de formalisme protège, trop de formalisme opprime et spolie – L'exemple de l'article 22-2 de la loi du 6 juillet 1989 », *in Mélanges en l'honneur de Georges Wiederkehr – De code en code*, coll. Études, mélanges et travaux, Dalloz, 2009, p. 253, spéc. p. 754.

particulier, il était question de savoir quel devait être le degré d'identité de la formule exigée. En effet, des décisions ont pu être rendues annulant un acte pour non-respect du formalisme, mais seulement parce que le formalisme ne respectait pas scrupuleusement et à la lettre ce qui était exigé. « *En découlait une application du formalisme au pied de la lettre et la sanction mécanique de toute inexactitude sans guère de souci de savoir si le contractant protégé par la loi avait réellement souffert de l'irrégularité relevée* »[1549]. À ce titre, la mention manuscrite, exigée à peine de nullité, a suscité un contentieux pléthorique[1550]. Certains juges du fond ont pu avoir une vision très stricte de la reproduction de la mention, dès lors que le formalisme n'était pas respecté à la lettre, et ont pu prononcer l'annulation du cautionnement pour vice de forme[1551]. Ainsi, les cautions n'ayant pas respecté à la lettre la mention manuscrite exigée pouvaient se prévaloir, sur fond de mauvaise foi, d'un défaut de formalisme et ainsi échapper à leurs obligations[1552]. Cette application du formalisme aveugle a heureusement pris fin avec des décisions de la Cour de cassation faisant une application raisonnée de la mention manuscrite[1553]. Ainsi, plutôt que de vérifier l'application à la lettre, les juges en sont revenus à l'objectif de cette formule et vérifient que la caution est consciente de son engagement, peu important que

[1549] **H. Barbier**, « Les nouvelles noces du formalise et du consentement : vers un formalisme raisonné », *in RTD Civ.*, 2017, p. 377.

[1550] V. en ce sens, pour une présentation de la jurisprudence : **M.-P. Dumont-Lefrand**, « Le formalisme du droit du cautionnement : proposition de réforme », *in Études en la mémoire de Philippe Neau-Leduc – Le juriste dans la cité*, coll. Mélanges, LGDJ, 2018, p. 437. *Adde*. **C. Bouix**, « Le juge face au formalisme légal : L'exemple du droit du cautionnement », *in RD banc. fin.*, 2013, n°2, étude 8.

[1551] V. not. CA Rennes, 22 janv. 2010, n°08/08806 : *JCP G.*, 2010, n°25, doctr. 708, spéc. n° 2, obs. P. Simler ; *JCP E.*, 2010, n°8, 1189, comm. P. Bouteiller : Les juges du fond ont annulé le cautionnement car les cautions avaient respectivement écrit la mention l'une à la suite de l'autre mais sans conclure la première phrase par un point, ni débuter la seconde par une majuscule, mais en les séparant d'une virgule. Cet arrêt a été cassé par les juges de la Cour de cassation (Cass. Com. 5 avr. 2011, n°10-16.426 : *D.*, 2012, p. 1573, obs. P. Crocq, *D.,* 2012, p. 1908, obs. D. R. Martin ; *RD banc. fin*., 2011, n°3, comm. 89, obs. D. Legeais ; *RDC*, 2011, p. 908, obs. D. Houtcieff ; *Lexbase Hebdo*, 2011, n°251, note G. Piette).

[1552] V. en ce sens : **C. Ouerdane-Aubert de Vincelles**, *Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles,* Y. Lequette (préf.), vol. 19, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, Dalloz, 2002, n°222, p. 188 : en évoquant l'automaticité de la nullité en matière de formalisme, l'auteure affirme qu'elle « *incite les contractants à la mauvaise foi. Un contractant souhaitant se désengager d'un contrat qui ne lui convient plus, peut se servir de la violation d'une simple règle de forme ou d'ordre public même si son consentement n'a été altéré en rien par cette omission, et sans que son cocontractant puisse se défendre en invoquant sa connaissance de l'information ou l'absence de préjudice* » ; **P. Crocq**, « Droit des sûretés », *in D.*, 2018, p. 1884 : « *un excès de littéralisme serait souvent une prime à la mauvaise foi de cautions souhaitant échapper facilement à leur engagement* » ; **A. Gouëzel**, *Le nouveau droit des sûretés – Commentaire article par article*, Dalloz, 2023, n°120, p. 67.

[1553] V. not. Cass. Com., 31 janv. 2017, n°15-15.890 : *CCC*, 2017, n°4, comm. 89, obs. S. Bernheim-Desvaux; *Rev. proc. coll*., 2017, n°2, comm. 29, obs. C. Gijbers ; *Banque et droit*, n°172, mars-avr. 2017, p. 78, obs. E. Netter ; *RTD civ.*, 2017, 377, obs. H. Barbier ; Cass. Com., 2 juin 2021, n°20-10.690 : *D.*, 2021, p. 1076 ; *D.*, 2021, p. 1879, obs. J.-J. Ansault et C. Gijsbers ; *Rev. prat. rec*., 2021, p. 19, chron. O. Salati ; *RTD civ.,* 2021, p. 689, obs. C. Gijsbers : « *En statuant ainsi, alors que, le cautionnement étant un contrat unilatéral, un seul original était requis et que M. [A] ne contestait pas avoir écrit de sa main les mentions conformes aux prescriptions légales sur l'exemplaire original détenu par le créancier, la cour d'appel a violé le texte susvisé* » ;

la formule ne respecte pas à la lettre celle exigée par la loi. En outre, la réforme du droit des sûretés[1554] va également en ce sens en ne prévoyant plus de formule spécifique, mais seulement que « […] *la caution personne physique appose elle-même la mention qu'elle s'engage en qualité de caution à payer au créancier ce que lui doit le débiteur en cas de défaillance de celui-ci, dans la limite d'un montant en principal et accessoires exprimé en toutes lettres et en chiffres* »[1555]. Il n'est donc plus question de formule sacramentelle, ni même d'une obligation de mention manuscrite. Cette nouvelle rédaction permettra d'éviter tout contentieux faisant une application aveugle des textes du formalisme en matière de cautionnement. L'objectif reste toutefois le même, celui de faire prendre conscience à la caution de la portée de son engagement qui ne constitue pas seulement « *un engagement moral destiné à donner un coup de pouce à un ami* »[1556], mais de son obligation à la dette en cas de défaillance du créancier principal[1557]. La jurisprudence tente ainsi de lutter contre l'application du formalisme aveugle qui permettrait à un créancier d'échapper à ses obligations. Toutefois, le juste milieu semble difficile à atteindre, puisqu'elle a pu considérer que l'exécution du contrat ne respectant pas le formalisme entraînait une sorte de confirmation de la part du contractant[1558]. Cette jurisprudence a pu être critiquée pour son aspect péremptoire[1559], les juges du fond ayant également affiché une résistance vis-à-vis de cette solution[1560]. Certes, les juges n'appliquent pas un formalisme aveugle, mais

[1554] Ordonnance n°2021-1192 du 15 septembre 2021 abrogeant les articles L. 314-15, L. 314-16, L. 331-1 et L. 331-2 du Code de la consommation, et a intégrant les mentions à l'article 2297 du Code civil.

[1555] C. civ., art. 2297 al. 1er.

[1556] **A. CERCLES**, « La mention manuscrite du Code de la consommation : une protection de la caution source de contentieux », *in RD banc. fin.*, 2012, n°5, doss. 39, spéc. n°1.

[1557] **A. GOUËZEL**, *Le nouveau droit des sûretés – Commentaire article par article*, Dalloz, 2023, n°119, p. 67.

[1558] V. not. Cass. Civ. 1ère, 9 déc. 2020, n°18-25.686 : *D.*, 2021, p. 483, chron. X. SERRIER, S. ROBIN-RASCHEL, S. VITSE, et *al.* ; *LEDC*, 2021, n°2, p. 5, obs. O. ROBIN-SABARD ; *Gaz. Pal.*, 2021, n°13, p. 31, note S. PIÉDELIÈVRE ; *CCC*, 2021, n°2, comm. 32, com. S. BERNHEIM-DESVAUX ; *JCP E.*, 2021, n°3, 1032 : « *10. Pour rejeter la demande en nullité du contrat de fourniture et d'installation, après avoir constaté que le formulaire de rétractation n'était pas conforme aux exigences des articles R. 121-4 et R. 121-6 du code de la consommation, l'arrêt retient qu'ayant pris connaissance des articles L. 121-23 à L. 121-24 du même code reproduits dans le bon de commande, les emprunteurs ne pouvaient ignorer les causes de nullité qui affectaient le contrat principal, de sorte qu'en poursuivant volontairement son exécution sans formuler aucune réserve, ceux-ci avaient entendu le confirmer* ». *Adde*. Cass. Civ. 1ère, 8 sept. 2021, n°19-18.453 : *RTD com.*, 2021, p. 899, obs. B. BOULOC ; *CCC*, 2021, n°12, comm. 190, com. S. BERNHEIM-DESVAUX ; Cass. Civ. 1ère, 31 août 2022, n°21-12.968 : *RTD civ.*, 2022, p. 879, obs. H. BARBIER ; *RDC*, 2023, n°1, p. 13, note M. LATINA ; *LEDC*, 2022, n°9, p. 6, obs. M. LATINA, *JCP E*, 2022, n°50, 1407, com. L. FÉRIEL ; *CCC*, 2022, n°10, comm. 161, com. S. BERNHEIM-DESVAUX ; *JCP G.*, 2022, n°37, act. 1019, note J. LASSERRE CAPDEVILLE.

[1559] V. en ce sens : **M. LATINA**, « Le regrettable assouplissement des conditions de la confirmation tacite », *in RDC*, 2023, n°1, p. 13 ; **L. FÉRIEL**, « Panneaux photovoltaïques : le consommateur est présumé connaître les vices du bon de commande reproduisant les dispositions du Code de la consommation », *in JCP E.*, 2022, n°50, 1407, p. 41 ; **H. BARBIER**, « Heureux revirement en matière de confirmation d'un acte nul », *in RTD Civ.*, 2024, p. 387.

[1560] V. not. CA, Dijon, Ch. Civ., 22 sept. 2022, n° 19/01598 ; CA, Paris, 22 sept. 2022, n° 20/07564 ; CA, Riom, Ch. com., 21 sept. 2022, n° 21/00093.

établissent une sorte de présomption de connaissance des informations dès lors que le contrat est exécuté par le contractant. Cette solution revient à l'exact contraire que le formalisme aveugle. Si l'application du formalisme aveugle peut entraîner des abus de la part des bénéficiaires de l'information, le contraire est exact aussi. En faisant une application de la sorte, les juges permettaient aux détenteurs de l'information de l'intégrer à la légère dans le contrat, puisque l'exécution du contrat entraînait une confirmation empêchant tout recours pour non-respect du formalisme obligatoire. Un récent et « *heureux* »[1561] revirement de jurisprudence permet de mettre fin à cet automatisme. Désormais, l'appréciation de la connaissance du vice ne sera plus effectuée *in abstracto*, mais *in concreto*, permettant de ne pas automatiser la confirmation de l'acte par les contractants. En matière de formalisme, l'appréciation de sa régularité soulève donc des difficultés. Il faut donc trouver un juste milieu pour éviter l'application d'un formalisme aveugle ou au contraire, un formalisme allégé. L'objectif étant alors de respecter la finalité du formalisme, à savoir l'information, et éviter tout comportement opportuniste qui pourrait être adopté par l'un ou l'autre des contractants.

294. La fonction d'imputation de l'obligation d'information. – Plusieurs auteurs ont mis en avant que « *l'obligation d'information poursuit une fonction d'imputation de la charge d'un risque à son destinataire* »[1562]. Cette fonction consiste à « *priver le destinataire de la communication de la possibilité de se prévaloir de son ignorance légitime pour obtenir un effet de droit favorable* »[1563]. Dès lors que le détenteur de l'information s'est acquitté correctement de son devoir, le destinataire de l'information, ne peut en principe former aucun recours à son encontre. Ce mécanisme permet une certaine protection pour éviter tout opportunisme dans la saisie d'un juge. Tel est le cas par exemple d'un maître de l'ouvrage informé d'un risque consécutif à la construction qu'il convoite. S'il persiste dans la poursuite de l'ouvrage, il ne pourra pas opposer la réalisation du risque au maître d'œuvre[1564]. Cette fonction d'imputation

Pour une analyse plus développée : **L. FÉRIEL**, « Panneaux photovoltaïques : le consommateur est présumé connaître les vices du bon de commande reproduisant les dispositions du Code de la consommation », *in JCP E.*, 2022, n°50, 1407, p. 41.

[1561] Pour reprendre les termes employés par Monsieur Hugo BARBIER : **H. BARBIER**, « Heureux revirement en matière de confirmation d'un acte nul », *in RTD Civ.*, 2024, p. 387.

[1562] **M. LAY-DUFFANT**, *Critique de la notion d'obligation – Étude de droit civil français*, B. THULLIER (dir.), th. dactyl., Université de Paris-Nanterre, 2021, n°592, p. 535. *Adde*. **M.-A. FRISON-ROCHE**, « Le droit d'accès à l'information, ou le nouvel équilibre de la propriété », *in Études offertes à Pierre Catala, Le droit privé français à la fin du XX^e siècle*, coll. Mélanges, Litec, 2001, p. 759, spéc. p. 769 ; **H. BARBIER**, *La liberté de prendre des risques,* J. MESTRE (préf.), coll. Institut de Droit des Affaires, PUAM, 2011, n^os 381 et s., p. 352 et s.

[1563] **M. LAY-DUFFANT**, *Critique de la notion d'obligation – Étude de droit civil français*, B. THULLIER (dir.), th. dactyl., Université de Paris-Nanterre, 2021, n°593, p. 537.

[1564] Cet exemple est tiré de la thèse de Monsieur Hugo BARBIER : **H. BARBIER**, *La liberté de prendre des risques,* J. MESTRE (préf.), coll. Institut de Droit des Affaires, PUAM, 2011, n°382, pp. 353-354.

permet ainsi de protéger l'informateur qui s'est acquitté, en bon et due forme, de son devoir d'information.

295. Une information raisonnée. – Le contractant bénéficiaire de l'information ne peut en aucun cas se prévaloir de sa propre faute et une certaine exigence de diligence de sa part, peu important sa qualité, est attendue[1565]. Il ne doit pas rester dans sa propre ignorance, s'il lui est permis d'y remédier et s'il peut avoir accès à l'information nécessaire par ses propres moyens. Les mécanismes protecteurs en faveur des bénéficiaires d'une information ne les dispensent pas de faire preuve de précautions et de vigilance. En outre, une fois l'information transmise, le destinataire de l'information ne doit plus être en mesure d'opposer son « *exception d'ignorance légitime* »[1566] devant un juge.

296. Les éventuels comportements opportunistes du détenteur de l'information. – Le détenteur de l'information voit également son comportement régulé pour éviter, autant que faire se peut, tout opportunisme de sa part. En effet, la détention d'information peut constituer un pouvoir que le contractant détient sur l'autre[1567], lui permettant éventuellement d'user de stratagèmes pour orienter la décision de son cocontractant. Il ne faudrait pas que le détenteur dilue l'information pertinente ou encore qu'il la déforme au risque d'utiliser l'information à son avantage[1568]. Cela réduirait à *peau de chagrin* l'objectif de rétablissement de l'équilibre informationnel entre les parties. C'est dans cette optique que l'asymétrie d'information entre les contractants peut alors poser des difficultés dans la relation contractuelle[1569]. Pour éviter tout opportunisme de la part du détenteur de l'information, des mécanismes sont mis en place. Les mécanismes encourageant la diffusion d'informations ne doivent pas s'analyser comme un simple transfert des risques sur le bénéficiaire dès lors que ces informations sont fournies[1570].

[1565] **J. GHESTIN, G. LOISEAU, Y.-M. SERINET**, *Traité de droit civil – La formation du contrat,* t. 1, *Le contrat – Le consentement,* 4ème éd., LGDJ, 2013, n°1222, p. 1000.

[1566] **M. LAY-DUFFANT**, *Critique de la notion d'obligation – Étude de droit civil français*, B. THULLIER (dir.), th. dactyl., Université de Paris-Nanterre, 2021, nos 592 et s., p. 535 et s.

[1567] V. en ce sens : **J.-P. CHAZAL**, *De la puissance économique en droit des obligations,* D. LEFÈBVRE (dir.), t. 2, th. dactyl., Université de Grenoble II, 1996, nos 542 et s., p. 417 et s. *Adde*. **V. LASBORDES**, *Les contrats déséquilibrés*, C. SAINT-ALARY HOUIN (préf.), t. 2, coll. Institut de Droit des Affaires, PUAM, 2000, nos 438 et s., p. 400 et s. : L'auteure abonde dans le même sens en affirmant que l'information constitue un pouvoir déséquilibrant.

[1568] **E. MACKAAY, S. ROUSSEAU, P. LAROUCHE et *al.***, *Analyse économique du droit*, 3ème éd., coll. Méthodes du droit, Dalloz, 2021, n°1142, pp. 380-381.

[1569] **E. MACKAAY, S. ROUSSEAU, P. LAROUCHE et *al.***, *Analyse économique du droit*, 3ème éd., coll. Méthodes du droit, Dalloz, 2021, n°1142, pp. 380-381.

[1570] V. en ce sens les développements de **M. LAY-DUFFANT**, *Critique de la notion d'obligation – Étude de droit civil français*, B. THULLIER (dir.), th. dactyl., Université de Paris-Nanterre, 2021.

Il faut que celui qui détient l'information s'assure de la compréhension et de la pertinence de l'information délivrée.

Le dol est l'exemple typique de sanction d'un comportement opportuniste de la part d'un des contractants[1571]. Le dol désigne en effet « *toutes les tromperies par lesquelles un contractant provoque chez son partenaire une erreur qui le détermine à contracter* »[1572]. Précisément, il vise toutes les manœuvres intentionnellement malveillantes employées par le contractant pour aboutir à la conclusion du contrat[1573], incluant également la rétention d'information[1574]. Il est donc question ici de sanctionner un comportement déloyal commis par un contractant ayant entraîné la conclusion d'un contrat et par la même un vice du consentement de la part de celui qui subit le dol. Le dol représente parfaitement l'opportunisme en matière contractuelle, puisqu'à l'aide de manœuvres, le contractant oriente la décision de son partenaire dans la conclusion d'un contrat qui ne respecte finalement pas les intérêts contractuels de ce dernier, et qui s'avère finalement pourvu d'un déséquilibre. À titre d'illustration, il est possible de mentionner la situation dans laquelle un garagiste falsifie les kilomètres du compteur d'un véhicule d'occasion à zéro et cache l'information à son cocontractant du réel kilométrage du véhicule[1575]. L'information déterminante du consentement du contractant n'est donc pas transmise, ce qui modifie en substance la teneur du contrat et donc de l'équilibre contractuel tel qu'envisagé par la victime du dol. Il y a là une volonté de régulation du comportement des contractants. Cette régulation repose sur l'exigence d'un comportement de bonne foi et de transmission fidèle de l'intégralité des informations en possession des contractants.

[1571] V. en ce sens : **E. MACKAAY, S. ROUSSEAU, P. LAROUCHE et *al.***, *Analyse économique du droit*, 3ème éd., coll. Méthodes du droit, Dalloz, 2021, n°1295, p. 423 : « *Le dol est l'exemple type du comportement opportuniste* ».

[1572] **F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, et *al.*,** *Droit civil – Les obligations*, 13ème éd., coll. Précis, Dalloz, 2022, n°296, p. 331.

[1573] C. civ., art. 1137 al. 1er : « *Le dol est le fait pour un contractant d'obtenir le consentement de l'autre par des manœuvres ou des mensonges* ».

[1574] C. civ., art. 1137 al. 2ème : « *Constitue également un dol la dissimulation intentionnelle par l'un des contractants d'une information dont il sait le caractère déterminant pour l'autre partie* ».

[1575] V. not. Cass. Civ. 1ère, 19 janvier 1977, n°74-12.783 : *Bull. Civ.* I, n°40 : *« Mais attendu qu'après avoir relevé qu'il résultait du rapport d'expertise que le véhicule avait parcouru plus de 115.000 kilomètres alors qu'à l'achat le compteur n'en totalisait que 34.836, la Cour d'appel a retenu, par une appréciation souveraine, que le garagiste, qui ne pouvait ignorer que le compteur indiquait un kilométrage bien inférieur à celui que la voiture avait parcouru en réalité, avait dissimulé cette circonstance à Kerrouche qui, s'il l'avait connue, n'aurait pas contracté* ».

Enfin, l'obligation de motivation est une technique relativement récente permettant, elle aussi, de contrôler le comportement des parties[1576] et peut constituer un outil de contrôle de la décision. Madame Muriel FABRE-MAGNAN, à propos de l'obligation de motivation, estime que la motivation renvoie à « *l'idée d'extériorisation, de communication à autrui* »[1577]. Elle ajoute, « *en tout état de cause, lorsque l'on parle d'obligation de motivation, c'est qu'une personne doit expliquer ses raisons, et donc les exprimer, pour pouvoir prendre certaines décisions et adopter certaines attitudes* »[1578]. Monsieur Mustapha MEKKI exprime dans le même sens que « *la motivation est un discours rhétorique destiné à convaincre de la rationalité d'une décision générale ou particulière, par la présentation organisée de l'ensemble des considérations qui, selon son auteur, commandent qu'il prenne telle option* »[1579]. À cet égard, il s'agit finalement d'un mode de transmission de l'information permettant de justifier une décision[1580] ou un comportement. La motivation est donc un mécanisme permettant de contrebalancer un acte unilatéral ou matériel pris dans le cadre d'une relation contractuelle[1581]. Cette obligation de motivation se trouve essentiellement en droit des contrats spéciaux[1582], mais il existe quelques situations de motivation en droit commun[1583]. Généralement, l'obligation de motivation accompagne l'exercice d'une prérogative unilatérale par l'un des contractants privant leur

[1576] **M. FABRE-MAGNAN**, « L'obligation de motivation en droit des contrats », *in Études offertes à Jacques Ghestin, Le contrat au début du XXIe siècle*, LGDJ, 2001, p. 301, spéc. n°3, p. 305.

[1577] **M. FABRE-MAGNAN**, « L'obligation de motivation en droit des contrats », *in Études offertes à Jacques Ghestin, Le contrat au début du XXIe siècle*, LGDJ, 2001, p. 301, spéc. n°4, p. 306.

[1578] **M. FABRE-MAGNAN**, « L'obligation de motivation en droit des contrats », *in Études offertes à Jacques Ghestin, Le contrat au début du XXIe siècle*, LGDJ, 2001, p. 301, spéc. n°4, p. 306. *Adde*. **L. AYNÈS**, « Motivation et justification », *in RDC*, 2004, n°2, p. 555 : Dans le même sens, l'auteur assigne deux fonctions à cette obligation de motivation : « *Au destinataire de l'acte, elle communique les raisons de celui-ci, lui permettant d'en percevoir la rationalité, de le comprendre – c'est-à-dire de l'accepter intellectuellement – et de mesurer quelle résistance il peut lui opposer. Mais à l'agent elle évite l'impulsion, l'obligeant à formuler, c'est-à-dire à poser devant lui, à rendre objectives, partant à jauger, les causes de sa décision. Elle l'oblige à se dédoubler et à se mettre, ne serait-ce qu'un instant, à la place du destinataire de son acte* ».

[1579] **M. MEKKI**, « L'obligation de motiver une décision contractuelle unilatérale, instrument de vérification de la prise en compte de l'intérêt de l'autre partie », *in RDC*, 2004, n°2, p. 579, spéc. n°1.

[1580] Sur la notion de décision : **P. LOKIEC**, « La décision et le droit privé », *in D.*, 2008, p. 2293, spéc. n°1 : *« Par opposition au contrat qui exprime un accord de volontés, la décision constitue la principale manifestation du pouvoir, entendu comme la faculté d'imposer sa volonté à autrui* ».

[1581] **P. LOKIEC**, « La décision et le droit privé », *in D.*, 2008, p. 2293, spéc. n°1 ; **X. LAGARDE**, « La motivation des actes juridiques », *in La motivation – Travaux de l'association Henri Capitant*, t. III, LGDJ, 1998, p. 73, spéc. p. 78 ; **D. MAZEAUD**, « Unilatéralisme et motivation en droit des contrats », *in D.*, 2001, p. 3237 : dans cet article l'auteur évoque particulièrement l'obligation de motivation qui « *constitue un instrument de contrôle de l'exercice du pouvoir unilatéral que le contrat accorde à un contractant sur la pérennité du contrat et le contraint à prendre en considération, dans l'exercice de ce pouvoir, les intérêts légitimes de son partenaire* ».

[1582] V. en ce sens : **M. FABRE-MAGNAN**, « L'obligation de motivation en droit des contrats », *in Études offertes à Jacques Ghestin, Le contrat au début du XXIe siècle*, LGDJ, 2001, p. 301.

[1583] Elles concernent l'abus dans la fixation unilatérale du prix (C. civ., art. 1164 et 1165) et la résolution unilatérale (C. civ., art. 1226 al. 3).

destinataire d'un droit[1584]. Découlant du devoir de bonne foi, le législateur n'a pourtant pas prévu une certaine homogénéité en matière de motivation[1585]. Considérée comme la rançon d'un pouvoir unilatéral, elle n'est pourtant pas exigée au même stade de l'exercice du pouvoir unilatéral[1586] et ne l'est pas de manière systématique. À ce titre, en matière d'exception d'inexécution, même anticipée, il n'existe aucune exigence de motivation. Pourtant, cette information a de multiples vertus. Elle permet tout d'abord, au destinataire de l'acte de prendre connaissance des motivations qui ont animé l'auteur de l'acte et éventuellement permet une compréhension de ses agissements[1587]. Ensuite, elle permet à l'auteur de la motivation de justifier sa prise de décision et de favoriser un certain « autocontrôle de la pertinence »[1588] des motifs de l'acte[1589]. La motivation permet également, dans une perspective contentieuse, au destinataire de l'acte « *de mesurer les chances de contestation et d'organiser utilement sa défense* »[1590]. Autrement dit, le destinataire de la motivation pourrait évaluer l'opportunité de saisir un juge en cas d'abus dans son exercice. Enfin, elle permet également « *de faciliter le contrôle juridictionnel a posteriori du juge en offrant au juge des éléments d'appréciation* »[1591].

[1584] **L. AYNÈS**, « Motivation et justification », *in RDC*, 2004, n°2, p. 555 : « *Pas tous les actes unilatéraux, ensuite ; seulement ceux qui privent leur destinataire d'un droit : rupture avant terme d'un lien juridique, modification unilatérale, refus d'agrément d'une cession, lorsque le contrat est cessible, refus de renouvellement, lorsqu'il existe un droit au renouvellement...En revanche, l'acte unilatéral qui ne prive pas autrui d'un droit n'a pas à être motivé : acceptation ou refus de contracter, refus de renouveler un contrat, exercice d'une option…* »

[1585] V. en ce sens : **G. CHANTEPIE, M. LATINA**, *Le nouveau droit des obligations – Commentaires théoriques et pratiques dans l'ordre du Code civil*, 3ème éd., coll. Hors collection, Dalloz, 2024, spéc. n°422-1, p. 424 : « *Sur ce point, le législateur a malheureusement, manqué de vision d'ensemble* ». *Adde*. **D. HOUTCIEFF**, « La motivation en droit des contrats », *in RDA*, 2019, n°19, p. 34, spéc. n°25, p. 44 : l'auteur estime qu'il existe deux types de motivation en droit commun des contrats. D'un côté « *la motivation est "décisive", en tant qu'elle se présente comme le support nécessaire de la décision unilatérale d'un contractant* ». D'un autre côté, elle est dite « *impulsive* », c'est-à-dire qu'elle constitue « *un simple moyen entre les mains des parties leur permettant d'éclairer leurs comportements et d'anticiper ainsi, le cas échéant, les contestations qui pourraient leur être faites* ».

[1586] Parfois, elle est exigée au stade de la notification (C. civ., art. 1224), parfois elle ne l'est qu'au stade de la contestation (C. civ., art. 1164 et 1165). *Adde*. **G. CHANTEPIE, M. LATINA**, *Le nouveau droit des obligations – Commentaires théoriques et pratiques dans l'ordre du Code civil*, 3ème éd., coll. Hors collection, Dalloz, 2024, spéc. n°422-1, p. 424 : « *Même lorsqu'une telle obligation est exigée par la loi, le moment auquel elle doit intervenir n'est pas harmonisé* ».

[1587] **M. JAOUEN**, *La sanction prononcée par les parties au contrat – Étude sur la justice privée dans les rapports contractuels de droit privé*, D. MAZEAUD (préf.), coll. Recherches juridiques, Économica, 2013, n°320, p. 263 : l'auteure évoque à ce titre, la « *vertu pédagogique* » de la motivation.

[1588] **L. AYNÈS**, « Le droit de rompre unilatéralement : fondement et perspectives », *in* Dossier « Rupture unilatérale du contrat : vers un nouveau pouvoir », *in Dr. & Patr.*, 2004, n°126, p. 64.

[1589] **M. JAOUEN**, *La sanction prononcée par les parties au contrat – Étude sur la justice privée dans les rapports contractuels de droit privé*, D. MAZEAUD (préf.), coll. Recherches juridiques, Économica, 2013, n°320, p. 263 : cette fois-ci, l'auteure parle de « *vertu réflexive* » de la motivation.

[1590] **M. JAOUEN**, *La sanction prononcée par les parties au contrat – Étude sur la justice privée dans les rapports contractuels de droit privé*, D. MAZEAUD (préf.), coll. Recherches juridiques, Économica, 2013, n°322, p. 264.

[1591] **M. JAOUEN**, *La sanction prononcée par les parties au contrat – Étude sur la justice privée dans les rapports contractuels de droit privé*, D. MAZEAUD (préf.), coll. Recherches juridiques, Économica, 2013, n°322, p. 265.

Forte de ses vertus, la motivation participerait étroitement au renforcement d'une certaine régulation « *car, en obligeant à fonder les décisions sur des motifs acceptables, puisque communiqués, elle conduit à écarter a priori, et à censurer a posteriori, les justifications condamnables, parce que capricieuses, dolosives, discriminatoires, etc. Il en résulterait, mécaniquement, une civilisation des comportements* »[1592]. Cette régulation comportementale permet d'intégrer cette politique de prise en compte de l'intérêt de l'autre contractant, dès lors qu'une décision affecte sa situation juridique[1593]. Il pourrait donc être souhaitable d'accompagner chaque prérogative unilatérale, d'une obligation de motivation[1594].

297. L'efficacité des mécanismes informationnels ayant une influence sur le consentement. – Certains auteurs, à juste titre, remettent en question l'efficacité des mécanismes informationnels qui sont nombreux et coûteux pour la personne à qui incombent ces devoirs[1595]. Le foisonnement des exigences d'information entraîne un risque de surinformation qui peut desservir la fonction informative des destinataires de l'information et qui peut alourdir de manière non négligeable le coût pesant sur les détenteurs de l'information. Au regard de ce qui a pu être écrit, il est nécessaire que tous les mécanismes informationnels revêtent une double dimension : le détenteur de l'information doit transmettre une information déterminante pour le consentement de son cocontractant ; il doit par ailleurs veiller, autant que possible, à la compréhension de l'information transmise par son cocontractant[1596]. Ces deux facettes des devoirs d'information constituent respectivement une obligation de résultat et une

[1592] **M. MEKKI**, « L'obligation de motiver une décision contractuelle unilatérale, instrument de vérification de la prise en compte de l'intérêt de l'autre partie », *in RDC*, 2004, n°2, p. 579, spéc. n°2.

[1593] **M. MEKKI**, « L'obligation de motiver une décision contractuelle unilatérale, instrument de vérification de la prise en compte de l'intérêt de l'autre partie », *in RDC*, 2004, n°2, p. 579 : L'auteur semble favorable à l'instauration d'une telle obligation, toutefois, elle n'a sa place que dans le cadre des relations structurellement inégalitaire. Cette réflexion s'inscrit dans l'idée d'une prise en considération du contexte de formation du contrat et d'une dualisation du droit des contrats déjà affirmée. *Adde*. **D. MAZEAUD**, « Un petit plomb en moins dans l'aile du solidarisme contractuel », *in D.*, 2003, p. 93, spéc. n°4 : Il s'agirait, selon l'auteur, « *d'appréhender, dans cette perspective, l'obligation de motivation comme un "mécanisme correcteur" du pouvoir unilatéral dont un contractant est investi relativement à la pérennité du contrat et comme technique de protection des intérêts légitimes du contractant qui subit la rupture* » ; **D. MAZEAUD**, « Unilatéralisme et motivation en droit des contrats », *in D.*, 2001, p. 3237.

[1594] **J.-F. HAMELIN**, « L'exercice des nouveaux pouvoirs unilatéraux des contractants », *in RDC*, 2018, n°3, p. 514 : « *La motivation ne fait donc pas figure de principe auquel serait soumis l'exercice de tout pouvoir unilatéral, ce qui peut surprendre* ». Comp. pour une position plus nuancée : **R. CABRILLAC**, « La motivation des actes individuels : le contrat », *in RLDC*, 2012, n°89, p. 91.

[1595] V. en ce sens : **Th. REVET, F. ZENATI-CASTAING**, *Cours de droit civil – Contrats, Théorie générale, quasi-contrats,* coll. Droit fondamental, PUF, 2014, n°62, p. 142 : « *Les obligations légales d'information emportent, souvent, celle d'établir des documents lourds et complexes, ce qui interroge sur le point de savoir si le contractant qui les a reçus s'est intéressé à leur contenu et, dans l'affirmative, s'il en a fait un usage fructueux* ».

[1596] V. en ce sens : **Th. REVET, F. ZENATI-CASTAING**, *Cours de droit civil – Contrats, Théorie générale, quasi-contrats,* coll. Droit fondamental, PUF, 2014, n°62, p. 142.

obligation de moyens. À défaut de loyauté dans l'exercice de ce devoir, le détenteur de l'information s'expose à des sanctions. Cela permet d'assigner aux différents mécanismes informationnels deux fonctions. La première est une fonction informative, qui permet de rétablir un certain équilibre informationnel. La seconde est une fonction d'imputation, en ce sens que le détenteur de l'information opère un transfert de la charge des risques lorsqu'il a effectivement transmis l'information et qu'il a employé tous les moyens pour faire comprendre cette information[1597]. Ce transfert de risque le protège contre toute action en justice du destinataire de l'information qui pourrait opposer une exception d'ignorance légitime. Ces mécanismes informationnels permettent ainsi une protection aux parties. D'une part, un certain équilibre informationnel se rétablit, ce qui permet au destinataire de l'information de prendre une décision en ayant conscience des différentes informations. D'autre part, ces mécanismes permettent de protéger les détenteurs d'informations puisqu'ils ne devront transmettre que les informations déterminantes et qu'une fois acquittés de leur devoir, ils se trouvent protéger contre des actions opportunistes de la part de leur cocontractant qui exposeraient leur ignorance au juge. Ces solutions comportent évidemment leurs propres limites, mais permettent tout de même un renforcement de l'efficacité des mécanismes.

L'équilibre informationnel participe donc de l'équilibre contractuel, puisqu'il permet d'instaurer un équilibre relationnel afin que les parties puissent contracter en connaissance de cause. C'est en ce sens que le législateur et la jurisprudence encouragent la diffusion de l'information, tout en régulant les potentiels comportements opportunistes des parties. En matière d'équilibre relationnel, l'information n'est pas la seule donnée indispensable, il est nécessaire aussi de rétablir l'équilibre des pouvoirs.

Paragraphe 2. Le rétablissement de l'équilibre des pouvoirs

298. L'accueil de l'unilatéralisme par le droit commun. – « *Temple de la bilatéralité* »[1598], le droit des contrats et désormais le Code civil accueillent l'unilatéralisme dans diverses dispositions[1599]. L'unilatéralisme peut être défini comme « *l'aptitude d'une*

[1597] **M. LAY-DUFFANT**, *Critique de la notion d'obligation – Étude de droit civil français*, B. THULLIER (dir.), th. dactyl., Université de Paris-Nanterre, 2021, n^{os} 592 et s., p. 535 et s. ; **H. BARBIER**, *La liberté de prendre des risques,* J. MESTRE (préf.), coll. Institut de Droit des Affaires, PUAM, 2011, n^{os} 381 et s., p. 352 et s.

[1598] **G. CHANTEPIE, M. LATINA**, *Le nouveau droit des obligations – Commentaires théoriques et pratiques dans l'ordre du Code civil*, 3ème éd., coll. Hors collection, Dalloz, 2024, spéc. n°422-1, p.423.

[1599] *Cf. supra* n°58.

personne à créer des effets de droit par l'expression de sa seule volonté »[1600]. En matière contractuelle, « *l'unilatéralisme est l'expression de la volonté individuelle en vue de créer une obligation contractuelle, ou de détruire le lien contractuel, ou encore de définir le contenu du contrat* »[1601]. Malgré sa connotation péjorative[1602], il semblait opportun d'intégrer cette dimension dans le Code civil[1603]. Loin de faire abstraction de la réalité de la pratique contractuelle, le législateur admet l'unilatéralisme au sein du droit commun, lui permettant d'insérer également des mécanismes permettant de contrebalancer cet unilatéralisme[1604]. Évoquer les mécanismes unilatéraux comme moyens permettant de parvenir à un équilibre contractuel pourrait apparaître comme antinomique[1605]. Pour autant, l'établissement de certains mécanismes va permettre de compenser les risques de déséquilibres induits par l'unilatéralisme, qu'il soit issu d'une situation de fait ou d'une situation juridique. Ainsi, le pouvoir se manifeste de deux manières en matière contractuelle. Tel que mis en avant par Pascal LOKIEC, le pouvoir peut être factuel (**A**) et découler d'une asymétrie entre les parties, mais le pouvoir peut également être juridique (**B**), c'est-à-dire se matérialisant par une prérogative contractuelle accordée par le contrat ou le législateur[1606]. Au regard de ces différentes sources de pouvoirs, il est nécessaire d'envisager leur appréhension par le droit en vue d'un équilibre des pouvoirs.

A. L'équilibre relationnel face aux pouvoirs factuels

299. Les remèdes au pouvoir factuel dans la formation du contrat. – En matière de pouvoir factuel, le point de départ repose sur l'existence de fait de rapport de pouvoirs entre les parties, il peut être économique, technique, ou encore comme vu précédemment,

---

[1600] **L. AYNÈS**, « Rapport introductif », *in L'unilatéralisme et le droit des obligations*, Ch. JAMIN, D. MAZEAUD (dir.), coll. Études juridiques, Économica, 1999, p. 3, spéc. n°1.

[1601] **S. BROS**, « La place de l'unilatéralisme : progrès ou danger ? », *in RDC*, 2012, n°4, p. 1452.

[1602] **L. AYNÈS**, « Rapport introductif », *in L'unilatéralisme et le droit des obligations*, Ch. JAMIN, D. MAZEAUD (dir.), coll. Études juridiques, Économica, 1999, p. 3, spéc. n°1 : « *Le terme lui-même comporte une connotation légèrement péjorative* ».

[1603] V. en ce sens : **H. VILLAIN**, *Contrat d'adhésion et justice contractuelle – Étude comparée franco-québécoise*, S. CHASSAGNARD-PINET (dir.), th. dactyl., Université de Lille, 2022 ; **S. BROS**, « La place de l'unilatéralisme : progrès ou danger ? », *in RDC*, 2012, n°4, p. 1452 ; **L. AYNÈS**, « Les nouveaux pouvoirs unilatéraux du contractant », *in RDC*, 2018, n°3, p. 528, spéc. n°3. *Contra*. : **R. ENCINAS DE MUÑAGORRI**, *L'acte unilatéral entre les parties au contrat*, A. LYON-CAEN (préf.), t. 254, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 1995, n°5, p. 9 : « *Au moins sur un mode implicite, il semble donc largement admis que l'acte unilatéral n'a pas sa place au sein de la théorie générale des contrats bien comprise* ».

[1604] **P. LEMAY**, *Le principe de la force obligatoire du contrat à l'épreuve du développement de l'unilatéralisme,* S. CHASSAGNARD-PINET (préf.), coll. Bibliothèque des thèses, Mare & Martin, 2014, n^{os} 236 et s., p. 329 et s.

[1605] V. not. **H. VILLAIN**, *Contrat d'adhésion et justice contractuelle – Étude comparée franco-québécoise*, S. CHASSAGNARD-PINET (dir.), th. dactyl., Université de Lille, 2022.

[1606] **P. LOKIEC**, *Contrat et pouvoir : Essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, A. LYON-CAEN (préf.), t. 408, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2004, spéc. n°16, p. 12. *Cf. supra* n°196.

informationnel, *etc*. De cette inégalité factuelle, des solutions jurisprudentielles ou légales sont alors mises en place pour tenter d'appréhender les comportements opportunistes. Ces derniers se manifestent par l'exploitation de leur puissance pour contracter au détriment, voire en défaveur, de l'autre contractant. C'est ainsi que le dol et la violence ayant conduit à la conclusion du contrat sont sanctionnés au titre des vices du consentement.

Déjà envisagé, le dol est l'archétype de l'appréhension des comportements opportunistes en matière contractuelle[1607]. L'auteur du dol fait donc usage d'un pouvoir[1608] en vue de manipuler la conclusion du contrat à son avantage. Complémentaire de la bonne foi, l'auteur du dol encourt la sanction de la nullité du contrat et du versement de dommages et intérêts s'il résulte un préjudice de ces manœuvres.

Ensuite, la violence est également sanctionnée. Selon le Code civil, « *il y a violence lorsqu'une partie s'engage sous la pression d'une contrainte qui lui inspire la crainte d'exposer sa personne, sa fortune ou celle de ses proches à un mal considérable* »[1609]. Il y a donc une différence avec les deux autres types de vice du consentement, puisque « *celui qui contracte sous l'empire d'une contrainte est pleinement conscient, c'est-à-dire pleinement informé qu'il prend une décision qui va contre son intérêt* »[1610]. Autrement dit, la pression exercée par le cocontractant est telle, que la conclusion du contrat est inévitable, bien qu'il puisse être contraire aux intérêts de celui qui subit la violence. Un déséquilibre contractuel peut donc en résulter, ou en tout cas un déséquilibre dans la relation contractuelle semble mettre en échec tout maintien du contrat. La sanction de la violence, la nullité, permet ainsi d'empêcher les comportements opportunistes d'une partie qui profiterait d'une dépendance ou faiblesse d'une personne[1611]. Cette sanction remplit pleinement sa fonction de remédier à la violence, toutefois, la difficulté se situe dans la mise en œuvre de cette sanction qui nécessite pour la victime de la

[1607] *Cf. supra* n°296.

[1608] Selon Monsieur Pascal LOKIEC, il s'agit d'un pouvoir-savoir : **P. LOKIEC**, *Contrat et pouvoir : Essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, A. LYON-CAEN (préf.), t. 408, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2004, spéc. n°37, pp. 28-29.

[1609] C. civ., art. 1140.

[1610] **F. ROUVIÈRE**, « L'analyse économique des vices du consentement : une nouvelle vision d'une théorie classique », *in RRJ – Cahiers de méthodologie juridique*, 2008-5, p. 2485, spéc. n°10, p. 2491. *Adde*. **B. FAGES**, *Le comportement du contractant*, J. GHESTIN (préf.), coll. Institut de droit des affaires, PUAM, 1997, n°430, p. 228.

[1611] **F. ROUVIÈRE**, « L'analyse économique des vices du consentement : une nouvelle vision d'une théorie classique », *in RRJ – Cahiers de méthodologie juridique*, 2008-5, p. 2485, spéc. n°10, p. 2491 : « *La notion de violence permet d'empêcher les comportements opportunistes où une partie profite, pire exploite, la dépendance économique d'une personne* ». *Adde*. **Y.-M. LAITHIER**, « Remarques sur les conditions de la violence économique », *in LPA*, 2004, n°234, p. 5 : « *La violence est avant tout un instrument de police des comportements* ».

violence de saisir un juge. L'appréhension qu'il a envers son cocontractant peut éventuellement l'en dissuader.

En outre, et depuis la réforme, le législateur a consacré et entériné une jurisprudence qui semblait l'admettre[1612], le vice de violence économique ou également appelé abus de dépendance[1613]. La violence économique fait partie de ces mécanismes permettant de sanctionner « *les déséquilibres contractuels trouvant leur cause dans un déséquilibre de puissance économique entre les contractants* »[1614]. Plus largement, ce nouveau vice semble permettre de sanctionner tout comportement violent abusant de la dépendance d'un partenaire contractuel en vue d'obtenir un avantage manifestement excessif au détriment de l'autre[1615]. Il peut donc s'agir d'une dépendance économique, mais également psychique. De ce texte découlent plusieurs conditions : il faut un état de dépendance par rapport à son contractant, un abus[1616] et un avantage manifestement excessif. Ce texte a cependant pu susciter des craintes de la part des acteurs économiques[1617]. En effet, selon eux, le texte pourrait être l'occasion pour les parties en situation de dépendance d'en faire un usage abusif. Ce risque entraînerait, de la part des entreprises, un tri dans leurs cocontractants pour éviter qu'ils soient en état de dépendance par rapport à eux. L'un des exemples pris était le suivant :

> *« Je suis un fabricant, d'un produit quelconque, et j'ai besoin d'un fournisseur qui me fournit un "input" comme on dit en franglais. Je trouve un fournisseur qui a des difficultés, qui a perdu des clients, et avec qui je n'ai jamais travaillé. Si je ne contracte pas avec lui, je pense qu'il va droit à une procédure collective. Je lui impose donc un prix*

[1612] Cass. Civ. 1re, 3 avril 2002, n°00-12.932, *Bull. Civ*. I, n°108 : *D.*, 2002, p. 1860, note J.-P. GRIDEL ; *D.*, 2002, p. 1862, note J.-P. CHAZAL ; *RTD Civ*., 2002, p. 502, note J. MESTRE : « *Attendu, cependant, que seule l'exploitation abusive d'une situation de dépendance économique, faite pour tirer profit de la crainte d'un mal menaçant directement les intérêts légitimes de la personne, peut vicier de violence son consentement* ».

[1613] C. civ., art. 1143 : « *Il y a également violence lorsqu'une partie, abusant de l'état de dépendance dans lequel se trouve son cocontractant à son égard, obtient de lui un engagement qu'il n'aurait pas souscrit en l'absence d'une telle contrainte et en tire un avantage manifestement excessif* ».

[1614] **J.-P. CHAZAL,** « Violence économique ou abus de faiblesse ? », *in Dr. & Patr.*, 2014, n°240, p. 47.

[1615] Sur ce point : V. **G. CHANTEPIE, M. LATINA**, *Le nouveau droit des obligations – Commentaires théoriques et pratiques dans l'ordre du Code civil*, 3ème éd., coll. Hors collection, Dalloz, 2024, spéc. nos 339 et s., p. 336 et s. ; **H. BARBIER**, « Réforme du droit des contrats – La violence par abus de dépendance – Libres propos », *in JCP G.*, 2016, n°15, act. 421, p. 722 ; **G. LOISEAU**, « La consécration de la violence économique », *in Réforme du droit des contrats et pratique des affaires*, Ph. STOFFEL-MUNCK (dir.), coll. Thèmes & commentaires, Dalloz, 2015, p. 33, spéc. p. 35 : « *Comparativement, le projet de réforme ne se limite pas aux seules situations de dépendance économique et appréhende plus généralement les situations de faiblesse, faisant du vice de consentement un mode de protection de la vulnérabilité* ».

[1616] Sur les difficultés d'appréciation de l'abus : **H. BARBIER**, « La violence par abus de dépendance », *in Libres propos sur la réforme du droit des contrats*, coll. Hors coll., LexisNexis, 2016, p. 45, spéc. p. 48.

[1617] V. la discussion retranscrite à l'issue de l'intervention de Monsieur Grégoire LOISEAU dans laquelle les professionnels ont fait apparaître une crainte vis-à-vis de ce texte : **G. LOISEAU**, « La consécration de la violence économique », *in Réforme du droit des contrats et pratique des affaires*, Ph. STOFFEL-MUNCK (dir.), coll. Thèmes & commentaires, Dalloz, 2015, p. 33, spéc. p. 37 et s.

assez bas avec lequel il va faire une marge faible, mais en même temps je lui "sauve la mise". Jamais il n'aurait accepté cela s'il n'y avait pas cette situation que je qualifierais peut-être de "nécessité". Il est sans doute dans ma dépendance. Vais-je rendre le contrat nul ? »[1618]

Toutefois, ces craintes peuvent, semble-t-il, être amenuisées, puisqu'il ne suffit heureusement pas de caractériser uniquement un état de dépendance[1619]. En effet, la dépendance se manifeste dans beaucoup de situations[1620]. Ainsi, en plus de cette dépendance, il faut caractériser un abus de la part de la partie dite forte ou des actes de pression[1621]. Autrement dit, la seule volonté de faire de bonnes affaires ne peut être qualifiée d'abus, d'autant que dans l'exemple, le contrat permettrait tout de même de sauver l'entreprise d'une procédure collective. Encore dit autrement, le seul déséquilibre manifeste du contenu ne devrait pas suffire

---

[1618] **P. HUBERT**, « Discussion » *in* **G. LOISEAU**, « La consécration de la violence économique », *in Réforme du droit des contrats et pratique des affaires*, Ph. STOFFEL-MUNCK (dir.), coll. Thèmes & commentaires, Dalloz, 2015, p. 33, spéc. p. 35.

[1619] Un arrêt de la Cour de cassation pourrait cependant contredire cette exigence : Cass. Civ. 2ème, 9 déc. 2021, n°20-10.096 : *LEDC*, 2022, n°1, p. 1, note M. LATINA ; *Procédures,* 2022, n°2, comm. 30, com. Y. STRICKLER ; *JCP G*., 2022, n°1, act. 11, com. C. CASEAU-ROCHE ; *D*., 2022, p. 384, note G. CHANTEPIE ; *D*., 2022, p. 310, note R. BOFFA ; *RTD Civ*., 2022, p. 121, note H. BARBIER : « *S'il résulte de ces deux derniers textes que l'avocat doit en toutes circonstances être guidé dans l'exercice de sa profession par le respect de ces principes et s'il doit, en particulier, veiller à préserver son indépendance, ces dispositions ne sauraient priver l'avocat, qui se trouve dans une situation de dépendance économique vis à vis de son client, du droit, dont dispose tout contractant, d'invoquer un consentement vicié par la violence, et de se prévaloir ainsi de la nullité de l'accord d'honoraires conclu avec ce client* ».
V. en ce sens : **M. LATINA**, « La preuve d'une dépendance économique et d'un avantage manifestement excessif suffit à caractériser un vice de violence », *in LEDC*, 2022, n°1, p. 1 : « *En effet, une partie de la doctrine estime que, pour que la nullité puisse être prononcée sur le fondement de cette disposition, il faudrait rapporter la preuve d'un état de dépendance, d'un avantage manifestement excessif et d'un abus. Le présent arrêt du 9 décembre 2021 laisse à penser que seules les deux premières conditions seraient exigées, l'abus découlant nécessairement de la preuve de l'avantage manifestement excessif* ». *Contra*. **H. BARBIER**, « Le devoir d'indépendance de l'avocat ne l'empêche pas de se prévaloir d'un abus de dépendance », *in RTD Civ.*, 2022, p. 121 : l'auteur émet des doutes quant à la prise de position de la Cour de cassation sur cette exigence de la preuve d'un abus.

[1620] **J.-P. CHAZAL,** « Violence économique ou abus de faiblesse ? », *in Dr. & Patr.*, 2014, n°240, p. 47, spéc. p. 49 : « *Nous pouvons tous convenir que l'égalité de fait entre les contractants est une illusion et que l'exiger serait une utopie. Il serait donc irréaliste d'annuler un contrat au seul motif que les parties n'étaient pas placées sur un pied d'égalité dans la négociation* ». *Adde*. **G. VIRASSAMY**, *Les contrats de dépendance – Essai sur les activités professionnelles exercées dans une dépendance économique*, J. GHESTIN (préf.), t. CXC, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 1986.

[1621] La jurisprudence récente semble admettre le besoin de rapporter la preuve d'un abus en plus de la démonstration de l'état de dépendance : Cass. com. 25 janv. 2023, n°21-19.351 : *RTD Civ*., 2023, p. 356, com. H. BARBIER ; *RD banc. fin*., 2023, n°2, comm. 43, com. D. LEGEAIS : « […] *la cour d'appel, qui a procédé à la recherche prétendument omise et constaté que rien n'accréditait l'existence de pressions, fondées sur la menace de clôture du compte de la société, destinées à contraindre M. [L] à se porter caution, a légalement justifié sa décision* » ; Cass. com., 10 juil. 2024, n°22-21.947 ; *Bull. civ.* IV : « […] *la cour d'appel, qui pouvait se fonder sur des éléments concomitants ou postérieurs à la date de formation du contrat afin d'apprécier la réalité du vice du consentement allégué, a pu déduire qu'aucun abus n'était caractérisé à l'encontre de la société Equip'jardin, de sorte que le vice du consentement allégué n'était pas établi* » (nous soulignons).

Adde. **P. CHAUVEL**, V° « Violence », *in Rép. civ.*, Dalloz, avr. 2019 (actu. oct. 2022), spéc. n°56 : « *Le seul fait de conclure un contrat avec une personne en état de dépendance n'est pas constitutif de violence économique, quand bien même le contractant en cause en aurait retiré un avantage que l'on pourrait juger "manifestement excessif". D'une manière générale, en effet, le défaut d'équivalence des prestations n'est pas une cause de nullité (C. civ., art. 1168) et la contrainte économique se rattache à la violence, non à la lésion* ».

à faire présumer l'abus d'état de dépendance[1622]. Enfin, il faut caractériser l'existence d'un avantage manifestement excessif. Si bien sûr, il n'est pas possible d'écarter tout risque d'opportunisme de la part des contractants, les preuves à rapporter permettent d'en limiter les cas, d'autant que la jurisprudence s'est montrée relativement restrictive s'agissant de l'admission effective des cas d'abus de dépendance[1623].

300. S'il existe une exigence générale de bonne foi dans la formation du contrat[1624], des mécanismes plus spécifiques viennent alors rappeler ou sanctionner un comportement inopportun de la part d'un contractant. Ainsi le dol et la violence permettent de sanctionner des comportements illicites dans la formation du contrat ayant entraîné la conclusion de ce dernier et par la même un vice du consentement de la part du contractant subissant ce comportement. Ces deux causes de vice du consentement permettent ainsi de corriger un contrat conclu dans l'intérêt exclusif de l'auteur de ce comportement illicite et de protéger la victime face à ce comportement et contre la conclusion d'un contrat déséquilibré. Les pouvoirs factuels ne se manifestent pas uniquement dans le cadre de la conclusion du contrat, mais peuvent également se manifester dans l'inexécution du contrat.

[1622] V. en ce sens : **Y.-M. LAITHIER**, « Remarque sur les conditions de la violence économique », *in LPA*, 2004, n°234, p. 5 : L'auteur montre les dangers de déduire l'existence d'un vice de violence à partir du seul constat d'un déséquilibre.

[1623] Échantillon d'arrêts rejetant les demandes de nullité sur le fondement de l'art. 1143 C. civ. : V. not. Saint-Denis (Réunion), Ch. civ., 9 mai 2018, n°16/00073 ; Chambéry, 29 nov. 2018, n°18/00069 ; Aix-en-Provence, 4 déc. 2018, n°17/10400 (Cass. Civ. 3ème, 30 janv. 2020, n°19-13.598 : rejet du pourvoi en cassation mais sur le fondement de l'article 1041 CPC) ; Montpellier, 1re ch. D, 20 déc. 2018, n°18/00653 ; Bastia, Ch. civ., 2e sect., 13 fév. 2019, n°17/00381 ; Paris, Pôle 5, ch. 6, 19 juin 2019, n°17/13408 ; Paris, Pôle 5, ch. 4, 8 janv. 2020, n°17/19362 ; Toulouse, 1re ch., 2e sect., 29 juin 2020, n°18/04443 ; Versailles, 14e ch., 12 nov. 2020, n°19/07628 ; Versailles, 13e ch., 1 déc. 2020, n°19/01022 ; Paris, Pôle 5, ch. 10, 18 janv. 2021, n°19/12106 ; Besançon, 1re ch. civ. et com., 29 juin 2021, n°20/00200 ; Nancy, 2e ch. civ., 30 sept. 2021, n°20/01993 ; Chambéry, Ch. civ., 1re sect., 23 nov. 2021, n°19/01662 ; Caen, 2e ch. civ. et com., 13 janv. 2022, n°20/01411 ; Bastia, Ch. civ., 1re sect., 16 fév. 2022, n°20/00513 ; Pau, 2e ch., 1re sect., 31 mai 2022, n°21/00254 ; Versailles, 3e ch., 7 juil. 2022, n°21/00675 ; Bordeaux, Ch. soc., sect. A, 21 sept. 2022, n°19/01278 ; Aix-en-Provence, Ch. 4-4, 17 nov. 2022, n°19/12857 ; Amiens, 5e ch. prud'homale, 22 fév. 2023, n°21/05381 ; Bordeaux, 2e ch. civ., 23 mars 2023, n°22/03976 ; Montpellier, 4e ch. civ., 6 avr. 2023, n°20/03324 ; Bordeaux, 4e ch. com., 1 juin 2023, n°21/01657 ; Paris, Pôle 5, ch. 4, 17 janv. 2024, n°21/12898 ; Paris, Pôle 5, ch. 11, 23 fév. 2024, n°21/13203.
Arrêts accueillant les demandes de nullité sur le fondement de l'art. 1143 C. civ. : Grenoble, 1re ch. civ., 7 janv. 2020, n°18/00212 ; Versailles, 12e ch., 26 nov. 2020, n°19/03233 ; Bourges, ch. civ., 12 août 2021, n°20/00644 ; Toulouse, 4e ch., 1re sect., 13 mai 2022, n°20/03723 ; Nancy, 1re ch., 26 sept. 2022, n°21/02318 ; Nîmes, 1re ch., 8 déc. 2022, n°21/04508 ; Bordeaux, 4e ch. com., 15 mars 2023, n°21/00489 ; Paris, Pôle 1, ch. 9, 4 juil. 2023, n°21/00627 ; Aix-en-Provence, 1re et 8e ch. réun., 14 fév. 2024, n°22/12087.
Adde. en ce sens **M. LATINA**, « L'abus de dépendance (C. civ., art. 1143) : premiers enseignements des juridictions du fond », *in D.*, 2020, p. 2180 : « *Le premier enseignement est que le "Grand soir" de la partie faible, majoritairement redouté par la doctrine, ne s'est pas produit. Sur les dix-sept décisions disponibles sur les bases de données, une seule a reconnu l'existence d'un abus de dépendance* ».

[1624] *Cf. supra*. nos 255 et s.

301. Les remèdes aux pouvoirs factuels dans l'inexécution du contrat. – Lors de la phase d'exécution du contrat, celui qui détient le pouvoir sur l'autre, c'est principalement le débiteur. En effet, de sa seule volonté dépend la bonne exécution du contrat. En ce sens, le législateur accorde des pouvoirs unilatéraux aux parties qui subissent une inexécution suffisamment grave dans l'exécution du contrat. L'unilatéralisme légal est ainsi une réaction à un pouvoir factuel[1625]. Dans cette hypothèse, le pouvoir unilatéral est une réaction à un déséquilibre relationnel. Ces pouvoirs ont connu un certain essor lors de la réforme de 2016-2018, bien qu'une partie d'entre eux soit déjà admise en jurisprudence : il s'agit de la résolution unilatérale[1626], la réduction du prix en cas d'inexécution partielle[1627], l'exception d'inexécution[1628], et enfin l'exception d'inexécution anticipée[1629].

La jurisprudence s'était prononcée dans un arrêt *Tocqueville* à propos de la résolution unilatérale. Alors qu'en principe la résolution ne peut être obtenue qu'en saisissant un juge[1630], la jurisprudence a permis au créancier subissant un comportement grave de la part du débiteur de provoquer la rupture unilatérale du contrat[1631]. Il est donc permis, par exemple, à une société, productrice de parfums, de rompre ses relations commerciales dès lors que son cocontractant lui fournissait des capots de parfum défectueux[1632]. Les juges avaient la volonté de protéger le

[1625] **C. POMART-NOMDEDEO**, « Le régime des droits potestatifs en matière contractuelle, entre unité et diversité », *in RTD Civ.*, 2010, p. 209 : « *C'est d'ailleurs souvent en réaction à une domination préexistante, pour rééquilibrer les relations contractuelles que les droits potestatifs sont reconnus par le législateur ou le juge. La potestativité permet par conséquent, en matière contractuelle, soit de traduire la supériorité d'un contractant (le droit potestatif est alors fréquemment d'origine contractuelle), soit de contrecarrer cette suprématie (il est le plus souvent d'origine légale ou judiciaire)* ».

[1626] C. civ., art. 1224 : « *La résolution résulte soit de l'application d'une clause résolutoire soit, en cas d'inexécution suffisamment grave, d'une notification du créancier au débiteur ou d'une décision de justice* ».
L'art. 1226 C. civ. prévoyant le régime de cette rupture unilatérale du contrat.

[1627] C. civ., art. 1223.

[1628] C. civ., art. 1219.

[1629] C. civ., art. 1220.

[1630] Cette exigence de demande judiciaire de la résolution interdisait donc toute rupture unilatérale « *pour éviter tout dérapage opportuniste, ménager le débiteur et donner sa chance à l'exécution en nature du contrat* » : **Th. GENICON**, « Point d'étape sur la rupture unilatérale du contrat aux risques et périls du créancier », *in RDC*, 2010, n°1, p. 44.

[1631] Cass. Civ. 1re, 13 oct. 1998, nº96-21.485, *Bull. civ.* I, nº 300 : *GAJC*, t. 2, 13ème éd., n°181 ; *Defrénois* 1999, art. 36953, obs. D. MAZEAUD ; *D.*, 1999, p. 197, note Ch. JAMIN ; *D.*, 1999, p. 115, note. Ph. DELEBECQUE ; *RTD Civ.*, 1999, p. 394, note J. MESTRE : « *Mais attendu que la gravité du comportement d'une partie à un contrat peut justifier que l'autre partie y mette fin de façon unilatérale à ses risques et périls, et que cette gravité, dont l'appréciation qui en est donnée par une autorité ordinale ne lie pas les tribunaux, n'est pas nécessairement exclusive d'un délai de préavis* ».

[1632] Cass. Com. 30 juin 2009, n°08-14.944 : *D.*, 2010, p. 224, note. S. AMRANI-MEKKI ; *RDC*, 2010, n°1, p. 44, note Th. GENICON ; *JCP G.*, 2009, n°29, p. 273, spéc. n°33, note P. GROSSER : « *Mais attendu qu'après avoir relevé le caractère visible des défauts qui affectaient l'habillage en plastique d'un flacon de parfum diffusé à un prix qui exigeait un produit sans défaut, la cour d'appel, qui a ainsi fait ressortir la gravité du comportement de la société Mbf plastiques, a pu en déduire que la rupture unilatérale du contrat était justifiée ; que le moyen n'est pas fondé* ».

créancier contre un comportement grave du débiteur, justifiant alors qu'il mette fin à la relation contractuelle de manière unilatérale. S'agissant de l'emploi des termes « *comportement grave* », une appréciation tantôt subjective, tantôt objective, découle des réactions doctrinales de cet arrêt[1633]. Dans le premier cas, il s'agirait alors de sanctionner « *une déloyauté choquante et impardonnable* »[1634] de la part du débiteur. Dans le second cas, le comportement grave ferait référence à une inexécution essentielle du contrat[1635]. La notion de comportement grave posant des difficultés d'interprétation[1636], le législateur lui a préféré « *l'inexécution suffisamment grave* »[1637], pour ainsi retenir une interprétation objective. En tout état de cause, un autre auteur se demande si cette faculté « *n'a pas été conçue comme une sorte de "soupape" autorisant* […] *une modulation des solutions générales pour construire une solution plus respectueuse des intérêts en présence* »[1638]. Encore une fois, la protection des intérêts est une préoccupation. Ainsi, dès lors qu'un comportement entrave la bonne exécution du contrat, il est possible pour le créancier de mettre fin unilatéralement au contrat, puisque ses intérêts au contrat ne sont pas respectés et par conséquent, l'équilibre contractuel déterminé est rompu. La résolution unilatérale serait donc une réponse à l'apparition d'un déséquilibre conjoncturel interne, certainement irrémédiable, trouvant sa source dans le comportement grave d'un débiteur[1639].

S'agissant de la réduction du prix en cas d'inexécution ou de mauvaise exécution, elle permettrait à un créancier, en cas de mauvaise exécution de la prestation, de notifier au débiteur de sa décision de réduire de manière proportionnelle le prix. Toutefois, la suite du texte laisse perplexe quant à la réelle existence d'un pouvoir unilatéral, puisqu'il est prévu que « *l'acceptation par le débiteur de la décision de réduction de prix par le créancier doit être rédigée par écrit* »[1640]. La notion d'acceptation semble « *conditionner l'efficacité de la volonté*

[1633] **Ph. CHAUVIRÉ**, « Quelle sanction pour la rupture unilatérale du contrat en l'absence de comportement grave ? », *in RLDC,* 2010, n°75, p. 7.

[1634] **Th. GENICON**, « Point d'étape sur la rupture unilatérale du contrat aux risques et périls du créancier », *in RDC*, 2010, n°1, p. 44.

[1635] **Ph. STOFFEL-MUNCK**, « Le contrôle *a posteriori* de la résiliation unilatérale », *in Dr. & patr.*, 2004, n°126, p. 72.

[1636] V. en ce sens : **Ph. CHAUVIRÉ**, « Quelle sanction pour la rupture unilatérale du contrat en l'absence de comportement grave ? », *in RLDC,* 2010, n°75, p. 7.

[1637] C. civ., art. 1224.

[1638] **S. PELLÉ**, « La réception des correctifs d'équité par le droit – L'exemple de la rupture unilatérale du contrat en droit civil et en droit du travail », *in D.*, 2011, p. 1230, spéc. n°3.

[1639] V. en ce sens : **Ch. ATIAS**, « Les "risques et périls" de l'exception d'inexécution (limites de la description normative) », *in D.*, 2003, p. 1103, spéc. n°6 : « *Qui refuse d'exécuter un contrat se soustrait même provisoirement à ses obligations ; il va donc contre l'ordre établi, contre l'équilibre instauré lors de la conclusion du contrat* ».

[1640] C. civ., art. 1223.

de ce dernier à l'acceptation du débiteur »[1641]. Le texte laisse ainsi place à beaucoup de questionnements s'agissant de son interprétation[1642]. En tout état de cause, ce pouvoir permettrait ainsi au créancier de se prémunir contre le défaut d'exécution et ainsi adapter de manière proportionnée le paiement de la prestation mal exécutée.

Moins incisive, l'exception d'inexécution est également un mécanisme unilatéral permettant à « *une partie* [de] *refuser d'exécuter son obligation, alors même que celle-ci est exigible, si l'autre n'exécute pas la sienne et si cette inexécution est suffisamment grave* »[1643]. Ce mécanisme n'est ouvert que dans le cadre des contrats synallagmatiques, contrats dans lesquels il existe une réciprocité d'obligations entre les parties. Ainsi, un bailleur qui ne respecterait pas ses obligations d'entretien pourrait se voir opposer une exception d'inexécution de la part du locataire dès lors que cette inexécution est suffisamment grave. Pour aller plus loin, le législateur a prévu un cas d'exception pour risque d'inexécution[1644]. Autrement dit, il sera possible de suspendre l'exécution du contrat dès lors qu'un risque manifeste d'inexécution, entraînant des conséquences graves, se profile. Ce mécanisme a pour but « *d'éviter que l'une des parties se retrouve piégée par la chronologie de l'exécution des obligations réciproques nées du contrat et doive payer "à découvert" alors qu'elle se sait – avec un haut degré de certitude – exposée à un risque d'inexécution de la part de cocontractant* »[1645]. L'exception d'inexécution, qu'elle soit préventive ou curative, permet au créancier de trouver un « *moyen*

[1641] **D. HOUTCIEFF,** « L'étendue des nouveaux pouvoirs unilatéraux du contractant », *in RDC*, 2018, n°3, p. 505, spéc. n°13. *Comp*. **P. LEMAY**, « La réduction du prix du contrat en cas d'exécution imparfaite : un pas en avant, deux pas en arrière ? », *in D.*, 2018, p. 567 : L'auteur propose pour sortir de l'impasse et au regard de la volonté des parlementaires de considérer l'acceptation du débiteur comme une privation pour lui de contester le bien-fondé de la réduction du prix par la suite en justice. Il semblerait donc que l'acceptation ne soit pas érigée en condition de validité et que cela ne remette pas en cause le caractère unilatéral de la réduction de prix.

[1642] **P.-Y. GAUTHIER**, « La réduction proportionnelle du prix – Exercice critique de vocabulaire et de cohérence », *in Libres propos sur la réforme du droit des contrats*, coll. Hors coll., LexisNexis, 2016, p. 117 ; **P. LEMAY**, « La réduction du prix du contrat en cas d'exécution imparfaite : un pas en avant, deux pas en arrière ? », *in D.*, 2018, p. 567 ; **D. HOUTCIEFF,** « L'étendue des nouveaux pouvoirs unilatéraux du contractant », *in RDC*, 2018, n°3, p. 505, spéc. n^{os} 12 et s.

[1643] C. civ., art. 1219.

[1644] C. civ., art. 1220 : « *Une partie peut suspendre l'exécution de son obligation dès lors qu'il est manifeste que son cocontractant ne s'exécutera pas à l'échéance et que les conséquences de cette inexécution sont suffisamment graves pour elle. Cette suspension doit être notifiée dans les meilleurs délais* ». *Adde*. **Y.-M. LAITHIER**, *Études comparatives des sanctions de l'inexécution du contrat »,* H. MUIR-WATT (préf.), t. 419, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2004 ; **A. PINNA**, « L'exception pour risque d'inexécution », *in RTD Civ.*, 2003, p. 31.

[1645] **A. AYNÈS**, « Les remèdes unilatéraux (résolution unilatérale, réduction de prix) », *in Réforme du droit des contrats et pratique des affaires*, Ph. STOFFEL-MUNCK (dir.), coll. Thèmes & commentaires, Dalloz, 2015, p. 113, spéc. n°7, p. 116 : L'auteur ajoute que « *grâce à l'exception pour risque d'inexécution elle pourra alors suspendre l'exécution de sa propre obligation, à charge pour l'autre partie de la rassurer sur ses capacités et ses intentions* ».

de pression »[1646] proportionné sur le débiteur. Selon un auteur, elle permettrait « *de préserver l'équilibre entre les obligations de chacun des contractants afin de permettre dans l'avenir une exécution globale et satisfactoire du contrat* »[1647]. Cependant, un autre auteur estime que ces deux derniers pouvoirs n'en seraient pas et ne seraient qu'un « *simple moyen de défense tendant au débouté d'une demande de résolution ou d'inexécution* »[1648]. Toujours est-il que c'est un moyen mis à la disposition du créancier de suspendre l'exécution de sa propre obligation. Il pourrait s'agir d'une sorte de mesure conservatoire, en attendant une décision ultérieure du juge. Dans tous les cas, un contrôle *a posteriori* du juge semble possible en raison de la condition dans les deux mécanismes d'une « *inexécution suffisamment grave* »[1649], qu'elle soit effective ou envisagée [1650].

302. Ces pouvoirs unilatéraux sont donc une possibilité pour les créanciers d'obtenir une réponse rapide, sans attendre une décision judiciaire, à l'issue d'une mauvaise exécution ou d'une inexécution par le débiteur. Ils permettent, en d'autres termes, de prévenir tout contentieux. Ce sont finalement là des mécanismes de justice privée qui permettent au créancier de sécuriser leurs propres intérêts[1651]. Le juge et le législateur doivent donc trouver un équilibre entre les solutions adoptées afin qu'elles ne permettent pas d'induire des effets pervers. Compensant un déséquilibre en pouvoir factuel, les pouvoirs unilatéraux pourraient cependant s'avérer être des mécanismes porteurs d'effets d'aubaine, ainsi le juge et le législateur ont inséré des garde-fous. Dans cette perspective, il est nécessaire de conserver l'équilibre relationnel des parties face aux pouvoirs juridiques.

[1646] 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 : « *cette exception ne peut être soulevée par le créancier que si l'inexécution présente un caractère suffisamment grave, et ne peut donc être opposée comme moyen de pression sur le débiteur que de façon proportionnée* ».

[1647] **P. GROSSER**, *Les remèdes à l'inexécution du contrat : essai de classification*, J. GHESTIN (dir.), t. I, th. dactyl., Université de Paris I, 2000, n°42, p. 57.

[1648] **D. HOUTCIEFF,** « L'étendue des nouveaux pouvoirs unilatéraux du contractant », *in RDC*, 2018, n°3, p. 505, spéc. n°31.

[1649] Termes employés dans les art. 1219 et 1220 C. civ.

[1650] **A. AYNÈS**, « Les remèdes unilatéraux (résolution unilatérale, réduction de prix) », *in Réforme du droit des contrats et pratique des affaires*, Ph. STOFFEL-MUNCK (dir.), coll. Thèmes & commentaires, Dalloz, 2015, p. 113, spéc. n°4, p. 114 : « *Après la réforme, il y aurait donc toujours place pour un contrôle a posteriori de la légitimité et de la proportionnalité de la mise en œuvre de l'exception d'inexécution… avec l'insécurité que cela implique* ». *Adde*. **A. PINNA**, « L'exception pour risque d'inexécution », *in RTD Civ.*, 2003, p. 31.

[1651] **J.-D. BRETZNER**, « Les conditions de l'exception d'inexécution par anticipation », *Libres propos sur la réforme du droit des contrats*, coll. Hors coll., LexisNexis, 2016, p. 109, spéc. p. 110.

B. L'équilibre relationnel face aux pouvoirs juridiques

303. L'existence de pouvoirs juridiques. – L'équilibre relationnel est difficile à instaurer tant le déséquilibre factuel est permanent dans chaque relation contractuelle, quand bien même les contractants seraient dans des situations semblables. Il devient d'autant plus difficile de le conserver face à des prérogatives juridiques accordées par la loi ou le contrat, quand bien même ils seraient accordés en vue de compenser un déséquilibre factuel. S'agissant des pouvoirs juridiques ayant une origine contractuelle, certains auteurs ont parlé à ce titre d'« *unilatéralisation du contrat* »[1652]. Dans cette perspective, l'unilatéralisme contractuel relève plutôt du contrôle du contenu du contrat puisqu'il s'agit de clauses[1653] insérées dans le contrat en vue d'attribuer des pouvoirs à un seul des contractants[1654]. S'agissant des pouvoirs juridiques ayant une origine légale, le législateur a octroyé des pouvoirs unilatéraux dans certaines circonstances. Certains permettent une protection du consentement, d'autres permettent une protection face à une exécution imparfaite, voire une inexécution du contrat. Une autre justification peut leur être attribuée, il s'agit de favoriser une certaine efficacité économique du droit et une prise en considération des pratiques contractuelles. Toutefois, une méfiance existe face aux prérogatives unilatérales et leur régime montre une procéduralisation accrue pour éviter tout effet d'aubaine[1655]. Avant de présenter l'encadrement[1656] et le contrôle de leur exercice de ces pouvoirs (**2**), il sera question de les présenter brièvement (**1**).

1. Présentation des pouvoirs juridiques légaux

304. La jurisprudence, suivie par le législateur, a instauré des pouvoirs juridiques unilatéraux. Ces derniers peuvent se classer de la manière suivante : des pouvoirs de réflexion, des « *pouvoirs d'évaluation* » et des « *pouvoirs de sanction* »[1657].

[1652] **M. TANCELIN**, « L'acte unilatéral en droit des obligations ou l'unilatéralisation du contrat », *in La solitude en droit privé*, N. KASIRER (dir.), Éditions Thémis, 2002, p. 213.

[1653] Exemples : clauses de dédit, clauses de résiliation unilatérale, clause permettant la modification unilatérale du contenu du contrat, *etc*.

[1654] *Cf. infra.* n^os^ 333 et s. : L'unilatéralisme contractuel sera traité dans le chapitre suivant portant sur les mécanismes régulant l'équilibre substantiel.

[1655] **L. MOLINA**, *La prérogative contractuelle,* L. AYNÈS (préf.), t. 619, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2022, n°285, p. 237 : À propos des prérogatives contractuelles : « *Le titulaire du droit n'est pas le maître incontesté de son devenir : sa validité, son existence et son exercice sont limités par le jeu des conditions* ». Cette remarque est transposable aux prérogatives unilatérales qu'elles soient contractuelles ou légales.

[1656] **J.-F. HAMELIN**, « L'exercice des nouveaux pouvoirs unilatéraux du contractant », *in RDC*, 2018, n°3, p. 514.

[1657] Ces termes ont été repris d'un article de Monsieur Dimitri HOUTCIEFF : **D. HOUTCIEFF,** « L'étendue des nouveaux pouvoirs unilatéraux du contractant », *in RDC*, 2018, n°3, p. 505.

305. Les pouvoirs de réflexion. – Largement inspirées du droit de la consommation, le législateur civil a inséré en droit commun les prérogatives unilatérales de réflexion permettant au contractant de protéger son consentement, à savoir un droit de rétractation ou encore un délai de réflexion[1658]. Il ne s'agit toutefois pas de prérogatives directes, puisque le texte renvoie aux textes spéciaux prévoyant spécifiquement de telles possibilités ou à la possibilité d'intégrer une telle clause dans le contrat. Ces prérogatives unilatérales permettent au contractant une réflexion supplémentaire quant à la conclusion du contrat. Traditionnellement accordés dans le cadre de contrats qualifiés comme « *des objets de désir très puissants, des objets qui déclenchent un désir d'immédiate satisfaction, tels que l'envie d'avoir immédiatement de l'argent, par spéculation ou emprunt, d'acquérir immédiatement l'objet vanté par les émissions de télé-achat, de contacter à tout prix le conjoint idéal présenté sur papier glacé* »[1659]. Autrement dit, ces droits de repentir permettent aux contractants de retrouver une certaine rationalité dans leur choix de contracter ou non, et ainsi accorder un délai supplémentaire de réflexion. À cet égard, les délais de réflexion ou de rétractation permettent une protection du consentement en vue de préserver au maximum les intérêts du contractant. Il s'agit de droits purement potestatifs, qui sont encadrés dans le temps. La partie bénéficiant de cette prérogative ne pourra en bénéficier que pour un temps limité[1660] à compter de la conclusion du contrat ou à compter du moment où elle envisage de conclure un contrat. Ces pouvoirs de réflexion ne relèvent cependant pas du droit commun, ce dernier renvoie aux textes spéciaux ou à une éventuelle possibilité d'en stipuler dans les contrats.

306. Les pouvoirs d'évaluation. – En matière d'évaluation du prix, deux prérogatives peuvent être retenues, à savoir la fixation unilatérale du prix et la réduction du prix. La première est une consécration de la pratique contractuelle[1661], c'est la fixation unilatérale du prix dans

[1658] C. civ., art. 1122 : « *La loi ou le contrat peuvent prévoir un délai de réflexion, qui est le délai avant l'expiration duquel le destinataire de l'offre ne peut manifester son acceptation ou un délai de rétractation, qui est le délai avant l'expiration duquel son bénéficiaire peut rétracter son consentement* ».

[1659] **M.-A. FRISON-ROCHE**, « Unilatéralité et consentement », *in L'unilatéralisme et le droit des obligations*, Ch. JAMIN, D. MAZEAUD (dir.), coll. Études juridiques, Économica, 1999, p. 21, spéc. n°15, p. 26.

[1660] Cette limitation dans le temps de ce droit potestatif accordé aux contractants permet de l'encadrer afin d'éviter que ce droit ne soit perpétuel.

[1661] La pratique contractuelle a permis la création des clauses dites de tarif fournisseur ou également nommées des clauses prix catalogue. Ces clauses permettent « *à la partie qui fournit une prestation ou un bien d'en déterminer unilatéralement le prix* » : **W. DROSS**, *Clausier – Dictionnaire des clauses ordinaires et extraordinaires des contrats de droit privé interne*, 3ème éd., LexisNexis, 2016, p. 664.

les contrats cadres[1662] et les contrats de prestation de service[1663]. Si traditionnellement le prix doit faire l'objet d'un accord commun entre les parties au contrat, il est des situations dans lesquelles il est matériellement impossible de prévoir un prix fixe dès la conclusion du contrat. Dans ce cas, pour des raisons d'efficacité, il est permis au créancier de fixer unilatéralement le prix. Cela découle d'une pratique contractuelle antérieure, dont le juge[1664] puis le législateur se sont saisis, pour notamment l'encadrer afin d'éviter toute dérive.

307. Les pouvoirs de sanction. – Enfin, s'agissant des pouvoirs de sanction, ils ont déjà été envisagés[1665]. Ils permettent à un créancier de faire face à une mauvaise exécution ou une inexécution contractuelle : la résolution unilatérale, l'exception d'inexécution et l'exception d'inexécution anticipée.

308. Bien que permettant un rééquilibrage des pouvoirs entre les parties, ces pouvoirs unilatéraux présentent des risques dans leur usage, ils font ainsi l'objet d'un encadrement et d'un contrôle.

2. L'encadrement et le contrôle de l'exercice des pouvoirs juridiques unilatéraux

309. Ces pouvoirs, impliquant un fort unilatéralisme, doivent faire l'objet d'un encadrement ou d'un contrôle pour éviter tout abus dans leur utilisation. Dans tous les cas, des points communs semblent se dégager de leur régime. La mise en œuvre de ces prérogatives juridiques implique une exigence d'un ou plusieurs mécanismes informationnels compensateurs et d'un contrôle *a posteriori* du juge[1666].

[1662] C. civ., art. 1164 : « *Dans les contrats cadre, il peut être convenu que le prix sera fixé unilatéralement par l'une des parties, à charge pour elle d'en motiver le montant en cas de contestation.*
En cas d'abus dans la fixation du prix, le juge peut être saisi d'une demande tendant à obtenir des dommages et intérêts et le cas échéant la résolution du contrat ».

[1663] C. civ., art. 1165 : « *Dans les contrats de prestation de service, à défaut d'accord des parties avant leur exécution, le prix peut être fixé par le créancier, à charge pour lui d'en motiver le montant en cas de contestation. En cas d'abus dans la fixation du prix, le juge peut être saisi d'une demande tendant à obtenir des dommages et intérêts et, le cas échéant, la résolution du contrat* ».

[1664] Cass. Ass. pl., 1er déc. 1995, nos 93-13.688, 91-15.578, 91-15.999, 91-19.653, *Bull. civ.*, nos 7 à 9 : *RTD Com.*, 1996, p. 316, note B. BOULOC ; *RTD Civ.*, 1996, p. 153, note J. MESTRE ; *D.*, 1996, p. 13, note L. AYNÈS ; *RTD Com.*, 1997, p. 1, note M. JEOL ; *RTD Com.*, 1997, p. 7, note Ch. BOURGEON ; *RTD Com.*, 1997, p. 19, note Ch. JAMIN ; *RTD Com.*, 1997, p. 37, note Th. REVET ; *RTD Com.*, 1997, p. 49, note D. FERRIER ; *RTD Com.*, 1997, p. 67 ; M. PÉDAMON ; *RTD Com.*, 1997, p. 75, Ph. SIMLER ; *D.*, 1998, p. 1, A. BRUNET ; *LPA*, 1995, n°155, p. 11, note D. BUREAU et N. MOLFESSIS ; *Defrénois*, 1996, p. 748, obs. Ph. DELEBECQUE.

[1665] *Cf. supra*. n°301.

[1666] V. en ce sens **M. CASSIÈDE**, *Les pouvoirs contractuels : étude de droit privé*, L. SAUTONIE-LAGUIONIE (dir.), th. dactyl., Université de Bordeaux, 2018 : sur l'encadrement objectif des pouvoirs juridiques (nos 273 et s., p. 304 et s.) et sur le contrôle judiciaire des pouvoirs juridiques (nos 336 et s., p. 371 et s.).

310. L'instauration hétérogène de mécanismes informationnels compensateurs. – En matière de pouvoirs unilatéraux, il est constant de remarquer l'exigence de formalisme. Autrement dit, le juge et le législateur exigent des conditions de forme pour l'exercice d'une prérogative[1667]. Cela peut être une exigence de motivation, une notification ou encore une mise en demeure. Ces mécanismes informationnels permettent d'avertir et de justifier le choix opéré par le titulaire de la prérogative. Toutefois, aucune systématisation n'est mise en avant, selon le mécanisme, le régime diffère.

En matière de résolution unilatérale et de réduction de prix, un « *formalisme protecteur* »[1668] assez lourd est instauré. Le créancier devra préalablement mettre son débiteur en demeure d'exécuter la prestation attendue.[1669] S'agissant plus spécifiquement de la résolution par notification, la mise en demeure devra mentionner « *expressément qu'à défaut pour le débiteur de satisfaire à son obligation, le créancier sera en droit de résoudre le contrat* »[1670]. De quoi, peut-être dissuader le créancier d'agir de manière abusive, ce formalisme étant accueilli favorablement par une partie de la doctrine[1671]. D'autant qu'il devra motiver sa décision de rompre unilatéralement le contrat si à l'issue du délai raisonnable le débiteur ne s'est pas exécuté[1672]. Tout semble *a priori* prévu pour éviter toute rupture unilatérale impromptue et sans motif. Une inquiétude peut tout de même persister, puisque la mise en demeure n'est pas nécessaire dès lors que la situation présente une certaine urgence[1673]. Faisant preuve de pragmatisme, le législateur a estimé que dans de telles situations, il était nécessaire d'accélérer la procédure menée par le créancier. En outre, les juges de la Cour de cassation ont également su faire preuve de pragmatisme[1674] puisqu'au visa de l'article 1226 du Code civil, ils

[1667] V. les développements portant sur les mécanismes de finalisation : *Cf. supra* n°200.

[1668] 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 : « *De plus, un formalisme protecteur est imposé, puisque la notification de la résolution doit être précédée d'une mise en demeure du débiteur de s'exécuter dans un délai raisonnable. En outre, l'article 1226 exige une motivation de la notification, afin là encore de protéger le débiteur et d'encadrer cette résolution unilatérale* ».

[1669] C. civ., art. 1226, al. 1er (en matière de résolution unilatérale) ; C. civ., art. 1223 (en matière de réduction de prix).

[1670] C. civ., art. 1226 al. 2.

[1671] V. not. **L. LEVENEUR**, « Quelle place pour la liberté contractuelle ? Quelle place pour l'unilatéralisme ? », *in* Table ronde : Les défis du droit des contrats, *in CCC*, 2020, n°12, dossier 12 : « *sage précaution qui encadre raisonnablement ce pouvoir unilatéral* ».

[1672] C. civ., art. 1226 al. 3 : « *Lorsque l'inexécution persiste, le créancier notifie au débiteur la résolution du contrat et les raisons qui la motivent* ».

[1673] C. civ., art. 1226 al. 1er : « *Sauf urgence, il doit préalablement mettre en demeure le débiteur défaillant de satisfaire à son engagement dans un délai raisonnable* » (nous soulignons).

[1674] **H. KASSOUL**, « De la vanité de la mise en demeure au pragmatisme du juge de la résolution », *in RLDC*, 2024, n°223. *Adde*. **H. KASSOUL**, « Dimension relationnelle de la résolution unilatérale et utilité de la mise en demeure », *in LEDC*, 2024, n°3, p. 6.

ont estimé que la mise en demeure préalable « *n'a cependant pas à être délivrée lorsqu'il résulte des circonstances qu'elle est vaine* »[1675]. En d'autres termes, les juges ont apprécié l'utilité d'effectuer une mise en demeure. Selon un auteur, l'apport de cet arrêt va plus loin puisqu'il permet de rompre unilatéralement le contrat lorsque « *le comportement adopté par un contractant altère trop gravement la relation pour que celle-ci puisse raisonnablement se poursuivre, de sorte qu'elle peut être rompue unilatéralement sans mise en demeure préalable* »[1676]. Dans cette espèce, il s'agissait d'une société qui avait eu recours à une autre pendant plusieurs années pour des prestations de maintenance. Seulement, en 2016, en raison d'une insatisfaction des prestations de la seconde, la première envoie une lettre indiquant qu'en raison du comportement du dirigeant, elle mettait fin à leur relation. Deux difficultés surviennent. La première tient à la décision des juges, bien que pragmatique, qui vient ajouter une condition supplémentaire ne figurant pas dans l'article 1226 du Code civil. D'autant que l'appréciation des faits de l'espèce pouvait faire ressortir l'urgence exigée dans les textes, rendant la torsion des textes inutile[1677]. La seconde, tient à la décision du créancier de passer outre les formalismes protecteurs, puisque de lui dépend la détermination de l'urgence ou désormais de l'utilité, même si elle pourra être contrôlée en cas de saisine d'un juge. Cette décision pragmatique des juges pourrait ainsi encourager les créanciers à ne pas respecter le formalisme, ces derniers pariant sur l'absence de recours de leur cocontractant, soit sur une appréciation large de la jurisprudence. Cette solution pose donc des difficultés vis-à-vis de la sécurité juridique des contrats, notamment vis-à-vis des conséquences d'une absence de respect des formes par le créancier, alors qu'il aurait dû les respecter. Quelle serait la sanction prononcée par les juges ? Le rétablissement du lien contractuel ou l'allocation de dommages et intérêts ?[1678]

[1675] Cass. Com., 18 octobre 2023, n°20-21.579 : *RLDC*, 2024, n°223, obs. H. KASSOUL ; *D*., 2024, p. 275, chron. M. MEKKI ; *D*. 2023, p. 2169, note S. TISSEYRE ; *RTD Civ*., 2023, p. 882, note H. BARBIER ; *CCC*, 2024, n°1, comm. 1, obs. L. LEVENEUR.

[1676] **H. BARBIER**, « La mise en demeure préalable n'a pas "à être délivrée lorsqu'il résulte des circonstances qu'elle est vaine" », *in RTD Civ.*, 2023, p. 882.

[1677] Cass. Com., 18 octobre 2023, n°20-21.579, préc. : « *dans ce contexte d'extrême pression et de rupture relationnelle, la société Sodileve n'était pas en mesure de poursuivre son intervention* ».
V. en ce sens : **M. MEKKI**, « Droit des contrats », *in D.*, 2024, p. 275 : « *L'urgence aurait d'ailleurs pu suffire en l'espèce sans tordre le texte* ». *Contra*. **C. HÉLAINE**, « Résolution par voie de notification : pas de nécessité de mise en demeure si celle-ci est vaine ! », *in Dalloz actualité*, 24 octobre 2023 : « *Certains auteurs pourront probablement y voir un cas rattachable, d'une façon ou d'une autre, à l'urgence de la situation. Mais un tel raisonnement a peut-être rapidement des limites car le caractère vain n'implique pas nécessairement l'urgence. Il existe souvent une intersection entre ces concepts mais des cas de disjonction entre urgence et caractère vain existent* ».

[1678] *Cf. infra* n°311.

Ensuite, certains mécanismes exigent une notification de la part du titulaire de la prérogative unilatérale. Elle permet ainsi de porter à la connaissance de l'un, l'exercice par l'autre, du pouvoir unilatéral. Elle ne semble être exigée que dans le cadre de l'exception d'inexécution anticipée[1679].

Enfin, la motivation est un mécanisme de compensation à l'existence d'un pouvoir unilatéral. Il permet ainsi au contractant subissant le pouvoir de prendre connaissance des raisons qui ont motivé son partenaire à utiliser le mécanisme unilatéral[1680]. Toutefois, cette exigence n'est pas systématique. En effet, les articles 1164 alinéa 1er et 1165 du Code civil[1681] prévoient une obligation de motivation dans le cadre de la fixation unilatérale du prix seulement en cas de contestation. Cette obligation de motivation a pour objectif premier d'encadrer le pouvoir de fixation unilatérale accordée à l'une des parties contractantes, et impose au contractant de réfléchir en amont à la fixation du prix[1682], et de manière préventive pour éviter tout abus dans cette dernière. Dans cette illustration, la transmission de l'information ne permet pas directement de protéger le consentement de l'autre partie contractante ni de l'informer directement sur le contrat conclu. Toutefois, cette obligation incite le détendeur de cette prérogative à adopter un comportement correct vis-à-vis de son contractant afin qu'il évite toute fixation abusive dépassant le seul droit de faire de bonnes affaires. Ensuite, la résolution unilatérale exige également une motivation de la part du créancier. Bien que le contenu ne soit pas détaillé par le législateur, il semblerait qu'il doive expliciter *a minima* les raisons permettant de justifier que la condition d'inexécution suffisamment grave soit justifiée. Elle permettra, éventuellement, au débiteur d'apprécier l'opportunité de saisir un juge. Cette motivation peut également jouer un rôle dans la perspective d'un litige. Bien que l'argumentation ne soit pas figée par la motivation, son auteur devra conserver une certaine cohérence dans ses propos.

311. Un contrôle permanent du juge. – La mise en place de mécanismes unilatéraux n'est pas sans danger[1683]. Ainsi, dès lors que le législateur met en œuvre des pouvoirs

---

[1679] C. civ., art. 1220.

[1680] *Cf. supra* n°296.

[1681] C. civ., art. 1164 al. 1er : « *Dans les contrats cadre, il peut être convenu que le prix sera fixé unilatéralement par l'une des parties, à charge pour elle d'en motiver le montant en cas de contestation* ».

[1682] **X. LAGARDE**, « La motivation des actes juridiques », *in La motivation – Travaux de l'association Henri Capitant*, t. III, LGDJ, 1998, p. 73, spéc. p. 78 : « *La motivation oblige à la réflexion en sorte qu'elle limite à la source le risque d'arbitraire* ».

[1683] **M. JAOUEN**, « Le rôle du juge et des parties en matière de sanctions contractuelles après la réforme de 2016 : une transformation à parfaire », *in Mélanges en l'honneur du Professeur Suzanne Carval*, IRJS Éditions, 2021, p. 433 : « *Si l'on veut éviter que la justice privée ne dégénère en vengeance privée brutale et rudimentaire, il convient de la penser en articulation étroite avec la justice étatique* ».

unilatéraux, un contrôle judiciaire *a posteriori* est mis en place, et ce de manière systématique[1684]. La mise en œuvre d'un de ces pouvoirs unilatéraux est acceptable puisqu'elle est « *aux risques et périls* »[1685] du titulaire du pouvoir. La saisine du juge est donc seulement reportée et non exclue, le débiteur subissant le pouvoir unilatéral pourra contester son utilisation devant le juge : « *Chassez le juge par la porte, il est susceptible de revenir par la fenêtre !* »[1686]. Si le juge devient « *l'ultime recours, lorsque d'autres voies ne sont pas ou plus ouvertes* »[1687], l'existence d'un contrôle judiciaire *a posteriori* reste une sécurité face aux différents abus de droit qui pourraient résulter de l'usage d'une faculté unilatérale[1688]. Le juge devient finalement le gardien des intérêts des parties dans le contrat[1689]. S'il est saisi, il devra alors apprécier la suffisance de la gravité des manquements invoqués[1690], la proportionnalité de la réduction du prix[1691], l'absence de mise en demeure[1692] ou encore l'absence d'abus dans la fixation unilatérale du prix[1693]. Ce contrôle octroie au juge un véritable « *pouvoir de réformation pour*

[1684] **P. LEMAY**, *Le principe de la force obligatoire du contrat à l'épreuve du développement de l'unilatéralisme,* S. CHASSAGNARD-PINET (préf.), coll. Bibliothèque des thèses, Mare & Martin, 2014, n^os^ 341 et s., p. 467 et s.

[1685] Cass. Civ. 1re, 13 oct. 1998, nº96-21.485, *Bull. civ*. I, nº 300, préc.
Formule désormais consacrée à l'art. 1226 al. 1er C. civ. : « *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* ». *Adde*. **Ch. ATIAS**, « Les "risques et périls" de l'exception d'inexécution (limites de la description normative) », *in D.*, 2003, p. 1103 ; **J.-P. GRIDEL**, « La rupture unilatérale aux risques et périls », *in RLDC*, 2007, n°41, p. 53.

[1686] **D. MAZEAUD**, « Le rôle du juge en droit des contrats », *in RDC*, 2016, n°2, p. 353, spéc. n°29.

[1687] **M. JAOUEN**, « Le rôle du juge et des parties en matière de sanctions contractuelles après la réforme de 2016 : une transformation à parfaire », *in Mélanges en l'honneur du professeur Suzanne Carval*, IRJS Éditions, 2021, p. 433, spéc. p. 436.

[1688] **M. JAOUEN**, « Le rôle du juge et des parties en matière de sanctions contractuelles après la réforme de 2016 : une transformation à parfaire », *in Mélanges en l'honneur du professeur Suzanne Carval*, IRJS Éditions, 2021, p. 433, spéc. p. 443 : « *Ce n'est donc qu'en étroite articulation avec la justice étatique que la justice privée promue par la réforme pourra trouver sa juste place dans notre droit* ».

[1689] V. en ce sens : **Th. REVET**, « Réflexions sur l'unilatéralisme dans le droit rénové des contrats », *in Études en la mémoire de Philippe Neau Leduc – Le juriste dans la cité*, coll. Mélanges, LGDJ, 2018, p. 887, spéc. n° 12, p. 897 : l'auteur constate que la fonction dévolue au juge est de vérifier que l'intérêt du cocontractant « *n'a pas été ignoré par l'autre, seul investi du pouvoir d'agir seul sur le contenu ou le sort du contrat* […] ».

[1690] C. civ., art. 1219 : « *Une partie peut refuser d'exécuter son obligation, alors même que celle-ci est exigible, si l'autre n'exécute pas la sienne et si cette inexécution est suffisamment grave* » ; C. civ., art. 1220 : « *Une partie peut suspendre l'exécution de son obligation dès lors qu'il est manifeste que son cocontractant ne s'exécutera pas à l'échéance et que les conséquences de cette inexécution sont suffisamment graves pour elle* » ; C. civ., art. 1226 al. 4 : « *Le débiteur peut à tout moment saisir le juge pour contester la résolution. Le créancier doit alors prouver la gravité de l'inexécution* ». *Adde*. Certains auteurs estiment, en effet, que la condition d'une « *inexécution suffisamment grave* » est une condition de validité de la résolution unilatérale, la résolution unilatérale pouvant être considérée comme un acte juridique : **Ph. CHAUVIRÉ**, « Quelle sanction pour la rupture unilatérale du contrat en l'absence de comportement grave ? », *in RLDC*, 2010, n°75, p. 7 ; **M. CASSIÈDE**, *Les pouvoirs contractuels : étude de droit privé*, L. SAUTONIE-LAGUIONIE (dir.), th. dactyl., Université de Bordeaux, 2018, n°567, pp. 687-691.

[1691] C. civ., art. 1224.

[1692] C. civ., art. 1226.

[1693] C. civ., art. 1164 et 1165.

neutraliser les effets d'une sanction unilatérale ou amiable irrégulière »[1694]. Le juge a donc le pouvoir de contrôler la mise en œuvre de sa prérogative unilatérale. Selon Madame Magali JAOUEN, cela lui permet « *de neutraliser l'efficacité de la sanction* », d'une part, « *par l'octroi d'un délai de grâce* » au débiteur agissant au stade de la mise en demeure, d'autre part, par la possibilité pour le juge de faire « *revivre un contrat irrégulièrement rompu* »[1695]. Toutefois, les conséquences du contrôle peuvent poser des difficultés.

Si d'un point de vue théorique le contrôle du juge permet d'éviter tout abus de la part du créancier, il n'en demeure pas moins que « *l'hypothèse apparaît assez chimérique en pratique* »[1696]. En effet, cela consisterait, par exemple, pour le débiteur estimant la résolution unilatérale abusive de demander une sorte de « *résurrection forcée du contrat* »[1697], alors que l'une des parties a souhaité rompre sa relation contractuelle[1698]. Les suites d'un tel contrôle judiciaire apparaissent donc assez floues[1699]. Si la résurrection du contrat peut être compromise en raison de la détérioration de la relation contractuelle, peut-être serait-il envisageable d'allouer des dommages et intérêts[1700]. Toutefois, dans un tel cas, il faudrait rapporter la preuve

---

[1694] **M. JAOUEN**, « Le rôle du juge et des parties en matière de sanctions contractuelles après la réforme de 2016 : une transformation à parfaire », *in Mélanges en l'honneur du professeur Suzanne Carval*, IRJS Éditions, 2021, p. 433, spéc. p. 445.

[1695] **M. JAOUEN**, « Le rôle du juge et des parties en matière de sanctions contractuelles après la réforme de 2016 : une transformation à parfaire », *in Mélanges en l'honneur du professeur Suzanne Carval*, IRJS Éditions, 2021, p. 433, spéc. p. 447 ; **M. JAOUEN**, *La sanction prononcée par les parties au contrat – Étude sur la justice privée dans les rapports contractuels de droit privé*, D. MAZEAUD (préf.), coll. Recherches juridiques, Économica, 2013, n^{os} 437 et s., p. 343 et s.

[1696] **A. AYNÈS**, « Les remèdes unilatéraux (résolution unilatérale, réduction de prix) », *in Réforme du droit des contrats et pratique des affaires*, Ph. STOFFEL-MUNCK (dir.), coll. Thèmes & commentaires, Dalloz, 2015, p. 113, spéc. n°16, p. 119.

[1697] **A. AYNÈS**, « Les remèdes unilatéraux (résolution unilatérale, réduction de prix) », *in Réforme du droit des contrats et pratique des affaires*, Ph. STOFFEL-MUNCK (dir.), coll. Thèmes & commentaires, Dalloz, 2015, p. 113, spéc. n°16, p. 119 ; **D. HOUTCIEFF**, « La motivation en droit des contrats », *in RDA*, 2019, n°19, p. 34, spéc. n°15, p. 41. *Adde*. Pour plus de développements sur les conséquences de l'extinction invalide de l'obligation : **P. MIRGUET**, « L'extinction invalide de l'obligation », *in RTD Civ.*, (à paraître).

[1698] **M. CASSIÈDE**, *Les pouvoirs contractuels : étude de droit privé*, L. SAUTONIE-LAGUIONIE (dir.), th. dactyl., Université de Bordeaux, 2018, n°568, p. 692 : « *Dans une telle situation, l'annulation de l'acte de rupture, en raison du dépassement de pouvoir commis par son auteur, aura pour conséquence de neutraliser les effets juridiques de la rupture et d'entrainer, alors, au plan juridique, un retour à la situation contractuelle antérieure à son édiction. De la sorte, l'effacement des effets juridiques de l'acte de rupture et le retour à la situation juridique antérieure devront conduire les juges à considérer que l'auteur de la rupture irrégulière se trouve, en réalité, toujours lié par le contrat dont il prétendait s'être libéré* ».

[1699] V. les développements : **Ph. CHAUVIRÉ**, « Quelle sanction pour la rupture unilatérale du contrat en l'absence de comportement grave ? », *in RLDC,* 2010, n°75, p. 7.

[1700] V. en ce sens : **D. HOUTCIEFF,** « L'étendue des nouveaux pouvoirs unilatéraux du contractant », *in RDC*, 2018, n°3, p. 505, spéc. n°26 : Citant deux décisions des juges du fond allant dans ce sens (TGI Paris, 3ème ch. 1re sect., 16 nov. 2017, n°16/06303 ; TGI Paris, 3ème ch. 3ème sect., 23 mars 2018, n°15/18773), l'auteur énonce que « *le temps judiciaire nécessaire rend en pratique difficilement envisageable la remise en cause – plusieurs mois après – d'une résolution acquise. Il est ainsi probable que le juge se bornera en un tel cas à allouer des dommages-intérêts à la victime de la résolution fautive, sans remettre en cause cette dernière* » ; **D. HOUTCIEFF**, « La

d'un préjudice subi par le débiteur, préjudice devant être suffisamment conséquent pour inciter le débiteur, subissant la résolution unilatérale, à saisir le juge et en demander la réparation. Il y a donc un risque que l'abus du créancier ne soit pas sanctionné en raison d'une balance des intérêts effectuée entre le préjudice réellement subi et le coût et les aléas liés à la saisine d'un juge. Dans ces circonstances, la résolution unilatérale pourrait devenir un mécanisme de violation efficace du contrat[1701]. Le créancier n'aurait qu'à "payer" pour obtenir la rupture du lien contractuel[1702], en ce sens « *l'exécution des obligations cesse*[rait] *d'être une fin en soi* »[1703]. En somme, la résurrection du contrat pose des difficultés en raison de l'altération des liens contractuels, quant à l'allocation de dommages et intérêts pose des difficultés quant à la dissuasion de la sanction et la sécurité juridique des contrats. La question de la sanction peut se poser dans les mêmes termes pour ce qui concerne les autres pouvoirs de sanction. Une solution à cette problématique pourrait se trouver au sein du droit du travail, dans le cadre des licenciements prononcés pour cause illicite[1704]. Dès lors que le licenciement est prohibé, le salarié peut au choix demander sa réintégration dans l'entreprise[1705] ou l'allocation d'indemnités[1706]. Cette option relative aux sanctions pourrait être transposée à la problématique de l'usage abusif d'une prérogative unilatérale. La sanction principale serait ainsi la résurrection du contrat, autrement dit le prononcé de la nullité de l'acte juridique extinctif. À titre secondaire, le choix étant laissé au contractant subissant la sanction unilatérale, l'allocation d'une indemnité pourrait être prononcée par le juge. Cette solution permet, d'un côté, de conserver une part de dissuasion pour l'auteur de la sanction unilatérale ; d'autre part, de ne pas

motivation en droit des contrats », *in RDA*, 2019, n°19, p. 34, spéc. n°15, p. 41. *Adde*. **Ph. CHAUVIRÉ**, « Quelle sanction pour la rupture unilatérale du contrat en l'absence de comportement grave ? », *in RLDC,* 2010, n°75, p. 7.

[1701] **Y.-M. LAITHIER**, *Études comparatives des sanctions de l'inexécution du contrat »,* H. MUIR-WATT (préf.), t. 419, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2004, n^{os} 405 et s., p. 485 et s.

[1702] V. en ce sens l'expérience économique connue sous le nom de « *la crèche d'Haïfa* » : *Cf. supra* n°235.

[1703] **Y.-M. LAITHIER**, *Études comparatives des sanctions de l'inexécution du contrat »,* H. MUIR-WATT (préf.), t. 419, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2004, n°407, p. 487.

[1704] Pour plus de développements sur l'évolution de la sanction en matière en licenciement prohibé : **G. AUZERO, D. BAUGARD, E. DOCKÈS**, *Droit du travail*, 37ème éd., coll. Précis, Dalloz, 2024, n^{os} 483 et s., p. 641 et s. ; **A. FABRE**, V° « Contrat de travail à durée indéterminée : rupture – licenciement – droit commun – Nullité du licenciement », *in Rép. trav.*, Dalloz, avr. 2020 (actu : juil. 2024), n^{os} 353 et s.

[1705] La réintégration peut être refusée au salarié si elle est impossible, telle que la cessation d'activité de l'entreprise (Cass. Soc. 20 juin 2006, n 05-44.256) ou encore lorsque le salarié a liquidé ses droits à la retraite (Cass. Soc., 14 nov. 2018, n°17-14.932).
Pour plus de développements : **A. FABRE**, V° « Contrat de travail à durée indéterminée : rupture – licenciement – droit commun – Nullité du licenciement », *in Rép. trav.*, Dalloz, avr. 2020 (actu : juil. 2024), n^{os} 483-485.

[1706] **A. FABRE**, V° « Contrat de travail à durée indéterminée : rupture – licenciement – droit commun – Nullité du licenciement », *in Rép. trav.*, Dalloz, avr. 2020 (actu : juil. 2024), n°466 : « *Reste que réintégrer l'entreprise n'est pas toujours envisageable ni même souhaité par le salarié. Si, pour l'une de ces raisons, la nullité ne peut aboutir à la poursuite du contrat aux conditions antérieures s'applique alors un régime de sanctions alternatif et original* ».

forcer un rétablissement du lien contractuel définitivement dégradé. À cet égard cette solution pourrait être transposable au droit positif, les textes ne prévoyant pas spécifiquement de sanction.

***

312. Conclusion Section 2. – L'équilibre relationnel implique une réglementation des comportements, pour ce faire, il est nécessaire d'établir autant que possible un équilibre informationnel et un équilibre entre les pouvoirs des cocontractants. L'arsenal législatif semble fourni en la matière. Le législateur intervient dans deux domaines ainsi dans ces deux domaines.

En matière d'équilibre informationnel, la politique menée a trait à l'encouragement de la diffusion de l'information entre les parties. Cette information permet d'une part de compenser l'asymétrie informationnelle pouvant exister entre les contractants, d'autre part, elle permet de mettre tous les contractants en capacité de conclure leur contrat ou de l'exécuter en connaissance de cause. Cet encouragement à la diffusion de l'information apparaît de tout au long de la relation contractuelle, de manière préventive et de manière curative. Pour être efficace, la transmission de l'information devrait impliquer une obligation de résultat, la transmission effective de l'information, et une obligation de moyens, la compréhension de l'information par le cocontractant. Toutefois, ces mécanismes informationnels ne doivent pas être sans limite pour éviter tout comportement abusif de la part des contractants. Le bénéficiaire de l'information doit faire preuve d'une certaine diligence et doit également tenter de s'informer lui-même. Le détenteur de l'information, quant à lui, doit transmettre aussi fidèlement possible l'information de manière à ce qu'elle soit comprise. Il ne s'agit pas seulement pour lui de s'acquitter de son devoir et d'être déchargé de toute responsabilité.

L'équilibre des pouvoirs permet de protéger les contractants face aux risques que présente l'unilatéralisme, induit notamment par l'existence de prérogatives contractuelles, par l'existence d'une relation de dépendance ou encore par l'existence de pouvoirs unilatéraux accordés par le législateur. En la matière, il est nécessaire de distinguer les compensations prévues à l'existence de pouvoirs factuels, et les compensations prévues dans le cadre de pouvoirs juridiques octroyés par le législateur. Les pouvoirs factuels résultent essentiellement de relations asymétriques entre les contractants. À cet égard, certains mécanismes viennent sanctionner les mauvais comportements des contractants à travers notamment la violence ou le dol. En outre, pour compenser cet unilatéralisme factuel, le législateur apporte certaines

réponses par l'instauration de pouvoirs légaux au profit des contractants subissant cet unilatéralisme. En revanche, si ces pouvoirs permettent une compensation entre les contractants, il n'en demeure pas qu'ils restent encadrés par des mécanismes de finalisation, mais également par un contrôle systématique du juge, permettant de neutraliser leur usage abusif. La sanction pose toutefois des difficultés auxquelles il est proposé de remédier en laissant, à la partie subissant le pouvoir unilatéral, le choix entre une résurrection du contrat ou une indemnité. L'intervention du juge permet également d'appuyer le prononcé de la sanction unilatérale en forçant son exécution.

L'ensemble de ces mécanismes permet de rétablir un certain équilibre au sein de la relation contractuelle, mais ils restent relativement mesurés, en ce sens que les protections accordées ne sont pas aveugles et qu'une vigilance envers le comportement de l'ensemble des contractants est de mise.

***

313. Conclusion de Chapitre 1. – Les actions combinées du législateur et du juge tendent à montrer l'importance de l'équilibre relationnel et de l'adoption par les contractants d'un bon comportement. C'est en ce sens que des mécanismes généraux et spéciaux font partie du paysage juridique en vue de réguler de manière préventive ou curative les différents comportements qui pourraient porter atteinte à l'intérêt de son partenaire contractuel et ainsi troubler l'équilibre contractuel. Que ces mécanismes protègent des intérêts particuliers ou de manière large l'intérêt général, ils permettent d'appréhender le comportement des contractants.

De manière générale, le législateur semble imposer une directive générale aux comportements, induisant un certain civisme contractuel au moyen du mécanisme de bonne foi, ainsi que des bonnes mœurs. Ces mécanismes contribuent à la protection de l'équilibre contractuel par le truchement de la protection des intérêts privés et de l'intérêt général. Si le premier mécanisme semble emporter la faveur du juge, il semblerait que le second tombe en désuétude. S'agissant de la bonne foi, il semblerait que la multitude de ces fonctions permet au juge d'appréhender le comportement des contractants, toutefois, l'autonomie du texte semble restreinte. La bonne foi n'intervient dans le contentieux qu'en support d'un autre texte. Cette absence d'autonomie n'enlève tout de même pas la portée importante de la bonne foi. S'agissant des bonnes mœurs, leur portée semble amenuisée en raison d'une interprétation restrictive de ce dernier cantonné à la morale sexuelle. Un renouvellement de l'approche de ce mécanisme,

notamment par la prise en compte des droits fondamentaux, permettrait d'instaurer une morale contractuelle en accord avec la société.

De manière plus spéciale, certains mécanismes sont instaurés en vue de rétablir autant que possible l'effectivité de la liberté des contractants par l'instauration d'un équilibre informationnel et d'un équilibre des pouvoirs entre les parties contractantes. Ils n'existent qu'en vue de prévenir ou de sanctionner la présence d'un déséquilibre relationnel suffisamment important et risquant d'entraîner *in fine* un déséquilibre contractuel. Ce sont finalement des mécanismes compensateurs : autrement dit, ces mécanismes ont vocation à rétablir la liberté entachée des parties contractantes. L'équilibre relationnel doit donc permettre de rétablir une certaine égalité des armes entre les contractants. Il serait illusoire de rétablir une égalité parfaite entre les parties, mais ils permettent de donner les moyens au contractant, ne bénéficiant pas des mêmes avantages, de pouvoir contracter dans de meilleures conditions qu'à l'origine. Cela lui permet également d'assurer le meilleur déroulement possible de la relation contractuelle jusqu'à l'extinction complète du contrat. L'étude du droit commun a donc montré un certain égard à l'équilibre relationnel. Toutefois, des limites doivent également être mises en place pour éviter une inversion des positions entre les parties. En d'autres termes, il ne faut pas que les mécanismes d'équilibre contractuel fassent l'objet d'une instrumentalisation de la part des parties qui en bénéficient. Le législateur veille ainsi au bon comportement de l'ensemble des contractants pour éviter tout opportunisme de leur part. Parfois insuffisants à maintenir le cap de l'équilibre contractuel, il est aussi mis en place des mécanismes de régulation de l'équilibre substantiel, autrement dit de l'équilibre du contenu du contrat.

CHAPITRE 2. L'ÉQUILIBRE SUBSTANTIEL, L'APPRÉHENSION INDIRECTE DU COMPORTEMENT DES PARTIES

314. L'instauration de mécanismes concernant l'équilibre ne suffisant pas dans certaines situations, le législateur et le juge contrôlent parfois le contenu contractuel. En droit des contrats, il existe une réticence constante face à l'éventualité d'un contrôle du contenu du contrat[1707], ce dernier étant la chose des parties. Ainsi, seul un principe d'équilibre du contenu subjectif semble se dégager, les parties déterminant elles-mêmes l'équilibre de leur contrat. Cela signifie que les parties peuvent, en pleine connaissance de cause, s'engager dans un contrat objectivement déséquilibré[1708]. Par exemple, un propriétaire d'un immeuble peut choisir de donner à bail un appartement pour un prix réduit au locataire, qui se trouve être un membre de sa famille. L'on peut également imaginer une vente à perte en période de soldes pour que le vendeur puisse écouler son stock d'invendus. Le contrat s'en trouve objectivement déséquilibré, pour autant, les parties y trouvent chacune leur intérêt. La force obligatoire du contrat permet ainsi de protéger ces intérêts, puisque le contrat doté de force obligatoire devra être exécuté afin de satisfaire les différents intérêts au contrat[1709]. Bien qu'en principe la méfiance prévale en matière de régulation du contenu du contrat, il n'en demeure pas moins qu'il existe des situations dans lesquelles le législateur et le juge ne peuvent se contenter d'une seule régulation directe des comportements contractuels. Il est des situations dans lesquelles la détermination de l'équilibre contractuel par les parties ne peut suffire et le juge peut ainsi se saisir du contenu contractuel. Ces différents mécanismes permettent ainsi un contrôle extérieur du contenu contractuel dès lors que le comportement d'un des contractants ne se révèle pas en adéquation avec l'intérêt général ou les intérêts particuliers de son cocontractant, se répercutant alors sur le contenu contractuel. La perspective de l'équilibre reste ancrée, puisque le contrôle n'existe qu'en présence d'intérêts contractuels non respectés, qu'il s'agisse de l'intérêt général ou d'intérêts privés. C'est le cas déjà lorsqu'une illicéité se présente dans le contrat. Autrement dit, les parties doivent déterminer leur contenu contractuel, mais il doit se trouver en adéquation avec le cadre fixé par le droit objectif et plus particulièrement l'ordre public ou encore les différentes règles imposées ou suggérées par le législateur (**Section 1**). Il est également des cas

[1707] Sur la notion de contenu du contrat : *cf. supra* n°102.

[1708] **H. JUILLET-REGIS**, *La force obligatoire du contrat – Réflexion sur l'intérêt au contrat*, B. TEYSSIÉ (dir.), th. dactyl., Université de Paris Panthéon-Assas, 2015, n°403, p. 270.

[1709] *Cf. supra* n^{os} 172 et s.

dans lesquels la force obligatoire se trouve altérée en raison d'un déséquilibre externe. Dans ces situations, un contrôle du contenu contractuel peut également être adopté par le juge dès lors qu'aucune solution n'a pu être trouvée par les parties elles-mêmes (**Section 2**).

Section 1. Le contrôle de licéité du contenu contractuel

315. L'exigence d'un contenu licite. – Le contrôle approfondi du contenu du contrat reste relativement restreint. Toutefois et peu important les circonstances de conclusion du contrat, des mécanismes de contrôle ont un champ d'application général en vue du respect de la licéité du contrat. Il s'agit alors d'étudier le rapport entre la volonté privée et la règle de droit[1710]. Le contrôle de la licéité du contrat demeure substantiel dans le cadre du contrôle de l'équilibre du contenu du contrat, d'autant que les parties ne peuvent en écarter l'application. La licéité du contrat permet ainsi la « *conformité sociale* »[1711] de ce dernier et renvoie de manière générale au respect du Droit[1712]. Fondamentalement, le contrat, pour revêtir sa force obligatoire, doit être légalement formé, mais doit également respecter le droit dans son entièreté. Il doit donc exister un rapport de conformité du contenu du contrat avec l'ensemble des règles de droit[1713].

316. Un comportement en marge du droit. – Le contrôle de la licéité du contenu permet finalement de contrôler indirectement le comportement des contractants, tel qu'a pu le démontrer Monsieur Bertrand FAGES[1714]. Il s'agit finalement de vérifier que le contractant ne se sert pas du contenu contractuel pour avoir un comportement illicite.

[1710] **M. TOUCHAIS**, *La règle impérative – Contribution à l'étude de la dérogation conventionnelle aux lois*, T. AZZI (préf.), t. 622, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2023, n°5, p. 28 : Selon Monsieur Maxime TOUCHAIS, cette étude est « *plus difficile à appréhender qu'il n'y parait* ».

[1711] **J. FLOUR, J.-L. AUBERT, É. SAVAUX**, *Droit civil – Les obligations – L'acte juridique,* 18ème éd., coll. Université, Dalloz, 2024, nos 542 et s., p. 716 et s. ; **É. SAVAUX**, « Le contenu du contrat », *in JCP G.*, 2015, suppl. au n°21, p. 20, spéc. n°4.

[1712] **ASSOCIATION H. CAPITANT** (dir.), *Vocabulaire juridique*, 14ème éd., coll. Quadrige, PUF, 2022, V° « Licéité ». *Adde*. **J. GHESTIN, H. BARBIER**, *Introduction générale*, t. 1, *Droit objectif et droits subjectifs – Sources du droit*, 5ème éd., coll. Traité, LGDJ, 2018, n°421, p. 381 : Les auteurs évoquent la distinction entre la loi et le droit.

[1713] Sur le rapport de conformité : V. **M. TOUCHAIS**, *La règle impérative – Contribution à l'étude de la dérogation conventionnelle aux lois*, T. AZZI (préf.), t. 622, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2023, n°648, p. 613 : l'auteur associe deux effets à ce rapport de conformité : « *La règle impérative se caractérise ainsi par une interdiction absolue de déroger par convention* » et il propose un « *principe d'effet directe de la règle impérative nonobstant toute clause contraire* ».

[1714] **B. FAGES**, *Le comportement du contractant*, J. GHESTIN (préf.), coll. Institut de droit des affaires, PUAM, 1997, n°389 et s., p. 209 et s. : L'auteur envisage un chapitre sur « *le comportement* [du contractant] *en marge du droit* ».

317. Les sources de la licéité. – Le contrôle du contenu du contrat semble se porter vers une exigence de conformité du contrat à l'ordre public[1715]. À ce titre, l'article 1162 du Code civil érige la licéité en condition de validité du contrat. Classiquement associée à l'ordre public et aux bonnes mœurs[1716], la licéité renvoie pourtant à une dimension plus générale de respect du droit. C'est ainsi qu'il peut être affirmé que les contrats contraires à l'ordre public sont tous illicites, mais que, les contrats illicites ne sont pas nécessairement contraires à l'ordre public[1717]. Dans cette même perspective, la jurisprudence admet qu'un contrat ne respectant pas les règles de déontologie est illicite, et par conséquent, nul[1718] ; alors pourtant que certaines règles de ces règles de déontologie ne sont pas considérées d'ordre public[1719]. Pour autant, les textes[1720] ne semblent cibler que la conformité à l'ordre public. Le contrôle de la licéité ne renvoie-t-il par là qu'aux seules règles d'ordre public ? Est-ce à dire qu'un contrat dont le contenu est contraire à une "simple" règle impérative ne ferait l'objet d'aucun contrôle ? Il est nécessaire d'y apporter plus de nuances. Il semblerait qu'une sorte d'imbrication des règles dans l'appréciation de la licéité du contrat s'impose, à l'image d'une poupée russe. Ainsi, pour être licite, le contrat ne doit pas contrevenir de manière générale aux règles impératives[1721]. En somme, le contrat ne doit ni être contraire à l'ordre public, comme le précisent les textes précités, ni constituer une

[1715] C. civ., art. 6 : « *On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs* ».

C. civ., art. 1102 al. 2 : « *La liberté contractuelle ne permet pas de déroger aux règles qui intéressent l'ordre public* ».

C. civ., art. 1162 : « *Le contrat ne peut déroger à l'ordre public ni par ses stipulations, ni par son but, que ce dernier ait été connu ou non par toutes les parties* ».

[1716] V. **J. GHESTIN, G. LOISEAU, Y.-M. SERINET**, *Traité de droit civil – La formation du contrat,* t. 2, *L'objet et la cause – Les nullités,* 4ème éd., LGDJ, 2013, n°324, p. 258.

[1717] Dans le même sens : **F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, et *al.***, *Droit civil – Les obligations*, 13ème éd., coll. Précis, Dalloz, 2022, n°569, p. 794.

[1718] V. not. Cass. Civ. 1ère, 6 avr. 2022, n°21-12.045, *Bull. Civ.* I, n°4 ; *RTD Civ.*, 2022, p. 376, note. H. BARBIER ; *D.*, 2023, p. 254, obs. M. MEKKI ; *Rev. Sociétés*, 2022, p. 615, note J. BARDY ; *RLDC*, 2022, n°203, obs. S. DE ROUMEFORT ; *JCP E.*, 2022, n°23, 1206, p. 28, com. B. DONDERO ; *Gaz. pal.*, 2022, n°14, p. 25, obs. C. BERLAUD ; *Gaz. pal.*, 2022, n°16, p. 6, note D. HOUTCIEFF : « […] *un contrat conclu entre un expert-comptable et son client, en ce qu'il fixe les honoraires dus en fonction de tels résultats, est illicite et, partant, nul, de sorte que le montant des honoraires dus à l'expert-comptable doit être déterminé en fonction du travail fourni et du service rendu* ».

[1719] **H. BARBIER**, « Quand le déontologique et le licite se confondent », *in RTD Civ.*, 2022, p. 376 : Ce constat est regrettable selon Monsieur Hugo BARBIER estimant que cette absence de précision par les juges de la Cour de cassation permettrait d'obtenir une nullité du contrat pour toute violation de règles de déontologie, même mineure.

[1720] Excepté les textes relatifs à la liberté contractuelle (C. civ., art. 1102) et à la force obligatoire (C. civ., art. 1103) qui, eux, renvoient au respect général de la loi

[1721] V. en ce sens : **M. TOUCHAIS**, *La règle impérative – Contribution à l'étude de la dérogation conventionnelle aux lois*, T. AZZI (préf.), t. 622, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2023, n°648, p. 613 : « *Vue sous l'angle de la théorie générale des conflits de normes, la règle impérative a pu être définie comme une règle placée dans un rapport de conformité avec le contrat* » L'auteur ajoute que l'existence d'une convention contraire à une règle impérative est par hypothèse illicite.

fraude à la loi, afin que le contrat puisse être doté de la force obligatoire[1722]. C'est ainsi qu'il faut établir une sorte de gradation dans la force normative des lois, « *le caractère coercitif de la loi connaît en cela des degrés* »[1723]. Une distinction doit alors être faite entre les règles d'ordre public et les règles impératives qui ne se superposent pas complètement[1724]. Un auteur propose en ce sens de distinguer « *l'ordre étatique impératif* » et « *l'ordre privé impératif* »[1725]. À titre d'illustration, l'ordre public peut trouver sa source dans la loi, mais pas seulement[1726], il peut également trouver son origine dans certaines décisions de justice.

318. Le contrôle de licéité s'étend donc à des degrés divers, impliquant une vérification de la conformité du contrat à l'ordre public (**Paragraphe 1**), mais également la conformité de ce dernier à l'ensemble des règles de droit, qu'elles soient règles impératives ou supplétives – règles auxquelles les parties n'ont stipulé aucune dérogation (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 1. Une exigence générale de conformité à l'ordre public

319. L'exigence de conformité du contenu à l'ordre public. – L'exigence de conformité à l'ordre public se trouve affirmée à pas moins de trois reprises dans le Code civil et est érigée en condition de validité du contrat. Pour être valide, le contenu du contrat ne doit donc pas

[1722] **Ph. MALAURIE, L. AYNÈS, Ph. STOFFEL-MUNCK**, *Droit des obligations*, 12ème éd., coll. Droit civil, LGDJ, 2022, n°389, p. 359.

[1723] **C. BRUNETTI-PONS**, « La conformité des actes juridiques à l'ordre public », *in Études offertes au professeur Philippe Malinvaud*, coll. Mélanges, LexisNexis, 2007, p. 103, spéc. n°11, p. 113. Adde. **C. DROUILLER**, *Ordre public et droits fondamentaux – Contribution à l'étude de la fondamentalisation du droit privé interne*, S. PELLÉ (préf.), t. 203, coll. Thèses, Institut Francophone pour la Justice et la Démocratie, 2021, n°209, pp. 223-224.

[1724] **C. BRUNETTI-PONS**, « La conformité des actes juridiques à l'ordre public », *in Études offertes au professeur Philippe Malinvaud*, coll. Mélanges, LexisNexis, 2007, p. 103 ; **Ph. MALAURIE, L. AYNÈS, Ph. STOFFEL-MUNCK**, *Droit des obligations*, 12ème éd., coll. Droit civil, LGDJ, 2022, n°391, p. 360 : « *Les lois impératives et d'ordre public ne doivent pas être confondus* » ; **A. TANI**, *L'ordre public et le droit patrimonial de la famille – Contribution à la distinction entre l'ordre public et l'impérativité en droit privé français*, B. BEIGNIER (préf.), t. 64, coll. Doctorat & Notariat, Defrénois, 2020. Contra. **C. PÉRÈS-DOURDOU**, *La règle supplétive*, G. VINEY (préf.), t. 421, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2004, note n°13 sous n°8, p. 6 : L'auteure considère les règles impératives et d'ordre public comme synonymes ; **J. GHESTIN, H. BARBIER**, *Introduction générale*, t. 1, *Droit objectif et droits subjectifs – Sources du droit*, 5ème éd., coll. Traité, LGDJ, 2018, n°508, p. 469.

[1725] **J. MESTRE**, « L'ordre public dans les relations économiques », *in L'ordre public à la fin du XXe siècle*, Th. REVET (dir.), coll. Thèmes & commentaires, Dalloz, 1996, p. 33, spéc., n°3, pp. 34-35.

[1726] **C. BRUNETTI-PONS**, « La conformité des actes juridiques à l'ordre public », *in Études offertes au professeur Philippe Malinvaud*, coll. Mélanges, LexisNexis, 2007, p. 103, spéc. n°13, p. 116 : « *Il est d'autant plus contestable de confondre l'ordre public avec les lois impératives que celui-ci peut avoir d'autres sources que la loi* » ; **Ph. MALAURIE, L. AYNÈS, Ph. STOFFEL-MUNCK**, *Droit des obligations*, 12ème éd., coll. Droit civil, LGDJ, 2022, n°391, p. 361.

violer l'ordre public[1727]. La notion d'ordre public a pu faire l'objet de nombreuses recherches, pourtant sa définition reste difficile à appréhender. MALAURIE écrivait à ce sujet que « *nul n'a jamais pu en définir le sens, chacun en vante l'obscurité et tout le monde s'en sert* »[1728]. Des auteurs ont tenté de regrouper les différentes définitions de l'ordre public démontrant alors la difficulté d'en ressortir une définition unitaire[1729]. Très schématiquement, on peut résumer l'ordre public à la défense de valeurs essentielles de la société préservant et assurant la paix sociale[1730]. Les difficultés liées à la recherche d'une définition de la notion ressortent essentiellement du caractère variable de l'ordre public différant selon l'époque et la société[1731]. En outre, la notion d'ordre public a souvent été associée à la sauvegarde exclusive des intérêts supérieurs de la collectivité[1732], pour autant il ne s'y résume pas non plus.

320. Une protection de l'intérêt général. – La conformité aux règles d'ordre public permet la protection de l'intérêt général entendu comme « *le résultat d'une hiérarchie entre les intérêts publics et/ou privés, légitimée à la fois de manière substantielle et dogmatique, et de manière procédurale* »[1733]. L'ordre public « *permet de faire primer un intérêt, vecteur d'une valeur jugée fondamentale, sur un autre* »[1734]. Il « *contribue à l'intérêt général aussi bien par la protection d'intérêts publics que par la protection d'intérêts privés. Plus justement, il en fait des intérêts supérieurs* »[1735]. Comme envisagé précédemment, l'équilibre contractuel s'entend de manière externe comme le respect de l'intérêt général et non seulement des seuls désirs et intérêts privés des parties contractantes[1736]. Ainsi, le respect de la licéité du contrat permet de

[1727] Une auteure relève que la formulation de l'article est « *inélégante car il ne s'agit pas ici de dérogation à l'ordre public mais de violation de celui-ci* » : **C. PÉRÈS**, « Règles impératives et supplétives dans le nouveau droit des contrats », *in JCP G.*, 2014, act. 454, p. 770, spéc. p. 771.

[1728] **Ph. MALAURIE**, *Les contrats contraires à l'ordre public (Étude de Droit civil comparé : France, Angleterre, U.R.S.S.)*, P. ESMEIN (préf.), Matot-Braine éd., 1953, n°1, p. 3.

[1729] **Ph. MALAURIE**, *Les contrats contraires à l'ordre public (Étude de Droit civil comparé : France, Angleterre, U.R.S.S.)*, P. ESMEIN (préf.), Matot-Braine éd., 1953, p. 261 et s. ; **F. YOUTA**, *L'ordre public contractuel en droit administratif*, P.-Y. GAHDOUN et M. UBAUD-BERGERON (préf.), vol. 240, coll. Nouv. bibl. thèses, Dalloz, 2024, p. 539 et s.

[1730] **D. HOUTCIEFF**, *Droit des contrats*, 9ème éd., coll. Paradigme, Bruylant, 2024, n°459, p. 417.

[1731] **D. HOUTCIEFF**, *Droit des contrats*, 9ème éd., coll. Paradigme, Bruylant, 2024, n°459, p. 417 ; **Ch. LARROUMET, S. BROS**, *Traité de droit civil,* t. 3, *Les obligations – Le contrat*, 9ème éd., coll. Corpus droit privé, Économica, 2018, n°443, p. 415.

[1732] V. en ce sens : **G. COUTURIER**, « L'ordre public de protection, heurs et malheurs d'une vieille notion neuve », *in Études offertes à Jacques Flour*, coll. Anthologie du Droit, LGDJ, 2013, p. 95, spéc. n°6, p. 101

[1733] **M. MEKKI**, *L'intérêt général et le contrat – Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé,* J. GHESTIN (préf.), t. 411, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2004, n°78, p. 67.

[1734] **M. MEKKI**, *L'intérêt général et le contrat – Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé,* J. GHESTIN (préf.), t. 411, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2004, n°292, p. 188.

[1735] **M. MEKKI**, *L'intérêt général et le contrat – Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé,* J. GHESTIN (préf.), t. 411, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2004, n°1025, p. 603.

[1736] *Cf. supra* nos 132 et s.

contribuer à l'équilibre du contrat[1737]. L'ordre public est l'instrument privilégié de l'intérêt général par la hiérarchisation des intérêts qu'il opère par référence à un certain nombre de valeurs jugées essentielles.

321. Un dépassement de la distinction entre l'ordre public de protection et de direction. – Au sein de l'ordre public, une distinction a pu être établie pour classer les différentes règles dont l'objet de protection diffère[1738]. Premièrement, l'ordre public de direction « *se propose de concourir à une certaine direction – plus mollement dit, orientation – de l'économie nationale, en éliminant des contrats privés tout ce qui pourrait la contrarier* »[1739]. Deuxièmement, l'ordre public de protection « *n'a d'autre but que de protéger, dans certains contrats, la partie économiquement la plus faible* »[1740]. Si leur objectif reste la protection de l'intérêt général, l'objet de protection diffère[1741]. Cette distinction n'est, toutefois, pas satisfaisante. Elle permet une compréhension des finalités des règles, mais la distinction est poreuse[1742]. En effet, les règles d'ordre public permettent la protection de l'intérêt général qui renvoie lui-même à une hiérarchisation entre les différents intérêts publics et privés. Les règles de protection de l'ordre public ont vocation à protéger l'intérêt général dans son entièreté sans qu'il ne soit parfois possible de distinguer entre la protection d'un intérêt privé ou public[1743]. À titre d'illustration, le droit de la consommation est classiquement associé à un ordre public de

[1737] V. en ce sens **F. JACOMINO**, *Le contrôle objectif de l'équilibre contractuel. Entre droit commun des contrats et droit des pratiques restrictives de concurrence,* E. MOUIAL BASSILANA (dir.), th. dactyl., Université Côte d'Azur, 2018, n°31, p. 29.

[1738] L'origine de la distinction est attribuée à au professeur Jean CARBONNIER : v. not. **G. FARJAT**, *L'ordre public économique*, LGDJ, 1963, n°156, p. 118.

[1739] **J. CARBONNIER**, *Droit civil,* t. IV, *Les obligations*, 22ème éd. refondue, coll. Thémis droit privé, PUF, 2000, n°71, p. 148.

[1740] **J. CARBONNIER**, *Droit civil,* t. IV, *Les obligations*, 22ème éd. refondue, coll. Thémis droit privé, PUF, 2000, n°71, p. 147.

[1741] **A. TANI**, *L'ordre public et le droit patrimonial de la famille – Contribution à la distinction entre l'ordre public et l'impérativité en droit privé français*, B. BEIGNIER (préf.), t. 64, coll. Doctorat & Notariat, Defrénois, 2020, n°5, p. 13 : « *En effet, ne confondons pas ici l'objet de la protection (qui peut être un particulier) et l'objectif que celle-ci poursuit (satisfaire l'intérêt général)* ».

[1742] V. not. **M. MEKKI**, *L'intérêt général et le contrat – Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé,* J. GHESTIN (préf.), t. 411, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2004, n°1039, p. 612 : « *Cette distinction entre ordre public de direction et ordre public de protection est fictive. Le découpage n'est pas fiable et toute règle impérative est souvent à la fois de protection et de direction* » ; **M. HERVIEU**, « Ordre public économique de direction, ordre public de protection : l'avenir de la distinction », *in Mélanges en l'honneur de Marie-Stéphane Payet – Au-delà des codes*, coll. Études, mélanges et travaux, Dalloz, 2012, p. 317 ; **Y. PICOD, N. PICOD**, *Droit de la consommation*, 6ème éd., coll. Université, Dalloz, 2023, n°27, p. 30.

[1743] V. en ce sens : **Ph. MALAURIE, L. AYNÈS, Ph. STOFFEL-MUNCK**, *Droit des obligations*, 12ème éd., coll. Droit civil, LGDJ, 2022, n°393, p. 363 : « *La distinction entre l'ordre public de direction économique et l'ordre public de protection sociale n'est pas facile à faire entrer dans la pratique, car il existe une interaction entre les objectifs économiques et sociaux d'une politique : c'est une affaire de degrés* ».

protection, poursuivant une protection des consommateurs[1744]. Pour autant, il est admis que le droit de la consommation implique également une protection du marché et donc un ordre public de direction[1745]. Cette distinction ne sera donc pas retenue, nous envisagerons les règles d'ordre public sans opérer une classification entre ces deux catégories.

322. Un double contrôle de licéité du contenu du contrat. – Ainsi, le contrat doit être pourvu d'un contenu licite, ne pouvant déroger aux règles d'ordre public ni par ses stipulations ni par son but[1746]. Un double contrôle de conformité à l'ordre public se dégage de cet article, puisqu'il ne s'agit pas seulement de vérifier les stipulations contractuelles, mais également le but du contrat. Si par stipulations contractuelles, il est possible de comprendre ce qui est prévu par les parties au contrat, ce qui est intégré dans le champ contractuel, par but il faut comprendre « *les raisons objectives et/ou subjectives que les parties ont eu de s'engager de la sorte* »[1747]. Le but n'a donc pas nécessairement intégré le champ contractuel, puisqu'il importe peu qu'il ait été connu par toutes les parties[1748]. Autrement dit, « *l'illicéité du but implique une recherche des motifs ou mobiles de l'une ou des deux parties* […] »[1749]. Le contrat peut donc être objectivement ou subjectivement contraire à l'ordre public[1750]. Ainsi l'illicéité du contrat peut trouver sa source dans le contenu même des stipulations, mais également dans l'intention d'un des contractants. Autrement dit, le contrat encourt une sanction dès lors qu'il a pour objet ou pour origine un comportement illicite. Ce double contrôle n'est pas sans rappeler les anciennes

[1744] V. en ce sens : **G. COUTURIER**, « L'ordre public de protection, heurs et malheurs d'une vieille notion neuve », *in Études offertes à Jacques Flour*, coll. Anthologie du Droit, LGDJ, 2013, p. 95 ; **Y. PICOD, N. PICOD**, *Droit de la consommation*, 6ème éd., coll. Université, Dalloz, 2023, n°27, p. 30 ;

[1745] **S. LE GAC PECH**, *Droit de la consommation*, 2ème éd., coll. Mémentos, Dalloz, 2020, p. 15 ; **Y. PICOD, N. PICOD**, *Droit de la consommation*, 6ème éd., coll. Université, Dalloz, 2023, n°27, p. 31. *Adde*. **Ph. STOFFEL-MUNCK**, « L'autonomie du droit contractuel de la consommation : d'une logique civiliste à une logique de régulation », *in RTD Com.*, 2012, p. 705, spéc. n°44.

[1746] C. civ., art. 1162. *Adde*. Le projet de réforme présenté par TERRÉ proposait déjà cette distinction entre les stipulations et le but. V. en ce sens : **D. HOUTCIEFF**, « Le contenu du contrat », *in Pour une réforme du droit des contrats*, F. TERRÉ (dir.), coll. Thèmes & commentaires, Dalloz, 2008, p. 183, spéc. pp. 192-193.

[1747] **J. FLOUR, J.-L. AUBERT, É. SAVAUX**, *Droit civil – Les obligations – L'acte juridique,* 18ème éd., coll. Université, Dalloz, 2024, n°544, p. 718.

[1748] Il s'agit d'une consécration d'une jurisprudence : Cass. Civ. 1ère, 7 oct. 1998, n°98-14.359 : *Bull. civ*. I, n°285 ; *RTD Civ*., 1999, p. 383, note J. MESTRE ; *D*., 1998, p. 563, note. J. SAINTE-ROSE ; *D.*, 1999, p. 110, obs. Ph. DELEBECQUE ; *D*., 1999, p. 237, com. O. TOURNAFOND : « *Mais attendu qu'un contrat peut être annulé pour cause illicite ou immorale, même lorsque l'une des parties n'a pas eu connaissance du caractère illicite ou immoral du motif déterminant de la conclusion du contrat* ».

[1749] **Ph. MALAURIE, L. AYNÈS, Ph. STOFFEL-MUNCK**, *Droit des obligations*, 12ème éd., coll. Droit civil, LGDJ, 2022, n°386, p. 356.

[1750] **Ph. MALINVAUD, N. BALAT**, *Introduction à l'étude du droit*, 23ème éd., coll. Manuels, LexisNexis, 2023, n°476, p. 447 : « *tantôt l'acte est objectivement contraire à l'ordre public ; on invoquera alors, au soutien de l'annulation, soit le texte impératif qui a été violé, soit l'article 6 du Code civil, soit encore l'illicéité de l'objet de l'acte ; tantôt l'acte, objectivement conforme à l'ordre public, lui est subjectivement contraire, en raison du but poursuivi ou des motifs qui ont inspiré les contractants ; on invoquera alors l'illicéité du "contenu" ou du "but" du contrat (C. civ., art. 1162)* ».

dispositions relatives à l'objet illicite et la cause illicite[1751], supprimées lors de la réforme du droit des contrats.

323. Les sources des règles intéressant l'ordre public. – Le législateur peut, au moment de l'édiction des règles, qualifier spécifiquement des règles d'ordre public, tel est le cas par exemple de la bonne foi[1752] : il s'agit alors de l'ordre public dit légal ou textuel[1753]. Le contrôle de conformité du contenu du contrat à l'ordre public ne se cantonne finalement pas aux seules règles identifiées comme telles. Un ordre public judiciaire ou virtuel peut également se développer[1754]. Ainsi, les juges peuvent se prononcer sur l'absence de conformité à l'ordre public d'un contrat violant une règle dépourvue de toute référence à l'ordre public ou ne contrevenant pas spécialement à une règle édictée par le législateur, *« l'ordre public n'ayant pas besoin d'être légiféré* »[1755]. Il leur appartient alors de motiver leur décision et d'énoncer l'intérêt supérieur violé par un ou les contractants.

324. L'identification complexe de l'ordre public contractuel. – Les textes du Code civil visent à la fois « *les règles intéressant l'ordre public* » et la conformité à l'ordre public. Certains auteurs estiment qu'une distinction s'impose entre l'ordre public et ce qui est d'ordre public[1756]. Si effectivement, ce qui est d'ordre public renvoie à la qualification d'une règle juridique, l'ordre public renvoie plutôt « *à l'état d'une société sans troubles ni heurts, et plus généralement à un ensemble de valeurs censées garantir cette situation de paix sociale* »[1757]. Les règles d'ordre public ne sont finalement que des manifestations particulières de l'ordre public qui a une portée plus générale représentant l'ordre d'une société donnée. En tout état de cause si la distinction est importante d'un point de vue sémantique, il n'en demeure pas moins que le contrat doit respecter l'ordre public et par voie de conséquence les règles d'ordre public. Toutefois, l'identification de l'ordre public contractuel est difficile, si ce n'est impossible à

[1751] **G. WICKER**, « De la survie des fonctions de la cause. Ébauche d'une théorie des motifs », *in D.*, 2020, p. 1906.

[1752] C. civ., art. 1104 al. 2.

[1753] **D. HOUTCIEFF**, *Droit des contrats*, 9ème éd., coll. Paradigme, Bruylant, 2024, n°461, p. 418.

[1754] V. not. **J. CARBONNIER**, *Droit civil,* t. IV, *Les obligations*, 22ème éd. refondue, coll. Thémis droit privé, PUF, 2000, n°69, pp.145-146 ; **D. HOUTCIEFF**, *Droit des contrats*, 9ème éd., coll. Paradigme, Bruylant, 2024, n°461, p. 418 : **Ph. MALAURIE, L. AYNÈS, Ph. STOFFEL-MUNCK**, *Droit des obligations*, 12ème éd., coll. Droit civil, LGDJ, 2022, n°393, pp. 362-363.

[1755] **Ph. MALAURIE, L. AYNÈS, Ph. STOFFEL-MUNCK**, *Droit des obligations*, 12ème éd., coll. Droit civil, LGDJ, 2022, n°391, p. 360.

[1756] **M. TOUCHAIS**, *La règle impérative – Contribution à l'étude de la dérogation conventionnelle aux lois*, T. AZZI (préf.), t. 622, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2023, n°3, p. 25.

[1757] **M. TOUCHAIS**, *La règle impérative – Contribution à l'étude de la dérogation conventionnelle aux lois*, T. AZZI (préf.), t. 622, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2023, note n°26 sous n°3, p. 25.

déterminer de manière précise[1758], en raison, d'une part, de la difficulté de définir l'ordre public, et d'autre part, en raison de l'existence d'un ordre public virtuel. Toutefois, Monsieur Alex TANI a mis en exergue cinq critères d'identification pouvant établir une distinction entre les règles intéressant l'ordre public et les autres simplement impératives : « *l'ordre public est résolument attaché à la réalisation de l'intérêt général* », « *il est évidemment strictement interdit d'y renoncer par anticipation* », « *sa violation entraîne le déclenchement de sanctions énergétiques et intangibles* », « *le ministère public dispose d'une action pour en assurer la défense* » et « *le juge peut soulever d'office ce moyen* »[1759]. Ces cinq critères facilitent l'identification d'une règle pouvant être qualifiée d'ordre public.

En matière contractuelle, peu de textes font l'objet d'une mention spécifique liée à l'ordre public. Si le rapport au président de la République en identifie plusieurs[1760], il n'en demeure pas moins que seuls les textes relatifs à la bonne foi[1761] et le pouvoir de révision du juge en matière de clause pénale[1762] sont identifiés expressément comme étant des textes d'ordre public. Ce décalage semble issu de cette confusion entre textes relatifs à l'ordre public et les textes ayant une valeur impérative : l'illustration de l'article 1112-1 du Code civil peut en attester. Le rapport au président de la République affirme sans ambiguïté que « *le cinquième alinéa précise que le devoir d'information est une règle d'ordre public* »[1763], alors pourtant qu'à la lecture du cinquième alinéa, il est seulement mentionné que « *les parties ne peuvent ni limiter, ni exclure ce devoir* »[1764]. Cette précision ne permet que d'attester que le devoir d'information précontractuelle s'avère être une règle impérative ne pouvant faire l'objet d'aucune clause contraire. La jurisprudence pourra éventuellement considérer que le devoir d'information précontractuelle relève des règles intéressant l'ordre au titre de l'ordre public virtuel, il leur faudra alors justifier l'intérêt supérieur transgressé. En tout état de cause, l'identification des

[1758] **F. YOUTA**, *L'ordre public contractuel en droit administratif*, P.-Y. GAHDOUN et M. UBAUD-BERGERON (préf.), vol. 240, coll. Nouv. bibl. thèses, Dalloz, 2024, n°417, p. 457 : L'auteur conclu sa thèse sur l'impossibilité de définir l'ordre public contractuel.

[1759] **A. TANI**, *L'ordre public et le droit patrimonial de la famille – Contribution à la distinction entre l'ordre public et l'impérativité en droit privé français*, B. BEIGNIER (préf.), t. 64, coll. Doctorat & Notariat, Defrénois, 2020, n°292, p. 350. *Adde*. sur le critère : **F. YOUTA**, *L'ordre public contractuel en droit administratif*, P.-Y. GAHDOUN et M. UBAUD-BERGERON (préf.), vol. 240, coll. Nouv. bibl. thèses, Dalloz, 2024, n°418, p. 458

[1760] 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 : sont notamment expressément mentionnés l'obligation précontractuelle d'information (C. civ., art. 1112-1), la bonne foi (C. civ., art. 1104), les clauses abusives (C. civ., art. 1171).

[1761] C. civ., art. 1104 al. 2.

[1762] C. civ., art. 1235-1.

[1763] 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.

[1764] C. civ., art. 1112-1 al. 5.

règles intéressant l'ordre public relève d'une dimension plus générale que la seule appréciation des règles de droit des contrats, puisque le contrat devra respecter l'ordre public, tant légal que judiciaire, pour s'insérer dans l'ordre juridique et contribuer ainsi à l'établissement de l'équilibre contractuel.

325. Un contrôle indirect du comportement des parties. – Cette exigence de conformité à l'ordre public induit indirectement l'exigence d'un comportement conforme de la part des contractants, que ce soit dans l'élaboration du contenu contractuel, mais également dans le but du contrat. Monsieur Jean CARBONNIER aborde à ce titre l'ordre public et les bonnes mœurs dans un paragraphe intitulé le civisme contractuel[1765]. L'absence de comportement illicite contraire à l'ordre public permet au contrat de s'insérer harmonieusement dans la hiérarchisation des intérêts induite par l'intérêt général[1766]. Le respect des exigences d'intérêt général permet une contribution non négligeable à l'équilibre contractuel. Elle reste toutefois insuffisante, pour que le contrat soit licite, il doit en outre répondre aux exigences légales.

Paragraphe 2. Une conformité générale aux règles de droit

326. Un dédoublement du contrôle de conformité du contenu du contrat. – Le contrôle de conformité du contrat se manifeste en droit positif de plusieurs manières illustrant la dualisation du commun des contrats[1767]. Il est ainsi question d'un contrôle de la licéité du contrat de portée générale, s'appliquant à tous les contrats et concernant essentiellement le contenu principal du contrat (**A**), puis un contrôle de licéité particulier, ne s'appliquant que dans le cadre des contrats d'adhésion et ne concernant que le contenu accessoire du contrat (**B**).

A. Le contrôle général s'appliquant à tous les contrats

327. L'exigence d'un comportement entrant en conformité avec le Droit. – Le contrôle du contenu du contrat est traditionnellement associé à l'équilibre contractuel[1768]. Il existe ainsi des règles mises en place participant à la prévention et au contrôle de l'équilibre

[1765] **J. CARBONNIER**, *Droit civil,* t. IV, *Les obligations*, 22ème éd. refondue, coll. Thémis droit privé, PUF, 2000, p. 144.

[1766] **M. MEKKI**, *L'intérêt général et le contrat – Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé,* J. GHESTIN (préf.), t. 411, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2004, n°1275, p. 815 : « *Le contrat est l'élément d'un Tout, l'ordre social et l'ordre juridique, auquel il doit s'intégrer* ».

[1767] *Cf. supra* n°59.

[1768] *Cf. supra* nos 102 et s. *Adde*. 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 : « *Les dispositions suivantes* [qui concerne le contenu du contrat] *veillent à l'équilibre du contrat* ».

substantiel. Ces règles découlent finalement d'une exigence générale de bonne foi comportementale, le contenu étant le reflet du comportement des contractants. Des règles sont donc mises en place en vue d'un possible contrôle du contenu du contrat par le juge, lui permettant, en cas de litige, de vérifier sa licéité. L'exigence d'un contenu licite s'apprécie au regard certes de l'ordre public, mais il s'agit également pour les contractants de respecter les lois impératives qui ne sont pas nécessairement qualifiées de lois intéressant l'ordre public. Tel est le cas par exemple d'un legs qui entrerait en contradiction avec la réserve héréditaire[1769]. Dans ce cas de figure, les héritiers réservataires – ou ses héritiers ou ayants cause – peuvent agir sur le fondement d'une action en réduction pour libéralité excessive[1770], le legs étant illicite. Le contenu principal du contrat et son but doivent donc être licites au sens large du terme et respecter l'ensemble du Droit et notamment l'ensemble des dispositions impératives. De ces dispositions, découle ainsi un contrôle de la cohérence du contenu, un contrôle du contenu excessif et plus particulièrement un contrôle de la contrepartie.

328. Une cohérence comportementale dans la rédaction du contrat. – Mis en lumière par Monsieur Dimitri HOUTCIEFF[1771], le principe de cohérence s'entend en principe du comportement des contractants, mais il se répercute nécessairement dans le contenu du contrat[1772]. Contenu du contrat et comportement du contractant sont ainsi étroitement liés[1773]. Produit d'un accord entre les contractants, le contenu du contrat dépend alors de chacune des parties ou à défaut du rédacteur et de son comportement. C'est ainsi que les abus et excès figurant dans le contenu du contrat sont sanctionnés, s'ils découlent d'un comportement incohérent d'un contractant. Il semble ainsi possible d'associer le principe de cohérence aux différents mécanismes de contrôle du contenu. L'alinéa premier de l'article 1189 du Code civil consacre ce principe de cohérence générale du contrat, puisqu'il dispose que « *toutes les clauses d'un contrat s'interprètent les unes par rapport aux autres, en donnant à chacune le sens qui*

[1769] **A. TANI**, *L'ordre public et le droit patrimonial de la famille – Contribution à la distinction entre l'ordre public et l'impérativité en droit privé français*, B. BEIGNIER (préf.), t. 64, coll. Doctorat & Notariat, Defrénois, 2020, n[os] 247 et s., p. 270 et s., spéc. n°250, p. 277 : « *Point besoin d'insister, l'incompatibilité entre l'ordre public et la réserve est grande, et ces deux notions semblent résolument inconciliables* ». Selon l'auteur la réserve héréditaire est une règle simplement impérative ne pouvant être qualifiée d'ordre public.

[1770] C. civ., art. 921.

[1771] **D. HOUTCIEFF**, *Le principe de cohérence en matière contractuelle*, H. MUIR-WATT (préf.), 2 vol., coll. Institut de droit des affaires, PUAM, 2011.

[1772] **D. HOUTCIEFF**, *Le principe de cohérence en matière contractuelle*, H. MUIR-WATT (préf.), t. 1, coll. Institut de droit des affaires, PUAM, 2011, n°6, p. 24 : L'analyse de Monsieur Dimitri HOUTCIEFF tend à démontrer l'existence en doctrine d'une dualité de conception du principe de cohérence s'entendant d'un côté comme la cohérence du contrat et d'un autre comme la cohérence du comportement du contractant.

[1773] V. **B. FAGES**, *Le comportement du contractant*, J. GHESTIN (préf.), coll. Institut de droit des affaires, PUAM, 1997, n[os] 592 et s., p. 320 et s.

respecte la cohérence de l'acte tout entier ». Cet article instaure une ligne d'interprétation à destination des juges. Ainsi, l'interprétation d'une clause ne doit pas se faire individuellement, mais elle doit être appréciée au regard de l'intégralité du contrat, de son économie générale.

Dans cette même perspective, ce principe de cohérence se trouve également consacré à l'article 1170 du Code civil, lequel prévoit « *toute clause qui prive de sa substance l'obligation essentielle du débiteur est réputée non écrite* ». Cet article est, avant tout, une consécration de la jurisprudence initiée par l'arrêt *Chronopost*[1774] – inspirée du contentieux des assurances[1775] – et affinée par l'arrêt *Faurecia II*[1776]. Il est également présenté comme une survivance du mécanisme de la cause. Dans ces arrêts, des clauses limitatives de responsabilité ont été déclarées non écrites, car elles contredisaient la portée de l'obligation essentielle[1777] du contrat. L'article 1170 permet donc au juge de contrôler le contenu du contrat au regard de l'obligation essentielle du contrat. Dit autrement, le juge vérifie la cohérence comportementale des contractants dans la rédaction de leur contrat[1778]. Il ne faut pas qu'au moyen d'une clause, le

[1774] Cass. Com., 22 oct. 1996, n°93-18.632 : *Bull. civ*. IV, n°261 ; *D*., 1997, p. 121, note A. SÉRIAUX ; *D*., 1997, p. 145, note Ch. LARROUMET ; *D.,* 1997, p. 175, Ph. DELEBECQUE ; *RTD Civ*., 1997, p. 418, note J. MESTRE ; *RTD Civ*., 1998, p. 213, note N. MOLFESSIS ; *RTD Com*., 1997, p. 319, obs. B. BOULOC ; *JCP G*., 1997, I, 4002, obs. M. FABRE-MAGNAN ; *JCP G*., 1997, I, 4025, obs. G. VINEY ; *CCC*, 1997, comm. 24, note L. LEVENEUR ; *Defrénois*, 1997, p. 333, note D. MAZEAUD ; *LPA*, 1997, n°73, p. 30, note D. MARTIN : « *qu'en raison du manquement à cette obligation essentielle* [livrer un bien dans un délai déterminé] *la clause limitative de responsabilité du contrat, qui contredisait la portée de l'engagement pris, devait être réputée non écrite* ».

[1775] V. not. Cass. Civ. 1ère, 19 déc. 1990, n°88-12.863 : *Bull. civ.* I, n°303 ; *RDI*, 1991, p. 78, obs. G. LEGUAY et P. DUBOIS ; *RTD Civ*., 1991, p. 325, obs. J. MESTRE : « *le versement des primes pour la période qui se situe entre la prise d'effet du contrat d'assurance et son expiration a pour contrepartie nécessaire la garantie des dommages qui trouvent leur origine dans un fait qui s'est produit pendant cette période ; que la stipulation de la police selon laquelle le dommage n'est garanti que si la réclamation de la victime, en tout état de cause nécessaire à la mise en œuvre de l'assurance de responsabilité, a été formulée au cours de la période de validité du contrat, aboutit à priver l'assuré du bénéfice de l'assurance en raison d'un fait qui ne lui est pas imputable et à créer un avantage illicite comme dépourvu de cause au profit du seul assureur qui aurait alors perçu des primes sans contrepartie ; que cette stipulation doit en conséquence être réputée non écrite* ».

[1776] Cass. Com., 29 juin 2010, n°09-11.841 : *Bull. civ*. IV, n°115 ; *RTD Civ*., 2010, p. 555, note B. FAGES ; *D*., 2010, p. 1697, édito F. ROME ; *D*., 2010, p. 1832, obs. D. MAZEAUD ; *D*., 2011, p. 472, note S. AMRANI-MEKKI ; *JCP G*., 2010, p. 787, note D. HOUTCIEFF, *JCP G*., 2011, doctr. 63, chron. J. GHESTIN ; *JCP E*., 2010, 1790, note. Ph. STOFFEL-MUNCK ; *JCP E.,* 2010, 1814, note DAILLE-DUCLOS ; *CCC*, 2010, comm. 220, note L. LEVENEUR ; *Comm. Com. Électr*., 2010, comm. 99, note Ph. STOFFEL-MUNCK ; *RCA*, 2010, étude 11, note L. BLOCH ; *RDC*, 2010, p. 1220, note Y.-M. LAITHIER ; *RDC*, 2010, p. 1253, note O. DESHAYES ; *RLDC*, 2010, n°76, p. 16, note S. PIMONT ; *RLDC*, 2010, n°77, p. 7, note M. LAMOUREUX ; *Gaz. Pal*., 2010, n°245, p. 11, note Ph. GLASER et M.-É MATHIEU ; *Gaz. Pal*., 2010, n°343, p. 16, chron. M. MEKKI ; *LPA*, 2010, n°162, p. 7, note N. DUPONT-LE BAIL ; *LPA*, 2010, n°179, p. 7, étude, C. GRIMALDI ; *LPA*, 2010, n°182, p. 6, note R. SIRI : « *seule est réputée non écrite la clause limitative de réparation qui contredit la portée de l'obligation essentielle souscrite par le débiteur* ».

[1777] Sur la notion d'obligation essentielle : **D. HOUTCIEFF**, *Le principe de cohérence en matière contractuelle*, H. MUIR-WATT (préf.), t. 1, coll. Institut de droit des affaires, PUAM, 2011, nos 424 et s., p. 361 et s.

[1778] V. en ce sens : **B. FAGES**, *Le comportement du contractant*, J. GHESTIN (préf.), coll. Institut de droit des affaires, PUAM, 1997, nos 610 et s., p. 329 et s ; **Ph. JESTAZ**, « L'obligation et la sanction : à la recherche de l'obligation fondamentale », *in Mélanges offerts à Pierre Raynaud*, Dalloz-Sirey, 1985, p. 273 ; **J. MESTRE**, « Le texte de la clause invoquée était en contradiction avec l'économie du contrat », *in RTD Civ*., 2000, p. 325 ;

contractant vide de sa substance son obligation essentielle. Si cet article est une consécration de la jurisprudence concernant les clauses limitatives de responsabilité, il ne semble pas qu'il faille le limiter à ces seules clauses. Ce texte concerne « *toute clause* », sans prévoir une limitation de son champ d'application[1779]. Affirmé comme étant « *inutile et dangereux* »[1780] par Monsieur Olivier DESHAYES, ce dernier estime qu'« *il faut confiner l'article 1170 à un rôle anecdotique pour éviter qu'il ne parasite les textes voisins* »[1781]. Toutefois, ces propos peuvent être nuancés à plusieurs égards.

D'une part, l'argument annonçant que l'article 1170 parasiterait les autres textes – notamment l'article portant sur le déséquilibre significatif – peut être relativisé, en ce sens qu'il est tout de même possible d'établir une distinction entre les deux textes. L'article 1171 permet la protection des intérêts de l'adhérent, tandis que l'article 1170 permet la protection, certes de l'intérêt du contractant qui subit la clause, mais plus largement, permet la protection de l'intérêt du contrat. En ce sens, un auteur a pu relativiser la portée de cet article affirmant que les seules « *clauses qui doivent être éradiquées en application de l'article 1170 sont donc celles-là seulement qui s'opposent frontalement à ce que le contrat déploie son utilité fondamentale. Pour dire les choses autrement : lorsqu'une clause a pour effet de contredire tout à fait la force obligatoire de l'engagement qui fait le cœur du contrat* »[1782]. Toutefois, il ne semble pas que

---

D. HOUTCIEFF, *Le principe de cohérence en matière contractuelle*, H. MUIR-WATT (préf.), t. 1, coll. Institut de droit des affaires, PUAM, 2011, n^os^ 401 et s., p. 340 et s.

[1779] V. en ce sens : **M. MEKKI**, « Réforme du droit des obligations : clauses et substance de l'obligation essentielle (C. civ., art. 1170) », *in JCP N.*, 2016, n°46, act. 1227, p. 5 ; **Ph. DELEBECQUE**, « Article 1168 : clause privant de sa substance l'obligation essentielle du contrat », *in RDC*, 2015, n°3, p. 759 ; **C. DE POUZILHAC**, Communication « Les clauses soumises à l'article 1170 du code civil », *in La substance de l'obligation essentielle (article 1170 du code civil)*, Cycle « L'application de la réforme du droit des contrats », Cour de cassation, Paris, 13 mai 2024, [en ligne] https://www.courdecassation.fr/agenda-evenementiel/la-substance-de-lobligation-essentielle-article-1170-du-code-civil : Monsieur Cédric DE POUZILHAC illustre la largesse du domaine d'application de l'article à partir d'exemples de clauses pouvant être soumises à l'article 1170 du Code civil (clause limitative ou exonératoire de responsabilité, clause de renonciation à agir, clause de force majeure, clause de transfert d'obligations d'une partie à une autre).

[1780] **O. DESHAYES**, Communication « Les conditions d'application de l'article 1170 du Code civil », *in La substance de l'obligation essentielle (article 1170 du code civil)*, Cycle « L'application de la réforme du droit des contrats », Cour de cassation, Paris, 13 mai 2024, [en ligne] https://www.courdecassation.fr/agenda-evenementiel/la-substance-de-lobligation-essentielle-article-1170-du-code-civil. *Contra*. **J. RISSER**, « Bilan provisoire d'application de l'article 1170 du code civil : ni inutile, ni dangereux », *in D.*, 2024, p. 1343.

[1781] **O. DESHAYES**, Communication « Les conditions d'application de l'article 1170 du Code civil » *in La substance de l'obligation essentielle (article 1170 du code civil)*, Cycle « L'application de la réforme du droit des contrats », Cour de cassation, Paris, 13 mai 2024, [en ligne] https://www.courdecassation.fr/agenda-evenementiel/la-substance-de-lobligation-essentielle-article-1170-du-code-civil. *Adde*. **F. CHÉNEDÉ**, « Le contrat d'adhésion dans le projet de réforme », *in D.*, 2015, p. 1226, spéc. n°10 ; **Th. REVET**, « Le projet de réforme et les contrats structurellement déséquilibrés », *in D.*, 2015, p. 1217, spéc. n°13.

[1782] **Th. GENICON**, « Conjurer la "faiblesse obligatoire" du contrat (éléments de solution pour un juste compromis en droit des contrats) », *in* Table ronde : Les défis du droit des contrats, *in CCC*. 2020, n°12, dossier 12, spéc. n°13.

cette approche minimise la portée de cet article. Au contraire, cet article permet de servir de garde-fou et devient le gardien de la force obligatoire des contrats. Plus encore, il permet de garantir une certaine sécurité juridique. En effet, « *le principe de la force obligatoire est indispensable à la sécurité juridique sur laquelle reposent la pertinence et l'efficacité du contrat* »[1783]. Si la force obligatoire se trouve dépourvue de toute substance, aucune sécurité juridique ne peut ressortir de ce contrat. En effet, l'engagement contractuel a l'intérêt d'être pourvu d'une force juridique, permettant d'obtenir l'exécution – volontaire ou non – de l'obligation. Toutefois, la clause litigieuse subtilise l'attrait de la force obligatoire en prévoyant, par exemple, que l'inexécution n'entraîne aucune conséquence. Dans cette perspective protectrice, la clause accessoire qui vide le contrat de sa substance et qui enlève tout intérêt à la juridicité de ce dernier pourra être réputée non-écrite. Par exemple, un contrat de cybersécurité est conclu entre une entreprise de sécurité et une personne morale. Le contrat porte sur l'intervention de l'entreprise de sécurité en cas de cyberattaque. Il est toutefois prévu dans les conditions générales, rarement négociables, voire rarement lues, que l'absence d'intervention de la part de l'entreprise de sécurité n'emporte aucune conséquence. L'intérêt du contrat de sécurité se trouve dépourvu de toute portée juridique pour la personne morale, puisqu'elle ne dispose, à la lecture du contrat, d'aucun moyen pour le faire exécuter. L'intérêt de cet article est donc de permettre à l'ensemble des contrats, qu'ils soient d'adhésion ou non, de maintenir l'intérêt contractuel qui repose sur sa force obligatoire. L'article 1170 du Code civil mérite donc son champ d'application général puisqu'il protège les contractants contre une éventuelle clause rendant leur contrat dépourvu de toute portée. L'absence de portée du contrat entraîne une absence de sécurité juridique pour le contractant et une absence d'équilibre contractuel, la réalisation de son intérêt au contrat ne dépendant que du bon vouloir de son cocontractant.

D'autre part, l'analyse de la jurisprudence démontre un usage raisonné de l'article. Sollicité essentiellement en droit des assurances, notamment en ce qui concerne la garantie des pertes d'exploitation à l'issue de la pandémie de la COVID-19[1784], l'article semble utilisé de manière prudente par les juges du fond[1785]. À ce titre, la jurisprudence est déjà intervenue concernant

[1783] **R. CABRILLAC**, V° « Force obligatoire », *in Dictionnaire du contrat*, D. MAZEAUD, R. BOFFA, N. BLANC (dir.), coll. Les dictionnaires LGDJ, LGDJ, 2018, n°139, p. 596.

[1784] Pour plus de développements sur ce point : V. **L. LEVENEUR**, « Les clauses limitatives, exonératoires ou de non-garantie à l'épreuve de l'obligation essentielle : splendeur et misères de la force obligatoire », *in RDC*, 2024, n°4, p. 92.

[1785] **M. MEKKI**, « Droit des contrats », *in D.*, 2021, p. 310 : « *Rassurons-nous : les juges n'abuseront pas de l'article 1170 du code civil, pas plus qu'ils n'ont abusé de la cause* » ; **J. RISSER**, « Bilan provisoire d'application

son champ d'application. Toute clause sera réputée non écrite dès lors qu'elle porte sur l'obligation essentielle du contrat ***et*** qu'elle vide l'obligation essentielle de sa substance dans sa totalité[1786].

L'appréciation de la cohérence du contrat donne la possibilité aux juges de rectifier le contenu contractuel, au moyen, du réputé non écrit, en vue de protéger les intérêts d'un contractant. L'équilibre contractuel se trouve en effet affecté par l'absence de cohérence du contenu permettant d'une certaine manière à l'une des parties de réduire son obligation contractuelle *à peau de chagrin.* Les conséquences de son inexécution s'en trouveraient, en effet, amoindries en raison de clauses annexes ayant pour conséquences de diminuer, voire supprimer, la portée de l'engagement. Autrement dit, « *le juge contrôle l'existence d'une cause à l'obligation de chacune des parties, en évaluant la présence, à leur bénéfice, d'un intérêt raisonnable à l'acte* »[1787]. Ce texte permet ainsi une interprétation casuistique des contrats, puisque la licéité de la clause dépend de sa rédaction et de la rédaction de la convention, les clauses n'étant pas en elles-mêmes illicites. Il permet seulement au juge de supprimer la clause litigieuse sans pour autant qu'il puisse modifier le contenu contractuel. Le contrôle de la cohérence s'accompagne d'un contrôle de la contrepartie.

329. Un contrôle de l'équilibre des prestations ou des résurgences restrictives de la cause. – *A priori*, le contrôle de la contrepartie n'existe pas en droit français puisqu'il existe un principe d'équivalence subjective prévue à l'article 1108 du Code civil[1788]. Dans le prolongement de cette disposition, le défaut d'équivalence dans les contrats synallagmatiques n'est pas une cause de nullité du contrat[1789]. Finalement, il découle de ces articles que seules les parties peuvent déterminer le contenu de leur contrat, indépendamment d'une quelconque équivalence objective. Malgré ce principe d'indifférence vis-à-vis de la valeur[1790] qui semble

---

de l'article 1170 du code civil : ni inutile, ni dangereux », *in D.*, 2024, p. 1343 ; **G. CHANTEPIE, M. LATINA**, *Le nouveau droit des obligations – Commentaires théoriques et pratiques dans l'ordre du Code civil*, 3ème éd., coll. Hors collection, Dalloz, 2024, spéc. n°439-1, pp. 450-453.

[1786] V. en ce sens : Cass. civ. 2ème, 24 septembre 2020, n°19-15.375 : *JCP G.*, 2020, n°50, doctr. 1396, spéc. n°4, obs. D. HOUTCIEFF ; *D.*, 2021, p. 310, obs. M. MEKKI : « *Ayant fait ressortir que la clause litigieuse, applicable au moment de l'accident, ne vidait pas de toute substance l'obligation essentielle de l'assureur la cour d'appel a retenu exactement que cette clause devait recevoir application et a ainsi légalement justifié sa décision* » (nous soulignons). *Adde*. **D. HOUTCIEFF**, *Droit des contrats*, 9ème éd., coll. Paradigme, Bruylant, 2024, n°1073, p. 852.

[1787] **J. ROCHFELD**, V° « Cause », *in Rép. civ.*, Dalloz, sept. 2012 (actu. juil. 2022), spéc. n°55.

[1788] C. civ., art. 1108.

[1789] C. civ., art. 1168 : « *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* ».

[1790] Ce principe se trouve renforcé par l'indifférence de l'erreur sur la valeur consacrée par la réforme (C. civ., art. 1136), de l'appréciation du déséquilibre significatif qui est indifférente à l'adéquation du prix à la prestation

ancré, le droit positif n'est pas totalement indifférent à l'équivalence objective dès lors qu'il résulte du contrat un déséquilibre manifeste qui ressort du contenu du contrat. En ce sens, en dehors de l'hypothèse particulière de la lésion[1791], il existe un contrôle de contrepartie illusoire et dérisoire à l'article 1169, qui dispose qu'« *un contrat à titre onéreux est nul lorsque, au moment de sa formation, la contrepartie convenue au profit de celui qui s'engage est illusoire ou dérisoire* ». Ce texte invite à vérifier si la contrepartie convenue procure un avantage réel et suffisant pour justifier l'engagement du contractant[1792]. Cette disposition semble entretenir des liens étroits avec les développements de GHESTIN à propos de la cause[1793]. À première vue, les notions d'illusoire et de dérisoire pourraient sembler synonymes. Pourtant une distinction peut être faite entre les deux, la contrepartie illusoire « *ne serait ni réelle, ni sérieuse* »[1794], tandis que la contrepartie dérisoire serait « *particulièrement faible* »[1795], voire inexistante. Appréhendée comme la principale remplaçante de la cause[1796], la notion de contrepartie est

(C. civ., art. 1171 al. 2) ainsi que le fait que l'obligation d'information ne doit pas porter sur la valeur de l'obligation (C. civ., art. 1112-1 al. 2), enfin, que le dol n'est pas retenu lorsqu'un contractant ne révèle pas l'estimation de la valeur de la prestation (C. civ., art. 1137 al. 3).

[1791] La lésion permet effectivement au juge de contrôler le contenu du contrat et plus particulièrement le prix dans des cas spécifiquement prévus par la loi. V. sur ce point **G. CHANTEPIE**, *La lésion*, G. VINEY (préf.), t. 467, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2006.

[1792] **G. WICKER**, « La suppression de la cause par le projet d'ordonnance : la chose sans le mot ? », *in D.*, 2015, p. 1557, spéc. n°18.

[1793] Ces notions semblent s'inspirer des travaux de Ghestin : **J. GHESTIN**, *Cause de l'engagement et validité du contrat*, LGDJ, 2006, n°123, p. 8.

[1794] **G. CHANTEPIE, M. LATINA**, *Le nouveau droit des obligations – Commentaires théoriques et pratiques dans l'ordre du Code civil*, 3ème éd., coll. Hors collection, Dalloz, 2024, spéc. n°435, p. 439.

[1795] **G. CHANTEPIE, M. LATINA**, *Le nouveau droit des obligations – Commentaires théoriques et pratiques dans l'ordre du Code civil*, 3ème éd., coll. Hors collection, Dalloz, 2024, spéc. n°435, p. 439.

[1796] V. not. **G. CHANTEPIE, M. LATINA**, *Le nouveau droit des obligations – Commentaires théoriques et pratiques dans l'ordre du Code civil*, 3ème éd., coll. Hors coll., Dalloz, 2024, spéc. n°432, p. 437 ; **F. CHÉNEDÉ**, *Droit des obligations et des contrats, Consolidations – innovations – perspectives*, 3ème éd., coll. Hors collection, Dalloz, 2023, n°123.291, p. 83 ; **O. DESHAYES, Th. GENICON, Y.-M. LAITHIER**, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations – Commentaire article par article*, 2ème éd., LexisNexis, 2ème éd., 2018, p. 328 ; **M. FABRE-MAGNAN**, *Droit des obligations – Contrat et engagement unilatéral*, 7ème éd., coll. Thémis, PUF, 2024, n°625, p. 505 ; **B. FAGES**, *Droit des obligations,* 10ème éd., coll. Manuel, LGDJ, 2020, n°183, p. 170 ; **D. HOUTCIEFF**, *Droit des contrats*, 9ème éd., coll. Paradigme, Bruylant, 2024, n°423-1, p. 394 ; **Ch. LARROUMET, S. BROS**, *Traité de droit civil,* t. 3, *Les obligations – Le contrat*, 9ème éd., coll. Corpus droit privé, Économica, 2018, n°392, p. 359 ; **Ph. MALAURIE, L. AYNÈS, Ph. STOFFEL-MUNCK**, *Droit des obligations*, 12ème éd., coll. Droit civil, LGDJ, 2022, n°373, p. 341 ; **Ph. MALINVAUD, M. MEKKI, J.-B. SEUBE**, *Droit des obligations*, 17ème éd., coll. Manuels, LexisNexis, 2023, nos 335 et s., 303 ; **F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, et *al.***, *Droit civil – Les obligations*, 13ème éd., coll. Précis, Dalloz, 2022, n°404, p. 454 ; **A. SÉRIAUX, G. LARDEUX**, *Manuel de droit des obligations*, 5ème éd., coll. Droit fondamental, PUF, 2023, n°42 p. 97.

Adde. La jurisprudence a d'ailleurs rendu des décisions en assimilant l'absence de contrepartie à l'absence de cause : Cass. Com., 6 déc. 2017, n°16-22.809 : « *qu'un contrat à titre onéreux est nul pour absence de cause lorsque, au moment de sa formation, la contrepartie convenue au profit de celui qui s'engage est illusoire ou dérisoire* » ; Cass. Civ. 1ère, 27 janv. 2021, n°19-24.582 : « *La cour d'appel, qui a ainsi apprécié les contreparties au jour de la formation du contrat, a souverainement estimé, sans être tenue de suivre les parties dans le détail de leur argumentation ni de procéder à la recherche invoquée par la seconde branche, qui ne lui était pas demandée, que l'engagement pris par le preneur n'était pas dérisoire et en a justement déduit que le contrat litigieux n'était pas nul pour absence de cause* ».

pourtant, à certains égards, plus restrictive que la notion de cause et pose également des difficultés en ce qu'elle est en même temps une condition de qualification du contrat à titre onéreux[1797]. Monsieur Thibaut DANTZER dans sa thèse a démontré l'incompatibilité qu'il y avait entre la contrepartie permettant de qualifier le contrat à titre onéreux[1798] et la contrepartie illusoire associée à la cause[1799]. Ce contrôle ne concerne finalement que les contrats dans lesquels il existe une contrepartie et au regard des textes, il ne s'agirait que des contrats à titre onéreux[1800].

330. L'éclatement d'un mécanisme d'équilibre contractuel. – Le mécanisme de la cause a été supprimé du droit positif pour des raisons à la fois d'attractivité ou d'uniformisation supposée du droit français, mais également de sécurité juridique. Le mécanisme de la cause soulevait plusieurs difficultés en ce sens, puisqu'il s'agissait d'un mécanisme qui n'était pas transposable à d'autres droits européens[1801]. Par ailleurs, certains auteurs ont aussi soulevé sa dangerosité au regard de la sécurité juridique et la pérennité contractuelle. Ainsi, en suivant la ligne des objectifs de la réforme – transposer à droit constant et renforcer l'attractivité du droit –, le choix a été fait de supprimer la notion de cause, en en maintenant uniquement ses fonctions

[1797] **Th. GENICON**, « Défense et illustration de la cause en droit des contrats – À propos du projet de réforme du droit des contrats, du régime général de la preuve des obligations », *in D.*, 2015, p. 1551, spéc. n°4 : « *En premier lieu, on ne s'explique pas que la disposition phare qu'est l'article 1167 du projet et qui incarne, en réalité, le contrôle objectif de l'utilité minimale du contrat évoqué précédemment ne concerne que les contrats synallagmatiques commutatifs à titre onéreux* ».

[1798] C. civ., art. 1107 : « *Le contrat est à titre onéreux lorsque chacune des parties reçoit de l'autre un avantage en contrepartie de celui qu'elle procure* ».

[1799] **Th. DANTZER**, *Essai sur la notion de contrepartie en droit des contrats*, L. TRANCHANT, F. ROUVIÈRE (dir.), th. dactyl., Université d'Aix-Marseille, 2022, n°4, pp. 5-6.

[1800] **Th. DANTZER**, *Essai sur la notion de contrepartie en droit des contrats*, L. TRANCHANT, F. ROUVIÈRE (dir.), th. dactyl., Université d'Aix-Marseille, 2022, n°14, pp. 11-12 : « *Cependant, celle-ci emporte une difficulté importante concernant l'avenir de la cause de l'obligation en ce qu'elle limite son contrôle aux seuls contrats à titre onéreux. En effet, l'article 1169 du Code civil qui reproduit l'ancien contrôle pour absence de cause, selon l'unanimité des auteurs, ne reconduit ses effets qu'en présence d'un "contrat à titre onéreux". Or, sous l'empire des anciens textes, ce contrôle était admis pour tout contrat* ». *Adde*. **Th. GENICON**, « Notions nouvelles et notions abandonnées, réflexion sur une révolution des mots », *in RDC*, 2015, n°3, p. 625, spéc. n°15 : « *au titre du contrôle de l'existence de la cause, on est en présence d'une cause rabougrie dans ses effets puisque le contrôle de l'utilité minimale de l'acte est strictement cantonné au contrat synallagmatique commutatif à titre onéreux par l'article 1167 du projet* ».

[1801] Cet argument est largement discutable, en ce sens que le mécanisme a été adopté par d'autres systèmes juridiques : **R. BOFFA**, « Juste cause (injuste clause) », *in D.*, 2015, p. 335, spéc. n°12 ; **G. WICKER**, « La suppression de la cause et les solutions alternatives », *in La réforme du droit des obligations en France, 5èmes Journées franco-allemandes*, R. SCHULZE, G. WICKER, D. MAZEAUD (dir.), vol. 20, coll. Droit comparé et européen, Société de législation comparée, 2015, p. 107, spéc. n°2, pp. 108-109.

établies par la jurisprudence et notamment la contrepartie illusoire et dérisoire[1802]. Les solutions jurisprudentielles dégagées sur le fondement de la cause ont donc été maintenues et consacrées.

Or, cette dispersion des fonctions de la cause est une source de difficultés. L'argument premier était de mettre en avant les dangers que pouvait présenter la notion de cause s'agissant de la sécurité juridique des conventions, ainsi que leur pérennité. Toutefois, Monsieur Romain BOFFA a pu affirmer que la suppression de la cause en raison de son caractère complexe ne pouvait être audible et n'emportait pas la conviction[1803]. D'une part, d'autres notions peuvent répondre à cette même critique, telles que la bonne foi ou encore le contenu, par exemple. D'autre part, les fonctions de la cause étaient précisément identifiées : « *Elle remplit deux fonctions distinctes. Protéger le contractant contre un engagement dépourvu de rationalité, et protéger la société contre des buts illicites* »[1804]. Au regard de cette identification, l'auteur estime que cette conception était « *parfaitement intelligible et accessible* »[1805]. La cause permettait ainsi une protection des intérêts contractuels, qu'ils soient privés ou publics,[1806] et répondait en ce sens parfaitement à l'objectif d'équilibre contractuel[1807]. Elle permettait ainsi « *de contrôler la rationalité objective de l'acte* »[1808]. L'objectif n'était donc pas un contrôle de

[1802] 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 : « *C'est pourquoi, face à la difficulté de donner à la notion de cause une définition précise, qui en engloberait tous les aspects, face aux critiques dont elle est l'objet tant de la part d'une partie de la doctrine que de la pratique, qui la perçoit comme un facteur d'insécurité juridique et un frein à l'attractivité de notre droit, il a été fait le choix de ne pas recourir à cette notion, pour la remplacer par des règles aux contours mieux définis, permettant au juge de parvenir aux mêmes effets, tout en évitant le contentieux abondant que suscite cette notion. L'apport de la réforme sur ce point consiste donc dans la suppression de la référence à la cause, tout en consolidant dans la loi toutes les fonctions que la jurisprudence lui avait assignées* ».

[1803] **R. BOFFA**, « Juste cause (injuste clause) », *in D.*, 2015, p. 335.

[1804] **R. BOFFA**, « Juste cause (injuste clause) », *in D.*, 2015, p. 335, spéc. n°9. *Adde*. **M. COTTET**, « L'abandon de la théorie de la cause : quels outils pour contrôler l'équilibre contractuel ? », *in RJ Com.*, 2015, vol. 53, n°3, p. 367, spéc. p. 368.

[1805] **R. BOFFA**, « Juste cause (injuste clause) », *in D.*, 2015, p. 335, spéc. n°9.

[1806] **M. COTTET**, « L'abandon de la théorie de la cause : quels outils pour contrôler l'équilibre contractuel ? », *in RJ Com.*, 2015, vol. 53, n°3, p. 367, spéc. p. 368 : « *Ainsi, l'une* [des fonctions de la cause] *a vocation à protéger l'intérêt général, social, tandis que l'autre tend à préserver les intérêts particuliers* ».

[1807] **D. MAZEAUD**, « Pour que survive la cause, en dépit de la réforme ! », *in* Dossier « Réforme du droit des contrats : le débat », *in Dr. & patr.*, 2014, n°240, p. 38, spéc. p. 38 : Le rôle de la cause « *réside, pour garantir la rationalité de l'engagement contractuel, dans la protection de l'intérêt privé de chaque contractant contre les seuls déséquilibres structurels* » ; **S. BARAKÉ**, *Le champ contractuel : étude de l'adéquation des moyens au but contractuel*, G. WICKER (dir.), th. dactyl., Université de Bordeaux, 2007, n°392, p. 404 ; **J.-M. GUÉGUEN**, « Le renouveau de la cause en tant qu'instrument de justice contractuelle », *in D.*, 1999, p. 352.

[1808] **R. BOFFA**, « Juste cause (injuste clause) », *in D.*, 2015, p. 335, spéc. n°10. *Adde*. **D. MAZEAUD**, « Pour que survive la cause, en dépit de la réforme ! », *in* Dossier « Réforme du droit des contrats : le débat », *in Dr. & patr.*, 2014, n°240, p. 38 : « *il reste à la cause de garantir la rationalité des engagements respectifs des contractants* » ; **Th. GENICON**, « Défense et illustration de la cause en droit des contrats – À propos du projet de réforme du droit des contrats, du régime général de la preuve des obligations », *in D.*, 2015, p. 1551, spéc. n°8 : « *La cause est l'intelligence de l'acte, qui le rend socialement intelligible* ».

l'équivalence des prestations en valeur, au contraire, il s'agissait de garantir la rationalité de l'engagement, quand bien même un déséquilibre en valeur pouvait exister. La disparition de la cause entraîne ainsi un appauvrissement du droit des contrats par le remplacement d'une notion générale à diverses solutions techniques et particulières issues de la pratique[1809].

En outre, si certaines fonctions de la cause ont été maintenues[1810], reste que le législateur prive le droit d'une disposition à vocation générale, dont les juges ne semblent pas avoir abusé. *Quid* notamment du contrôle du contenu dans les contrats à titre gratuit ?[1811] Monsieur Romain BOFFA dénonce, ainsi, « *l'assèchement et celui de l'appauvrissement de notre droit des contrats* »[1812]. La suppression de la cause a pu être accueillie favorablement[1813], toutefois, le droit des contrats se prive d'une notion à vocation générale pour se spécialiser à des contentieux déjà établis, ne laissant aucune possibilité d'adaptation à de futurs contentieux ouvrant à d'autres problématiques[1814]. Monsieur Denis MAZEAUD abonde en ce sens en affirmant qu'« *il*

[1809] **R. BOFFA**, « La cause, une assurance tous risques », *in D.*, 2016, p. 458, spéc. n°7 : « *Nécessairement, un catalogue clé en mains de solutions particulières n'a pas la même valeur explicative et normative qu'une notion générale. Un catalogue fige la règle de droit, tandis que le recours à une notion générale confère au juge et à l'interprète une certaine souplesse* » ; **R. BOFFA, B. HAFTEL, Ph. CHAUVIRÉ, *al.***, *Les grandes décisions de la jurisprudence civile*, coll. Thémis, PUF, 2024, décision n°63, p. 397 et s., spéc. n°17, p. 405 : « *Surtout, le texte conserve les applications, les ramifications, mais il les coupe de leur fondement, c'est-à-dire de la sève qui les abreuve. Le contrat devient un arbre mort, à tout le moins une momie figée. Quelle imagination pour le juge de demain face à l'apparition de nouveaux besoins nés de la pratique contractuelle ? À l'inverse, le contenu du contrat renvoie à un catalogue de solutions particulières* ».

[1810] En ce sens : **J. ROCHFELD**, V° « Cause », *in Rép. civ.*, Dalloz, sept. 2012 (actu. juil. 2022) : « *S'agissant de la cause, l'ordonnance l'a supprimée en tant que condition de validité du contrat, mais elle a maintenu certaines de ses fonctions* » ; **R. BOFFA**, « La cause, une assurance tous risques », *in D.*, 2016, p. 458, spéc. n°7 : « *Le projet de réforme, consacré par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, propose, au nom d'un objectif affiché de simplification et de modernisation du droit des contrats, de conserver les fonctions de la cause mais de supprimer la notion* » ; **H. BARBIER**, « La transition en douceur de la cause vers la contrepartie, et l'entrée en scène de "l'équilibre général du contrat" », *in RTD Civ.*, 2016, p. 614 : « *La cause de l'obligation ayant disparue avec l'ordonnance du 10 février 2016, c'est la notion de contrepartie qui est désormais appelée à remplir ses fonctions* ».

[1811] **Th. GENICON**, « Défense et illustration de la cause en droit des contrats – À propos du projet de réforme du droit des contrats, du régime général de la preuve des obligations », *in D.*, 2015, p. 1551, spéc. n°4 : « *Or, faute de cause, comment permettra-t-on, demain, la nullité des actes juridiques non justifiés au-delà du cas spécial visé par l'article 1167 ? Ou alors faudra-t-il considérer que la nullité est exclue, ce qui serait intolérable ?* » ; **R. BOFFA, B. HAFTEL, Ph. CHAUVIRÉ, *al.***, *Les grandes décisions de la jurisprudence civile*, coll. Thémis, PUF, 2024, décision n°63, p. 397 et s., spéc. n°18, spéc. p. 405.

[1812] **R. BOFFA**, « Juste cause (injuste clause) », *in D.*, 2015, p. 335, spéc. n°13. *Adde*. **G. WICKER**, « La suppression de la cause par le projet d'ordonnance : la chose sans le mot ? », *in D.*, 2015, p. 1557, spéc. n°37 : « *Le risque serait alors d'une lecture formelle et sclérosante des nouveaux textes, et d'un appauvrissement corrélatif de la théorie du contrat, de sorte que la disparition de la cause marquerait un recul, sinon un arrêt, de l'effort doctrinal et jurisprudentiel en vue de l'adaptation continue du droit des contrats à l'évolution des réalités économiques et des rapports sociaux* » ; **B. FRELETEAU**, *Devoir et incombance en matière contractuelle*, L. SAUTONIE-LAGUIONIE (préf.), t. 576, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2017, n°288, p. 245 : La suppression de la cause « *laisse craindre pour l'avenir un appauvrissement de la créativité jurisprudentielle et un risque d'inflation législative en compensation du cloisonnement opéré* ».

[1813] V. not. **L. AYNÈS**, « La cause, inutile et dangereuse », *in Dr. & patr.*, 2014, n° 240, p. 40.

[1814] V. en ce sens : **R. BOFFA, B. HAFTEL, Ph. CHAUVIRÉ, *al.***, *Les grandes décisions de la jurisprudence civile*, coll. Thémis, PUF, 2024, décision n°63, p. 397 et s., spéc. n°18, p. 405 : « *L'intérêt majeur de la cause était de rassembler, sous une notion commune, l'ensemble des engagements juridiques. Parce que l'être humain agit*

est, de surcroît, absolument certain que cette disparition privera, à l'avenir, le juge d'une notion flexible et performante à laquelle, au gré de l'apparition de nouveaux risques contractuels, il pourrait avoir recours pour les appréhender et les éradiquer »[1815].

331. Vers une généralisation de la lésion ? – En tout état de cause, le contrôle de la contrepartie permet de garantir, dans une certaine mesure, l'intérêt des parties au contrat[1816] et participe à l'objectif d'équilibre contractuel[1817]. Une question pourrait toutefois se poser, l'article 1168 n'est-il pas un moyen pour les contractants de se prévaloir d'une lésion dans leur contrat, dès lors qu'ils ne peuvent se prévaloir des textes spéciaux concernant la lésion ? N'est-ce pas finalement une manière pour le législateur de généraliser la lésion – sans le mot – en permettant aux contractants de se prévaloir d'un déséquilibre en valeur significatif, une contrepartie dérisoire ? L'article 1169 ne pourrait-il pas devenir un moyen de contrôler l'équivalence objective dans le contrat ? Certains auteurs ont, en effet, effectué un rapprochement entre l'article 1169 du Code civil et la possibilité ouverte aux contractants d'agir en lésion. Cet article permettrait ainsi de contrôler l'équilibre financier du contrat à l'image de la lésion[1818]. Il s'apparenterait, en ce sens, à une généralisation de la jurisprudence qui sanctionne le vil prix en matière de vente et de bail[1819]. Toutefois, cet article ne permet que de

dans la perspective d'un but, il était légitime d'introduire un contrôle de la rationalité de l'acte sous l'angle de la cause. C'est en quelque sorte l'esprit français – un principe général de rationalité applicable à tous les actes juridiques – qui s'évanouit subitement, au profit d'un catalogue de solutions particulières ».

[1815] **D. MAZEAUD**, « Droit des contrats, réforme à l'horizon ! », *in D.*, 2014, p. 291, n° 8. *Adde*. **R. BOFFA**, « Juste cause (injuste clause) », *in D.*, 2015, p. 335, spéc. n°14 : « *Une notion générale laisse sa place à une casuistique figée de solutions particulières, contraire à l'esprit du droit civil français* » ; **M. COTTET**, « L'abandon de la théorie de la cause : quels outils pour contrôler l'équilibre contractuel ? », *in RJ Com.*, 2015, vol. 53, n°3, p. 367, spéc. p. 375 : « *il est absolument certain que cette disparition privera, à l'avenir, le juge d'une notion flexible et performante à laquelle il pourrait avoir recours pour appréhender l'apparition de nouveaux risques contractuels* ».

[1816] **G. CHANTEPIE, M. LATINA**, *Le nouveau droit des obligations – Commentaires théoriques et pratiques dans l'ordre du Code civil*, 3ème éd., coll. Hors collection, Dalloz, 2024, spéc. n°432, p. 437 : « *L'article 1169 du Code civil garantir en effet l'intérêt des parties au contrat. Si la contrepartie est illusoire ou dérisoire, le contrat est inutile, ce qui entraîne sa nullité* ».

[1817] Bien que nous déplorions l'absence de généralité du texte qui ne concerne que les contrats commutatifs.

[1818] V. en ce sens : **A. BÉNABENT**, *Droit des obligations*, 20ème éd., coll. Précis Domat, LGDJ, 2023, n°192, p. 168 ; **C. GRIMALDI**, « Vers un contrôle généralisé de la lésion en droit français ? », *in D.*, 2019, p. 388 : « *En premier lieu, en toute matière, on sait que la lésion "énorme" emporte la nullité du contrat. La solution, naguère encore fondée sur l'exigence d'une « cause », est désormais consacrée par une disposition ad hoc : un "contrat à titre onéreux est nul lorsque, au moment de sa formation, la contrepartie convenue au profit de celui qui s'engage est illusoire ou dérisoire" (art. 1169 c. civ.)* » ; **Th. DANTZER**, *Essai sur la notion de contrepartie en droit des contrats*, L. TRANCHANT, F. ROUVIÈRE (dir.), th. dactyl., Université d'Aix-Marseille, 2022, n°435, pp. 339-340 : « *Pour nous la lésion est donc un cas particulier de contrepartie convenue dérisoire, même si cela va à l'encontre de l'ordre d'apparition des concepts de contrepartie convenue dérisoire et de lésion* ».

[1819] V. en ce sens **A. BÉNABENT**, *Droit des obligations*, 20ème éd., coll. Précis Domat, LGDJ, 2023, n°192, p. 168.

contrôler la dérision d'un prix qui est assimilé à l'inexistence de ce dernier[1820]. Parfois confondus, une distinction doit tout de même être établie entre la lésion et le vil prix. Selon un auteur, « *la vileté du prix renvoie à l'absence de prix sérieux ou au prix dérisoire, par opposition au prix insuffisant. Alors que l'insuffisance de prix caractérise l'existence d'une lésion, la notion de prix dérisoire s'apparente à l'absence de cause* »[1821]. Lésion et contrepartie dérisoire peuvent donc être rapprochées en ce sens qu'elles permettent un contrôle de la contrepartie, toutefois leurs fonctions diffèrent. Un rapport hiérarchique a pu être décelé entre les deux notions, établissant leur différence de nature. La lésion serait ainsi une forme spéciale de contrepartie dérisoire[1822]. En outre, cette assimilation reviendrait à tordre l'origine de la contrepartie dérisoire qui est issue du mécanisme de la cause. En effet, la cause ne permettait pas un contrôle de l'équivalence objective en valeur, mais un contrôle de la rationalité de l'acte, de l'utilité de ce dernier. Dans cette perspective, si les juges poursuivent leur ligne jurisprudentielle, cet article continuera de permettre un contrôle de rationalité, plus qu'un contrôle du prix en lui-même[1823].

332. Une exigence d'équilibre du contenu du contrat par le contrôle d'un déséquilibre substantiel. – S'il est possible de regretter la suppression de la cause dans le droit civil français, le maintien de certaines fonctions affiliées à la cause permet de dégager un objectif d'équilibre contractuel, quand bien même des déformations des mécanismes pourraient être faites. Ces différents éléments ont donc vocation à accroître la protection des différents intérêts dans le contrat, permettant à ce dernier de s'insérer harmonieusement dans l'ordre juridique, tout en satisfaisant autant que possible l'équilibre contractuel. Ce contrôle du contenu permet ainsi d'éviter tout excès dans la fixation des différentes obligations, il est nécessaire que le contrat reste cohérent et utile pour les contractants. Ces éléments permettent ainsi

---

[1820] **G. CHANTEPIE, M. LATINA**, *Le nouveau droit des obligations – Commentaires théoriques et pratiques dans l'ordre du Code civil*, 3ème éd., coll. Hors collection, Dalloz, 2024, spéc. n°435, p. 439 : « *D'une part, est illusoire la contrepartie qui ne serait ni réelle, ni sérieuse, dans le prolongement de la fonction classiquement assignée à la cause. De telles hypothèses sont assez rares, en dehors peut-être de contrats portant sur des prestations immatérielles ou de contrats aléatoires. D'autre part, est dérisoire la contrepartie particulièrement faible, qui confine à l'inexistence* ».

[1821] **G. PAISANT**, « La distinction entre la vente à vil prix et la vente lésionnaire », *in D.*, 2002, p. 930. *Adde*. **F. COHET-CORDEY**, « L'action en nullité pour vileté du prix n'est pas une action en rescision pour lésion », *in AJDI*, 2011, p. 890.

[1822] V. les développements de Monsieur Thibaut DANTZER sur ce point : **Th. DANTZER**, *Essai sur la notion de contrepartie en droit des contrats*, L. TRANCHANT, F. ROUVIÈRE (dir.), th. dactyl., Université d'Aix-Marseille, 2022, nos 433 et s., p. 339 et s.

[1823] **G. CHANTEPIE, M. LATINA**, *Le nouveau droit des obligations – Commentaires théoriques et pratiques dans l'ordre du Code civil*, 3ème éd., coll. Hors collection, Dalloz, 2024, spéc. n°435, p. 439 : « *Le déséquilibre constaté doit être énorme, au point de supprimer tout intérêt au contrat. L'article 1169 garantit en effet l'utilité économique du contrat et s'inscrit parfaitement dans le prolongement du contrôle exercé par la jurisprudence sur le fondement de la réalité de la cause* […]. *De nouveau la jurisprudence antérieure relative à la cause devrait servir de guide* ».

indirectement de contrôler le comportement des parties, dans la mesure où le contenu contractuel en est le reflet. Dans le même ordre d'idée, un contrôle du contenu du contrat, cette fois-ci ne concernant que les contrats d'adhésion, participe au maintien de l'équilibre contractuel, voire de sa préservation.

B. Le contrôle particulier du contenu des seuls contrats d'adhésion

333. Une dualisation du droit commun des contrats. – Les négociations semblent être devenues la pierre angulaire du contrôle plus ou moins poussé du contenu du contrat[1824]. La nouvelle *summa divisio*, contrat d'adhésion et contrat de gré à gré[1825], permet d'illustrer la place accordée aux négociations et en découle un régime plus ou moins strict de contrôle. Selon un auteur, « *la* [nouvelle] *maxime du droit commun n'est plus "qui dit contractuel dit juste", mais "qui dit négocié dit juste"* »[1826]. Cette *summa divisio* participe à la dualisation du droit commun des contrats telle qu'énoncée par Monsieur Thierry REVET[1827]. La méfiance vis-à-vis des contractants semble ainsi trouver son origine dans la possibilité ou non de négocier le contrat pour chacune des parties. L'absence de toute possibilité de négociation présente un risque dans la conclusion du contrat, notamment s'agissant des intérêts de l'adhérent qui se trouve dépourvu de toute possibilité de les défendre, sa liberté contractuelle est considérablement réduite. C'est pourquoi, en l'absence de négociation, le contrôle du contenu contractuel se veut plus invasif, mais aussi plus favorable à la partie privée de négociation. Si les contrats d'adhésion bénéficient d'un régime plus protecteur, il s'agit d'un régime qui vient s'ajouter aux dispositions précédemment envisagées. L'accueil du contrat d'adhésion dans le droit commun est une occasion pour le législateur d'introduire des mécanismes protecteurs permettant, non pas de lutter contre l'unilatéralisme, mais contre les risques qu'il présente, notamment pour le contractant qui voit une partie de sa liberté contractuelle amputée. Ces mécanismes relèvent

[1824] **H. BARBIER**, « Les grands mouvements du droit commun des contrats après l'ordonnance du 10 février 2016 », *in RTD Civ.,* 2016, p. 247 : « *Le consentement a longtemps été la pierre angulaire de notre droit des contrats, traduction en acte de la liberté contractuelle. Il ne l'est plus, ou plus exclusivement du moins, voyant sa place reléguée au profit d'une autre notion qui gagne en importance, celle de négociation. Longtemps restées à la lisière du droit des contrats, les négociations précontractuelles oubliées du code civil et les renégociations durant l'exécution du contrat peu goûtées par la jurisprudence, connaissent une promotion tout à fait spectaculaire et incarnent désormais une liberté contractuelle plus pleine et effective, celle non seulement de choisir de contracter ou non et de choisir son cocontractant, mais aussi de choisir le contenu de son contrat* ».

[1825] C. civ., art. 1110 : « *Le contrat de gré à gré est celui dont les stipulations sont négociables entre les parties.*
Le contrat d'adhésion est celui qui comporte un ensemble de clauses non négociables, déterminées à l'avance par l'une des parties ».

[1826] **M. LATINA**, « Apprécier la réforme », *in RDC*, 2016, n°3, p. 615, spéc. n°39.

[1827] *Cf. supra* n°59.

d'une part d'un contrôle du contenu contractuel poussé par l'introduction du déséquilibre significatif en droit commun et d'autre part, d'une interprétation *in favorem* du contenu contractuel en faveur de la partie privée de toute négociation.

334. L'introduction limitée du déséquilibre significatif en droit commun. – Issu du droit de la consommation, le mécanisme des clauses abusives intègre dorénavant le droit commun des contrats[1828]. Ce mécanisme a été l'un de ceux qui a fait couler beaucoup d'encre, qu'il s'agisse d'un accueil favorable ou défavorable[1829]. Le contrôle des clauses abusives permet au juge, en cas de litige, de se saisir d'une partie du contenu des contrats[1830]. De manière préventive, il permet de dissuader tout comportement opportuniste de la part du contractant qui rédige le contrat. L'existence de ce texte doit, en effet, l'inciter à adopter un bon comportement et à ne pas introduire de clauses abusives dans le contenu contractuel. De manière curative, il permet au juge, saisi du litige, d'apprécier l'existence d'un déséquilibre significatif et de sanctionner au moyen du réputé non écrit la clause estimée illicite. Ce contrôle n'est cependant pas étendu à l'intégralité des contrats, il ne concerne que les contrats d'adhésion dont les clauses ne sont pas négociables et pour lesquels aucune disposition spéciale du droit de la

[1828] C. civ., art. 1171 : « *Dans un contrat d'adhésion, toute clause non négociable, déterminée à l'avance par l'une des parties, qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite.*
L'appréciation du déséquilibre significatif ne porte ni sur l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation ».

[1829] V. not. **M. Behar-Touchais**, « Le déséquilibre significatif dans le Code civil », *in JCP G.*, 2016, n°14, act. 391, p. 662 ; **F. Bicheron**, « N'abusons pas de la clause abusive », *in Gaz. Pal.*, 2015, n°120, p. 24 ; **R. Boffa**, « Juste cause (injuste clause) », *in D.*, 2015, p. 335 ; **S. Bros**, « Article 1169 : le déséquilibre significatif », *in RDC*, 2015, n°3, p. 761 ; **M. Chagny**, « Les contrats d'affaires à l'épreuve des nouvelles règles sur l'abus de l'état de dépendance et le déséquilibre significatif », *in AJCA*, 2016, p. 15 ; **M. Chagny**, « La généralisation des clauses abusives articles 1168 et 1169 du Code civil », *in Réforme du droit des contrats et pratique des affaires*, Ph. Stoffel-Munck (dir.), coll. Thèmes & commentaires, Dalloz, 2015, p. 47 ; **G. Chantepie**, « Les clauses abusives et leur sanction en droit commun des contrats », *in AJCA*, 2015, p. 121 ; **N. Dissaux**, « Clauses abusives : pour une extension du domaine de la lutte », *in Dr. & patr.*, 2014, n°240, p. 53 ; **D. Fenouillet**, « Le juge et les clauses abusives », *in RDC*, 2016, n°2, p. 358 ; **S. Gaudemet**, « Quand la clause abusive fait son entrée dans le code civil », *in CCC*, 2016, n°5, dossier 5, p. 27 ; **L. Gratton**, « Les clauses abusives en droit commun des contrats », *in D.*, 2016, p. 22 ; **X. Lagarde**, « Questions autour de l'article 1171 du Code civil », *in D.*, 2016, p. 2174 ; **Th. Revet**, « Le projet de réforme et les contrats structurellement déséquilibrés », *in D.*, 2015, p. 1217 ; **Ph. Stoffel-Munck**, « Les clauses abusives : on attendait Grouchy… », *in Dr. & patr.*, 2014, n°240, p.56.

[1830] Le contrôle des clauses abusives est limité aux clauses accessoires ne portant ni sur l'objet, ni sur la valeur de la prestation. En d'autres termes, seules les clauses accessoires peuvent faire l'objet d'un contrôle par le juge : V. en ce sens C. civ., art. 1171 al. 2 : « *L'appréciation du déséquilibre significatif ne porte ni sur l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation* ».

consommation[1831] ou de la concurrence[1832] ne trouve à s'appliquer. Ces deux critères doivent alors être envisagés successivement.

335. L'introduction limitée aux seuls contrats d'adhésion. – Dans le projet de réforme portant sur le droit des contrats[1833], le mécanisme des clauses abusives ne faisait état d'aucune limitation de son champ d'application et aurait pu s'appliquer à tous types de contrats. Cela étant, après que la doctrine a porté de vives critiques vis-à-vis de sa rédaction[1834], le législateur de 2016 a introduit une délimitation aux seuls contrats d'adhésion. Cette limitation peut se justifier au regard du mode de conclusion particulier attaché au contrat d'adhésion. Dépourvu de toute possibilité de négocier, l'adhérent se retrouve alors démuni face à son cocontractant puisqu'il n'est pas en mesure de négocier les termes du contrat. Dans ce cas, le mécanisme du déséquilibre significatif permet de faire appel au juge, afin de compenser la limitation de la liberté contractuelle de l'adhérent[1835]. En outre, le législateur de 2018 a ajouté une autre restriction à l'applicabilité du texte, puisque seules les clauses non négociables peuvent être concernées. Cela soustrait les hypothèses dans lesquelles les clauses étaient négociables, mais n'ont fait l'objet d'aucune négociation de la part des contractants. Cette dernière hypothèse restreint le champ d'application du texte, mais emporte également le risque que le rédacteur du contrat insère une clause de style stipulant que les clauses étaient négociables. Bien que la licéité de telles clauses soit contestable, ce genre de pratique pourrait tout de même surgir[1836]. Se

[1831] C. consom., art. L. 212-1 : « *Dans les contrats conclus entre professionnels et consommateurs, sont abusives les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat* […] ».

[1832] C. com., art. L. 442-1, I, 2° : « *Engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, dans le cadre de la négociation commerciale, de la conclusion ou de l'exécution d'un contrat, par toute personne exerçant des activités de production, de distribution ou de services :*
2° De soumettre ou de tenter de soumettre l'autre partie à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties ».

[1833] Art. 1169 du Projet de réforme droit des contrats : « *Une clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat peut être supprimée par le juge à la demande du contractant au détriment duquel elle est stipulée.*
L'appréciation du déséquilibre significatif ne porte ni sur la définition de l'objet du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation ».

[1834] V. not. **R. BOFFA**, « Juste cause (injuste clause) », *in D.*, 2015, p. 335, spéc. n^os^ 18 et s. ; **S. BROS**, « Article 1169 : le déséquilibre significatif », *in RDC*, 2015, n°3, p. 761 ; **L. GRATTON**, « Les clauses abusives en droit commun des contrats », *in D.*, 2016, p. 22 ; **F. CHÉNEDÉ**, « Le contrat d'adhésion dans le projet de réforme », *in D.*, 2015, p. 1226, spéc. n°8 ; **F. CHÉNEDÉ**, *Le nouveau droit des contrats et des obligations*, 2ème éd., coll. À savoir, Dalloz, 2018, n° 123.352, pp. 93-94.

[1835] V. en ce sens : **R. BOFFA**, « Juste cause (injuste clause) », *in D.*, 2015, p. 335, spéc. n°21.

[1836] Selon certains auteurs, la licéité de ces clauses ne devrait pas être admise, notamment si l'on s'inspire du contentieux allemand : V. **M. MEKKI**, « La loi de ratification de l'ordonnance du 10 février 2016 – Une réforme de la réforme ? », *in D.*, 2018, p. 900, spéc. n°31 : « *Une clause précisant que le contrat était totalement négociable ne suffira pas, si on veut bien s'inspirer du contentieux allemand* ». *Adde*. **M. MEKKI**, « L'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations – Le volet droit des contrats : l'art de refaire sans défaire », *in D.*, 2016, p. 494, spéc. n°20 : « *il restera désormais*

rajoute également une question qui ressort de cette exigence d'absence de négociabilité des clauses, celle de la preuve. Sur qui pèsera cette charge de la preuve ?[1837] De quelle manière l'adhérent va-t-il pouvoir faire valoir que la clause litigieuse ne pouvait faire l'objet d'aucune négociation, surtout si une clause de négociation a été insérée dans le contenu contractuel par le rédacteur ? Selon Madame Sibylle CHAUDOUET la seule manière de rapporter la preuve de l'absence de négociabilité d'une clause « *consist*[erait] *à avoir essayé de la négocier, mais sans succès* »[1838]. L'auteure évoque à ce titre l'« *impasse probatoire* »[1839] dans laquelle se trouve le demandeur. Deux possibilités ressortent de ces réflexions permettant de sortir de cette impasse : elles consistent à « *substituer au critère de l'absence de négociabilité de la clause celui de son absence de négociation effective* »[1840] ou à « *conserver le critère actuel d'une clause non négociable, mais présumer cette absence de négociabilité* »[1841]. Ces deux propositions ont l'avantage de faciliter la preuve pour celui qui subit le déséquilibre significatif. De l'avis de l'auteure, que nous adoptons également, la seconde alternative doit être préférée en ce qu'il « *est praticable de lege lata devant un juge, sans que le texte ait à être modifié* »[1842]. Cette solution permettrait à la fois de répartir la charge de la preuve entre l'adhérent et le rédacteur de l'acte, et à la fois de donner une meilleure effectivité à la règle de l'article 1171 du Code civil.

336. L'introduction limitée aux clauses accessoires. – Le contrôle des clauses abusives fait l'objet d'une limitation à l'alinéa deux de l'article 1171 du Code civil. Il est en effet prévu que « *l'appréciation du déséquilibre significatif ne porte ni sur l'objet principal ni sur l'adéquation du prix à la prestation* ». Cette limite permet ainsi de ne pas généraliser le contrôle

---

aux juges à faire le tri entre les vrais et les faux contrats de gré à gré. Beaucoup seront effectivement tentés de simuler une négociation, par un échange de mails purement formels, pour échapper à la qualification de contrat d'adhésion qui deviendra, à n'en pas douter, le nerf de la guerre ».

[1837] La doctrine ne semble pas d'accord sur ce point. Certains estiment qu'elle doit reposer sur celui qui conteste la licéité de la clause (V. en ce sens : **L. ANDREU**, « Le nouveau contrat d'adhésion », *in AJ contrat*, 2018, p. 262, spéc. n°9 ; **S. CHAUDOUET**, *Le déséquilibre significatif*, N. PERRIER (préf.), t. 609, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2021, n°767, p. 574) ; tandis que d'autres estiment qu'elle doit peser sur celui qui se prévaut d'un contrat de gré à gré (V. en ce sens **M. MEKKI**, « La loi de ratification de l'ordonnance du 10 février 2016 – Une réforme de la réforme ? », *in D.*, 2018, p. 900, spéc. n°31).

[1838] **S. CHAUDOUET**, *Le déséquilibre significatif*, N. PERRIER (préf.), t. 609, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2021, n°774, p. 578.

[1839] **S. CHAUDOUET**, *Le déséquilibre significatif*, N. PERRIER (préf.), t. 609, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2021, n°774, p. 578.

[1840] **S. CHAUDOUET**, *Le déséquilibre significatif*, N. PERRIER (préf.), t. 609, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2021, n°794, p. 592.

[1841] **S. CHAUDOUET**, *Le déséquilibre significatif*, N. PERRIER (préf.), t. 609, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2021, n°794, p. 592.

[1842] **S. CHAUDOUET**, *Le déséquilibre significatif*, N. PERRIER (préf.), t. 609, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2021, n°794, p. 592.

du contenu contractuel. Elle entre également en adéquation avec cette volonté de n'effectuer aucun contrôle du prix sauf à ce qu'il soit substantiellement inadéquat. Cette limite peut s'identifier à celle fixée en droit de la consommation. Il est en effet prévu que « l'*appréciation du caractère abusif des clauses au sens du premier alinéa ne porte ni sur la définition de l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix ou de la rémunération au bien vendu ou au service offert* […] » (nous soulignons)[1843]. Cela étant, en droit de la consommation, le juge peut tout de même apprécier le contenu principal du contrat dès lors que les clauses ne sont pas « *rédigées de façon claire et compréhensible* »[1844]. Selon certains auteurs, cette limite pourrait, et devrait même, pouvoir s'appliquer au droit commun[1845], d'autant que le droit de la consommation a une véritable influence sur le droit des contrats[1846]. En effet, cette réserve permet de protéger le consommateur face aux clauses peu explicites et éviterait finalement que le détenteur de l'information ne la délivre que pour s'acquitter de son devoir. Comme le relève, à juste titre, Monsieur Pierre-Emmanuel AUDIT, « *le non-consommateur serait-il, lui, doué pour*

[1843] C. consom., art. L. 212-1, al. 3ème.

[1844] C. consom., art. L. 212-1, al. 3ème : « *L'appréciation du caractère abusif des clauses au sens du premier alinéa ne porte ni sur la définition de l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix ou de la rémunération au bien vendu ou au service offert pour autant que les clauses soient rédigées de façon claire et compréhensible* » (nous soulignons).
Pour une illustration : V. not. Cass. civ. 1ère, 27 nov. 2019, n°18-14.575 : *D.*, 2020, p. 624, chron. H. AUBRY ; *D.*, 2020, p. 353, chron. M. MEKKI ; *RDC*, 2020, n°1, p. 62, note J. JULIEN : « *Mais attendu qu'ayant relevé que le contrat de mandat ne précisait pas la rémunération du mandataire, la cour d'appel a fait ressortir que la fixation de la commission litigieuse procédait d'une clause qui n'était pas rédigée de façon claire et compréhensible ; qu'elle a, dès lors, à bon droit, procédé à l'appréciation de son caractère abusif, peu important que celle-ci ait porté sur l'adéquation de la rémunération au service offert ; que le moyen, inopérant en ce qu'il s'attaque à des motifs erronés, mais surabondants, n'est pas fondé pour le surplus* » ; Cass. civ. 2ème, 8 juil. 2021, n°19-25.552 : Bull. civ. II ; *JCP E*, 2021, n°51-52, 1559, note B. RECEVEUR ; *RTD Civ.*, 2021, p. 880, note H. BARBIER ; *D.*, 2022, p. 310, chron. R. BOFFA ; *D.*, 2021, p. 1795, chron. G. GUÉHO ; *RDC*, 2021, n°4, p. 60, note J. JULIEN ; *Gaz. Pal.*, 2021, n°41, p. 32, obs. S. PIÉDELIÈVRE ; *LEDC*, 2021, n°9, p. 3, obs. G. CATTALANO : « *Ces clauses, en ce qu'elles délimitent le risque assuré et l'engagement de l'assureur, définissent l'objet principal du contrat. Rédigées de façon claire et compréhensible, elles échappent en conséquence à l'appréciation du caractère abusif des clauses contractuelles, au sens de l'article L. 132-1, alinéa 7, devenu L. 212-1, alinéa 3, du code de la consommation, de sorte que la cour d'appel n'avait pas à procéder à une recherche inopérante* ».

[1845] **M. MEKKI**, « Droit des contrats », *in D.*, 2020, p. 353 : « *À l'avenir, ne devrait-on pas raisonner de la même façon à propos de l'article 1171 du code civil, même si aucune référence n'est faite au caractère clair et compréhensible de la clause ?* » ; **P.-E. AUDIT**, « De quelques enseignements de l'analyse comportementale du droit en matière d'information du contractant », *in RTD Civ.*, 2021, p. 545 : « *Ce que suggère la psychologie cognitive, c'est qu'il n'y aurait aucune raison de ne pas étendre cette réserve au texte de droit commun* ».

Contra : **G. CATTALANO**, « Office du juge et clauses abusives : florilège de décisions », *in RDC*, 2022, n°1, p. 81 : « *Notons enfin que cette solution n'est pas transposable aux clauses abusives de l'article 1171 du Code civil. D'abord parce qu'en la matière, il n'est pas certain que la Cour de cassation, si elle est un jour saisie de cette question, consacre plus qu'une simple faculté de relever d'office le jeu de ce texte18. Par ailleurs, le droit commun des contrats n'a pas repris la réserve du Code de la consommation : les clauses relatives à l'objet ou à l'adéquation du prix à la prestation sont systématiquement exclues du contrôle de l'abus, peu important que celles-ci ne soient ni claires ni compréhensibles. D'office ou non, le juge ne peut donc jamais les contrôler sur le fondement de l'article 1171 du Code civil* ». L'auteure estime que les juges ne pourront jamais contrôler l'adéquation du prix, ni même la transparence des clauses, puisque le texte ne le prévoit pas.

[1846] V. en ce sens **J. CALAIS-AULOY**, « L'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats », *in RTD civ.*, 1994, p. 239.

comprendre les clauses obscures et non compréhensives ? Il est évident que non. Le raisonnement est d'autant moins fondé que chacun endosse alternativement la qualité de non-consommateur et consommateur : aurait-on des capacités spéciales à comprendre les choses obscures et incompréhensibles dans la première catégorie de situations, capacités qui s'évanouiraient à l'instant où l'on contracte en tant que consommateur, déclenchant une protection accrue »[1847]. Ces propos permettent, d'une part, de montrer les limites de la stigmatisation et l'identification précise de la partie faible. D'autre part, dans ces situations, il est nécessaire de lever la barrière de l'appréciation de l'objet principal et son adéquation avec le prix. Dès lors que les clauses s'avèrent obscures pour les contractants, le juge devrait pouvoir les contrôler, quand bien même elles relèveraient de l'appréciation du prix et de l'objet principal. Cette proposition permettrait d'apporter une protection supplémentaire, puis d'intégrer la psychologie cognitive dans l'appréciation de la norme. Toutefois, une réserve peut être émise. Pour aboutir à une telle interprétation, les juges devraient avoir recours à une appréciation extensive de l'article 1171 du Code civil en procédant par analogie avec le droit de la consommation. Cette dernière, bien qu'opportune, pourrait ne pas être favorablement accueillie, notamment pour des raisons de sécurité juridique et de prévisibilité du droit. À ce jour, il ne semble qu'aucune décision n'ait été rendue en ce sens. Une solution pourrait être trouvée en combinant l'article 1171 et le devoir de bonne foi. Ainsi, il pourrait incomber au rédacteur d'acte un devoir comportemental à l'égard de son cocontractant par un effort de lisibilité et un devoir de se faire comprendre auprès de son cocontractant. À l'image des mécanismes informationnels, cela pourrait être apprécié comme une obligation de moyens[1848] de s'assurer, autant que possible, de la compréhensibilité des clauses qu'il rédige. L'objectif n'est pas d'imposer au rédacteur d'acte l'explication clause par clause à son cocontractant, cela serait contre-productif et coûteux. En revanche, cela lui impose de faire des efforts dans la rédaction de l'acte quant à l'intelligibilité de celui-ci. À défaut, le juge pourrait être amené à contrôler de manière plus invasive le contenu contractuel.

337. L'application résiduelle du déséquilibre significatif. – La question s'est posée de la portée de ce texte et de son articulation avec les textes consumériste et commercialiste. Les juges ont estimé que ce fondement ne pouvait être invoqué que lorsqu'aucun texte spécial ne

[1847] **P.-E. AUDIT**, « De quelques enseignements de l'analyse comportementale du droit en matière d'information du contractant », *in RTD Civ.*, 2021, p. 545.
[1848] *Cf. supra* n°290.

pouvait s'appliquer[1849]. En somme, il s'agit d'un mécanisme protecteur ne pouvant être invoqué qu'à titre subsidiaire, appliquant l'adage *specialia generalibus derogant*[1850]. Cette affirmation va dans le sens d'une vision résiduelle du droit commun[1851] et non finalement d'un véritable droit de référence s'appliquant à tous les contrats[1852]. Selon certains auteurs, cette décision tend à réduire le champ d'application du déséquilibre significatif de droit commun « *à la portion congrue* »[1853], alors même que l'article 1105 du Code civil ne s'opposait pas au cumul des textes, puisqu'il ne permet, finalement, que d'articuler des règles incompatibles[1854]. La victime de la clause abusive aurait pu finalement se prévaloir d'une sorte de choix entre les différents fondements du déséquilibre significatif, les règles n'étant pas incompatibles[1855]. Les juges du

[1849] V. Cass. com., 26 janv. 2022, n°20-16.782 : *Bull. civ.* IV, n°1 ; *D.* 2022, p. 1419, chron. S. BARDOT ; *D.*, 2022, p. 539, com. S. TISSEYRE ; *D.*, 2023, p. 254, note R. BOFFA ; *RTD Civ.*, 2022, p. 124, note H. BARBIER ; *RDC*, 2022, n°2, p. 16, com. Ph. STOFFEL-MUNCK ; *RDC*, 2022, n°2, p. 103, com. J. JULIEN ; *RDC*, 2022, n°2, p. 10, com. M. LATINA ; *RDC*, 2022, n°3, p. 89, note N. BALAT ; *Gaz. Pal.*, 2022, n°16, p. 5, com. D. HOUTCIEFF ; *JCP E.*, 2022, n°12, 1125, com. G. CHANTEPIE ; *Comm. com. électr.*, 2022, n°3, comm. 19, com. G. LOISEAU ; *CCC*, 2022, n°3, comm. 40, com. L. LEVENEUR : « *L'article 1171 du code civil, interprété à la lumière de ces travaux, s'applique donc aux contrats, même conclus entre producteurs, commerçants, industriels ou personnes immatriculées au répertoire des métiers, lorsqu'ils ne relèvent pas de l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce, dans sa rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance du 24 avril 2019, applicable en la cause, tels que les contrats de location financière conclus par les établissements de crédit et sociétés de financement, lesquels, pour leurs opérations de banque et leurs opérations connexes définies à l'article L. 311-2 du code monétaire au financier, ne sont pas soumis aux textes du code de commerce relatifs aux pratiques restrictives de concurrence* » (nous soulignons). V. aussi CA Douai, 2e ch., 2e sect., 19 oct. 2023, n°22/02325 ; Cour d'appel Douai, 2e ch., 1re sect., 16 nov. 2023, n°21/03145 : les juges du fond font une application rigoureuse de l'arrêt du 26 janv. 2022 (préc.) en mettant également en avant l'intention du législateur.
Adde. Cette solution était également envisagée par Madame Sibylle CHAUDOUET : **S. CHAUDOUET**, *Le déséquilibre significatif*, N. PERRIER (préf.), t. 609, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2021, nos 827 et s., p. 617 et s.

[1850] Sur cet adage : **Ch. GOLDIE-GENICON**, « Droit commun et droit spécial », *in RDA*, 2013, n°7, p. 29 ; **L. LUCIENNE**, *Specialia generalibus derogant*, F. LEDUC (préf.), coll. Bibliothèque de thèses, Mare&Martin, 2023.

[1851] V. en ce sens : **G. CHANTEPIE**, « Le déséquilibre significatif de droit commun réduit à la portion congrue », *in JCP E.*, 2022, n°12, 1125 : « *Parmi les solutions admissibles, la chambre commerciale a choisi de restreindre le champ d'application de l'article 1171 du Code civil aux seuls contrats d'adhésion non soumis à des règles spéciales, renforçant en retour la vocation subsidiaire du droit commun* » ; **A. CAYOL** ; « Le contrat d'adhésion : un contrat spécial ? », *in RLDC*, 2010, n°160, p. 16, spéc. p. 19.

[1852] Ceci étant, le droit commun, bien qu'ayant un rôle de socle commun a également un rôle de droit subsidiaire, dès lors qu'une règle spéciale peut s'appliquer. V. en ce sens : **Ch. GOLDIE-GENICON**, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, Y. LEQUETTE (préf.), t. 509, « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2009, n°10, p. 17 : « *après tout le droit commun a toujours eu une vocation subsidiaire à s'appliquer* ».

[1853] **G. CHANTEPIE**, « Le déséquilibre significatif de droit commun réduit à la portion congrue », *in JCP E.*, 2022, n°12, 1125.

[1854] **C. GOLDIE-GENICON**, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, Y. LEQUETTE (préf.), t. 509, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2009, spéc. nos 383 et s., p. 492 et s.

[1855] V. en ce sens : **N. BLANC**, « Contrat d'adhésion et déséquilibre significatif après la loi de ratification », *in RDC*, 2018, n° hors-série, p. 20, spéc. n°22 ; *Contra*. **M. BEHAR-TOUCHAIS**, « Le déséquilibre significatif dans le Code civil », *in JCP G.*, 2016, n°14, act. 391, p. 662 ; **M. MALAURIE-VIGNAL**, « Un, deux ou trois déséquilibres significatifs ? Réflexion sur l'articulation entre droit commun et droits spéciaux », *in Mélanges en l'honneur du professeur Claude Lucas de Leyssac*, coll. Hors coll., Lexis Nexis, 2018, p. 359.

fond ont pu se prononcer en ce sens[1856]. Ces derniers avaient décidé que le texte du Code civil, qui était de portée générale[1857], ne pouvait être écarté au profit du texte spécial du Code de commerce réglementant les pratiques restrictives de concurrence.

En tout état de cause, les juges de la Cour de cassation ont finalement tranché en faveur de la subsidiarité de la règle en fondant leur justification sur l'intention du législateur[1858]. Effectivement, si l'on se réfère aux différents travaux parlementaires portant sur la réforme de 2016-2018, l'objectif de la règle de l'article 1171 n'est pas d'ouvrir une possibilité à un quelconque cumul des textes[1859]. Toutefois, cet argument peut surprendre[1860], d'autant que la

[1856] CA, Lyon, 3e ch. A, 27 fév. 2020, n°18/08265 : *RTD Civ*., 2020, p. 375, note H. BARBIER ; CA, Paris, Pôle 5, ch. 11, 5 nov. 2021, n°20/00022 : *CCC*, 2022, n°1, comm. 6, note N. MATHEY ; *L'essentiel droit de la distribution et de la concurrence*, 2021, n°11, p. 2, note C. GRIMALDI.

[1857] Peut toutefois se poser la question de savoir si la règle de l'article 1171 du Code civil relève réellement du droit commun. À suivre la définition donnée par Monsieur Nicolas BALAT, le droit commun « *constitue un concept sui generis qui renvoie, pour une institution donnée, aux règles juridiques dont le domaine d'application est indéfini. Selon cette définition, relèvent ainsi du droit commun les règles relatives à l'institution et dont le domaine d'application est indéfini, c'est-à-dire toutes les règles que leur champ rend potentiellement applicables à tous les contractants, pour tous les contrats et sur tout le territoire* » (**N. BALAT**, « À propos du nouveau droit commun des contrats », *in Mélanges en l'honneur du professeur Michel Grimaldi*, coll. Les Mélanges, Defrénois, 2020, p. 27, spéc. n°1, pp. 27-28. *Adde*. **N. BALAT**, *Essai sur le droit commun*, M. GRIMALDI (préf.), t. 571, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2016). Ainsi, et particulièrement s'agissant de la règle du déséquilibre significatif, le champ d'application n'est pas indéfini, mais restreint aux seuls contrats d'adhésion. Le régime attaché à ces contrats relèverait donc du droit spécial des contrats, plutôt que du réel droit commun (V. en ce sens : **N. BALAT**, « À propos du nouveau droit commun des contrats », *in Mélanges en l'honneur du professeur Michel Grimaldi*, coll. Les Mélanges, Defrénois, 2020, p. 27, spéc. n°2, p. 31. *Adde*. **J. JULIEN**, « La spécialisation du droit commun des contrats », *in Mélanges en l'honneur de Daniel Tomasin – Par le droit immobilier et au-delà*, coll. Études, mélanges et travaux, Dalloz, 2022, p. 501). À suivre ce raisonnement, il serait possible de considérer cette règle comme une règle spéciale mettant à mal la motivation des juges du fond.
Toutefois, une auteure estime qu'au même titre le contrat de gré à gré, le contrat d'adhésion relève du droit commun, il révèle « *une catégorie générale de contrat* » (**A. CAYOL** ; « Le contrat d'adhésion : un contrat spécial ? », *in RLDC*, 2010, n°160, p. 16, spéc. p. 18). Cette affirmation permet de conserver le droit commun comme un droit général. Si l'on poursuivait le critère de spécialité, il y aurait un risque de considérer chaque catégorie de contrat comme un contrat spécial, à l'image des règles qui ne s'appliquent qu'aux contrats synallagmatiques. Il est donc nécessaire de considérer les contrats définis dans le droit commun comme des catégories de contrats ayant une portée générale, quand bien même un régime particulier pourrait s'appliquer du fait de la particularité de ces contrats. Le contrat d'adhésion relève ainsi du droit commun, conservant une certaine portée générale, puisque transcendant les différents droits spéciaux.

[1858] Cass. com., 26 janv. 2022, n°20-16.782, préc., spéc. n°5 : « *Il ressort des travaux parlementaires de la loi du 20 avril 2018 ratifiant ladite ordonnance, que l'intention du législateur était que l'article 1171 du code civil, qui régit le droit commun des contrats, sanctionne les clauses abusives dans les contrats ne relevant pas des dispositions spéciales des articles L. 442-6 du code de commerce et L. 212-1 du code de la consommation* ».

[1859] V. not. **P. PILLET**, Rapport n° 22 (2017-2018), déposé le 11 oct. 2017 : « *De façon à expliciter l'intention du législateur lors de la ratification de l'ordonnance et à assurer la cohérence du droit, votre commission indique que l'article 1171 du code civil ne peut s'appliquer dans les champs déjà couverts par l'article L. 442-6 du code de commerce et par l'article L. 212-1 du code de la consommation, lesquels permettent déjà de sanctionner les clauses abusives dans les contrats entre professionnels et dans les contrats de consommation. L'article 1171 du code civil a pour vocation de sanctionner les clauses abusives dans les contrats d'adhésion qui ne relèveraient pas déjà de ces deux dispositifs existants* » (nous soulignons) ; **S. HOULIÉ**, Rapport n°429, déposé le 29 nov. 2017 : « *Ne seraient donc principalement concernés par l'article 1171 que les contrats entre particuliers ne relevant pas déjà d'un droit spécial* ».

[1860] Il est plutôt rare que les juges de la Cour de cassation fondent leurs décisions et leur motivation sur l'intention du législateur. V. en ce sens : **M. LATINA**, « Les mauvais coups portés par la chambre commerciale de

doctrine semble dubitative quant à la portée normative des travaux législatifs et de manière plus générale de la volonté du législateur[1861]. Malgré les critiques portées à l'encontre de cette décision, il ne semble *a priori* pas que cette application résiduelle pose des difficultés. En effet, elle permet de combler les situations dans lesquelles aucun des textes spéciaux ne trouvait à s'appliquer[1862]. Les contractants ne se trouvent donc *a priori* pas démunis de fondement applicable.

Une difficulté ressort néanmoins puisque l'applicabilité d'un texte n'emporte pas nécessairement son application[1863]. Ainsi, un contractant pourrait se voir refuser l'application effective d'un texte spécial en raison des conditions qui lui sont particulières. Dans cette situation, le droit commun aurait pu prendre le relais et le contractant victime d'une clause abusive aurait pu agir sur le fondement de l'article 1171 du Code civil. Or, dans cette situation, dès lors qu'un texte est applicable, il ne peut y avoir aucun autre recours. Ainsi, pour affiner la solution des juges, il pourrait être nécessaire d'étendre le champ d'application de l'article 1171 du Code dès lors qu'aucun autre texte ne peut s'appliquer. Cela permettrait aux contractants de disposer des textes du droit commun, dès lors que les textes spéciaux ne peuvent être appliqués, sans permettre une quelconque application cumulative des différents textes. Dans cette optique, le droit commun retrouverait sa place de socle de référence.

338. Un lien indéniable avec l'équilibre contractuel. – L'introduction des mécanismes relatifs aux clauses abusives et au déséquilibre significatif incarne l'équilibre contractuel. Ces

---

la Cour de cassation à la lutte contre les clauses abusives », *in RDC*, 2022, n°2, p. 10, spéc. n°6 : « *D'abord, parce que la Cour de cassation ne se fonde que rarement sur l'intention du législateur, chambre criminelle exceptée, afin de proposer l'interprétation d'un texte* ».

[1861] V. **N. BLANC**, « Contrat d'adhésion et déséquilibre significatif après la loi de ratification », *in RDC*, 2018, n° hors-série, p. 20, spéc. n°23 : « *Certes, la lecture des travaux préparatoires révèle que la volonté du gouvernement et des parlementaires était d'exclure le droit commun dans le champ d'application du droit spécial. Mais cette lecture suffira-t-elle à lier le juge ? Il est possible d'en douter* » (nous soulignons). *Adde*. **H. CAPITANT**, « Les Travaux préparatoires et l'interprétation des Lois », *in Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, t. 2, *Les sources générales des systèmes juridiques actuels*, Recueil Sirey, 1934, p. 204 ; **T. GIRARD GAYMARD**, « L'incidence du renouvellement des sources du droit des obligations sur son interprétation », *in RTD Civ.*, 2020, p. 779.

[1862] Par exemple, la Cour de cassation a exclu l'application de déséquilibre significatif du Code de commerce dans le cadre des baux commerciaux : V. en ce sens Cass. civ. 3ème, 15 févr. 2018, n°17-11.329 : *Bull. civ*. III, n°21 ; *CCC*, 2018, n°8-9, comm. 151, note N. MATHEY ; *JCP E*, 2018, n°11, 1138 ; *JCP E*., 2018, n°8-9, act. 136 ; *D*., 2018, p. 2326, com. Y. SERRA ; *AJDI*, 2018, p. 601, note J.-P. BLATTER ; *D*., 2019, p. 279, obs. M. MEKKI ; *RTD Civ*., 2018, p. 408, note H. BARBIER ; *AJDI*, 2018, p. 520, A. ANTONIUTTI ; *Defrénois*, 2018, n°39, p. 26, note L. RUET ; *LEDC*, 2018, n°4, p. 1, note N. LEBLOND ; *L'essentiel Droit de la distribution et de la concurrence*, 2018, n°4, p. 4, C. GRIMALDI.
Pour d'autres exemples : **M. BEHAR-TOUCHAIS**, « Le déséquilibre significatif dans le Code civil », *in JCP G.*, 2016, n°14, act. 391, p. 662.

[1863] **S. GERRY-VERNIÈRES**, « L'interprétation de l'article 1171 du Code civil "à la lumière des travaux parlementaires" de la loi de ratification », *in RDC*, 2022, n°2, p. 144, spéc. n°2.

mécanismes ont pour objectif l'instauration d'un équilibre minimal dans le contrat, « *en poursuivant la condamnation du déséquilibre qui serait significatif* »[1864]. Le contrôle du déséquilibre significatif apparaît comme un contrôle objectif de l'équilibre contractuel destiné à sanctionner l'exploitation d'un rapport de force asymétrique emportant des conséquences excessives[1865]. Ce mécanisme permet ainsi une lutte contre les déséquilibres légitimes[1866]. Ce mécanisme répond, en ce sens, à l'objectif de la réforme qui est d'introduire « *des dispositions permettant de sanctionner le comportement d'une partie qui abuse de la situation de faiblesse de l'autre* »[1867]. Le juge peut donc se saisir du contenu contractuel, et incidemment du comportement du stipulant. L'objectif est alors de rétablir l'équilibre contractuel en réputant non-écrite les clauses litigieuses.

339. L'efficacité en cause du déséquilibre significatif en droit commun. – La sanction attribuée à l'article 1171 du Code civil, si elle permet une continuité du contrat, entache la fonction préventive et dissuasive de ce texte. En effet, quel risque le rédacteur de l'acte encourrait à insérer de telles clauses, si ce n'est qu'un réputé non écrit. Le rédacteur d'acte faisant preuve d'une certaine stratégie pourrait être incité à inclure dans le contrat des clauses pouvant être abusives, le risque étant limité. En effet, cela supposerait que l'adhérant ait conscience que cette clause est abusive, qu'il saisisse un juge et que le juge prononce la sanction du réputé non écrit. En d'autres termes, le rédacteur n'a rien à perdre et tout à gagner d'insérer une telle clause volontairement. Au mieux, aucun recours ne sera jamais effectué, au pire, seule la clause concernée sera déclarée abusive. Il pourrait donc être opportun d'ajouter au réputé non écrit une sanction pécuniaire, telle qu'une amende civile ou des dommages et intérêts punitifs. Toutefois, en l'état actuel du droit positif, cette solution ne semble pas envisageable. Une réflexion sur les sanctions permettant de renforcer leur portée dissuasive pourrait être menée,

[1864] **S. CHAUDOUET**, *Le déséquilibre significatif*, N. PERRIER (préf.), t. 609, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2021, n°3, p. 3 : « *L'inclination du système juridique pour le déséquilibre significatif, cette forme moderne de déséquilibre, s'inscrit dans cette quête d'un certain équilibre ; le droit aspire à travers lui, non pas la réalisation d'un équilibre absolu, lequel semble insaisissable en soi, mais, en poursuivant la condamnation du déséquilibre qui serait significatif , un équilibre minimal dans les contrats* ». *Adde*. **S. LE GAC-PECH**, « Les nouveaux remèdes au déséquilibre contractuel dans la réforme du Code civil », *in LPA*, 2016, n°162-163, p. 7.

[1865] **F. JACOMINO**, *Le contrôle objectif de l'équilibre contractuel. Entre droit commun des contrats et droit des pratiques restrictives de concurrence,* E. MOUIAL BASSILANA (dir.), th. dactyl., Université Côte d'Azur, 2018, n°294, p. 220 : « *Le déséquilibre significatif incarne l'outil privilégié du contrôle objectif de l'équilibre contractuel. Qu'il s'agisse du déséquilibre significatif concurrentiel ou de droit commun, cette notion manifeste l'intérêt du législateur pour un instrument de contrôle de l'équilibre destiné à sanctionner l'exploitation de rapports de force asymétriques* ».

[1866] *Cf. supra* n^{os} 194.

[1867] 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, art. 8, 2°.

d'autant qu'elle permettrait de rendre le droit plus efficace et de limiter autant que possible les comportements opportunistes. Ce mécanisme des clauses abusives s'accompagne d'une règle d'interprétation spéciale.

340. Appréciation *contra proferentem*. – L'article 1190 du Code civil[1868] accompagne le dispositif des clauses abusives et prévoit une règle d'interprétation en faveur de l'adhérent. Cette règle vise donc « *à sanctionner le rédacteur défaillant* »[1869]. En cas de doute, le juge devra donc interpréter le contrat d'adhésion contre celui qui l'a proposé. Il est donc question de protéger les intérêts de l'adhérent. Cet article pose quelques difficultés : quelle articulation doit primer avec l'article 1188 du Code civil[1870] ? Quel sens doit être attribué au doute que le juge doit avoir ? La doctrine a tenté de répondre à ces interrogations. Un auteur, au regard du droit étasunien, considère que cette règle ne serait que subsidiaire[1871]. Autrement dit, le juge ne devrait recourir à la règle spéciale que lorsqu'il n'est pas en mesure de déceler l'intention commune des parties. Cet argument ne convainc toutefois pas puisque la recherche de la volonté commune dans les contrats d'adhésion peut apparaître comme illusoire. En effet, si les parties consentent mutuellement au contrat d'adhésion, seul le stipulant exprime réellement sa volonté à travers la rédaction du contrat[1872]. Il pourrait toutefois être possible de trouver l'intention commune des parties s'agissant des conditions particulières du contrat, mais cela apparaît plus douteux s'agissant des conditions générales[1873]. Ainsi, la vocation subsidiaire de la règle pourrait avoir du sens, dès lors que l'on considère qu'il existe des situations dans lesquelles une

[1868] C. civ., art. 1190 : « *Dans le doute, le contrat de gré à gré s'interprète contre le créancier et en faveur du débiteur, et le contrat d'adhésion contre celui qui l'a proposé* ».

[1869] **G. GUERLIN**, « L'accessibilité et l'interprétation du contrat d'adhésion. Comparaison du nouveau droit français au droit des États-Unis », *in Le contrat d'adhésion : perspective franco-québécoise*, G. CHANTEPIE, M. LATINA (dir.), coll. Thèmes & commentaires, Dalloz, 2018, p. 99, spéc. n°24, p. 110.

[1870] C. civ., art. 1188 : *« Le contrat s'interprète d'après la commune intention des parties plutôt qu'en s'arrêtant au sens littéral de ses termes.*
Lorsque cette intention ne peut être décelée, le contrat s'interprète selon le sens que lui donnerait une personne raisonnable placée dans la même situation ».

[1871] **G. GUERLIN**, « L'accessibilité et l'interprétation du contrat d'adhésion. Comparaison du nouveau droit français au droit des États-Unis », *in Le contrat d'adhésion : perspective franco-québécoise*, G. CHANTEPIE, M. LATINA (dir.), coll. Thèmes & commentaires, Dalloz, 2018, p. 99, spéc. n°26, p. 111. *Adde*. **A. ETIENNEY-DE SAINTE MARIE**, « L'interprétation du contrat d'adhésion », *in RDC*, 2019, n°2, p. 146, spéc. n°2 ; **O. DESHAYES, Th. GENICON, Y.-M. LAITHIER**, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations – Commentaire article par article*, 2ème éd., LexisNexis, 2018, p. 424.

[1872] **Th. REVET**, « Le projet de réforme et les contrats structurellement déséquilibrés », *in D.*, 2015, p. 1217, spéc. n°3 ; « L'uniformisation de l'interprétation : contrats types et contrats d'adhésion », *in RDC*, 2015, n°1, p. 199, spéc. n°2 ; **G. CHANTEPIE, M. LATINA**, *Le nouveau droit des obligations – Commentaires théoriques et pratiques dans l'ordre du Code civil*, 3ème éd., coll. Hors collection, Dalloz, 2024, n°508, p. 535.

[1873] V. en ce sens **G. GUERLIN**, « L'accessibilité et l'interprétation du contrat d'adhésion. Comparaison du nouveau droit français au droit des États-Unis », *in Le contrat d'adhésion : perspective franco-québécoise*, G. CHANTEPIE, M. LATINA (dir.), coll. Thèmes & commentaires, Dalloz, 2018, p. 99, spéc. n°21, p. 108.

commune intention peut être recherchée dans certaines clauses négociées ; à défaut, le juge appliquera la solution de l'article 1190 du Code civil. Cette articulation permettra au juge, en première intention, « *de retenir l'interprétation qu'une personne raisonnable placée dans la même situation aurait faite de la clause, interprétation qui n'est pas nécessairement plus favorable à l'adhérent* »[1874].

***

341. Conclusion de la Section 1. – Le contrôle de licéité du contenu du contrat permet de satisfaire l'exigence d'équilibre contractuel. Les dispositifs envisagés permettent de satisfaire l'intérêt général, mais également les différents intérêts particuliers. ***Les règles impératives et l'ordre public permettent ainsi au juge de se saisir du contenu contractuel et indirectement de sanctionner le comportement du contractant***. L'objectif est alors de vérifier que le contractant ne profite pas du contenu contractuel pour adopter un comportement illicite ou encore insérer des clauses elles-mêmes illicites. ***L'intérêt reste alors une notion centrale permettant de contrôler l'équilibre substantiel du contrat, tout en s'emparant des comportements non désirables***. Le contrôle du contenu reste toutefois relativement restreint, le contrat étant la chose des parties. L'équilibre contractuel se retrouve, en tout cas, dans de nombreuses dispositions, permettant ainsi de veiller à la satisfaction des différents intérêts. Le contrôle de l'équilibre substantiel, va plus loin puisqu'il concerne également l'évolution du contrat dans le temps et au regard de son exécution par les cocontractants.

Section 2. Le contrôle du contenu contractuel dans le temps

342. Un contrôle du contenu dans le temps. – Le contrôle du contenu ne se limite pas au seul contenu issu de la formation du contrat. La vision statique du contrat qui a pu prévaloir dans certaines analyses contractuelles ne suffit plus, il est nécessaire de voir l'aspect évolutif du contrat, notamment lorsqu'il est à exécution successive. Le contrat est doté d'une force obligatoire qui doit permettre la satisfaction spontanée des différents intérêts[1875], toutefois, il est également nécessaire de s'assurer de sa pérennité. En la matière, ce contrôle permet de faire

[1874] **O. DESHAYES, Th. GENICON, Y.-M. LAITHIER**, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations – Commentaire article par article*, 2ème éd., LexisNexis, 2018, p. 425.

[1875] **H. JUILLET-REGIS**, *La force obligatoire du contrat – Réflexion sur l'intérêt au contrat*, B. TEYSSIÉ (dir.), th. dactyl., Université de Paris Panthéon-Assas, 2015, n°478, p. 325 : « *Le plus souvent, au demeurant, l'effet escompté est atteint : les parties s'acquittent spontanément de leurs engagements, ce qui est la manifestation la plus éclatante de la vigueur du lien contractuel* ».

face à l'imprévu dans le contrat et de protéger les contractants dès lors qu'un déséquilibre conjoncturel se révèle et que les contractants ne peuvent solutionner eux-mêmes leurs difficultés.

343. L'imprévu dans le contrat. – La notion d'imprévu a été étudiée dans la thèse de Monsieur Louis THIBIERGE. L'imprévu tel qu'envisagé par l'auteur ne se résume pas à la théorie de la l'imprévision, tant s'en faut. Au contraire, il envisage l'imprévu dans sa globalité et au travers des différentes manifestations. Selon lui, « *quelle que soit la gravité des conséquences de l'imprévu, celui-ci procède toujours d'un même phénomène. L'imprévu dispose d'une nature unique : il désigne l'événement extérieur à la sphère contractuelle auquel les parties n'ont pas songé* »[1876]. L'imprévu entraîne des difficultés plus ou moins accentuées dans l'exécution du contrat. Des mécanismes sont ainsi prévus par le législateur permettant au débiteur, subissant la situation, de saisir un juge. Dans ces circonstances, il convient d'une part qu'un déséquilibre important découle de la situation, et d'autre part que l'origine de ce déséquilibre ne soit pas due au comportement du débiteur[1877]. Pour des raisons pédagogiques, nous retiendrons la distinction établie par l'auteur : se fondant sur une gradation de la gravité des imprévus : les imprévus menaçants et les imprévus dirimants[1878]. L'imprévu est menaçant lorsqu'il « *peut être surmonté au prix d'une adaptation du contrat* »[1879]. En revanche, l'imprévu est dirimant « *lorsque l'obstacle posé sur la route de l'exécution ne pourra jamais être surmonté quels que soient les efforts déployés par les parties* »[1880].

344. Les imprévus dirimants. – L'imprévu dirimant détériore définitivement l'équilibre contractuel déterminé par des parties, il n'est plus possible de le rétablir. Il résulte alors soit

[1876] **L. THIBIERGE**, *Le contrat face à l'imprévu*, L. AYNÈS (préf.), coll. Recherches Juridiques, Économica, 2011, n°588, p. 334.

[1877] V. en ce sens : **L. GRYNBAUM**, *Le contrat contingent – L'adaptation du contrat par le juge sur habilitation du législateur,* M. GOBERT (préf.), t. 389, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2004, n^{os} 226 et s., p. 168 et s. : « *Deux conditions sont communes à l'ensemble des dispositions favorisant la création des contrats contingents. La première, a priori, objective veut qu'un déséquilibre contractuel soit apparu* […] *; la seconde, subjective, suppose que le demandeur à l'adaptation ait agi de bonne foi* » (n°226, p. 168).

[1878] **L. THIBIERGE,** *Le contrat face à l'imprévu,* L. AYNÈS (préf.), coll. Recherches Juridiques, Économica, 2011, n^{os} 719 et. s, p. 401 et s.

[1879] **L. THIBIERGE,** *Le contrat face à l'imprévu,* L. AYNÈS (préf.), coll. Recherches Juridiques, Économica, 2011, n°719, p. 401.

[1880] **L. THIBIERGE,** *Le contrat face à l'imprévu,* L. AYNÈS (préf.), coll. Recherches Juridiques, Économica, 2011, n°719 et., p. 401.

d'un cas de force majeure[1881] découlant d'une impossibilité d'exécuter le contrat[1882], ou encore d'une disparition d'un élément essentiel[1883] en cours de contrat. Le juge est alors chargé d'apprécier le contenu contractuel et de vérifier les conditions de l'irrémédiabilité de la situation afin de mettre un terme au contrat. Le juge ne dispose pas d'un pouvoir de révision du contenu contractuel, par lequel il pourrait modifier la substance du contrat. En revanche, il dispose d'un droit de regard permettant de mettre fin au contrat dès lors que son exécution est compromise et l'équilibre rompu. Ces mécanismes, s'ils ne relèvent pas réellement de l'équilibre substantiel du contrat permettent, à tout le moins, de protéger les intérêts du ou des contractants subissant la situation irrémédiable. Dans cette situation, le déséquilibre est définitif et extérieur aux parties. Le rôle du juge n'est donc pas d'appréhender l'incidence du comportement des parties dans la survenance de l'événement, puisqu'il est extérieur. Il est, cependant, de permettre de dénouer une situation de blocage, les parties n'ayant pas elles-mêmes trouvé de solution à leur situation irrémédiable entraînant de larges difficultés pour le débiteur de l'obligation devenue impossible.

345. Les imprévus menaçants. – Dès lors que les parties font face à un imprévu menaçant l'équilibre de leur contrat s'en trouve seulement altéré. Un profond déséquilibre ressort de cet imprévu de sorte que l'équilibre contractuel ne peut alors plus se réaliser sans l'intervention des parties, et à défaut d'une intervention extérieure. Il leur est alors possible d'adapter leur contenu contractuel afin de retrouver un équilibre minimal. Dans cette optique, l'imprévu menaçant ne pose aucune difficulté lorsque les parties elles-mêmes trouvent un accord d'adaptation de leurs

[1881] C. civ., art. 1218 : « *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.*
Si l'empêchement est temporaire, l'exécution de l'obligation est suspendue à moins que le retard qui en résulterait ne justifie la résolution du contrat. Si l'empêchement est définitif, le contrat est résolu de plein droit et les parties sont libérées de leurs obligations dans les conditions prévues aux articles 1351 et 1351-1 ».

[1882] C. civ., art. 1351 : « *L'impossibilité d'exécuter la prestation libère le débiteur à due concurrence lorsqu'elle procède d'un cas de force majeure et qu'elle est définitive, à moins qu'il n'ait convenu de s'en charger ou qu'il ait été préalablement mis en demeure* ».

[1883] C. civ., art. 1186 al. 1er : « *Un contrat valablement formé devient caduc si l'un de ses éléments essentiels disparaît* ».
Cet article a été assimilé par la doctrine à la reprise de la jurisprudence portant sur la disparition de la cause en cours de contrat (V. not. Cass. Civ. 1ère, 30 oct. 2008, n°07-17.646 : *RTD Civ*., 2009, p. 118, obs. B. FAGES ; *RTD Civ*., 2009, p. 111, obs. J. HAUSER ; *JCP G*., 2009, n°1-2, II, 10000, com. D. HOUTCIEFF ; *RDC*, 2009, p. 49, obs. D. MAZEAUD ; *RTD civ*., 2009, p. 49, obs. J. HAUSER). V. en sens : **G. CHANTEPIE, M. LATINA**, *Le nouveau droit des obligations – Commentaires théoriques et pratiques dans l'ordre du Code civil*, 3ème éd., coll. Hors collection, Dalloz, 2024, n°493, pp. 517-518 ; **O. DESHAYES, Th. GENICON, Y.-M. LAITHIER**, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations – Commentaire article par article*, 2ème éd., LexisNexis, 2ème éd., 2018, p. 396 et s.).

conditions contractuelles[1884]. Là où le bât blesse, c'est quand les parties ne trouvent aucun accord, ou même lorsque l'une d'entre elles refuse toute renégociation. Cette perspective renvoie alors au mécanisme de la révision pour imprévision récemment admis en droit positif français[1885], alors pourtant qu'elle était traditionnellement rejetée par la jurisprudence[1886]. Finalement, ce n'est pas l'imprévision qui a toujours été rejetée,[1887] mais l'admission de la révision judiciaire pour imprévision. En effet, ce rejet pouvait s'expliquer en partie puisque le contrat étant la chose des parties, seules ces dernières pouvaient rétablir, d'un *mutuus consensus*, l'équilibre de leur contrat. En revanche, si une partie saisit le juge pour obtenir une révision pour imprévision, c'est en raison d'un comportement de blocage émis par son cocontractant réticent à procéder volontairement à une renégociation. Si l'imprévision peut toucher n'importe quel contrat[1888], à n'importe quel moment, sa réglementation est rendue nécessaire pour les situations dans lesquelles l'un des contractants refuse de renégocier le contrat pour rétablir l'équilibre contractuel, puisque ce dernier n'est pas affecté par le bouleversement économique du contrat, peut-être même il s'en trouve avantagé. Toujours est-il que les intérêts de l'une des parties au contrat sont atteints, résultat de la combinaison d'un imprévu avec l'incohérence comportementale du cocontractant. L'imprévision telle qu'elle est prévue par le Code civil n'est pas une disposition impérative[1889]. Autrement dit, il est toujours possible pour les parties d'exclure l'applicabilité du texte. Cet article supplétif renvoie à l'hypothèse de l'équilibre suggéré par le législateur.

[1884] C'était d'ailleurs l'un des arguments avancés pour justifier le refus d'admettre la révision judiciaire pour imprévision. *Cf. supra* n°177.

[1885] C. civ., art. 1195 : « *Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation.*
En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent convenir de la résolution du contrat, à la date et aux conditions qu'elles déterminent, ou demander d'un commun accord au juge de procéder à son adaptation. 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 ».

[1886] *Cf. supra* n°177.

[1887] Des clauses de hardship sont d'ailleurs stipulées dans certains contrats pour pallier cette jurisprudence.

[1888] La jurisprudence a toutefois écarté l'application de l'article 1195 dans certains contrats spéciaux, tels que les baux commerciaux ou encore les marchés à forfait : V. l'étude menée **L. THIBIERGE**, « À la recherche de l'imprévision », *in BRDA*, 2022, n°12, p. 23, spéc. n^{os} 14 et s.

[1889] V. not. **G. CHANTEPIE, M. LATINA**, *Le nouveau droit des obligations – Commentaires théoriques et pratiques dans l'ordre du Code civil*, 3ème éd., coll. Hors collection, Dalloz, 2024, n°523, p. 558 ; **C. WITZ**, « Le juge et la révision du contrat : vision du droit français », *in LPA*, 2018, n°65, p. 10 ; **Th. REVET**, « Le juge et la révision du contrat », *in RDC*, 2016, n°2, p. 373.

L'accueil réservé à l'imprévision dans le droit commun des contrats est relativement « *timide* »[1890] au regard de ces conditions, de la longueur du processus[1891]. Les conditions permettant de prétendre à l'application de l'article 1195 du Code civil sont au nombre de trois : l'existence d'un changement de circonstances imprévisible, une exécution excessivement onéreuse et une absence pour la partie qui subit l'onérosité d'en assumer le risque. Ces conditions d'apparence classique poseront certainement des difficultés d'appréciation par les juges. S'agissant du processus, il est d'abord nécessaire pour les parties d'envisager, en premier lieu, un règlement amiable de leur situation. En cas d'échec ou de refus de renégociation[1892], les parties peuvent convenir, d'un commun accord, de la résolution de leur contrat. Enfin, c'est seulement à défaut d'accord et à l'issue d'un délai raisonnable que le contractant peut recourir unilatéralement au juge, étant précisé que le contrat continue de s'exécuter. L'article tel qu'il est rédigé montre une gradation dans le traitement de l'imprévision, prévoyant en dernier recours la possibilité pour le juge de réviser le contrat ou éventuellement d'y mettre un terme. Le règlement amiable du litige semble favorisé. La révision judiciaire du contrat n'est alors permise que dans les situations de blocage dans lesquelles l'une des parties refuse de renégocier et l'autre subit l'excessive onérosité de l'exécution de son obligation. Le comportement non conciliant d'une partie déclenche alors la possibilité pour le juge de se saisir du contenu contractuel afin de le réviser et rétablir l'équilibre contractuel voulu *ab initio* par les parties. Toutefois, il semblerait que cette possibilité attribuée au juge fasse « *figure d'Arlésienne* »[1893]. Monsieur Louis THIBIERGE, après une étude de la jurisprudence, a mis en évidence « *une volonté des juges de ne pas appliquer l'article 1195 du Code civil. Quand ils n'estiment pas le texte inapplicable, ils jugent que les conditions ne sont pas réunies. Et lorsque par l'extraordinaire, les conditions paraissent remplies, ils n'ordonnent guère la révision judiciaire du contrat* »[1894]. L'inquiétude de la doctrine vis-à-vis de l'arbitraire des juges peut donc être relativisée. Toutefois, cet article ne semble pas remplir les fonctions pour lesquelles il pourrait être utile. Si ce mécanisme pouvait permettre d'insuffler une certaine pérennité contractuelle

[1890] **Ph. CHAUVIRÉ**, « Les effets du contrat dans le projet d'ordonnance portant réforme du droit des obligations – Réponse à la consultation », *in Gaz. Pal.*, 2015, n°120, p. 29, spéc. n°11.

[1891] V. en ce sens : **Ph. CHAUVIRÉ**, « Les effets du contrat dans le projet d'ordonnance portant réforme du droit des obligations – Réponse à la consultation », *in Gaz. Pal.*, 2015, n°120, p. 29, spéc. n°11.

[1892] Les renégociations ne semblent pas s'imposer aux parties contractantes : V. en ce sens : **L. THIBIERGE**, « Le juge et la renégociation du contrat », *in RDC*, 2022, n°3, p. 151 : « *L'article 1195 ne consacre aucune obligation de renégocier* ».

[1893] **L. THIBIERGE**, « À la recherche de l'imprévision », *in BRDA*, 2022, n°12, p. 23 : « *Six ans après son entrée dans le Code civil, l'imprévision fait toujours figure d'Arlésienne* ».

[1894] **L. THIBIERGE**, « À la recherche de l'imprévision », *in BRDA*, 2022, n°12, p. 23, spéc. n°52.

tout en protégeant l'équilibre contractuel, le dogme de la chose des parties semble ancré dans la pratique des juges, rendant ce mécanisme ineffectif.

***

346. Conclusion du Chapitre 2. – Malgré le fait que le contrat soit la chose des parties, il existe des dispositions permettant d'orienter la rédaction du contrat afin qu'il soit conforme à l'ordre juridique dans lequel il s'insère et permettant également une appréciation, voire dans de rares cas, une révision du contenu contractuel. Ces différents mécanismes ne permettent au juge d'intervenir que lorsqu'un comportement indésirable de la part de l'un des contractants est mis en évidence, atteignant l'effectivité de la liberté contractuelle de l'autre. Qu'il s'agisse de l'insertion d'une clause en défaveur de l'adhérent, de l'intérêt du contrat, ou encore un comportement menant à une situation de blocage dans l'exécution du contrat, ***le juge permet d'arbitrer le conflit insoluble, que les parties elles-mêmes n'ont pu régler***. Ces mécanismes soulèvent toutefois des difficultés s'agissant de leur efficacité et de leur mise en œuvre effective. Des propositions d'interprétation ont ainsi été formulées visant à améliorer cette efficacité. En dépit de ces propositions, une réflexion sur les sanctions permettrait de renforcer l'efficacité préventive des mécanismes de contrôle de l'équilibre substantiel.

CONCLUSION DU TITRE 2

347. Les différentes méthodes employées par le législateur, mais également par les juges, ont pour objectif la préservation des différents intérêts contractuels, qu'il s'agisse d'intérêts privés ou encore de l'intérêt général. Regroupés en catégories, les mécanismes envisagés ont pour objectif, à différents degrés, l'établissement, le maintien ou le rétablissement d'un équilibre contractuel. Il ressort de l'étude de ces différentes méthodes un point commun, il s'agit d'encadrer le comportement des différentes parties. Les mécanismes mis en place au regard de l'objectif d'équilibre contractuel dépendent uniquement du comportement des parties, bien qu'une part d'aléa puisse également engendrer des difficultés – tel est le cas de l'imprévu. En tout état de cause, l'un des rôles qu'il est possible d'assigner au droit des contrats, en gardant cette finalité d'équilibre contractuel, c'est l'appréhension des comportements des contractants. Dans cette optique, soit une action est menée directement afin d'encadrer directement le comportement des parties, soit elle permet de mener une action directement sur le contenu contractuel dès lors qu'un déséquilibre substantiel trouve sa source dans le comportement d'une partie au contrat.

Les mécanismes mis en place semblent permettre une appréhension relativement rationalisée de l'équilibre contractuel, bien qu'ils soient perfectibles à certains égards. Les mécanismes de droit positif, dans leur globalité, révèlent une certaine attention aux comportements des parties contractantes. En effet, si l'équilibre est un objectif du droit des contrats, il n'en demeure pas moins qu'il ne doit pas faire l'objet d'une instrumentalisation, c'est pourquoi le comportement des parties, qu'il s'agisse de la partie dite forte ou dite faible doit être encadré. Les critiques portant sur l'intrusion du juge dans le contrat peuvent ainsi être relativisées, en ce sens, qu'il ne semble intervenir qu'en présence d'un mauvais comportement contractuel apparaît et qu'il laisse le cocontractant en difficulté. Le juge permet ainsi un contrôle de licéité du contrat, mais également d'intervenir dès lors que la situation contractuelle est compromise et que les parties ne peuvent trouver un accord par elles-mêmes. L'appréhension des comportements humains par le droit révèle ainsi ses failles et les difficultés de mise en œuvre d'une législation efficace et adéquate au regard de l'objectif poursuivi. La mission du juge est alors de permettre, autant que faire se peut, un rétablissement minimal de l'équilibre contractuel en sauvegardant les intérêts des contractants, ou à défaut en mettant fin à une relation contractuelle devenue irrémédiablement compromise.

CONCLUSION DE LA PARTIE II

348. La notion d'équilibre contractuel surplombe le droit commun des contrats. À cette fin, il convenait, d'une part, d'en établir des critères, afin, d'autre part, d'appliquer ces critères et d'établir une grille de lecture du droit commun des contrats à l'aune de l'équilibre contractuel.

La notion d'équilibre contractuel suscite des réflexions tant sa portée semble incertaine et engendre des risques pour la sécurité juridique. Pour ce faire, il nous est apparu nécessaire d'établir des critères d'appréhension de l'équilibre par le droit. L'absence de satisfaction des intérêts des contractants ne doit, en effet, pas l'unique critère permettant une intervention. Pour des raisons de sauvegarde de l'intérêt de l'outil contractuel, le traitement de l'équilibre ne doit pas être absolu, il doit être rationalisé. La notion d'équilibre contractuel doit donc être construite par référence aux déséquilibres auxquels le contrat peut donner naissance. À cet égard, il a pu être affirmé que ***le déséquilibre contractuel ne doit faire l'objet d'un traitement uniquement lorsqu'il est constaté un défaut d'effectivité de liberté, à savoir une incapacité informationnelle, ajoutée à une incapacité de refuser un risque***. À partir de l'élaboration du seuil au-delà duquel le déséquilibre devient légitime, il a été nécessaire d'envisager les sources de ces déséquilibres légitimes. Deux types de déséquilibres ont ainsi été identifiés : le déséquilibre interne et le déséquilibre externe. ***En matière de déséquilibre interne, le juge intervient dès lors que le comportement indésirable est la source du déséquilibre, tandis qu'en matière de déséquilibre externe, le juge intervient dès lors que le comportement indésirable est la source d'une situation de blocage***. ***Ces deux déséquilibres trouvent leur source dans le mauvais comportement d'un contractant exerçant abusivement un pouvoir sur l'autre et dont l'issue ne peut qu'entraîner des conséquences excessives***. Le déséquilibre trouvant sa source dans le comportement du contractant, des critères d'appréhension du comportement ont alors été envisagés.

L'appréhension de l'équilibre contractuel en droit positif doit pouvoir se référer à la réalité des comportements des contractants. L'analyse économique du droit ainsi que l'analyse comportementale du droit se veulent, en ce sens, être une source d'inspiration puisqu'elles permettent d'aborder les comportements humains de manière réaliste. À savoir que les contractants ont une rationalité limitée, et peuvent faire preuve d'opportunisme. Toutefois, des difficultés se sont manifestées sur ce point, puisqu'il s'avère que l'appréhension pleinement efficace des comportements est illusoire. L'appréhension des comportements humains par le

droit révèle ainsi ses failles et les difficultés de mise en œuvre d'une législation efficace et adéquate au regard de l'objectif poursuivi, l'équilibre contractuel. Toutefois, les critères d'appréhension des comportements des contractants doivent tout de même demeurer des points de vigilance dans le traitement et l'appréciation de l'équilibre contractuel. Ainsi, ***la rationalité limitée ainsi que les comportements opportunistes doivent être pris en compte dans le traitement juridique de l'équilibre contractuel pour en renforcer l'efficacité***.

À l'aune de la notion d'équilibre contractuel, des critères et points de vigilance, il a ensuite été question d'élaborer cette grille de lecture du droit commun des contrats avec pour ambition de proposer des pistes d'amélioration concernant l'interprétation, voire la rédaction des textes du droit commun. Cette grille de lecture a été élaborée à partir de la dichotomie relevant de l'équilibre contractuel, à savoir l'équilibre relationnel et l'équilibre substantiel du contrat. Ces composantes de l'équilibre représentent les angles d'approche du législateur, ainsi que du juge, pour appréhender l'équilibre contractuel.

Les actions combinées du législateur et du juge tendent ainsi à montrer l'importance de l'équilibre relationnel et de l'adoption par les contractants d'un bon comportement. C'est en ce sens que des mécanismes généraux et spéciaux font partie du paysage juridique en vue de réguler de manière préventive ou curative les différents comportements qui pourraient porter atteinte à l'intérêt de son partenaire contractuel et ainsi troubler l'équilibre contractuel. De manière générale, le législateur semble imposer une directive générale aux comportements, induisant un certain civisme contractuel au moyen du mécanisme de bonne foi, ainsi que des bonnes mœurs. De manière plus spéciale, certains mécanismes sont instaurés en vue de rétablir autant que possible l'effectivité de la liberté des contractants par l'instauration d'un équilibre informationnel et d'un équilibre des pouvoirs entre les parties contractantes. Ils n'existent qu'en vue de prévenir ou de sanctionner la présence d'un déséquilibre relationnel suffisamment important ou risquant d'entraîner *in fine* un déséquilibre contractuel. L'équilibre relationnel doit donc permettre de rétablir une certaine égalité des armes entre les contractants. Il serait illusoire de rétablir une égalité parfaite entre les parties, mais ils permettent de donner les moyens au contractant, ne bénéficiant pas des mêmes avantages, de pouvoir contracter dans de meilleures conditions qu'à l'origine.

Malgré le fait que le contrat soit la chose des parties, il existe également des dispositions permettant d'orienter ou de corriger la rédaction du contrat afin qu'il soit conforme à l'ordre juridique dans lequel il s'insère et permettant une appréciation, voire dans de rares cas, une

révision du contenu contractuel. Ces différents mécanismes ne permettent au juge d'intervenir que lorsqu'un comportement indésirable de la part de l'un des contractants est mis en évidence, atteignant l'effectivité de la liberté contractuelle de l'autre. Qu'il s'agisse de l'insertion d'une clause en défaveur de l'adhérent, ou de l'intérêt du contrat, ou encore un comportement menant à une situation de blocage dans l'exécution du contrat, ***le juge permet d'arbitrer le conflit insoluble, que les parties elles-mêmes n'ont pu régler.***

CONCLUSION GÉNÉRALE

349. « *L'impression de confusion qui, de prime abord, enveloppe la notion, marque seulement la superposition des problèmes distincts* »[1895]. Ces propos reflètent la confusion qui règne autour de l'équilibre contractuel. Cette confusion a pu être amenuisée par une distinction entre l'appréhension notionnelle de l'équilibre et son appréhension par le droit positif. En d'autres termes, ces deux angles d'approche devaient se distinguer l'un de l'autre pour apporter une clarification autour de l'équilibre contractuel.

La notion d'équilibre contractuel, elle-même, a soulevé d'importantes difficultés. Pour les surmonter, il a été nécessaire d'adopter une méthode inductive permettant de retracer une contextualisation terminologique et conceptuelle de la notion. À cet égard, l'équilibre contractuel s'est imposé comme un objectif de politique législative qui oriente les différentes réformes ayant trait au contrat. La doctrine s'est également approprié la notion, mais en ne l'envisageant que dans des circonstances particulières impliquant une vision restrictive. Malheureusement, le développement de la doctrine portant sur l'équilibre contractuel pâtit des de présupposés persistants entourant la figure contractuelle (rattachement au solidarisme, à la théorie aristotélicienne, opposition à l'autonomie de la volonté, *etc*.). Pour autant, l'équilibre contractuel doit se détacher de ce dogmatisme persistant pour avoir une portée générale et se fondre à travers n'importe quel contrat. En outre, si l'appréciation de l'équilibre contractuel peut se faire au regard du contenu contractuel, il est tout à fait réducteur de l'envisager sous ce seul prisme. À cet égard, l'équilibre substantiel mais également l'équilibre relationnel sont des composantes de l'équilibre contractuel.

Après une prise de recul nécessaire au regard du morcellement de ses conceptions, une définition a pu être déduite de ses contextes d'utilisation, tant dans la doctrine, que par le législateur. Ainsi, il a pu être affirmé que la notion d'intérêt se trouve au centre de l'équilibre recherché en matière contractuelle. ***L'équilibre contractuel peut donc être défini comme un état d'harmonie permettant la satisfaction mutuelle (un accommodement) des différents intérêts légitimes à la relation contractuelle.*** Nous avons également mis en avant la dimension temporelle et évolutive de l'équilibre contractuel. ***À cet égard, s'il se cristallise au moment de***

[1895] **Ph. STOFFEL-MUNCK**, *L'abus dans le contrat – Essai d'une théorie*, R. BOUT (préf.), t. 337, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2000, n°803, p. 590.

la conclusion du contrat, il a vocation à évoluer selon le déroulement de la relation contractuelle. L'équilibre contractuel constitue ainsi une finalité, à la fois du contrat, en ce qu'il permet la réalisation de l'effet attendu du contrat et la satisfaction des intérêts contractuels, et du droit des contrats, en ce qu'il constitue un véritable objectif de politique législative. Sa réception au sein du droit permet, par ailleurs, de l'ériger en un principe descriptif du droit des contrats.

Les contours de la notion d'équilibre contractuel étant tracés, cette grille de lecture doit permettre d'identifier les phénomènes du droit positif subsumés sous la notion d'équilibre contractuel et d'en saisir les problématiques soulevées par la notion. En principe, les parties sont les mieux à même de fonder leur propre équilibre contractuel au regard de leurs intérêts. Toutefois, il arrive qu'une intervention extérieure soit nécessaire en vue de corriger un comportement et de prévenir ou rétablir l'équilibre contractuel. Pour ce faire, il nous est apparu nécessaire d'établir des critères d'appréhension de l'équilibre par le droit. L'absence de satisfaction des intérêts des contractants ne doit, en effet, pas constituer une intervention systématique. Pour préserver l'intérêt du contrat, l'appréhension de l'équilibre contractuel doit être rationalisée et non absolue. Il doit être construit par référence aux déséquilibres auxquels le contrat peut donner naissance. À cet égard, il a été affirmé que ***le déséquilibre contractuel ne doit faire l'objet d'un traitement uniquement lorsqu'il est constaté un défaut d'effectivité de liberté, à savoir une incapacité informationnelle, ajoutée à une incapacité de refuser un risque***. À partir de l'élaboration du seuil au-delà duquel le déséquilibre devient légitime, il a été nécessaire d'envisager les sources de ces déséquilibres légitimes. Deux types de déséquilibres ont été identifiés : interne et externe. ***Le déséquilibre interne survient lorsque le comportement indésirable d'un contractant crée un déséquilibre, tandis que le déséquilibre externe se produit lorsque ce comportement cause un blocage***. Ces déséquilibres résultent d'un abus de la part d'un contractant entraînant des conséquences excessives. Le déséquilibre trouvant sa source dans le comportement du contractant, des critères d'appréhension du comportement ont alors été envisagés, à l'aune de l'analyse économique, ainsi que de l'analyse comportementale du droit. Bien que l'appréhension parfaitement efficace des comportements soit difficile, il est crucial de prendre en compte ces aspects pour traiter l'équilibre contractuel de manière plus efficace. L'appréhension des comportements humains par le droit révèle ainsi ses failles et les difficultés de mise en œuvre d'une législation efficace et adéquate au regard de l'objectif poursuivi, l'équilibre contractuel. Toutefois, les critères d'appréhension des comportements des contractants doivent tout de même demeurer des points de vigilance dans le traitement et

l'appréciation de l'équilibre contractuel. Ainsi, ***la rationalité limitée ainsi que les comportements opportunistes doivent être pris en compte dans le traitement juridique de l'équilibre contractuel pour en renforcer l'efficacité***.

À l'aune de la notion d'équilibre contractuel, des critères et points de vigilance, il a ensuite été question d'élaborer cette grille de lecture du droit commun des contrats avec pour ambition de proposer des pistes d'amélioration concernant l'interprétation, voire la rédaction des textes du droit commun. Cette grille de lecture a été élaborée à partir de la dichotomie relevant de l'équilibre contractuel, à savoir l'équilibre relationnel et l'équilibre substantiel du contrat. Ces composantes de l'équilibre représentent les angles d'approche du législateur, ainsi que du juge, pour appréhender l'équilibre contractuel. En tout état de cause, la régulation des comportements, qu'elle soit directe ou indirecte, ainsi que la préservation des intérêts des contractants semblent ainsi refléter les méthodes adoptées pour appréhender l'équilibre contractuel en droit positif. Par l'équilibre relationnel, il est question d'établir une certaine norme comportementale, ainsi qu'une certaine égalité des armes, permettant de donner les moyens au contractant, ne bénéficiant pas des mêmes avantages, de pouvoir contracter dans de meilleures conditions qu'à l'origine. Par l'équilibre substantiel, il est cette fois-ci question d'orienter la rédaction du contrat afin qu'il soit conforme à l'ordre juridique dans lequel il s'insère, mais également de pouvoir apprécier, voire dans de rares cas, de réviser le contenu contractuel. Ces différents mécanismes ne permettent au juge d'intervenir que lorsqu'un comportement indésirable de la part de l'un des contractants est mis en évidence, atteignant l'effectivité de la liberté contractuelle de l'autre.

L'équilibre contractuel en droit positif est donc perçu comme un objectif à atteindre, un idéal. Un contrat parfait se doit d'être équilibré afin de satisfaire les intérêts contractuels. Cependant, comme tous les idéaux, il se heurte à certains obstacles. Les mécanismes juridiques et l'intervention du juge aident à se rapprocher de cet idéal. En tout état de cause, cette notion reste, pour le moment, une notion purement descriptive, permettant à cet égard, d'en rassurer plus d'un. Cette notion n'a pas vocation à intégrer de manière autonome les règles du droit positif. Toutefois, le droit étant en perpétuel mouvement, peut-être qu'à l'avenir la dimension normative de cette notion pourrait se developper. Bien qu'à notre sens, elle devrait rester à l'état de principe descriptif, l'incertitude inhérente à l'avenir nous rappelle que malgré nos analyses, l'évolution des normes juridiques reste imprévisible.

BIBLIOGRAPHIE

OUVRAGES GÉNÉRAUX, TRAITÉS ET MANUELS

1. XVIII^e et XIX^e siècles

AUBRY (Ch.), RAU (Ch.-F.), *Cours de droit civil français*, t. II, F. Lagier, 1839.

BAUDRY-LACANTINERIE (G.), BARDE (L.), *Traité théorique et pratique de droit civil, Des obligations*, t. I, L. Larose, 1897.

BAUDRY-LACANTINERIE (G.), COLIN (M.), *Traité théorique et pratique de Droit civil – Des donations entre vifs et des testaments*, t. II, L. Larose, 1896.

BAUDRY-LACANTINERIE (G.), DE LOYNES (P.), *Traité théorique et pratique de Droit civil – Du nantissement des privilèges et hypothèques et de l'expropriation forcée*, t. I, L. Larose, 1896.

BAUDRY-LACANTINERIE (G.), LE COURTOIS (J.), SURVILLE (F.), *Traité théorique et pratique de droit civil – Du contrat de mariage*, t. II, L. Larose, 1898.

BENTHAM (J.),

- *Traités de législation civile et pénale*, coll. Bibliothèque Dalloz, Dalloz, 2010 (réédition de l'ouvrage paru initialement en 1802 aux éditions Bossange, Masson et Besson) ;
- *Introduction aux principes de morale et de législation*, Centre Bentham (trad.), coll. Analyse et philosophie, Vrin, 2011 (réédition de l'ouvrage paru initialement en 1789).

DELSOL (J.-J.), *Explication élémentaire du Code napoléon mise en rapport avec la doctrine et la jurisprudence*, t. II, 2ème éd., A. Cotillon et C^ie, 1867.

DEMOLOMBE (C.), *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, t. I, Durand & Pedone Lauriel – Hachette et C^ie, 1863.

DURANTON (A.), *Traité des contrats et des obligations en général suivant le Code civil*, t. I, P. Gueffier, 1819.

HUC (Th.), *Commentaire théorique & pratique du Code civil*, t. VII, F. Pichon, 1894 ;

LAROMBIÈRE (M. L.), *Théorie et pratique des obligations*, t. 1, A. Durand et Pedone-Lauriel, 1885.

LAURENT (F.), *Principes de droit civil*, t. XV et XVI, Bruylant-Christophe – A. Durand & Pedone Lauriel, 1875.

POTHIER (R.-J.), *Traité des obligations*, J.-L. HALPÉRIN (préf.), coll. Bibliothèque Dalloz, Dalloz, 2011 (réédition de l'ouvrage paru initialement en 1821 chez Tomine et Fortic).

ZACHARIAE (K.S.),

- *Le droit civil français*, trad. G. MASSÉ, Ch. VERGÉ, t. III, A. Durand, 1856 ;
- *Le droit civil français*, trad. G. MASSÉ, C. VERGÉ, t. II, A. Durand, 1855.

2. ***XX^e siècle***

BAUDRY-LACANTINERIE (G.), BARDE (L.), *Traité théorique et pratique de droit civil*, *Des obligations*, t. II, L. Larose, 1902.

BEUDANT (R.), LEREBOURS-PIGEONNIÈRE (P.), *Cours de droit civil français*, t. IX^bis, *Les contrats et les obligations*, 2ème éd., Rousseau et C^ie éd., 1952.

BONNECASE (J.), *Traité théorique et pratique de droit civil par G. Baudry-Lacantinerie - Supplément*, t. II, Sirey, 1925.

CAPITANT (H.), *Introduction à l'étude du droit civil – Notions générales*, 5ème éd., A. Pedone, 1929.

COLIN (A.), CAPITANT (H.), *Cours élémentaire de droit civil français*, t. II, 2ème éd., Dalloz, 1920.

DEMOGUE (R.),

- *Les notions fondamentales du droit privé – Essai critique*, éd. Arthur Rousseau, 1911 ;
- *Traité des obligations en général – Source des obligations*, t. 1, éd. Arthur Rousseau, 1923 ;
- *Traité des obligations en général – Effets des obligations*, t. 6, éd. Arthur Rousseau, 1932.

HAUSER (J.), *Les contrats*, 3ème éd., coll. Que sais-je ?, PUF, 1992.

JOSSERAND (L.),

- *Cours de droit civil positif français*, t. II, *Théorie générale des obligations – Les principaux contrats du droit civil, les sûretés*, 3ème éd., Recueil Sirey, 1939 ;
- *Traité de droit civil*, t. II, *Théorie générale des obligations, Les principaux contrats du droit civil, Les sûretés*, 3ème éd., Recueil Sirey, 1939.

MALAURIE (Ph.), *Droit civil – Théorie des obligations – Fascicule I : Responsabilité délictuelle*, Éd. Les cours de droit, 1983.

MARTY (G.), RAYNAUD (P.), *Droit civil*, t. I, Sirey, 1956.

MAZEAUD (H., L. et J.), CHABAS (F.),

- *Leçons de droit civil*, t. 2, *Obligations, Théorie générale*, 9ème éd., Montchrestien, 1998 ;
- *Leçons de droit civil*, t. IV, vol. 2, *Successions – Libéralités*, 5ème éd., Montchrestien, 1999.

MERLE (R.), VITTU (A.), *Traité de droit criminel*, t. 1, *Problèmes généraux de la science criminelle, Droit pénal général*, 7ème éd., Éditions Cujas, 1997.

PLANIOL (M.), *Traité élémentaire de droit civil*, t. 2, *Obligations – contrats – Sûretés réelles*, 3ème éd., LGDJ, 1947.

RIPERT (G.), BOULANGER (J.), *Traité de droit civil d'après le traité de Planiol*, t. II, *Obligations, droits réels,* LGDJ, 1957.

ROLAND (H.), BOYER (L.), *Adages du droit français*, 4ème éd., Litec, 1999.

SAVATIER (R.), *Traité de la responsabilité civile en droit français*, t. 2, *Conséquences et aspects divers de la responsabilité*, 2ème éd., LGDJ, 1951.

STARCK (B.), ROLAND (H.), BOYER (L.), *Droit civil – Les obligations*, t. 2, *Contrat*, 6ème éd., LITEC, 1998.

VILLEY (M.), *Philosophie du droit – Définitions et du droit, Les moyens du droit*, coll. Bibliothèque Dalloz, Dalloz, 2001 (réédition des ouvrages parus initialement en 1986 (T. 1, 4ème éd.) et 1984 (T.2, 2ème éd.) Dalloz).

3. XXIe siècle

ALLAND (D.), RIALS (S.) (dir.), *Dictionnaire de culture juridique*, coll. Quadrige, PUF, 2003.

ANCEL (P.), *Droit des obligations en 12 thèmes*, 4ème éd., coll. Séquences, Dalloz, 2024.

ANDREU (L.), THOMASSIN (N.), *Cours de droit des obligations*, 9ème éd., coll. Amphi LMD, Gualino, 2024.

ASSOCIATION HENRI CAPITANT (dir.), *Vocabulaire juridique*, 14ème éd., coll. Quadrige, PUF, 2022.

AUBERT (J.-L.), COLLART DUTILLEUL (F.), *Le contrat. Droit des obligations*, 5ème éd., coll. Connaissance du droit, Dalloz, 2017.

AUBERT (J.-L.), SAVAUX (E.), *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, 19ème éd., coll. Sirey, Dalloz, 2023.

AUZERO (G.), BAUGARD (D.), DOCKÈS (E.), *Droit du travail*, 37ème éd., coll. Précis, Dalloz, 2024.

BÉNABENT (A.), *Droit des obligations,* 20ème éd., coll. Précis Domat, LGDJ, 2023.

BERGEL (J.-L.),

- *Théorie générale du droit*, 5ème éd., coll. Méthodes du droit, Dalloz, 2012 ;
- *Méthodologie juridique – Fondamentale et appliquée*, 3ème éd., coll. Thémis droit, PUF, 2018.

BOFFA (R.), HAFTEL (B.), CHAUVIRÉ, (Ph.), et *al*., *Les grandes décisions de la jurisprudence civile*, coll. Thémis, PUF, 2024.

CABRILLAC (R.),

- *Droit européen comparé des contrats*, 2ème éd., coll. Systèmes, LGDJ, 2016 ;
- *Droit des obligations*, 16ème éd., coll. Cours, Dalloz, 2024.

CADIET (L.), NORMAND (J.), AMRANI-MEKKI (S.), *Théorie générale du procès*, 3ème éd., coll. Thémis, PUF, 2020

CALAIS-AULOY (J.), TEMPLE (H.), DEPINCÉ (M.), *Droit de la consommation*, 10ème éd., coll. Précis, Dalloz, 2020.

CAPITANT (H.), TERRÉ (F.), LEQUETTE (Y.), *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t. 1, *Introduction, Personnes – Famille – Biens, Régimes matrimoniaux – Successions*, 13ème éd., coll. Grands arrêts, Dalloz, 2015.

CAPITANT (H.), TERRÉ (F.), LEQUETTE (Y.), CHÉNEDÉ (F.), *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t. 2, *Obligations, Contrats spéciaux, Sûretés*, 13ème éd., coll. Grands arrêts, Dalloz, 2015.

CARBONNIER (J.),

- *Droit civil*, t. IV, *Les obligations*, 22ème éd. refondue, coll. Thémis droit privé, PUF, 2000 ;
- *Droit civil – Introduction*, 27ème éd. ref., coll. Thémis, PUF, 2002.

CHAMPEIL-DESPLATS (V.), *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, 3ème éd., coll. Méthodes du droit, Dalloz, 2022.

CHÉNEDÉ (F.), *Droit des obligations et des contrats. Consolidations – Innovations – Applications*, 3ème éd., coll. Dalloz référence, Dalloz, 2023 ;

COHET (F.), *Le contrat*, 2ème éd., coll. Droit en +, Presses universitaires de Grenoble, 2020.

COLLART DUTILLEUL (F.), DELEBECQUE (Ph.), BUCHER (C.-E.), *Contrats civils et commerciaux*, 12ème éd., coll. Précis, Dalloz, 2023.

DELEBECQUE (Ph.), PANSIER (F.-J.), *Droit des obligations – Contrat et quasi-contrat*, 8ème éd., coll. Objectif droit, LexisNexis, 2018.

DEUMIER (P.), *Introduction générale au droit*, 7ème éd., coll. Manuel, LGDJ, 2023.

FABRE-MAGNAN (M.),
- *Droit des obligations*, t. 1, *Contrat et engagement unilatéral*, 7ème éd., coll. Thémis, PUF, 2024 ;
- *Droit des obligations*, t. 2, *Responsabilité civile et quasi-contrats*, 5ème éd., coll. Thémis, PUF, 2021 ;
- *Le droit des contrats*, 2ème éd., coll. Que sais-je ?, PUF, 2023.

FAGES (B.), *Droit des obligations*, 10ème éd., coll. Manuel, LGDJ, 2020.

FAGES (B.) (dir.), *Lamy Droit du contrat*, Wolters Kluwer, 2024.

FENOUILLET (D.) (dir.), *Droit de la consommation – Droit interne et européen*, 1ère éd., coll. Dalloz action, Dalloz, 2020.

FLOUR (J.), AUBERT (J.-L.), SAVAUX (É.), *Droit civil – Les obligations – L'acte juridique*, 18ème éd., coll. Université, Dalloz, 2024.

GHESTIN (J.), BARBIER (H.), *Introduction générale*, t. 1, *Droit objectif et droits subjectifs – Sources du droit*, 5ème éd., coll. Traité, LGDJ, 2018.

GHESTIN (J.), LOISEAU (G.), SERINET (Y.-M.),
- *Traité de droit civil – La formation du contrat*, t. 1, *Le contrat – Le consentement*, 4ème éd., LGDJ, 2013 ;
- *Traité de droit civil – La formation du contrat*, t. 2, *L'objet et la cause – Les nullités*, 4ème éd., coll. Traités, LGDJ, 2013.

GOLTZBERG (S.), *L'argumentation juridique*, 5ème éd., coll. Connaissance du droit, Dalloz, 2021.

GUINCHARD (S.), DEBARD (Th.), *Lexique des termes juridiques 2024-2025*, 32ème éd., Dalloz, 2024.

HOUTCIEFF (D.), *Droit des contrats*, 9ème éd., coll. Paradigme, Bruylant, 2024.

JESTAZ (Ph.), *Le droit*, 11ème éd., coll. Connaissance du droit, Dalloz, 2021.

LARROUMET (Ch.), BROS (S.), *Traité de droit civil – Les obligations – Le contrat*, t. 3, 9ème éd., coll. Corpus droit privé, Économica, 2018.

LE GAC-PECH (S.), *Droit de la consommation*, 2ème éd., coll. Mémentos, Dalloz, 2020.

LEGEAIS (D.), *Droit des sûretés et garanties du crédit*, 15ème éd., coll. Manuel, LGDJ, 2022.

MACKAAY (E.), ROUSSEAU (S.), LAROUCHE (P.) et *al*., *Analyse économique du droit*, 3ème éd., coll. Méthodes du droit, Dalloz, 2021.

MALAURIE (Ph.), AYNÈS (L.), STOFFEL-MUNCK (Ph.), *Droit des obligations*, 12ème éd., coll. Droit civil, LGDJ, 2022.

MALINVAUD (Ph.), BALAT (N.), *Introduction à l'étude du droit*, 23ème éd., coll. Manuels, LexisNexis, 2023.

MALINVAUD (Ph.), MEKKI (M.), SEUBE (J.-B.) *Droit des obligations*, 17ème éd. coll. Manuels, Lexis Nexis, 2023.

MAZEAUD (D.), BOFFA (R.), BLANC (N.) (dir.), *Dictionnaire du contrat*, coll. Les dictionnaires LGDJ, LGDJ, 2018.

OLSZAK (N.), *Histoire du droit du travail*, coll. Corpus histoire du droit, Économica, 2011.

OPPETIT (B.), *Philosophie du droit*, coll. Bibl. Dalloz, Dalloz, 2022.

PICOD (Y.), PICOD (N.), *Droit de la consommation*, 6ème éd., coll. Université, Dalloz, 2023.

SÉRIAUX (A.),
- *Contrats civils*, coll. Droit fondamental, PUF, 2001 ;
- *Manuel de droit des obligations*, coll. Droit fondamental, PUF, 2006.

SÉRIAUX (A.), LARDEUX (G.), *Manuel de droit des obligations*, 5ème éd., coll. Droit fondamental, PUF, 2023.

SILEM (A.), *Lexique d'économie*, 16ème éd., coll. Lexiques, Dalloz, 2024.

TERRÉ (F.), SIMLER (Ph.), LEQUETTE (Y.), *Droit civil – Les obligations*, 11ème éd., coll. Précis, Dalloz, 2013.

TERRÉ (F.), SIMLER (Ph.), LEQUETTE (Y.) et *al.*, *Droit civil – Les obligations*, 13ème éd., coll. Précis, Dalloz, 2022.

ZENATI-CASTAING (F.), REVET (Th.),
- *Cours de droit civil – Contrats, Théorie générale, quasi-contrats*, coll. Droit fondamental, PUF, 2014 ;
- *Cours de droit civil, Contrats, Vente (Droits communs français et européen) – Échange,* 1ère éd., coll. Droit fondamental, PUF, 2016.

OUVRAGES SPÉCIAUX

1. Monographies

ATIAS (Ch.),
- *Théorie contre arbitraire – Pour une théorie des théories juridiques*, coll. Les voies du droit, PUF, 1987 ;
- *Épistémologie juridique*, 1ère ed., coll. Précis, Dalloz, 2002 ;
- *Questions et réponses en droit*, coll. L'interrogation philosophique, PUF, 2009.

BECCARIA (C.), *Des délits et des peines*, M. CHEVALLIER (trad.), coll. GF, Flammarion, 1991 (réédition de l'ouvrage paru initialement en 1765).

CARBONNIER (J.),
- *Flexible droit – Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 10ème éd., LGDJ, 2001 ;
- *Sociologie juridique*, 2ème éd., coll. Quadrige, PUF, 2004.

CHANTEPIE (G.), LATINA (M.), *Le nouveau droit des obligations – Commentaires théoriques et pratiques dans l'ordre du Code civil*, 3ème éd., Dalloz, 2023.

CHÉNEDÉ (F.), *Le nouveau droit des contrats et des obligations*, 2ème éd., coll. À savoir, Dalloz, 2018.

CORBISIER (I.), *La réforme du droit belge des contrats dans la perspective de la réforme luxembourgeoise – Analyse comparée*, coll. Les dossiers du journal des tribunaux du Luxembourg, Larcier, 2023.

CORNU (G.),
- *Regards sur le Titre III du Livre III du Code civil "Des contrats ou des obligations conventionnelles en général" (Essai de lecture d'un titre du Code)*, DEA de droit privé, Les cours du droit, 1977 ;
- *Linguistique juridique*, 3ème éd., coll. Domat Droit privé, Montchrestien, 2005.

DESHAYES (O.), GENICON (Th.), LAITHIER (Y.-M.), *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations – Commentaire article par article*, 2ème éd., LexisNexis, 2018.

DROSS (W.), *Clausier – Dictionnaire des clauses ordinaires et extraordinaires des contrats de droit privé interne*, 3ème éd., LexisNexis, 2016.

FABRE-MAGNAN (M.), *L'institution de la liberté*, 2ème éd., coll. Quadrige, PUF, 2023.

FENET (P.-A.), *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, 15 t., Videcoq, 1827-1836.

FOUILLÉE (A.), *La science sociale contemporaine*, 2ème éd., Hachette et Cie. 1885.

FRYDMAN (B.), *Le sens des lois – Histoire de l'interprétation et de la raison juridique*, 3ème éd., coll. Penser le droit, Bruylant, 2011.

GÉNY (F.),
- *Science et technique en droit privé positif*, t. 1, Sirey, 1913 ;
- *Méthode d'interprétation et sources en droit positif,* t. 1, LGDJ, 1919 ;
- *Méthode d'interprétation et sources en droit positif,* t. 2, LGDJ, 1954.

GHESTIN (J.), *Cause de l'engagement et validité du contrat*, coll. Hors collection, LGDJ, 2006.

GOUËZEL (A.), *Le nouveau droit des sûretés – Commentaire article par article*, Dalloz, 2023.

IHERING (R. von),
- *Le combat pour le droit,* traduit par A. F. MEYDIEU, A Durand et Pedone-Lauriel éd., 1875 ;
- *L'évolution du droit*, traduit sur la 3ème éd. allemande par O. DE MEULENAERE, Chevalier-Marescq et cie éd., 1901.

JAMIN (Ch.), *Le solidarisme contractuel : un regard franco-québécois : 9e Conférence Albert-Mayrand, Thémis, 2005.*

JOSSERAND (L.), *Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé,* Dalloz, 1928.

KELSEN (H.), *Théorie pure du droit,* coll. La pensée juridique, LGDJ, 1999.

LATINA (L.), OUDOT (P.), *L'égalité en droit des obligations,* coll. Chemins de la pensée Juridique, Les éditions Ovadia, 2015.

LIBCHABER (R.), *Le contrat au XXI^e siècle – L'ingénierie juridique et les nouveaux contrats d'affaires*, coll. Droit des affaires, LGDJ, 2020.

OST (F.), *À quoi sert le droit ? Usages, fonctions, finalités,* coll. Penser le droit, Bruylant, 2016.

OST (F.), VAN DE KERCHOVE (M.), *De la pyramide au réseau ? – Pour une théorie dialectique du droit*, coll. Droit, Facultés Universitaires Saint-Louis Bruxelles, 2010.

PERELMAN (C.), *Droit, morale et philosophie*, vol. VIII, coll. Bibliothèque de philosophie du droit, LGDJ, 1968.

RIPERT (G.),
- *La règle morale dans les obligations civiles*, 4ème éd., LGDJ, 1949 ;
- *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, 2ème éd., LGDJ, 1948.

ROCHFELD (J.), *Les grandes notions du droit privé,* 3ème éd., coll. « Thémis », PUF, 2022.

SALEILLES (R.), *De la déclaration de volonté – Contribution à l'étude de l'acte juridique dans le Code civil allemand (art. 116 à 144)*, éd. F. Pichon, 1901.

STOFFEL-MUNCK (Ph.), *Regards sur la théorie de l'imprévision, vers une souplesse contractuelle en droit privé français contemporain*, R. BOUT (préf.), PUAM, 1994.

2. Ouvrages collectifs

ASSOCIATION HENRI CAPITANT (dir.),
- *Les droits de tradition civiliste en question – À propos des Rapports Doing Business de la Banque mondiale*, vol. 1, coll. Travaux de l'Association Henri Capitant, Société de législation comparée, 2006 ;
- *Terminologie contractuelle commune – Projet de cadre commun de référence*, vol. 6, coll. Droit comparé et européen, Société de législation comparée, 2008 ;
- *Principes contractuels communs – Projet de cadre commun de référence*, vol. 7, coll. Droit comparé et européen, Société de législation comparée, 2008
- *Le temps et le droit*, coll. Thèmes & commentaires, Dalloz, 2014.

AUDREN (F.), BARBOU DES PLACES (S.) (dir.), *Qu'est-ce qu'une discipline juridique ? Fondation et recomposition des disciplines dans les facultés de droit*, coll. Contextes, LGDJ, 2018.

BOURASSIN (M.), REVEL (J.) (dir.), *Réforme du droit civil et vie des affaires,* coll. Thèmes & commentaires, Dalloz, 2014.

BOY (L.) (dir.), *Les déséquilibres économiques et le droit économique*, coll. Droit/Économie international, Larcier, 2015.

BROS (S.) (dir.), *Les innovations de la réforme du droit des contrats,* coll. Colloques & Essais, Institut Universitaire Varenne, 2018.

CADIET (L.), CORNU (G.) (dir.), *Le droit contemporain des contrats – Bilan et perspectives,* coll. Travaux et recherches, Économica, 1987.

CHANTEPIE (G.), LATINA (M.), *L'égalité en droit des obligations*, coll. Chemins de pensées juridiques, Les éditions Ovadia, 2015.

COMMISSION POUR LE DROIT EUROPÉEN DU CONTRAT, *Principes du droit européen du contrat*, vol. 2, coll. Droit privé comparé et européen, Société de législation comparée, 2003.

DROSS (W.), FAVARIO (Th.) (dir.), *Un ordre juridique nouveau ? Dialogues avec Louis Josserand*, coll. Droit privé et sciences criminelles, Mare & Martin, 2014.

FAURE (B.) (dir.), *Les objectifs dans le droit,* coll. Thèmes & commentaires, Dalloz, 2010.

FAUVARQUE-CAUSSON (B.), WICKER (G.) (dir.), *La réforme du droit français des contrats*, vol. 31, coll. Droit comparé et européen, Société de législation comparée, 2019.

FONTAINE (M.) (dir.), *Le processus de formation du contrat – Contributions comparatives et interdisciplinaires à l'harmonisation du droit européen*, coll. Bibliothèque de la Faculté de Droit de l'Université Catholique de Louvain, Bruylant, 2002.

FONTAINE (M.), GHESTIN (J.) (dir.), *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels*, t. 261, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 1996.

GANDOLFI (G.) (dir.), *Code européen des contrats*, A. Giuffrè editore, 2004.

GERARD (Ph.), OST (F.), VAN DE KERCHOVE (M.) (dir.), *Droit et intérêt*, vol. 2, *Entre droit et non droit : l'intérêt*, Faculté universitaire Saint-Louis, 1990.

GRYNBAUM (L.), NICOD (M.) (dir.), *Le solidarisme contractuel*, coll. Études juridiques, Économica, 2004.

JAMIN (Ch.), MAZEAUD (D.) (dir.),
- *Les clauses abusives entre professionnels*, coll. Études juridiques, Économica, 1999 ;
- *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, coll. Études juridiques, Économica, 1999 ;
- *La nouvelle crise du contrat*, coll. Thèmes & commentaires, Dalloz, 2003.

LARDEUX (G.) (dir.),
- *L'efficacité du contrat*, coll. Thèmes & commentaires, Dalloz, 2011 ;
- *L'équilibre du contrat*, coll. Laboratoire de droit privé & sciences criminelles, PUAM, 2012.

LAURENT-BONNE (N.), TISSEYRE (S.) (dir.), *Le formalisme – Sources et technique en droit privé positif*, coll. Contextes, LGDJ, 2017.

LE GAC-PECH (S.) (dir.), *Les droits du contractant vulnérable*, vol. 16, coll. Contrats & Patrimoine, Larcier, 2016.

MAZEAUD (V.), DE MONTALIVET (P.) (dir.), *La crise des institutions*, coll. Grands colloques, LGDJ, 2016.

NORA (P.) (dir.), *Les lieux de mémoire*, t. II, *La nation*, Gallimard, 1986.

REVET (Th.) (dir.), *Code civil et modèles. Des modèles du Code au Code comme modèle*, coll. « Bibl. de l'institut A. Tunc », LGDJ, 2005.

STOFFEL-MUNCK (Ph.), (dir.), *Réforme du droit des contrats et pratique des affaires*, coll. Thèmes & commentaires, Dalloz, 2015.

TALLON (D.), HARRIS (D.) (dir.), *Le contrat aujourd'hui : comparaisons franco-anglaises*, LGDJ, 1987.

TERRÉ (F.) (dir.), *Pour une réforme du droit des contrats*, coll. Thèmes & commentaires, Dalloz, 2008.

THIBIERGE (C.) et *al*., *La densification normative – Découverte d'un processus*, Mare & Martin, 2013.

THOMASSET (C.), VANDERLINDEN (J.), JESTAZ (Ph.) (dir.), *François Gény, Mythe et réalités – Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, essai critique*, coll. Thèmes & commentaires, Dalloz, 2000.

3. Thèses

ALBIGES (Ch.), *De l'équité en droit privé*, R. CABRILLAC (préf.), t. 329, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2000.

ALLIX (N.), *Les sanctions pécuniaires civiles*, L. LEVENEUR (préf.), t. 615, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2022.

ANCEL (M.-E.), *La prestation caractéristique du contrat*, L. AYNÈS (préf.), coll. Recherches Juridiques, Économica, 2002.

ANDRONESCO (D.), *L'inégalité des prestations dans les contrats,* th. Paris, PUF, 1922.

ANTOINE (C.), *La notion de contenu du contrat : Essai d'une théorie générale*, F. LABARTHE (dir.), th. dactyl., Université Paris-Saclay, 2024.

ARNAUD (A.-J.), *Les origines doctrinales du Code civil français,* vol. IX, M. VILLEY (préf.), coll. Bibliothèque de philosophie du droit, LGDJ, 1969.

BAKOUCHE (D.), *L'excès en droit civil*, M. GOBERT (préf.), t. 432, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2005.

BALAT (N.), *Essai sur le droit commun*, M. GRIMALDI (préf.), t. 571, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2016.

BARAKÉ (S.), *Le champ contractuel : étude de l'adéquation des moyens au but contractuel*, G. WICKER (dir.), th. dactyl., Université de Bordeaux, 2007.

BARBIER (H.), *La liberté de prendre des risques,* J. MESTRE (préf.), coll. Institut de Droit des Affaires, PUAM, 2011.

BARBIÉRI (J.-J.), *Vers un nouvel équilibre contractuel ? : Recherche d'un nouvel équilibre des prestations dans la formation et l'exécution du contrat,* J.-L. RIVES-LANGE (dir.), th. dactyl., Université de Toulouse, 1981.

BÉCHILLON (DE M.), *La notion de principe général en droit privé*, B. SAINTOURENS (préf.), coll. Laboratoire de Théorie Juridique, PUAM, 1998.

BERLIOZ (G.), *Le contrat d'adhésion*, B. GOLDMAN (préf.), LGDJ, 1973.

BERTHIAU (D.), *Le principe d'égalité et le droit civil des contrats,* J.-L. SOURIOUX (préf.), t. 320, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 1999.

BLEUSEZ (M.), *La perfection du contrat,* C. BRENNER (dir.), th. dactyl., Université de Paris Panthéon-Assas, 2021.

BLOUGH (R.), *Le forçage, du contrat à la théorie générale*, D. FENOUILLET (préf.), PUAM, 2011.

BOISMAIN (C.), *Les contrats relationnels*, M. FABRE-MAGNAN (préf.), coll. Institut de Droit des affaires, PUAM, 2005.

BOURASSIN (M.), *L'efficacité des garanties personnelles*, M.-N. JOBARD-BACHELLIER et V. BRÉMOND (préf.), t. 456, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2006.

BOUSCAVERT (A.), *La perfection des actes juridiques*, V. ÉGÉA (dir.), th. dactyl., Université Aix-Marseille, 2023.

BOYER (L.), *La notion de transaction – Contribution à l'étude des concepts de cause et d'acte déclaratif*, Recueil Sirey, 1947.

BRUNEAU (L.), *Contribution à l'étude des fondements de la protection du contractant,* L. ROZÈS (dir.), th. dactyl., Université de Toulouse, 2005.

BUGAULT (J.-P.), *Le maintien de l'équilibre contractuel dans la pratique notariale courante,* H. SOLUS (dir.), th. dactyl., Université de Paris, 1945.

CAPITANT (H.), *De la cause des obligations (Contrats, engagements unilatéraux, legs),* Dalloz, 1923.

CAPOGNE-CHARLES (M.-N.), *De l'obligation de veiller à ses propres intérêts lors de la formation du contrat (Étude de droit positif français),* J.-M. DE LA MOUTTE (dir)., th. dactyl., Université de Toulouse, 1988.

CARVAL (S.), *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, G. VINEY (préf.), t. 250, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 1995.

CASSIÈDE (M.), *Les pouvoirs contractuels – Étude de droit privé,* L. SAUTONIE-LAGUIONIE (dir.), th. dactyl., Université de Bordeaux, 2018.

CHAABAN (Y.), *Dépendance et équilibre contractuel – étude de droit comparé*, B. JALUZOT (dir.), th. dactyl., Université de Lyon, 2020.

CHAGNY (M.), *Droit de la concurrence et droit commun des obligations*, J. GHESTIN (préf.), vol. 32, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, Dalloz, 2004.

CHANTEPIE (G.), *La lésion*, G. VINEY (préf.), t. 467, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2006.

CHARDIN (N.), *Le contrat de consommation de crédit et l'autonomie de la volonté*, J.-L. AUBERT (préf.), t. 199, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 1988.

CHARPENTIER (E.), *L'équilibre des prestations : une condition de reconnaissance de la force obligatoire du contrat ?,* P.-A. CRÉPEAU (dir.), th. dactyl., Université de McGill, 2001.

CHAUDOUET (S.), *Le déséquilibre significatif*, N. PERRIER (préf.), t. 609, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2021.

CHAZAL (J.-P.), *De la puissance économique en droit des obligations,* D. LEFÈBVRE (dir.), th. dactyl., Université de Grenoble II, 1996.

CHÉNEDÉ (F.), *Les commutations en droit privé – Contribution à la théorie générale des obligations,* A. GHOZI (préf.), coll. Recherches Juridiques, Économica, 2008.

CHONÉ (A.-S.), *Les abus de domination – Essai en droit des contrats et en droit de la concurrence*, B. TEYSSIÉ (préf.), coll. Recherches Juridiques, Économica, 2010.

COMBALUZIER-VAUDE (A.), *Contribution à la définition de la notion de partie faible dans les contrats*, D. FERRIER (dir.), th. dactyl., Université de Montpellier, 2008.

COTTET (M.), *Essai critique sur la théorie de l'accessoire en droit privé*, J. ROCHFELD (préf.), t. 544, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2013.

COURDIER-CUISINIER (A.-S.), *Le solidarisme contractuel*, E. LOQUIN (préf.), Litec, 2006.

DANTZER (Th.), *Essai sur la notion de contrepartie en droit des contrats*, L. TRANCHANT, F. ROUVIÈRE (dir.), th. dactyl., Université d'Aix-Marseille, 2022.

DEMONTÉS, *De la lésion dans les contrats entre majeurs (étude de droit positif et de législation comparée),* LGDJ, 1924.

DESGORCES (R.), *La bonne foi dans le droit des contrats : rôle actuel et perspectives*, D. TALLON (dir.), th. dactyl., Université Paris II, 1992.

DESSENS (A.), *Essai sur la notion d'équité*, M. PERREAU (dir.), imprimerie Boisseau, 1934.

DIA (D.), *Essai sur l'équilibre de la relation contractuelle*, N. BALAT (dir.), th. dactyl., Université d'Aix Marseille, 2023.

DIBANGUE (G.), *La recherche de l'équilibre contractuel dans le cautionnement*, P. RUBELLIN (préf.), coll. Le droit aujourd'hui, L'Harmattan, 2017.

DO (V. D.), *Le rôle de l'intérêt privé dans le contrat en droit français*, J. MESTRE (préf.), coll. Institut de Droit des Affaires, PUAM, 2004.

DROUILLER (C.), *Ordre public et droits fondamentaux – Contribution à l'étude de la fondamentalisation du droit privé interne*, S. PELLÉ (préf.), t. 203, coll. Thèses, Institut Francophone pour la Justice et la Démocratie, 2021.

DUFOUR (P.), *La théorie générale du contrat au prisme des travaux d'Axel Honneth,* D. HIEZ (dir.), coll. Faculté de Droit, d'Économie et de Finance de l'Université du Luxembourg, Larcier, 2023.

DUPRÉ-DALLEMAGNE (A.-S.), *La force contraignante du rapport d'obligation (Recherche sur la notion d'obligation)*, Ph. DELEBECQUE (préf.), coll. Institut de Droit des Affaires, PUAM, 2004.

DUTHEIL-WAROLIN (L.), *La notion de vulnérabilité de la personne physique en droit privé,* J. LEROY (dir.), th. dactyl., Limoges, 2004.

ENCINAS DE MUÑAGORRI (R.), *L'acte unilatéral entre les parties au contrat*, A. LYON-CAEN (préf.), t. 254, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 1995.

FABRE-MAGNAN (M.), *De l'obligation d'information dans les contrats – Essai d'une théorie,* J. GHESTIN (préf.), t. 221, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 1992.

FAGES (B.), *Le comportement du contractant*, J. GHESTIN (préf.), coll. Institut de droit des affaires, PUAM, 1997.

FARJAT (G.), *L'ordre public économique*, LGDJ, 1963.

FERRA (N.), *La notion d'équivalence en droit des contrats,* S. ROBINNE (dir.), th. dactyl., Université de Perpignan, 2018.

FIN-LANGER (L.), *L'équilibre contractuel*, C. THIBIERGE (préf.), t. 366, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2002.

FLIPO-BOUCHAARA (O.), *Le lien contractuel*, C. THIBIERGE (dir.), th. dactyl., Université d'Orléans, 2001.

FORRAY (V.), *Le consensualisme dans la théorie générale du contrat*, t. 480, G. PIGNARRE (préf.), coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2007.

FOURNIER DE CROUY (N.), *La faute lucrative*, M. BEHAR-TOUCHAIS (préf.), coll. Recherches Juridiques, Économica, 2018.

FRANÇOIS (C.), *L'acte juridique irrégulier efficace,* Th. REVET (préf.), t. 598, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2020.

FRELETEAU (B.), *Devoir et incombance en matière contractuelle*, L. SAUTONIE-LAGUIONIE (préf.), t. 576, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2017.

GAILLARD (E.), *Le pouvoir en droit privé*, G. CORNU (préf.), coll. Droit civil, Économica, 1985.

GALBOIS-LEHALLE (D.), *La notion de contrat : esquisse d'une théorie*, Y. LEQUETTE (préf.), t. 603, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2020.

GARNIER-ZAFFAGNINI (M.), *Le standard juridique – Essai d'une théorie générale à l'épreuve du droit des contrats*, M. LATINA (dir.), th. dactyl., Université Côte d'Azur, 2022.

GHOZI (A.), *La modification de l'obligation par la volonté des parties : étude de droit civil français,* D. TALLON (préf.), t. 166, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 1980.

GICQUIAUD (E.), *L'équivalence en droit de l'entreprise*, Ph. BRIAND (préf.), coll. Thèses, Institut universitaire de Varenne, 2013.

GOLDIE-GENICON (Ch.), *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, Y. LEQUETTE (préf.), t. 509, « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2009.

GOMY (M.), *Essai sur l'équilibre de la convention de non-concurrence,* Y. SERRA (préf.), coll. Études, Presses universitaires de Perpignan, 1999.

GOUBINAT (M.), *Les principes directeurs du droit des contrats,* S. BROS (dir.), th. dactyl., Université de Grenoble Alpes, 2016.

GOUNOT (E.), *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé – Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, éd. Rousseau, 1912.

GRIMALDI (C.), *Quasi-engagement et engagement en droit privé – Recherche sur les sources de l'obligation,* Y. LEQUETTE (préf.), t. 23, coll. Doctorat & Notariat, Defrénois, 2017.

GROSSER (P.), *Les remèdes à l'inexécution du contrat : essai de classification*, J. GHESTIN (dir.), t. I, th. dactyl., Université de Paris I, 2000.

GRYNBAUM (L.), *Le contrat contingent – L'adaptation du contrat par le juge sur habilitation du législateur,* M. GOBERT (préf.), t. 389, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2004.

GUESMI (J.-A.), *Le contrôle des clauses abusives dans les relations contractuelles*, J. CALAIS-AULOY (dir.), th. dactyl., Université de Toulon, 1997.

GUIDEMANN (E.), *Le principe d'équivalence en droit contractuel français,* N. MARTIAL-BRAZ (dir.), th. dactyl., Université de Paris, 2022.

GUIDERDONI (B.), *Le forçage du contrat par le juge*, D. BUREAU (dir.), th. dactyl., Université de Caen, 2002.

HADJ-AÏSSA (H.), *Le déséquilibre significatif dans les relations commerciales – Analyse critique du contentieux*, X. HENRY (préf.), coll. Competition Law, Bruylant, 2022.

HAGE-CHAHINE (N.), *La distinction de l'obligation et du* devoir *en droit privé,* Y. LEQUETTE (préf.), coll. Thèses, Éditions Panthéon-Assas, 2017.

HAMELIN (J.-F.), *Le contrat-alliance,* N. MOLFESSIS (préf.), coll. Recherches Juridiques, Économica, 2012.

HELLERINGER (G.), *Les clauses du contrat – Essai de typologie,* L. AYNÈS (préf.), coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2012.

HASNAOUI CHAFIAA (A.), *L'abus dans l'exécution du contrat*, M. K. CHARFEDDINE (préf.), coll. Logiques juridiques, L'Harmattan, 2020.

HOUTCIEFF (D.), *Le principe de cohérence en matière contractuelle*, H. MUIR-WATT (préf.), 2 vol., coll. Institut de droit des affaires, PUAM, 2011.

IRUELA (M.), *La sanction du comportement du contractant*, D. KRAJESKI (dir.), th. dactyl., Université de Toulouse, 2021.

JABBOUR (R.), *La bonne foi dans l'exécution du contrat*, L. AYNÈS (préf.), t. 573, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2016.

JAUBERT (J.), *Des effets civils de la bonne foi*, A. Pedone, 1899.

JACOMINO (F.), *Le contrôle objectif de l'équilibre contractuel. Entre droit commun des contrats et droit des pratiques restrictives de concurrence,* E. MOUIAL BASSILANA (dir.), th. dactyl., Université Côte d'Azur, 2018.

JACQUES (Ph.), *Regards sur l'article 1135 du Code civil*, F. CHABAS (préf.), vol. 46, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, Dalloz, 2005.

JALUZOT (B.), *La bonne foi dans les contrats – Étude comparative de droit français, allemand et japonais*, F. FERRAND (préf.), vol. 5, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, Dalloz, 2001.

JAOUEN (M.), *La sanction prononcée par les parties au contrat – Étude sur la justice privée dans les rapports contractuels de droit privé*, D. MAZEAUD (préf.), coll. Recherches juridiques, Économica, 2013.

JAULT (A.), *La notion de peine privée*, F. CHABAS (préf.), t. 442, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2005.

JOUARY (Ph.), *Contribution à l'étude de la valeur en droit privé des contrats,* J. GHESTIN (dir.), th. dactyl., Université Paris I, 2002.

JUILLET-REGIS (H.), *La force obligatoire du contrat – Réflexion sur l'intérêt au contrat*, B. TEYSSIÉ (dir.), th. dactyl., Université Paris Panthéon-Assas, 2015.

KRYCH (H.), *Les idéaux du droit des contrats : identification et réalisation*, F. LABARTHE (dir.), th. dactyl., Université de Reims, 2001.

LAFAURIE (K.), *La force obligatoire du contrat à l'épreuve des procédures collectives,* G. WICKER (préf.), t. 595, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2020.

LAITHIER (Y.-M.), *Études comparatives des sanctions de l'inexécution du contrat »,* H. MUIR-WATT (préf.), t. 419, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2004.

LASBORDES (V.), *Les contrats déséquilibrés*, C. SAINT-ALARY HOUIN (préf.), 2 t., coll. Institut de Droit des Affaires, PUAM, 2000.

LAVEFVE LABORDERIE (A.-S.), *La pérennité contractuelle*, C. THIBIERGE (préf.), t. 447, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2005.

LAY-DUFFANT (M.), *Critique de la notion d'obligation – Étude de droit civil français*, B. THULLIER (dir.), th. dactyl., Université de Paris-Nanterre, 2021.

LEBRETON (S.), *L'exclusivité contractuelle et les comportements opportunistes – Étude particulière aux contrats de distribution,* M. PÉDAMON (préf.), coll. F.N.D.E., LexisNexis, 2002.

LE GAC-PECH (S.), *La proportionnalité en droit privé des contrats*, H. MUIR-WATT (préf.), t. 335, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2000.

LEMAY (P.), *Le principe de la force obligatoire du contrat à l'épreuve du développement de l'unilatéralisme,* S. CHASSAGNARD-PINET (préf.), coll. Bibliothèque des thèses, Mare & Martin, 2014.

LEQUETTE (S.), *Le contrat-coopération – Contribution à la théorie générale du contrat*, C. BRENNER (préf.), coll. Recherches Juridiques, Économica, 2012.

LOKIEC (P.), *Contrat et pouvoir : Essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, A. LYON-CAEN (préf.), t. 408, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2004.

LUCAS-PUGET (A.-S.), *Essai sur la notion d'objet du contrat*, M. FABRE-MAGNAN (préf.), t. 441, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2005.

LUCIENNE (L.), *Specialia generalibus derogant*, F. LEDUC (préf.), coll. Bibliothèque de thèses, Mare&Martin, 2023

LUXEMBOURG (F.), *La déchéance des droits – Contribution à l'étude des sanctions civiles*, A. GHOZI (préf.), coll. Thèses, Éditions Panthéon-Assas, 2008.

MAIRE (G.), *Volonté et exécution forcée de l'obligation,* N. DAMAS et L. PERREAU-SAUSSINE (préf.), t. 587, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2018.

MALAURIE (Ph.), *Les contrats contraires à l'ordre public (Étude de Droit civil comparé : France, Angleterre, U.R.S.S.)*, P. ESMEIN (préf.), Matot-Braine éd., 1953.

MAUME (F.), *Essai critique sur la protection du consentement de la partie faible en matière contractuelle*, D. HOUTCIEFF (dir.), th. dactyl., Université d'Évry-Val-d'Essonne, 2015.

MAURY (J.), *Essai sur le rôle de la notion d'équivalence en droit civil français,* Ch. CÉZAR-BRU (dir.), Jouve éd., 1920.

MEHANNA (M.), *La prise en compte de l'intérêt du contractant*, D. MAZEAUD (dir.), th. dactyl., Université de Paris Panthéon-Assas, 2014.

MEKKI (M.), *L'intérêt général et le contrat – Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé,* J. GHESTIN (préf.), t. 411, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2004.

MICHEL (C.-A.), *La concurrence entre les sûretés,* Ph. DUPICHOT (préf.), t. 580, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2018.

MOLINA (L.), *La prérogative contractuelle,* L. AYNÈS (préf.), t. 619, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2022.

MORVAN (P.), *Le principe de droit privé*, J.-L. SOURIOUX (préf.), coll. Thèses, Éditions Panthéon-Assas, 1999.

MOULY-GUILLEMAUD (M.), *Retour sur l'article 1135 du Code civil – Une nouvelle source du contenu contractuel*, D. FERRIER (préf.), t. 460, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2006.

NIORT (J.-F.), *Homo Civilis – Contribution à l'histoire du Code civil,* J.-L. HALPÉRIN (préf.), coll. Histoire des Institutions et des Idées Politiques, PUAM, 2004.

NOBLOT (C.), *La qualité du contractant comme critère légal de protection – Essai de méthodologie législative,* F. LABARTHE (préf.), t. 382, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2002.

OSMAN (F.), *Les principes généraux de la lex mercatoria – Contribution à l'étude d'un ordre juridique anational*, É. LOQUIN (préf.), t. 224, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 1992.

OUERDANE-AUBERT DE VINCELLES (C.), *Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles,* Y. LEQUETTE (préf.), vol. 19, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, Dalloz, 2002.

PATARIN (J.), *Le problème de l'équivalence juridique des résultats*, Dalloz, 1952.

PEGLION-ZIKA (C.-M.), *La notion de clause abusive – Étude de droit de la consommation,* L. LEVENEUR (préf.), t. 585 ; coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2018.

PENIN (O.), *La distinction de la formation et de l'exécution du contrat – Contribution à l'étude du contrat acte de prévision,* Y. LEQUETTE (préf.), t. 535, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2012.

PÉRÈS-DOURDOU (C.), *La règle supplétive,* G. VINEY (préf.), t. 421, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2004.

PÉROT-MOREL (M.-A.), *De l'équilibre des prestations dans la conclusion du contrat,* Imprimerie Allier, 1961.

PIAZZON (Th.), *La sécurité juridique*, L. LEVENEUR (préf.), t. 35, coll. Doctorat & notariat, Defrénois, 2009.

PICOD (Y.), *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, G. COUTURIER (préf.), t. 208, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 1989.

PIETTE (G.), *La correction du contrat*, M. MENJUCQ (préf.), t. II, coll. Institut de droit des affaires, PUAM, 2004.

POUGHON (J.-M.), *Histoire doctrinale de l'échange*, J.-P. BAUD (préf.), t. 194, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 1987.

RANGEON (F.), *L'idéologie de l'intérêt général*, G. VEDEL (préf.), coll. Politique comparée, Économica, 1999.

RANOUIL (V.), *L'autonomie de la volonté – Naissance et évolution d'un concept*, J.-Ph. LÉVY (préf.), PUF, 1980.

REIFEGERSTE (S.), *Pour une obligation de minimiser son dommage*, H. MUIR-WATT (préf.), coll. Droit des affaires, PUAM, 2002.

RISSER (J.), La notion de gage général, Ph. CHAUVIRÉ (dir.), th. dactyl., Université de Lorraine, 2020.

ROCHFELD (J.), *Cause et type de contrat*, J. GHESTIN (préf.), t. 311, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 1999.

RONZIER (T.), *La sécurisation des standards dans le nouveau droit commun des contrats : étude à partir des standards liés à l'équilibre contractuel*, M. LAROCHE et J. KLEIN (dir.), th. dactyl., Université de Normandie, 2022.

ROUHETTE (G.), *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, th. dactyl., R. RODIÈRE (dir.), Université de Paris, 1965.

ROUVIÈRE (F.), *Le contenu du contrat : Essai sur la notion d'inexécution*, Ch. ATIAS (préf.), coll. Institut de Droit des Affaires, PUAM, 2005.

SAVAUX (E.), *La théorie générale du contrat, mythe ou réalité ?,* J.-L. AUBERT (préf.), t. 264, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 1997.

SÉJEAN (M.), *La bilatéralisation du cautionnement ? Le caractère unilatéral du cautionnement à l'épreuve des nouvelles contraintes du créancier,* D. HOUTCIEFF (préf.), t. 528, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2011.

SÉVELY-FOURNIÉ (C.), *Essai sur l'acte juridique extinctif en droit privé – Contribution à l'étude de l'acte juridique,* L. ROZÈS (préf.), vol. 100, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, Dalloz, 2010.

STARCK (B.), *Essai d'une théorie de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, M. PICARD (préf.), L. Rodstein, 1947.

STATHOULIAS (A.), *De l'équilibre – Contribution à l'étude du droit d'auteur*, E. BLARY-CLÉMENT (dir.), th. dactyl., Université de Lille 2, 2015.

STOFFEL-MUNCK (Ph.), *L'abus dans le contrat – Essai d'une théorie*, R. BOUT (préf.), t. 337, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2000.

TANI (A.), *L'ordre public et le droit patrimonial de la famille – Contribution à la distinction entre l'ordre public et l'impérativité en droit privé français*, B. BEIGNIER (préf.), t. 64, coll. Doctorat & Notariat, Defrénois, 2020.

TCHAVDAROFF (L.), *De la notion de bonnes mœurs – Essai théorique sur la recherche d'un critérium*, J. Fournier, 1927.

THIANCOURT (R.), *Les droits finalisés dans le contrat – Contribution à l'étude de la justification en droit* privé, J.-B. SEUBE (préf.), t. 646, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2024.

THIBIERGE (L.), *Le contrat face à l'imprévu,* L. AYNÈS (préf.), coll. Recherches Juridiques, Économica, 2011.

TISSEYRE (S.), *Le rôle de la bonne foi en droit des contrats – Essai d'analyse à la lumière du droit anglais et du droit européen*, M. FABRE-MAGNAN (préf.), coll. Institut de droit des affaires, PUAM, 2012.

TOUCHAIS (M.), *La règle impérative – Contribution à l'étude de la dérogation conventionnelle aux lois*, T. AZZI (préf.), t. 622, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2023.

TRIBÈS (A), *Le rôle de la notion d'intérêt en matière civile,* th. dactyl., Université de Paris II, 1975.

VILLAIN (H.), *Contrat d'adhésion et justice contractuelle – Étude comparée franco-québécoise*, S. CHASSAGNARD-PINET (dir.), th. dactyl., Université de Lille, 2022.

VIRASSAMY (G.), *Les contrats de dépendance – Essai sur les activités professionnelles exercées dans une dépendance économique*, J. GHESTIN (préf.), t. CXC, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 1986.

WICKER (G.), *Les fictions juridiques – Contribution à l'analyse de l'acte juridique*, J. AMIEL-DONAT (préf.), t. 253, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 1997.

WOLMARK (C.), *La définition prétorienne – Étude en droit du travail,* G. BORENFREUND (préf.), coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, Dalloz, 2007.

YOUTA (F.), *L'ordre public contractuel en droit administratif*, P.-Y. GAHDOUN et M. UBAUD-BERGERON (préf.), vol. 240, coll. Nouv. bibl. thèses, Dalloz, 2024.

ZANG NDONG (R.-M.), *Le droit des pratiques restrictives de concurrence et la protection de la partie faible dans la relation commerciale*, E. BLARY-CLÉMENT (dir.), th. dactyl., Université de Lille, 2014.

4. Ouvrages non-juridiques

ARISTOTE, *Éthique à Nicomaque*, Livre V, J. TRICOT (trad.), Éditions Les Échos du Maquis, 2014.

DANIEL (J.-M.), *8 Leçons d'histoire économique – Croissance, crise financière, réforme fiscale, dépenses publiques*, Odile Jacob éd., 2012.

KAYE (J.), *Histoire de l'équilibre (1250-1375) – L'apparition d'un nouveau modèle d'équilibre et son impact sur la pensée*, Ch. JAQUET (préf.), Les belles lettres éd., 2017.

LEVITT (S. D.), DUBNER (S. J.), *Freakonomics*, A. Muchnik (trad.), Folio actuel, 2007.

ROSANVALLON (P.), *Le modèle politique français*, Le seuil, 2004.

SAINT AUGUSTIN, *Les confessions*, XI, Trad. E. TRÉHOREL et G. BOUISSOU.

WILLIAMSON O. E., *Les institutions de l'économie*, trad. dirigée par M. GHERTMAN, InterEditions, 1994.

ARTICLES, ÉTUDES ET CHRONIQUES

AGOSTINI (A.), « Pour une théorie réaliste de la validité », *in Mélanges en l'honneur de Michel Troper – L'architecture du droit*, Économica, 2006, p. 1.

AGOSTINI (E.), « De l'autonomie de la volonté à la sauvegarde de la justice », *in D.*, 1994, p. 235.

ALEMANNO (A.), HELLERINGER (G.), SIBONY (A.-L.),
- « L'analyse comportementale du droit manifeste pour un nouveau champ de recherche en Europe », *in Revue internationale de droit économique*, 2016, n°3, p. 315 ;
- « Brève introduction à l'analyse comportementale du droit », *in D.*, 2016, p. 911.

ALLAND (D.), « Ouverture : le contrat dans tous ses états », *in Droits – Revue française de théorie juridique*, t. 12, 1990, p. 1.

AL-SANHOURY (A.-A.), « Le standard juridique », *in Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, t. II, *Les sources générales des systèmes juridiques actuels*, Sirey, 1934, p. 144.

AMRANI-MEKKI (S.), « Accès à la justice et déséquilibre économique », *in Les déséquilibres économiques et le droit économique*, L. BOY (dir.), coll. Droit – Économie – International, Larcier, 2014, p. 83.

ANCEL (B.), « La bonne foi dans les pays de Common law : vers une renaissance ? », *in CCC*, 2020, n°11, Étude 17.

ANCEL (F.), « L'esprit de la réforme du droit des contrats », *in La réforme du droit français des contrats*, B. FAUVARQUE-CAUSSON, G. WICKER (dir.), vol. 31, coll. Droit comparé et européen, Société de législation comparée, 2019, p. 9.

ANCEL (M.-E.), « La vente dans le Code civil : raisons et déraisons d'un modèle contractuel », *in Code civil et modèles. Des modèles du Code au Code comme modèle,* Th. REVET (dir.), coll. « Bibl. de l'institut A. Tunc », LGDJ, 2005, p. 285.

ANCEL (P.),
- « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *in RTD Civ.*, 1999, p. 771 ;
- « La force obligatoire – Jusqu'où faut-il la défendre ? », *in La nouvelle crise du contrat*, Ch. JAMIN, D. MAZEAUD (dir.), coll. Thèmes & commentaires, Dalloz, 2003, p. 163 ;
- « Les sanctions sur manquement de la bonne foi contractuelle en droit français à la lumière du droit québécois », *in Revue juridique Thémis*, 2011, 45-1, p. 87 ;
- « Évolution, pas révolution », *in Le droit des obligations d'un siècle à l'autre – Dialogues autour de la réforme du titre III du livre III du Code* civil, G. PIGNARRE (dir.), Coll. Colloques et Essais, Institut universitaire de Varenne, 2016, p. 151 ;
- « Le droit civil, modèle disciplinaire ? » *in Qu'est-ce qu'une discipline juridique ? Fondation et recomposition des disciplines dans les facultés de droit*, F. AUDREN et S. BARBOU DES PLACES (dir.), coll. Contextes, LGDJ, 2018, p. 227 ;
- « La force obligatoire du contrat dans le nouveau droit français des obligations », *in Mélanges offerts à Geneviève Pignarre – Un droit en perpétuel mouvement*, coll. Mélanges, LGDJ, 2018, p. 15 ;
- « Le renouveau de la force obligatoire du contrat : rapport de synthèse », *in RDC*, 2024, n°4, p. 127.

ANDREU (L.), « Le nouveau contrat d'adhésion », *in AJ contrat*, 2018, p. 262.

ATIAS (Ch.),
- « Restaurer le droit des contrats », *in D.*, 1998, p. 137 ;
- « Les "risques et périls" de l'exception d'inexécution (limites de la description normative) », *in D.*, 2003, p. 1103.

AUBERT (J.-L.),
- « Les difficultés d'un équilibre (À propos de la réforme en cours du régime des baux d'habitation) », *in D.*, 1986, p. 247 ;
- « Les relations entre bailleurs et locataires en droit français (rapport français) », *in La protection de la partie faible dans les rapports contractuels – Comparaison franco-belge*, M. FONTAINE, J. GHESTIN, (dir.), coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 1996, p. 165 ;
- « Le formalisme (Rapport de synthèse) », *in Defrénois,* 2000, n°15-16, p. 931 ;
- « La recodification et l'éclatement du droit civil hors le Code civil », *in Le Code civil 1804-2004 – Le livre du bicentenaire,* Dalloz, Litec, 2004, p. 123.

AUDIT (P.-E.), « De quelques enseignements de l'analyse comportementale du droit en matière d'information du contractant », *in RTD Civ.*, 2021, p. 545.

AYNÈS (A.), « Les remèdes unilatéraux (résolution unilatérale, réduction de prix) », *in Réforme du droit des contrats et pratique des affaires*, Ph. STOFFEL-MUNCK (dir.), coll. Thèmes & commentaires, Dalloz, 2015, p. 113.

AYNÈS (L.),

- « Formalisme et prévention », *in Le droit du crédit au consommateur*, I. FADLALLAH (dir.), Litec, 1982, p. 63 ;
- « Rapport introductif », *in L'unilatéralisme et le droit des obligations*, Ch. JAMIN, D. MAZEAUD (dir.), coll. Études juridiques, Économica, 1999, p. 3 ;
- « L'obligation de loyauté », *in APD*, 2000, n°44, p. 195 ;
- « À propos de la force obligatoire du contrat », *in RDC*, 2003, n°1, p. 323 ;
- *«* Motivation et justification *», in RDC*, 2004, n°2, p. 555 ;
- « Le droit de rompre unilatéralement : fondement et perspectives », *in* Dossier « Rupture unilatérale du contrat : vers un nouveau pouvoir », *in Dr. & Patr.*, 2004, n°126, p. 64 ;
- « La cause, inutile et dangereuse », *in Dr. & patr.*, 2014, n°240, p. 40 ;
- « Les nouveaux pouvoirs unilatéraux du contractant », *in RDC*, 2018, n°3, p. 528.

BAERT (F.), « De goede trouw: van schone slaapster tot toverfee », *in R.W.*, 1989-1990, p. 1479.

BALAT (N.),
- « Le juge contrôlera-t-il d'office la bonne foi des contractants ? », *in D.*, 2018, p. 2099 ;
- « À propos du nouveau droit commun des contrats », *in Mélanges en l'honneur du professeur Michel Grimaldi*, coll. Les Mélanges, Defrénois, 2020, p. 27.

BARBA (M.), « Formation du contrat de consommation en droit européen : transparence, équilibre, loyauté », *in Le droit européen de la consommation au XXIè siècle – État des lieux et perspectives*, M. COMBRET (dir.), coll. Droit de l'Union européenne, Bruylant, 2022, p. 245.

BARBIER (H.),
- « Réforme du droit des contrats – La violence par abus de dépendance – Libres propos », *in JCP G.*, 2016, n°15, act. 421, p. 722 ;
- « Les grands mouvements du droit commun des contrats après l'ordonnance du 10 février 2016 », *in RTD Civ.,* 2016, p. 247 ;
- « La transition en douceur de la cause vers la contrepartie, et l'entrée en scène de "l'équilibre général du contrat" », in RTD Civ., 2016, p. 614 ;
- « L'éviction de l'adage nul n'est censé ignorer la loi dans l'appréciation de la connaissance du vice requise pour confirmer l'acte nul », *in RTD Civ.*, 2016, p. 846 ;
- « La violence par abus de dépendance », *in Libres propos sur la réforme du droit des contrats*, coll. Hors coll., LexisNexis, 2016, p. 45 ;
- « Les nouvelles noces du formalise et du consentement : vers un formalisme raisonné », *in RTD Civ.*, 2017, p. 377 ;
- « Le devoir de bonne foi n'est pas évincé par le droit spécial », *in RTD Civ.*, 2017, p. 858 ;
- « De l'appréciation souple de l'équilibre contractuel : florilège de contreparties en tous genres », *in RTD Civ.*, 2018, p. 102 ;
- « Vers un devoir de "googliser" ? », *in RTD Civ.*, 2019, p. 98 ;
- « Le formalisme informatif à l'épreuve des droits fondamentaux », *in RTD Civ.*, 2021, p. 120 ;
- « Le point sur les sanctions du devoir de bonne foi de l'article 1104 du Code civil », *in RTD Civ.*, 2021, p. 394 ;
- « Le devoir d'indépendance de l'avocat ne l'empêche pas de se prévaloir d'un abus de dépendance », *in RTD Civ.*, 2022, p. 121 ;
- « Quand le déontologique et le licite se confondent », *in RTD Civ.*, 2022, p. 376 ;

- « Le but manqué du contrat considéré en tant que vice du consentement », *in RTD Civ.,* 2023, p. 90 ;
- « La mise en demeure préalable n'a pas "à être délivrée lorsqu'il résulte des circonstances qu'elle est vaine" », *in RTD Civ.*, 2023, p. 882 ;
- « Heureux revirement en matière de confirmation d'un acte nul », *in RTD Civ*., 2024, p. 387.

BÄRMANN (J.), « Pacta sunt servanda – Considérations sur l'histoire du contrat consensuel », *in RIDC,* vol. 13-1, 1961, p. 18.

BATIFFOL (H.), « La "crise du contrat" et sa portée », *in APD,* n°13, 1968, p. 13.

BEHAR-TOUCHAIS (M.),
- « Libres propos sur la période de formation »*, in LPA,* 1998, n°54, p. 19 ;
- « Le déséquilibre significatif dans le Code civil », *in JCP G.*, 2016, n°14, act. 391, p. 662.

BÉLANGER (A.), TABI TABI (G.), « Vers un repli de l'individualisme contractuel ? L'exemple du cautionnement », *in Les cahiers du droit,* 2006, vol. 47, n°3, p. 429.

BELLEY (J.-G.), « La théorie générale des contrats. Pour sortir du dogmatisme », *in Les cahiers du droit*, 1985, vol. 26, n°4, p. 1045.

BEN-SHAHAR (O.), SCHNEIDER (C. E.), « The failature of mandated disclosure », *in University of Pennsylvania Law Review,* 2011, vol. 159, n°3, p. 647.

BERGEL (J.-L.), « Avant-propos », *in RRJ – Cahiers de méthodologie juridique*, 1989-4, p. 763.

BERGEL (J.-L.) (dir.), *La formulation d'objectifs dans les textes législatifs* (dossier)*, in RRJ – Cahiers de méthodologie juridique*, 1989-4.

BIARD (A.), FAURE (M.), « Ce que l'économie comportementale peut apporter aux juristes : illustrations européennes », *in RTD Eur.*, 2015, p. 715.

BICHERON (F.), « N'abusons pas de la clause abusive », *in Gaz. Pal*., 2015, n°120, p. 24.

BLANC (N.),
- « Le juge et les standards juridiques », *in RDC*, 2016, n°2, p. 394 ;
- « Contrat d'adhésion et déséquilibre significatif après la loi de ratification », *in RDC*, 2018, n° hors-série, p. 20 ;
- « L'équilibre du contrat d'adhésion », *in RDC*, 2019, n°2, p. 155.

BOFFA (R.),
- « Juste cause (injuste clause) », *in D*., 2015, p. 335 ;
- « Article 1108 : le contrat d'adhésion », *in RDC*, 2015, n°3, p. 736 ;
- « La cause, une assurance tous risques », *in D.*, 2016, p. 458.

BOISMAIN (C.), « Présentation des travaux du professeur Ian R. Macneil », *in RIEJ*, 2016, n°76, p. 51.

BONNET (G.), « Pour un formalisme raisonné des donations », *in Le formalisme – Sources et technique en droit privé positif*, N. LAURENT-BONNE, S. TISSEYRE (dir.), coll. Contextes, LGDJ, 2017, p. 55.

BORIES (A.), « Devoir d'information et de renégociation du franchiseur : parfums de réforme », *in JCP E.,* 2017, n°21-22, comm. 1279.

BOUIX (C.), « Le juge face au formalisme légal : L'exemple du droit du cautionnement », *in RD banc. fin.*, 2013, n°2, étude 8.

BRETZNER (J.-D.), « Les conditions de l'exception d'inexécution par anticipation », *Libres propos sur la réforme du droit des contrats*, coll. Hors coll., LexisNexis, 2016, p. 109.

BRISSON (J.-F.), « Objectifs dans la loi et efficacité du droit », *in Les objectifs dans le droit*, B. FAURE (dir.), coll. Thèmes & commentaires, Dalloz, 2010, p. 29.

BROS (S.),
- « La place de l'unilatéralisme : progrès ou danger ? », *in RDC,* 2012, n°4, p. 1452 ;
- « Article 1169 : le déséquilibre significatif », *in RDC*, 2015, n°3, p. 761.

BRUNETTI-PONS (C.), « La conformité des actes juridiques à l'ordre public », *in Études offertes au professeur Philippe Malinvaud*, coll. Mélanges, LexisNexis, 2007, p. 103.

BUREAU (D.), « Les regards doctrinaux sur le Code civil », *in 1804-2004, Le Code civil, un passé, un présent, un avenir*, Dalloz, 2004, p. 171.

BÜRGE (A.), « Le code civil et son évolution vers un droit imprégné d'individualisme libéral », *in RTD civ.*, 2000, p. 1.

CABARRUS (Ch. de), JAMIN (Ch.), PIMONT (S.), « Le nouveau droit des contrats. Entre pouvoir du juge, efficacité économique et justice contractuelle … », *in Cah. dr. entr.*, 2018, p. 9.

CABRILLAC (R.),
- « Le projet de réforme du droit des contrats – Premières impressions », *in JCP G.*, 2008, p. 17 ;
- « La motivation des actes individuels : le contrat », *in RLDC*, 2012, n°89, p. 91.

CADIET (L.),
- « Interrogations sur le droit contemporain des contrats », *in Le droit contemporain des contrats – Bilan et perspectives*, L. CADIET, G. CORNU (dir.), coll. Travaux et recherches, Économica, 1987, p. 7 ;
- « Une justice contractuelle, l'autre », *in Études offertes à Jacques Ghestin*, *Le contrat au début du XXI^e siècle,* coll. Anthologie du droit, LGDJ, 2014, p. 177 ;
- *«* Bref retour sur la justice contractuelle en ses deux sens *»*, *in Droit sans frontières – Mélanges en l'honneur d'Éric Loquin*, vol. 51, coll. Travaux CREDIMI, LexisNexis, 2018, p. 603.

CAILLOSSE (J.), « Les rapports de la politique et du droit dans la formulation d'"objectifs" », *in Les objectifs dans le droit*, B. FAURE (dir.), coll. Thèmes & commentaires, Dalloz, 2010, p. 13.

CALAIS-AULOY (J.), « L'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats », *in RTD civ*., 1994, p. 239.

CAPITANT (H.),
- « Les transformations du droit civil français depuis cinquante ans », *in Les transformations du droit dans les principaux pays depuis cinquante ans – Livre du cinquantenaire de la société de législation comparée*, t. 1, LGDJ, 1922, p. 31 ;
- « Le caractère social du projet franco-italien de code international des obligations et des contrats », *in Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1931, p. 71 ;

- « Les Travaux préparatoires et l'interprétation des Lois », *in Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, t. 2, *Les sources générales des systèmes juridiques actuels*, Recueil Sirey, 1934, p. 204.

CARBONNIER (J.),
- « Introduction », *in L'évolution contemporaine du Droit des contrats*, *Journées René Savatier*, PUF, 1985, p. 29 ;
- « Le code civil », *in Les lieux de mémoire*, t. II, *La nation*, P. NORA (dir.), Gallimard, 1986, p. 293.

CASEY (J.), « De la bonne foi et de la modération dans la formation du contrat », *in D.*, 1998, p. 208.

CASTRO (L.), « Deux ouvrages récents sur l'idée de contrat », *in APD*, n°13, 1968, p. 51.

CATALA (P.), « Ébauche d'une théorie juridique de l'information », *in RRJ*, 1983-1, p. 185.

CATTALANO (G.), « Office du juge et clauses abusives : florilège de décisions », *in RDC*, 2022, n°1, p. 81.

CAYOL (A.), « Le contrat d'adhésion : un contrat spécial ? », *in RLDC*, 2010, n°160, p. 16.

CERCLES (A.), « La mention manuscrite du Code de la consommation : une protection de la caution source de contentieux », *in RD banc. fin.*, 2012, n°5, doss. 39.

CHAGNY (M.),
- « La généralisation des clauses abusives articles 1168 et 1169 du Code civil », *in Réforme du droit des contrats et pratique des affaires*, Ph. STOFFEL-MUNCK (dir.), coll. Thèmes & commentaires, Dalloz, 2015, p. 47 ;
- « Les contrats d'affaires à l'épreuve des nouvelles règles sur l'abus de l'état de dépendance et le déséquilibre significatif », *in AJCA*, 2016, p. 15.

CHANTEPIE (G.),
- « L'efficacité attendue du contrat », *in RDC*, 2010, n°1, p. 317 ;
- « Les clauses abusives et leur sanction en droit commun des contrats », *in AJCA*, 2015, p. 121 ;
- « La notion d'équilibre du contrat », *in Loyers et copr.*, 2016, n°10, doss. n°6, p. 12 ;
- « Le déséquilibre significatif de droit commun réduit à la portion congrue », *in JCP E.*, 2022, n°12, 1125 ;
- « Avant-projet de réforme des contrats spéciaux : sources et inspirations », *in Dalloz Actualité*, 11 mai 2022.

CHARPENTIER (É.),
- « Le rôle de la bonne foi dans l'élaboration de la théorie du contrat », *in RDUS*, 1996, n°26, p. 301 ;
- « Un paradoxe de la théorie du contrat : l'opposition formalisme/consensualisme », *in Les cahiers de Droit*, 2002, vol. 43, n°2, p. 275 ;
- « Les fondements théoriques de la transformation du rôle de l'équilibre des prestations contractuelles », *in Les cahiers du droit*, 2004, vol. 45, n°1, p. 70.

CHAUVIRÉ (Ph.),
- « Quelle sanction pour la rupture unilatérale du contrat en l'absence de comportement grave ? », *in RLDC*, 2010, n°75, p. 7 ;
- « Les effets du contrat dans le projet d'ordonnance portant réforme du droit des obligations – Réponse à la consultation », *in Gaz. Pal.*, 2015, n°120, p. 29 ;

- « Quelques précisions pratiques à propos du pacte de préférence », *in Mélanges offerts à Geneviève Pignarre – Un droit en perpétuel mouvement*, coll. Mélanges, LGDJ, 2018, p. 235.

CHAZAL (J.-P.),
- « De la signification du mot loi dans l'article 1134 al. 1er du code civil », *in RTD Civ.*, 2001, p. 265 ;
- « L'autonomie de la volonté et la "libre recherche scientifique" », *in RDC*, 2003, n°3, p. 621 ;
- « Les nouveaux devoirs des contractants – Est-on allé trop loin ? », *in La nouvelle crise du contrat*, Ch. JAMIN, D. MAZEAUD (dir.), coll. Thèmes & commentaires, Dalloz, 2003, p. 99 ;^
- « Réflexions épistémologiques sur le droit commun des contrats et les contrats spéciaux », *in Études de droit de la consommation – Liber amicorum Jean Calais-Auloy*, Dalloz, 2004, p. 279 ;
- « Tout n'est-il pas contractuel dans le contrat ? », *in RDC*, 2004, n°2, p. 237 ;
- « Violence économique ou abus de faiblesse ? », *in Dr. & patr.*, 2014, n°240, p. 47 ;
- « Quel programme idéologique pour la réforme du droit des contrats », *in D.*, 2015, p. 673.

CHÉNEDÉ (F.),
- « De l'autonomie de la volonté à la justice commutative. Du mythe à la réalité », *in* dossier « Devenirs de l'autonomie de la volonté », *in Droit & philosophie*, vol. IV, 2012, p. 155 ;
- « L'équilibre contractuel dans le projet de réforme », *in RDC*, 2015, n°3, p. 655 ;
- « Le contrat d'adhésion dans le projet de réforme », *in D.*, 2015, p. 1226 ;
- « La "crise du contrat" ou la mise à l'épreuve du Titre III du Livre III du Code civil », *in La crise des institutions*, V. MAZEAUD, P. DE MONTALIVET (dir.), coll. Grands colloques, LGDJ, 2016, p. 39.

COHEN (D.), « Ampleur et qualités du consentement donné par clic de souris », *in LPA*, 2014, n°164, p. 3.

COHET-CORDEY (F.), « L'action en nullité pour vileté du prix n'est pas une action en rescision pour lésion », *in AJDI*, 2011, p. 890.

COLLART-DUTILLEUL, « Quelle place pour le contrat dans l'ordonnancement juridique ? », *in La nouvelle crise du contrat*, Ch. JAMIN, D. MAZEAUD (dir.), coll. Thèmes & commentaires, Dalloz, 2003, p. 225.

COTTET (M.), « L'abandon de la théorie de la cause : quels outils pour contrôler l'équilibre contractuel ? », *in RJ Com.*, 2015, vol. 53, n°3, p. 367.

COUTURIER (G.),
- « Les relations entre employeurs et salariés en droit français (rapport français), *in La protection de la partie faible dans les rapports contractuels – Comparaisons franco-belges*, J. GHESTIN, M. FONTAINE (dir.), t. 261, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 1996, p. 143 ;
- « Les finalités et les sanctions du formalisme », *in Defrénois*, 2000, n°15-16, p. 880 ;
- « L'ordre public de protection, heurs et malheurs d'une vieille notion neuve », *in Études offertes à Jacques Flour*, coll. Anthologie du Droit, LGDJ, 2013, p. 95.

CROCQ (P.), « Droit des sûretés », *in D.*, 2018, p. 1884.

CUMYN (M.), « Les sanctions des lois d'ordre public touchant à la justice contractuelle : leurs finalités, leur efficacité », *in R.J.T.*, 2007, n°41-1, p. 1.

DARAGON (E.), « Essai sur le statut juridique de l'information », *in D.*, 1998, p. 63.

DELEBECQUE (Ph.),
- « Existence et portée de l'obligation de s'informer pour informer », *in Defrénois*, n°22, 1996, p. 1373 ;
- « La dispersion des obligations de sécurité dans les contrats spéciaux », *in Gaz. Pal.*, 1997, n° spécial, doctr. p. 1184 ;
- « Article 1168 : clause privant de sa substance l'obligation essentielle du contrat », *in RDC*, 2015, n°3, p. 759.

DELFORGE (C.), « La formation des contrats sous un angle dynamique – Réflexions comparatives », *in Le processus de formation du contrat – Contributions comparatives et interdisciplinaires à l'harmonisation du droit européen*, M. FONTAINE (dir.), coll. Bibliothèque de la Faculté de Droit de l'Université Catholique de Louvain, Bruylant, 2002, p. 137.

DELPÉRIER (J.-M.), DURAND-PASQUIER (G.), « L'équilibre contractuel (clauses de prix, clauses abusives…) », *in JCP N.*, n°47, 2015, p. 1209.

DELVOLVÉ (P.), « L'ordre public immatériel », *in RFDA*, 2015, p. 890.

DEREUX (E.), « Étude critique de l'adage "Nul n'est censé ignorer la loi" », *in RTD Civ.*, 1907, p. 513.

DEROUSSIN (D.),
- « Le contrat à travers le Code civil des français », *in Histoire de la justice*, 2009/1, n°19, p. 247 ;
- « Bentham, l'utilitarisme et le contrat », *in Histoire, théorie et pratique du droit - Études offertes à Michel Vidal*, coll. Université Montesquieu Bordeaux, Presses universitaires de Bordeaux, 2010, p. 431.

DESHAYES (O.), « L'introduction de modérer son dommage en matière contractuelle – Rapport français », *in RDC*, 2010, n°3, p. 1139.

DEUMIER (P.), « La publication de la loi et le mythe de sa connaissance », *in LPA*, 2000, n°46, p. 6.

DIDIER (P.),
- « Le consentement sans l'échange : contrat de société », *in Revue de Jurisprudence commerciale*, n° 11, 1995, p. 74 ;
- « Brèves notes sur le contrat-organisation », *in L'avenir du droit, Mélanges en l'honneur de François Terré*, coll. Études, Mélanges, Travaux, Dalloz, 1999, p. 635.

DIESSE (F.), « Le devoir de coopération comme principe directeur du contrat », *in APD*, n°43, 1999, p. 259.

DIKOFF (L.), « L'évolution de la notion de contrat », *in Études de droit civil à la mémoire de Henri Capitant*, Dalloz, 1937, p. 202.

DISSAUX (N.), « Clauses abusives : pour une extension du domaine de la lutte », *in Dr. & patr.*, 2014, n°240, p. 53.

DOCKÈS (E.), « Sur la reconstitution d'un droit de classe », *in Un ordre juridique nouveau ? Dialogues avec Louis Josserand*, W. DROSS, Th. FAVARIO (dir.), coll. Droit privé et sciences criminelles, Mare & Martin, 2014, p. 75.

DUBOIS (Ch.), « Le plan du code pénal, outil d'interprétation des incriminations – De la pertinence de l'argument a rubrica en droit pénal », *in D.*, 2022, p. 1477.

DUMONT-LEFRAND (M.-P.), « Le formalisme du droit du cautionnement : proposition de réforme », *in Études en la mémoire de Philippe Neau-Leduc – Le juriste dans la cité*, coll. Mélanges, LGDJ, 2018, p. 437.

DURAND (P.), « La contrainte légale dans la formation du rapport contractuel », *in RTD Civ.*, 1944, p. 73.

ETIENNEY-DE SAINTE MARIE (A.),
- « Le temps et le contrat », *in Le temps et le droit*, coll. Thèmes & commentaires, Dalloz, 2014, p. 43 ;
- « L'interprétation du contrat d'adhésion », *in RDC*, 2019, n°2, p. 146.

EUDIER (F.), « Modèles et anti-modèles dans le rôle du juge en matière contractuelle », *in Code civil et modèles. Des modèles du Code au Code comme modèle*, Th. REVET (dir.), coll. « Bibl. de l'institut A. Tunc », LGDJ, 2005, p. 225.

FABRE-MAGNAN (M.),
- « L'obligation de motivation en droit des contrats », *in Études offertes à Jacques Ghestin, Le contrat au début du XXI^e siècle*, LGDJ, 2001, p. 301 ;
- « Critique de la notion de contenu du contrat », *in RDC*, 2015, n°3, p. 639 ;
- « Le devoir d'information dans les contrats : essai de tableau général après la réforme », *in JCP G.*, 2016, n°25, p. 1218 ;
- « Les grands arrêts de la première chambre civile de la Cour de cassation », *in RDC*, 2023, n°1, p. 145.

FENOUILLET (D.),
- « Les bonnes mœurs sont mortes ! Vive l'ordre public philanthropique », *in Études offertes à Pierre Catala, Le droit privé français à la fin du XX^e siècle*, coll. Mélanges, Litec, 2001, p. 487 ;
- « Le juge et les clauses abusives », *in RDC*, 2016, n°2, p. 358.

FÉRIEL (L.), « Panneaux photovoltaïques : le consommateur est présumé connaître les vices du bon de commande reproduisant les dispositions du Code de la consommation », *in JCP E.*, 2022, n°50, 1407, p. 41.

FIN-LANGER (L.), « La vulnérabilité en droit privé », *in Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux*, n°18, 2020, p. 11.

FLOUR (J.), « Quelques remarques sur l'évolution du formalisme », *in Le droit privé français au milieu du XX^e siècle – Études offertes à Georges Ripert*, t. 1, LGDJ, p. 93.

FONTAINE (M.),
- « La protection de la partie faible dans les rapports contractuels (rapport de synthèse) », *in La protection de la partie faible dans les rapports contractuels – Comparaison franco-belge*, J. GHESTIN, M. FONTAINE (dir.), coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 1996, p. 615 ;
- « Obliegenheit, incombance ? », *in Liber amicorum Hubert Claassens*, Maklu-Academia Bruylant, 1998, p. 151 ;
- « Le droit libéral des contrats et l'équilibre contractuel », *in Les déséquilibres économiques et le droit économique*, L. BOY (dir.), Larcier, 2015, p. 185.

FOYER (J.), « La volonté politique », *in Hommage à Jean Carbonnier*, coll. Thèmes & commentaires, Dalloz, 2007, p. 135.

FRANÇOIS (C.), « Suppression de l'expression "bon père de famille", tempête dans un bénitier », 2014 [en ligne] https://www.clementfrancois.fr/suppression-bon-pere-de-famille-code-civil-tempete-benitier/.

FRISON-ROCHE (M.-A.),
- « Remarques sur la distinction de la volonté et du consentement en droit des contrats », *in RTD Civ.*, 1995, p. 573 ;
- « Unilatéralité et consentement », *in L'unilatéralisme et le droit des obligations*, Ch. JAMIN, D. MAZEAUD (dir.), coll. Études juridiques, Économica, 1999, p. 21 ;
- « Volonté et obligation », *in APD*, n°44, 2000, p. 129 ;
- « Le droit d'accès à l'information, ou le nouvel équilibre de la propriété », *in Études offertes à Pierre Catala, Le droit privé français à la fin du XXe siècle*, coll. Mélanges, Litec, 2001, p. 759.

FRYDMAN (B.), « Le projet scientifique de François Gény », *in François Gény, Mythe et réalités - Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, essai critique*, C. THOMASSET, J. VANDERLINDEN, Ph. JESTAZ (dir.), coll. Thèmes & commentaires, Dalloz, 2000, p. 213.

GALLOUX (J.-C.), « Ébauche d'une définition juridique de l'information », *in D.*, 1994, p. 229.

GANDIBLEUX (C.), « Les évolutions de l'équilibre contractuel à l'épreuve du droit commun », *in Cahiers de droit de l'entreprise*, 2023, n°6, doss. 39.

GARBIT (P.), « Baux commerciaux et bonne foi », *in RLDA*, 2003, n°66.

GAUDEMET (E.), « Des rapports juridiques entre le retour successoral et le retour conventionnel », *in RTD Civ.*, 1902, p. 739.

GAUDEMET (S.), « Quand la clause abusive fait son entrée dans le code civil », *in CCC*, 2016, n°5, dossier 5, p. 27.

GAUTHIER (P.-Y.), « La réduction proportionnelle du prix – Exercice critique de vocabulaire et de cohérence », *in Libres propos sur la réforme du droit des contrats*, coll. Hors coll., LexisNexis, 2016, p. 117.

GENICON (Th.),
- « Point d'étape sur la rupture unilatérale du contrat aux risques et périls du créancier », *in RDC*, 2010, n°1, p. 44 ;
- « Les juristes en droit des contrats : oppositions juridiques ou oppositions politiques ? » *in La place du juriste face à la norme*, Journées nationales, Tome XVI, coll. Thèmes & Commentaires, Dalloz, 2012, p. 85 ;
- « Notions nouvelles et notions abandonnées, réflexion sur une révolution des mots », *in RDC*, 2015, n°3, p. 625 ;
- « Défense et illustration de la cause en droit des contrats – À propos du projet de réforme du droit des contrats, du régime général de la preuve des obligations », *in D.*, 2015, p. 1551 ;
- « Conjurer la "faiblesse obligatoire" du contrat (éléments de solution pour un juste compromis en droit des contrats) », *in* Table ronde : Les défis du droit des contrats, *in CCC*. 2020, n°12, dossier 12.

GENICON (Th.), MAZEAUD (D.), « L'équilibre contractuel : trop c'est trop ? », *in RDC*, 2012, n°4, p. 1469.

GERRY-VERNIÈRES (S.), « L'interprétation de l'article 1171 du Code civil "à la lumière des travaux parlementaires" de la loi de ratification », *in RDC*, 2022, n°2, p. 144.

GERVAIS (A.), « Quelques réflexions à propos de la distinction des "droits" et des "intérêts" », *in Mélanges en l'honneur de Paul Roubier*, t. 1, *Théorie générale du droit et droit transitoire*, Dalloz, 1961, p. 241.

GHESTIN (J.),
- « L'utile et le juste », *in APD*, t. 26, 1981, p. 35 ;
- « L'utile et le juste dans le contrat », *in D.*, 1982, p. 1 ;
- « La notion de contrat », *in D.*, 1990, p. 147 ;
- « Préface », *in Le comportement du contractant*, B. FAGES, coll. Institut de droit des affaires, PUAM, 1997 ;
- « Le contrat en tant qu'échange économique », *in Revue d'économie industrielle*, vol. 92, 2000, p. 81 ;
- « La généralisation d'un contrôle objectif de l'équivalence des prestations est-elle opportune ? », *in Mélanges Jean-Louis Baudouin*, Yvon Blais éd., 2001, p. 343 ;
- « Réflexions sur la liberté contractuelle et l'ordre public », *in Liber amicorum Lucien Simont*, Bruylant, 2002, p. 405.

GHOZI (A.), LEQUETTE (Y.), « La réforme du droit des contrats : brèves observations sur le projet de la chancellerie », *in D.*, 2008, p. 2609.

GIRARD GAYMARD (T.), « L'incidence du renouvellement des sources du droit des obligations sur son interprétation », *in RTD Civ.*, 2020, p. 779.

GOLDIE-GENICON (Ch.),
- « Droit commun et droit spécial », *in RDA*, 2013, n°7, p. 29
- « L'adaptation au droit commun des contrats », *in La réforme du droit des contrats spéciaux*, C.-E. BUCHER, M.-A. DAILLANT (dir.), coll. Thèmes & commentaires, Dalloz, 2023, p. 61.

GOLTZBERG (S.), « Principe de l'effet utile et sophisme de l'homme de paille : droit talmudique et droit français », *in Droits – Revue française de théorie, de philosophie et de cultures juridiques*, 2019/2, n°70, p. 237.

GOUNOT (E.), « La Liberté des Contrats et ses justes limites », *in Semaines Sociales de France*, 1938, p. 64.

GRATTON (L.), « Les clauses abusives en droit commun des contrats », *in D.*, 2016, p. 22.

GRIDEL (J.-P.), « La rupture unilatérale aux risques et périls », *in RLDC*, 2007, n°41, p. 53.

GRIMALDI (C.), « Vers un contrôle généralisé de la lésion en droit français ? », *in D.*, 2019, p. 388.

GROSLIÈRE (J.-C.), « N'est pas de bonne foi le professionnel du crédit qui se met dans une situation de surendettement alors qu'il doit en avoir conscience », *in D.*, 1991, p. 270.

GRUA (F.), « Le Code civil, code résiduel ? », *in RTD Civ.*, 2005, p. 253.

GRUDLER (C.), « Caractère abusif de clauses de contrats de consommation : vers un équilibre entre la protection du consommateur et du professionnel ? », *in Revue de Droit bancaire et financier*, 2023, n°6, étude 20.

GUASTINI (R.), « Jugement de validité », *in Mélanges en l'honneur de Michel Troper – L'architecture du droit*, Économica, 2006, p. 453.

GUÉGUEN (J.-M.), « Le renouveau de la cause en tant qu'instrument de justice contractuelle », *in D.*, 1999, p. 352.

GUERLIN (G.),
- « Les manifestations de l'égalité en droit des contrats », *in L'égalité en droit des obligations*, M. LATINA, P. OUDOT (dir.), coll. Chemins de pensées juridiques, Les éditions Ovadia, 2015, p. 68 ;
- « L'accessibilité et l'interprétation du contrat d'adhésion. Comparaison du nouveau droit français au droit des États-Unis », *in Le contrat d'adhésion : perspective franco-québécoise*, G. CHANTEPIE, M. LATINA (dir.), coll. Thèmes & commentaires, Dalloz, 2018, p. 99.

GUILLIEN (R.), « Nul n'est censé ignorer la loi », *in Mélanges en l'honneur de Paul Roubier*, t. 1, *Théorie générale du droit et droit transitoire*, Dalloz & Sirey, 1961, p. 253.

HALPÉRIN (J.-L.), « La naissance de l'obligation de sécurité », *in Gaz. Pal.*, 1997, n° spécial, doctr. p. 1176.

HAMELIN (J.-F.), « L'exercice des nouveaux pouvoirs unilatéraux des contractants », *in RDC*, 2018, n°3, p. 514.

HAUSER (J.),
- « Temps et liberté dans la théorie générale de l'acte juridique », *in Mélanges en hommage à Jacques Ellul – Religion, société et politique*, PUF, 1983, p. 503 ;
- « Rapport de synthèse – Le solidarisme contractuel, mythe ou réalité ? », *in Le solidarisme contractuel*, L. GRYNBAUM, M. NICOD (dir.), coll. Études juridiques, Économica, 2004, p. 193.

HÉLAINE (C.), « Résolution par voie de notification : pas de nécessité de mise en demeure si celle-ci est vaine ! », *in Dalloz actualité*, 24 octobre 2023.

HERVIEU (M.), « Ordre public économique de direction, ordre public de protection : l'avenir de la distinction », *in Mélanges en l'honneur de Marie-Stéphane Payet – Au-delà des codes*, coll. Études, mélanges et travaux, Dalloz, 2012, p. 317.

HIEZ (D.), MENETREY (S.), KINISCH (P.), « Compte-rendu des premières assises du Code civil du 7 mai 2021 », *in Annales du Droit Luxembourgeois,* 2021.

HOUTCIEFF (D.),
- « L'obligation de renégocier en cas de modification imprévue des circonstances », *in RLDC*, 2004, n°6, p. 5 ;
- « Le contenu du contrat », *in Pour une réforme du droit des contrats*, F. TERRÉ (dir.), coll. Thèmes & commentaires, Dalloz, 2008, p. 183 ;
- « La loyauté ou le changement dans la continuité du contrat », *in Gaz. Pal.*, 2017, n°32, p. 31 ;
- « L'étendue des nouveaux pouvoirs unilatéraux du contractant », *in RDC*, 2018, n°3, p. 505 ;
- « Le nouvel équilibre contractuel (formation) », *in Les innovations de la réforme du droit des contrats*, S. BROS (dir.), coll. Colloques & Essais, Institut Universitaire Varenne, 2018, p. 55 ;
- « La motivation en droit des contrats », *in RDA*, 2019, n°19, p. 34.
- « Pour un retour aux bonnes mœurs contractuelles », *in RTD Civ.*, 2021, p. 757.

IVAINER (Th.), « Le contrat moderne face à la prolifération des statuts de personnes », *in JCP*, 1977, I, p. 2876.

JAMIN (Ch.),
- « Révision et intangibilité du contrat ou la double philosophie de l'article 1134 du Code civil », *in* Dossier « Que reste-t-il de l'intangibilité du contrat », *in Dr. et patr.*, 1998, n°48, p. 46 ;
- « Henri Capitant et René Demogue : notation sur l'actualité d'un dialogue doctrinal », *in Mélanges en hommage à François Terré, L'avenir du droit*, coll. Études, Mélanges, Travaux, Dalloz, 1999, p. 125 ;
- « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », *in Études offertes à Jacques Ghestin, Le contrat au début du XXI^e siècle*, LGDJ, 2001, p. 441 ;
- « Une brève histoire politique des interprétations de l'article 1134 du code civil », *in D.*, 2002, p. 901 ;
- « Quelle nouvelle crise du contrat ? – Quelques mots en guise d'introduction », *in La nouvelle crise du contrat*, Ch. JAMIN, D. MAZEAUD (dir.), coll. Thèmes & commentaires, Dalloz, 2003, p. 7 ;
- « Le procès du solidarisme contractuel : brève réplique », *in Le solidarisme contractuel*, L. GRYNBAUM, M. NICOD (dir.), coll. Études juridiques, Économica, 2004, p. 159 ;
- « Notations sur un solidarisme contractuel », *in Mélanges en l'honneur de François Collart Dutilleul, Liber amicorum*, coll. Études, mélanges, travaux, Dalloz, 2017, p. 433 ;
- « Mort du droit civil ? », *in Mélanges en l'honneur de Jacques Mestre*, LGDJ, 2019, p. 541.

JAOUEN (M.), « Le rôle du juge et des parties en matière de sanctions contractuelles après la réforme de 2016 : Une transformation à parfaire », *in Mélanges en l'honneur du professeur Suzanne Carval*, IRJS Éditions, 2021, p. 433.

JEAMMAUD (A.), « Les principes dans le droit français du travail », *in Dr. soc.*, 1982, p. 618.

JEAMMAUD (A.), LE FRIANT (M.), « Le contenu du contrat de travail », *in Mélanges en l'honneur de Pascal Ancel*, coll. Collection de la Faculté de Droit, d'Économie et de Finance de l'Université du Luxembourg, Larcier, 2021, p. 383.

JEANCLOS (Y.), « Formalisme et consensualisme : la sempiternelle querelle du droit des contrats », *in Hommage à Gérard Boulvert*, Éditions de l'université de Nice, 1987, p. 333.

JESTAZ (Ph.),
- « L'évolution du droit des contrats spéciaux dans la loi depuis 1945 », *in L'évolution contemporaine du Droit des contrats, Journées René Savatier*, PUF, 1985, p. 117 ;
- « L'obligation et la sanction : à la recherche de l'obligation fondamentale », *in Mélanges offerts à Pierre Raynaud*, Dalloz-Sirey, 1985, p. 273 ;
- « La sanction ou l'inconnue du droit », *in D.*, 1986, chron. XXXII, p. 197 ;
- « Rapport de synthèse – Quel contrat pour demain ? », *in La nouvelle crise du contrat*, Ch. JAMIN, D. MAZEAUD (dir.), coll. Thèmes & commentaires, Dalloz, 2003, p. 243 ;
- « Droit commun et droit spécial », *in RTD Civ.*, 2022, p. 837.

JESTAZ (Ph.), JAMIN (Ch.), « L'entité doctrinale française », *in D.*, 1997, p. 167.

JEULAND (E.), « La notion d'intérêt comme moyen d'immixtion dans les rapports de droit », *in La défense de l'intérêt général par les associations – Intérêt général versus intérêts collectifs*, B. PARANCE (dir.), coll. Grands colloques, LGDJ, 2015, p. 57.

JOSSERAND (L.),

- « Le contrat dirigé », *in DH*, 1933, chron., p. 89 ;
- « L'essor moderne du concept contractuel » *in Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, t. II, Sirey, 1934, p. 333 ;
- « La protection des faibles par le droit », *in Évolutions et Actualités – Conférences de droit civil*, Recueil Sirey, 1936, p. 159 ;
- « Aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrats », *in RTD Civ.*, 1937, p. 6 ;
- « Sur la reconstitution d'un droit de classe », *in DH.*, 1937, chron. p. 1 ;
- « Les dernières étapes du dirigisme contractuel : Le contrat forcé et le contrat légal (contrat dit de salaire différé) », *in DH*, 1940, chron. p. 5.

JOURDAIN (P.), « Le devoir de "se" renseigner (contribution à l'étude de l'obligation de l'obligation de renseignements) », *in D.*, 1983, p. 139.

JULIEN (J.),
- « Dogmatisme et pragmatisme dans le nouveau droit des contrats » », *in Études offertes à Jacques Combret*, coll. Les mélanges, Defrénois, 2017, p. 225 ;
- « La spécialisation du droit commun des contrats », *in Mélanges en l'honneur de Daniel Tomasin – Par le droit immobilier et au-delà*, coll. Études, mélanges et travaux, Dalloz, 2022, p. 501.

KASSOUL (H.),
- « Réflexions sur la dimension relationnelle du contrat », *in Annales de la Faculté de droit de Nice,* L'Harmattan, 2018, p. 159 ;
- « De la vanité de la mise en demeure au pragmatisme du juge de la résolution », *in RLDC*, 2024, n°223 ;
- « Dimension relationnelle de la résolution unilatérale et utilité de la mise en demeure », *in LEDC*, 2024, n°3, p. 6.

KELSEN (H.), « La théorie juridique de la convention », *in APD*, 1940, p. 33.

KOUBI (G.), « Lire et comprendre : quelle *intelligibilité* de la loi », *in Le titre préliminaire du Code civil*, G. FAURÉ, G. KOUBI (dir.), coll. Études juridiques, Économica, 2003, p. 215.

LAGARDE (X.),
- « Réflexions sur le fondement de l'article 931 du code civil », *in RTD Civ.*, 1997, p. 25 ;
- « La motivation des actes juridiques », *in La motivation – Travaux de l'association Henri Capitant*, t. III, LGDJ, 1998, p. 73 ;
- « Observations critiques sur la renaissance du formalisme », *in JCP G.*, 1999, n°40, I, p. 170 ;
- « Questions autour de l'article 1171 du Code civil », *in D.*, 2016, p. 2174.

LAITHIER (Y.-M.),
- « Remarques sur les conditions de la violence économique », *in LPA*, 2004, n°234, p. 5 ;
- « À propos de la réception du contrat relationnel en droit français », *in D.*, 2004, p. 60 ;
- « L'obligation d'exécuter le contrat de bonne foi est-elle susceptible de clause contraire ? », *in D.*, 2014, p. 33.

LARDEUX (G.),
- « Le droit des contrats spéciaux hors le Code civil », *in LPA*, 2005, n°183, p. 3 ;
- « Rapport introductif », *in L'équilibre du contrat*, G. LARDEUX (dir.), coll. Laboratoire de droit privé & sciences criminelles, PUAM, 2012, p. 9 ;

- « En droit commun : équilibre contractuel et sécurité juridique », *in L'équilibre du contrat*, G. LARDEUX (dir.), coll. Laboratoire de droit privé & sciences criminelles, PUAM, 2012, p. 59.

LATINA (M.),
- « Apprécier la réforme », *in RDC*, 2016, n°3, p. 615 ;
- « L'abus de dépendance (C. civ., art. 1143) : premiers enseignements des juridictions du fond », *in D.*, 2020, p. 2180 ;
- « Les mauvais coups portés par la chambre commerciale de la Cour de cassation à la lutte contre les clauses abusives », *in RDC*, 2022 ;
- « La preuve d'une dépendance économique et d'un avantage manifestement excessif suffit à caractériser un vice de violence », *in LEDC*, 2022, n°1, p. 1 ;
- « Le regrettable assouplissement des conditions de la confirmation tacite », *in RDC*, 2023, n°1, p. 13.

LE GAC-PECH (S.),
- « Bâtir un droit des contractants vulnérables », *in RTD Civ.*, 2014, p. 581 ;
- « Les nouveaux remèdes au déséquilibre contractuel dans la réforme du Code civil », *in LPA*, 2016, n°162-163, p. 7 ;
- « De la personne vulnérable au contractant vulnérable », *in Le droit du contractant vulnérable*, S. LE GAC-PECH (dir.), vol. 16, coll. Contrats & Patrimoine, Larcier, 2016, p. 11.

LE TOURNEAU (Ph.), « De l'allègement de l'obligation de renseignement ou conseil », *in D.*, 1987, chron. XIX, p. 101.

LÉCUYER (H.), « Le contrat, acte de prévision », *in Mélanges en hommage à François Terré, L'avenir du droit*, coll. Études, Mélanges, Travaux, Dalloz, 1999, p. 643.

LEFEBVRE (B.), « La bonne foi : notion protéiforme », *in RDUS*, 1996, n°26, p. 323.

LEMAY (P.), « La réduction du prix du contrat en cas d'exécution imparfaite : un pas en avant, deux pas en arrière ? », *in D.*, 2018, p. 567.

LEPAGE (A.), « Les paradoxes du formalisme informatif », *in Études de droit de la consommation – Liber amicorum Jean Calais-Auloy*, Dalloz, 2004, p. 597.

LEQUETTE (S.),
- « La notion de contrat – Réflexions à la lumière de la réforme du droit commun des contrats », *in RTD Civ*., 2018, p. 541 ;
- « Le contrat, notion et classifications », *in La réforme du droit français des contrats*, B. FAUVARQUE-CAUSSON, G. WICKER (dir.), vol. 31, coll. Droit comparé et européen, Société de législation comparée, 2019, p. 33.

LEQUETTE (Y.),
- « Quelle nouvelle crise du contrat ? », *in La nouvelle crise du contrat*, Ch. JAMIN, D. MAZEAUD (dir.), coll. Thèmes & commentaires, Dalloz, 2003, p. 7 ;
- « Bilan des solidarismes contractuels », *in Études de Droit privé - Mélanges offerts à Paul Didier*, Économica, 2008, p. 247 ;
- « Responsabilité civile *versus* vices sur consentement », *in Mélanges en l'honneur de Marie-Stéphane Payet – Au-delà des Codes*, coll. Études, mélanges et travaux, Dalloz, 2009, p. 363 ;
- « Libres propos », *in* dossier « Devenir de l'autonomie de la volonté », *in Droit et philosophie*, vol. IV, 2012, p. 149.

LEVENEUR (L.),
- « Le forçage du contrat », *in Dr. & patr.*, 1998, n°58, p. 69 ;
- « Le solidarisme contractuel : un mythe », *in Le solidarisme contractuel*, L. GRYNBAUM, M. NICOD (dir.), coll. Études juridiques, Économica, 2004, p. 173 ;
- « Quelle place pour la liberté contractuelle ? Quelle place pour l'unilatéralisme ? », *in CCC*, 2020, n°12, dossier 12 ;
- « Les clauses limitatives, exonératoires ou de non-garantie à l'épreuve de l'obligation essentielle : splendeur et misères de la force obligatoire », *in RDC*, 2024, n°4, p. 92.

LEWASZKIEWICZ-PETRYKOWSKA (B.), « La lésion : acte illicite ou vice du consentement ? », *in Mélanges en l'honneur du Doyen Georges WIEDERKEHR, De code en code*, Coll. Mélanges, Dalloz, 2009, p. 511.

LIBCHABER (R.),
- « Réflexions sur les effets du contrat », *in Mélanges offerts à Jean-Luc Aubert – Propos sur les obligations et quelques autres thèmes fondamentaux du droit*, coll. Études, mélanges, travaux, Dalloz, 2005, p. 211 ;
- « Le dépérissement du droit civil », *in Qu'est-ce qu'une discipline juridique ? Fondation et recomposition des disciplines dans les facultés de droit*, F. AUDREN et S. BARBOU DES PLACES (dir.), coll. Contextes, LGDJ, 2018, p. 243.

LOCHAK (D.), « Présentation », *in Les usages sociaux du droit*, PUF, 1989, p. 5.

LOISEAU (G.),
- « La consécration de la violence économique », *in Réforme du droit des contrats et pratique des affaires*, Ph. STOFFEL-MUNCK (dir.), coll. Thèmes & commentaires, Dalloz, 2015, p. 33, spéc. p. 35 ;
- « La puissance du contractant en droit commun des contrats », *in AJ Contrats d'affaires – Concurrence – Distribution*, 2015, p. 496 ;
- « Les vices du consentement », *in CCC*, 2016, n°5, mai 2006, dossier 3.

LOKIEC (P.), « La décision et le droit privé », *in D.*, 2008, p. 2293.

LUCAS DE LEYSSAC (C.), « L'obligation de renseignement dans les contrats », *in L'information en droit privé*, Y. LOUSOUARN, P. LAGARDE (dir.), coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 1978, p. 305.

LUCET (F.), « Consensualisme et formalisme », *in RJ Com.*, 1995, n°spécial, p. 42.

MACKAAY (E.),
- « L'analyse économique du droit comme outil de la doctrine juridique : La bonne foi et la justice contractuelle », *in RRJ*, 2011-4, p. 1605 ;
- « L'efficacité du contrat – une perspective d'analyse économique du droit », *in L'efficacité du contrat*, G. LARDEUX (dir.), coll. Thèmes & commentaires, Dalloz, 2011, p. 35.

MACNEIL (I. R.), « Relational Contract Theory : Challenges and queries », *in Northwestern University Law Review*, 2000, vol. 94, n°3, p. 877.

MAINGUY (D.), « Le contractant, personne de bonne foi ? », *in La réforme du droit des contrats*, coll. Actes de colloque, Presses de la Faculté de Montpellier, 2015, p. 83.

MAIRE (G.), « Le droit des contrats en mutation : la prise en considération de l'intérêt du cocontractant », *in D^oc Publication*, Les Éditions de l'Immatériel, 2018, p. 14.

MALAURIE (Ph.),

- « L'effet pervers des lois », *in Droit civil, procédure, linguistique juridique – Écrits en hommage à Gérard Cornu,* hors coll., PUF, 1995, p. 309 ;
- « L'intelligibilité des lois », *in Philippe Malaurie – Écrits d'une vie*, coll. Hors collection, LGDJ, 2021, p. 47 ;
- « L'utopie et le bicentenaire du Code civil », *in 1804-2004 Le code civil – Un présent, un passé, un avenir*, Dalloz, 2004, p. 1 ;
- « Liberté et responsabilité », *in Defrénois*, 2004, n°5, p. 351.

MALAURIE-VIGNAL (M.), « Un, deux ou trois déséquilibres significatifs ? Réflexion sur l'articulation entre droit commun et droits spéciaux », *in Mélanges en l'honneur du professeur Claude Lucas de Leyssac*, coll. Hors coll., Lexis Nexis, 2018, p. 359.

MALINVAUD (Ph.), « La protection des consommateurs », *in D.*, 1981, p. 49.

MARNIERRE de la (E.-S.), « Les législations de protection », *in D.*, 1950, p. 93.

MARTIN (R.), « Le consommateur abusif », *in D.*, 1987, chron. XXIX, p. 150.

MARTIN (X.),
- « L'insensibilité des rédacteurs du Code civil à l'altruisme », *in RHD*, 1982, p. 589 ;
- « Nature humaine et Code Napoléon », *in Droits*, 1985, vol. 2, p. 117 ;
- « Fondements politiques du Code Napoléon », *in RTD Civ.*, 2003, p. 247.

MASSE (C.), « La bonne foi dans l'exécution du contrat – Rapport général » *in La bonne foi – Travaux de l'association Henri Capitant*, t. XLIII, Litec, 1992, p. 217.

MAZEAUD (D.),
- « Constats sur le contrat, sa vie, son droit », *in LPA*, 1998, p. 8 ;
- « L'attraction du droit de la consommation », *in RTD Com*., 1998, p. 95 ;
- « Le principe de proportionnalité et la formation du contrat », *in LPA*, 1998, n°117, p. 12 ;
- « Loyauté, solidarité, fraternité : La nouvelle devise contractuelle ? », *in Mélanges en hommage à François Terré, L'avenir du droit*, coll. Études, Mélanges, Travaux, Dalloz, 1999, p. 603 ;
- « Petite leçon de solidarisme contractuel... », *in D.*, 2001, p. 3236 ;
- « Unilatéralisme et motivation en droit des contrats », *in D.*, 2001, p. 3237 ;
- « Fixation unilatérale abusive des conditions de vente par un concédant automobile », *in D.*, 2002, p. 2841 ;
- « Les nouveaux instruments de l'équilibre contractuel – Ne risque-t-on pas d'aller trop loin ? », *in La nouvelle crise du contrat*, Ch. JAMIN, D. MAZEAUD (dir.), coll. Thèmes & commentaires, Dalloz, 2003, p. 135 ;
- « Le nouvel ordre contractuel », *in RDC*, 2003, n°1, p. 295 ;
- « Un petit plomb en moins dans l'aile du solidarisme contractuel... », *in D.*, 2003, p. 93 ;
- « Droit commun et droit de la consommation – Nouvelles frontières », *in Études de droit de la consommation – Liber amicorum Jean Calais-Auloy*, Dalloz, 2004, p. 697
- « Solidarisme contractuel et réalisation du contrat », *in Le solidarisme contractuel*, L. GRYNBAUM, M. NICOD (dir.), coll. Études juridiques, Économica, 2004, p. 57 ;
- « Regards positifs et prospectifs sur le nouveau monde contractuel », *in LPA*, 2004, n°92, p. 47 ;
- « Mais qui a peur du solidarisme contractuel ? », *in D.*, 2005, p. 1828 ;
- « La révision du contrat », *in LPA*, 2005, n°129, p. 4 ;
- « La bataille du solidarisme contractuel : du feu, des cendres, des braises… », *in Mélanges en l'honneur du professeur Jean HAUSER*, LexisNexis – Dalloz, 2012, p. 905 ;

- « Les professionnels sont des consommateurs comme les autres », *in Liber amicorum – Mélanges en l'honneur de Philippe Merle*, coll. Études, mélanges, travaux, Dalloz, 2012, p. 517
- « Droit des contrats, réforme à l'horizon ! », *in D.*, 2014, p. 291 ;
- « Pour que survive la cause, en dépit de la réforme ! », *in* Dossier « Réforme du droit des contrats : le débat », *in Dr. & patr.*, 2014, n°240, p. 38 ;
- « Le changement en droit des contrats », *in RDA*, 2015, n°10, p. 81 ;
- « Le rôle du juge en droit des contrats », *in RDC*, 2016, n°2, p. 353 ;
- « Quelle portée pour les principes de liberté contractuelle, de sécurité et de bonne foi ? », *in La réforme du droit français des contrats*, B. FAUVARQUE-COSSON, G. WICKER (dir.), vol. 31, coll. Droit comparé et européen, Société de législation comparée, 2019, p. 59.

MEKKI (M.),
- « L'obligation de motiver une décision contractuelle unilatérale, instrument de vérification de la prise en compte de l'intérêt de l'autre partie », *in RDC*, 2004, n°2, p. 579 ;
- « Les doctrines sur l'efficacité du contrat en période de crise », *in RDC*, 2010, n°1, p. 383 ;
- « La densification normative du contrat », *in La densification normative – Découverte d'un processus*, C. THIBIERGE et *al*., Mare & Martin, 2013, p.719 ;
- « L'exception française : non à l'obligation de minimiser le dommage ! », *in Gaz. Pal.*, 2013, n°318 ;
- « La formation du contrat et la réforme du droit des obligations – Entre vices et vertus », 2015, [en ligne] https://mustaphamekki.openum.ca/files/sites/37/2015/09/formation-du-contrat-Séoul.pdf ;
- « Les principes généraux du droit des contrats au sein du projet d'ordonnance portant sur la réforme du droit des obligations », *in D.*, 2015, p. 816 ;
- « La réforme au milieu du gué. Les notions absentes ? Les principes généraux du droit des contrats – aspects substantiels », *in RDC*, 2015, n°3, p. 651 ;
- « Réforme du droit des obligations : clauses et substance de l'obligation essentielle (C. civ., art. 1170) », *in JCP N.*, 2016, n°46, act. 1227, p. 5 ;
- « Réforme des contrats et des obligations : l'obligation précontractuelle d'information », *in JCP N.*, 2016, n°43-44, act. 1155, p. 5 ;
- « L'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations – Le volet droit des contrats : l'art de refaire sans défaire », *in D.*, 2016, p. 494 ;
- « Fiche pratique sur le clair-obscur de l'obligation précontractuelle d'information », *in Gaz. Pal.*, 2016, n°14, p. 15 ;
- « Fiche pratique sur les clauses abusives : quel *modus operandi* pour les professionnels du droit », *in Gaz. Pal.*, 2016, n°17, p. 11 ;
- « Droit des contrats », *in D.*, 2018, p. 371 ;
- « La loi de ratification de l'ordonnance du 10 février 2016 – Une réforme de la réforme ? », *in D.*, 2018, p. 900 ;
- « L'inflation contractuelle », *in Lex-electronica*, 2018, vol. 23, p. 131 ;
- « Droit des contrats », *in D.*, 2021, p. 310 ;
- « Droit des contrats », *in D.*, 2024, p. 275.

MESTRE (J.),
- « L'évolution du contrat en droit privé », *in L'évolution contemporaine du Droit des contrats – Journées René Savatier*, PUF, 1985, p. 41 ;

- « Du souci de pérennité contractuelle », *in RTD Civ.*, 1990, p. 653 ;
- « L'ordre public dans les relations économiques », *in L'ordre public à la fin du XX^e siècle*, Th. REVET (dir.), coll. Thèmes & commentaires, Dalloz, 1996, p. 33 ;
- « Le texte de la clause invoquée était en contradiction avec l'économie du contrat », *in RTD Civ*., 2000, p. 325.

MESTRE (J.), FAGES (B.), « L'obligation générale de loyauté s'applique aussi au distributeur », *in RTD Civ.*, 2001, p. 360.

MIRGUET (P.), « L'extinction invalide de l'obligation », *in RTD Civ.,* (à paraître).

MOLFESSIS (N.),
- « Remarques sur la doctrine en droit des contrats », *in RDA*, 2011, n°3, p. 51 ;
- « De l'obligation de renseignement à l'éducation juridique du contractant », *in Mélanges en l'honneur du professeur Jean Hauser*, coll. Mélanges, LexisNexis, 2012, p. 927.

MOORE (B.),
- « Flexible contrat », *in Mélanges Jean-Louis Baudouin*, Yvon Blais éd., 2001, p. 569 ;
- « Hélène Villain, Contrat d'adhésion et justice contractuelle - Étude comparée franco-québécoise », *in RTD Civ.*, 2022, p. 988.

MOUSSERON (J.-M.),
- « La durée dans la formation des contrats », *in Études offertes à Alfred Jauffret*, PUAM, 1974, p. 509 ;
- « La gestion des risques par le contrat », *in RTD Civ.* 1988, p. 481.

MOYA (K.), « La contrepartie », *in RTD Civ.*, 2023, p. 269.

MURIS (T. J.), « Opportunistic Behavior and the Law of Contracts », *in Minnesota Law Review*, 1981, vol. 65, p. 521.

OPPETIT (B.), « Portalis philosophe », *in D.*, 1995, p. 331.

OST (F.), « Temps et contrat - critique du pacte faustien », *in Annales de Droit de Louvain : Revue trimestrielle*, vol. 59, 1999, n°1-2, p. 17.

OVADIA (D.), « L'effet de cadrage – De l'art de présenter les choses pour influencer les décisions », *in Cerveau & Phycho*, 2018/4, n°98, p. 32.

PAISANT (G.),
- « Introduction », *in* Dossier « Que reste-t-il du principe d'intangibilité du contrat », *in Dr. & patr.*, 1998, n°48, p. 42 ;
- « La distinction entre la vente à vil prix et la vente lésionnaire », *in D.*, 2002, p. 930.

PARLEANI (G.), « Un droit des contrats qui fait tout pour qu'on le fuie », *in AJ contrat*, 2019, p. 149.

PELLÉ (S.), « La réception des correctifs d'équité par le droit – L'exemple de la rupture unilatérale du contrat en droit civil et en droit du travail », *in D.*, 2011, p. 1230.

PENA (M.), « Les origines historiques de l'article 6 du Code civil », *in RRJ*, 1992-2, p. 499.

PENIN (O.), « La justice et la liberté dans la réforme du droit des contrats », *in CCC*, n°8-9, 2017, étude n°9, p. 1.

PERELMAN (C.), « Cinq leçons sur la justice », *in Droit, morale et philosophie*, vol. VIII, coll. Bibliothèque de philosophie du droit, LGDJ, 1968, p. 2.

PÉRÈS (C.),
- « Règles impératives et supplétives dans le nouveau droit des contrats », *in JCP G.*, 2014, act. 454, p. 770 ;
- « Observations sur "l'absence" de principes directeurs à la lumière du projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats », *in RDC*, 2015, n°3, p. 647.

PEYROUX-SISSOKO (M.-O.), *L'ordre public immatériel en droit public français*, B. MATHIEU (préf.), t. 149, coll. Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, LGDJ, 2018.

PICARD (M), PRUDHOMME (A.), « De la résolution judiciaire pour inexécution des obligations », *in RTD Civ.*, 1912, p. 61.

PICOD (Y.), « L'obligation de coopération dans l'exécution du contrat », *in JCP*, 1988, I, 3318.

PIGNARRE (G.),
- « L'effet pervers des lois », *in RRJ – Cahiers de méthodologie juridique*, 1994-4, p. 1097 ;
- « Que reste-t-il des bonnes mœurs en droit des contrats ? "Presque rien ou presque tout ?" », *in RDC*, 2005, n°4, p. 1290.

PINNA (A.), « L'exception pour risque d'inexécution », *in RTD Civ.*, 2003, p. 31.

PLOTNIC (O.), NICOLAE (M.), « La nature juridique du contrat d'adhésion au risque d'un déséquilibre contractuel », *in Revista Națională de Drept*, 2020, p. 49.

POMART-NOMDEDEO (C.), « Le régime des droits potestatifs en matière contractuelle, entre unité et diversité », *in RTD Civ.*, 2010, p. 209.

POUMARÈDE (M.), « Le contenu du contrat », *in RDI*, 2016, p. 331.

PUTMAN (E.), « L'introuvable contrat complet », *in RRJ – Cahiers de méthodologie juridique*, 2008-5, p. 2477.

RACLET (A.), « L'inaptitude contractuelle : Essai d'explication d'une évolution jurisprudentielle », *in LPA*, 2001, n°155, p. 17.

RANIERI (F.), « Bonne foi et exercice du droit dans la tradition du civil law », *in RIDC*, vol. 50, n°4, 1998, p. 1055.

RÉMY (Ph.), « Droit des contrats : questions, positions, propositions », *in Le droit contemporain des contrats*, L. CADIET (dir.), coll. Travaux et recherches, Économica, 1987, p. 271.

REVET (Th.),
- « Objectivation ou subjectivation du contrat », *in La nouvelle crise du contrat*, Ch. JAMIN, D. MAZEAUD (dir.), coll. Thèmes & commentaires, Dalloz, 2003, p. 83 ;
- « L'uniformisation de l'interprétation : contrats types et contrats d'adhésion », *in RDC*, 2015, n°1, p. 199 ;
- « Une philosophie générale ? », *in RDC*, 2016, n° hors –série, p. 5 ;
- « Le nouveau discours contractuel (Rapport de synthèse) », *in RDC*, 2016, n°3, p. 627 ;
- « Le projet de réforme et les contrats structurellement déséquilibrés », *in D.*, 2016, p. 1217 ;
- « Le juge et la révision du contrat », *in RDC*, 2016, n°2, p. 373 ;
- « Réflexions sur l'unilatéralisme dans le droit rénové des contrats », *in Études en la mémoire de Philippe Neau Leduc – Le juriste dans la cité*, coll. Mélanges, LGDJ, 2018, p. 887 ;

- « Le temps d'après », *in RDC*, 2018, n°1, p. 1 ;
- « À propos de l'article de Bernard Beignier "Pour un nouveau code civil" », *in D.*, 2019, p. 1011 ;
- « La réception du contrat d'adhésion par la théorie générale du contrat », *in RDC*, 2019, n°2, p. 106 ;
- « Le contrat Janus ou la dualisation de la théorie du contrat », *in Mélanges en l'honneur du professeur Laurent AYNES – Liberté, justesse, autorité*, coll. Mélanges, Paris : LGDJ – Lextenso, 2019, p. 421.

RIEG (A.), « La "Punctation" – Contribution à l'étude de la formation successive du contrat », *in Études offertes à Alfred Jauffret*, PUAM, 1974, p. 593.

RISSER (J.),
- « Un titre de loi peut-il convaincre ? Étude sur l'argument *a rubrica* », *in Droits*, n°74, 2022, p. 215 ;
- « Bilan provisoire d'application de l'article 1170 du code civil : ni inutile, ni dangereux », *in D.*, 2024, p. 1343.

RIVERO (J.), « Sur l'effet dissuasif de la sanction juridique », *in Mélanges offerts à Pierre Raynaud*, Dalloz-Sirey, 1985, p. 675.

ROCHFELD (J.),
- « Les droits potestatifs accordés par le contrat », *in Études offertes à Jacques Ghestin, Le contrat au début du XXI^e siècle*, LGDJ, 2001, p. 747 ;
- « Contrats et obligations », *in JCP G.*, n°19, 2002, p. 134 ;
- « Les modes temporels d'exécution du contrat », *in RDC*, 2004, n°1, p. 47 ;
- « Du statut du droit contractuel "de protection de la partie faible" : les interférences en droit des contrats du droit du marché et des droits de l'homme », *in Études offertes à Geneviève Viney – Liber amicorum*, coll. Mélanges, LGDJ, 2008, p. 835.

ROLLAND (L.), « "Qui dit contractuel, dit juste" (Fouillée)… en trois petits bonds, à reculons », *in Revue de droit McGill*, 2006, vol. 51, p. 765.

ROUHETTE (G.),
- « La force obligatoire du contrat – Rapport français – Observations critiques », *in Le contrat aujourd'hui : comparaisons franco-anglaises*, D. TALLON, D. HARRIS (dir.), LGDJ, 1987, p. 27 ;
- « La définition du contrat et la méthode juridique française », *in Droits – Revue française de théorie juridique*, t. 12, 1990, p. 59.

ROUVIÈRE (F.),
- « L'analyse économique des vices du consentement : une nouvelle vision d'une théorie classique », *in RRJ – Cahiers de méthodologie juridique*, 2008-5, p. 2485 ;
- « L'avenir du droit civil », *in RTD Civ.*, 2019, p. 451 ;
- « L'argument *a rubrica* », *in RTD Civ.*, 2022, p. 1005 ;
- « Retour sur l'argument *a rubrica* », *in RTD civ.*, 2023, p. 501.

SAVAUX (É), « Le contenu du contrat », *in JCP G.*, 2015, suppl. au n°21, p. 20.

SCHOETTI (J.-É), « Réflexions sur l'ordre public immatériel », *in RFDA*, 2018, p. 327.

SÉRIAUX (A.), « Le futur contractuel », *in Le droit et le futur*, J.-J. AUSTRUY (dir.), PUF, 1985, p. 77.

SEUBE (J.-B.), « L'obligation de motivation et la rupture du bail commercial », *in RDC*, 2006, p. 761.

SIMLER (Ph.), « Un peu de formalisme protège, trop de formalisme opprime et spolie – L'exemple de l'article 22-2 de la loi du 6 juillet 1989 », *in Mélanges en l'honneur de Georges Wiederkehr – De code en code*, coll. Études, mélanges et travaux, Dalloz, 2009, p. 253.

SPITZ (J.-F.), « "Qui dit contractuel dit juste" : quelques remarques sur la formule d'Alfred Fouillée », *in RTD Civ.*, 2007, p. 281.

STOFFEL-MUNCK (Ph.),
- « Le contrôle *a posteriori* de la résiliation unilatérale », *in Dr. & patr.*, 2004, n°126, p. 72 ;
- « L'autonomie du droit contractuel de la consommation : d'une logique civiliste à une logique de régulation », *in RTD Com.*, 2012, p. 705 ;
- « Les clauses abusives : on attendait Grouchy… », *in Dr. & patr.*, 2014, n°240, p.56 ;
- « L'abus dans le contrat, vingt ans après », *in Homme de foi, homme de droit – Mélanges en l'honneur du Professeur Alain Sériaux*, coll. Liber amicorum, Mare & Martin, 2023, p. 353.

STRICKLER (Y.), « La protection de la partie faible en droit civil », *in LPA*, 2004, n°213, p. 6.

TABI TABI (G.), « Ajustement nécessaire du volontarisme contractuel : du volontarisme au solidarisme ? », *in RDUS*, n°44, 2014, p. 71.

TANCELIN (M.), « L'acte unilatéral en droit des obligations ou l'unilatéralisation du contrat », *in La solitude en droit privé*, N. KASIRER (dir.), Éditions Thémis, 2002, p. 213.

TESTU (F.-X.), « Le juge et le contrat d'adhésion », *in JCP G.*, 1993, n°18, I, p. 3673.

THIBIERGE (L.),
- « Le traitement du déséquilibre économique par le droit commun des contrats », *in Réforme du droit civil et vie des affaires*, M. BOURASSIN, J. REVEL (dir.), coll. Thèmes & commentaires, Dalloz, 2014, p. 233 ;
- « À la recherche de l'imprévision », *in BRDA*, 2022, n°12, p. 23 ;
- « Le juge et la renégociation du contrat », *in RDC*, 2022, n°3, p. 151 ;
- « Le temps et le droit des contrats », *in Écrits sans esprit de système – Mélanges en l'honneur de Philippe Delebecque*, coll. Études, mélanges, travaux, Dalloz, 2024, p. 1031.

THIBIERGE-GUELFUCCI (C.), « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », *in RTD Civ.* 1997, p. 357.

TRUDEL (G.), « Des frontières de la liberté contractuelle », *in Problèmes de droit contemporain – Mélanges Louis Baudouin*, Presses de l'Université de Montréal, 1974, p. 217.

TUNC (A.), « Responsabilité civile et dissuasion des comportements antisociaux », *in Aspects nouveaux de la pensée juridique, recueil d'études en hommage à Marc ANCEL*, t. 1, éd. Pedone, 1975, p. 407.

VASSEUR (M.), « Un nouvel essor du concept contractuel – Les aspects juridiques de l'économique concertée et contractuelle », *in RTD Civ.*, 1964, p. 5.

VATINET (R.), « Le *mutuus dissensus* », *in RTD civ.*, 1987, p. 252.

VILLEY (M.),
- « Préface historique à l'étude de la notion de contrat »., *in APD*, t. XIII, 1968, p. 1 ;
- « Critique de l'utilitarisme juridique », *in RRJ*, 1981-2, p. 166.

VINGIANO-VIRICEL (I.), « Les obligations précontractuelles d'information lors de la vente d'un objet connecté », *in CCC*, 2019, n°4, étude 6.

VIRASSAMY (G.), « Les relations entre professionnels en droit français (rapport français) », *in La protection de la partie faible dans les rapports contractuels – Comparaison franco-belge*, J. GHESTIN, M. FONTAINE (dir.), coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, 1996, p. 479.

VOGEL (J.), « Faut-il réformer la réforme du droit des contrats ? – Une nécessité pour l'économie et les entreprises françaises », *in AJ contrat*, 2017, p. 470.

WAREMBOURG-AUQUE (F.), « Rapports locatifs : L'équilibre introuvable (commentaire de la loi n° 89-462 du 6 juillet 1981) », *in JCP G.*, 1989, n°50, I, 3421.

WICKER (G.),

- « La suppression de la cause par le projet d'ordonnance : la chose sans le mot ? », *in D.*, 2015, p. 1557 ;
- « La suppression de la cause et les solutions alternatives », *in La réforme du droit des obligations en France, 5èmes Journées franco-allemandes*, R. SCHULZE, G. WICKER, D. MAZEAUD (dir.), vol. 20, coll. Droit comparé et européen, Société de législation comparée, 2015, p. 107 ;
- « De la survie des fonctions de la cause. Ébauche d'une théorie des motifs », *in D.*, 2020, p. 1906.

WITZ (C.), « Le juge et la révision du contrat : vision du droit français », *in LPA*, 2018, n°65, p. 10.

ZUYLEN (J. van), « Fautes, bonne foi et abus de droit : convergences et divergences », *in Annales de Droit de Louvain*, 2011, vol. 71, n°3, p. 265.

COMMUNICATIONS COLLOQUES

DE POUZILHAC (C.), Communication « Les clauses soumises à l'article 1170 du code civil », *in La substance de l'obligation essentielle (article 1170 du code civil)*, Cycle « L'application de la réforme du droit des contrats », Cour de cassation, Paris, 13 mai 2024, [en ligne] https://www.courdecassation.fr/agenda-evenementiel/la-substance-de-lobligation-essentielle-article-1170-du-code-civil.

DESHAYES (O.), Communication « Les conditions d'application de l'article 1170 du Code civil », *in La substance de l'obligation essentielle (article 1170 du code civil)*, Cycle « L'application de la réforme du droit des contrats », Cour de cassation, Paris, 13 mai 2024, [en ligne] https://www.courdecassation.fr/agenda-evenementiel/la-substance-de-lobligation-essentielle-article-1170-du-code-civil.

RAPPORTS ET DOCUMENTS COLLECTIFS

ASTIER (I.), LAÉ (J.-F.), *Aller ou non aux prud'hommes ? Un accès difficile à la justice du travail*, Rapport de recherche final, 2009, [en ligne] http://www.gip-recherche-justice.fr/wp-content/uploads/2014/07/07-16-RF.pdf.

CATALA (P.) (dir.), *Rapport sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations (Articles 1101 à 1386 du Code civil et du droit de la prescription (Articles 2234 à 2281 du Code civil),*

2005, [en ligne] http://www.justice.gouv.fr/art_pix/RAPPORTCATALASEPTEMBRE2005.pdf.

EUROPEAN COMMISSION, *Legacy document consumer policy*, 2010-2014.

GABAIX (X.), LANDIER (A.), THESMAR (D.), et al., *La protection du consommateur : rationalité limitée et régulation*, Rapport n°101 du Conseil d'analyse économique, La documentation française, 2012.

HADAS-LEBEL (R.), BARDOU (G.), COURSON (O.), et *al*., *Conseil d'État – Rapport public – L'intérêt général*, 1999, p. 245.

HEURTIN (J.-P.), HO DINH (A.-M.), *Le non-recours à la justice – Les trajectoires des plaintes de consommation*, Rapport de recherche final, 2010, [en ligne] http://www.gip-recherche-justice.fr/wp-content/uploads/2014/07/07-14-RF.pdf.

HOULLIÉ (S.), Rapport n°429, déposé le 29 nov. 2017.

PILLET (P.), Rapport n° 22 (2017-2018), déposé le 11 oct. 2017.

Projet de réforme du régime des obligations et des quasi-contrats, 2011, [en ligne] http://www.textes.justice.gouv.fr/art_pix/avant_projet_regime_obligations.pdf.

STOFFEL-MUNCK (P.), « Présentation de l'avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux », 2022, [en ligne] https://www.justice.gouv.fr/sites/default/files/migrations/textes/art_pix/presentation_avant_projet.pdf.

RÉPERTOIRES, ENCYCLOPÉDIES, DICTIONNAIRES

AMARO (R.), V° « Troubles anormaux du voisinage », *in Rép. civ.*, Dalloz, avril 2023.

BAHOUGNE (L.), V° « Identification du service public », *in Rép. de service public*, Dalloz, juin 2021.

BETTINI (R.), V° « Efficacité », *in Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, A.-J. ARNAUD (dir.), 2ème éd., coll. Anthologie du droit, LGDJ, 1993, p. 219.

BOFFA (R.), V° « Obligation d'information », *in Dictionnaire du contrat*, D. MAZEAUD, R. BOFFA, N. BLANC (dir.), coll. Les dictionnaires LGDJ, LGDJ, 2018, n°183, p. 771.

CABRILLAC (R.), V° « Force obligatoire », *in Dictionnaire du contrat*, D. MAZEAUD, R. BOFFA, N. BLANC (dir.), coll. Les dictionnaires LGDJ, LGDJ, 2018, n°139, p. 596.

CHANTEPIE (G.), V° « Contrat : effet – Contenu du contrat », *in Rép. civ.*, Dalloz, janv. 2018 (actu. oct. 2024).

CHANTEPIE (G.), SAUPHANOR-BROUILLAUD (N.), V° « Déséquilibre significatif », *in Rép. civ.*, Dalloz, janv. 2022 (actu. sept. 2024).

CHAUVEL (P.), V° « Violence », *in Rép. civ.*, Dalloz, avr. 2019 (actu. oct. 2022).

CHONÉ-GRIMALDI (A.-S.), V° « Abus », *in Dictionnaire du contrat,* D. MAZEAUD, R. BOFFA, N. BLANC (dir.), coll. Les dictionnaires LGDJ, LGDJ, 2018, n°1, p. 19.

DISSAUX (N.), V° « Formalisme », *in Dictionnaire du contrat*, D. MAZEAUD, R. BOFFA, N. BLANC (dir.), coll. Les dictionnaires LGDJ, LGDJ, 2018, n°140, p. 601.

FABRE (A.), V° « Contrat de travail à durée indéterminée : rupture – licenciement – droit commun – Nullité du licenciement », *in Rép. trav.*, Dalloz, avr. 2020 (actu : juil. 2024).

GAHDOUN (P.-Y.), *Fasc. 20 : LIBERTÉS. – Liberté contractuelle*, JurisClasseur Civil Annexes, LexisNexis, 19 déc. 2019.

GHESTIN (J.), SERINET (Y.-M.), V° « Erreur », *in Rép. Civ.*, Dalloz, juil. 2017 (actu. fév. 2024).

JARROSSON (Ch.), TESTU (F.-X.), V° « Équité », *in Dictionnaire de culture juridique*, D. ALLAND, S. RIALS (dir.) coll. Quadrige, PUF, 2003, p. 635.

LATINA (M.), V° « Contrat : généralités – Principes directeurs du droit des contrats », *in Rép. Civ.*, Dalloz, mai 2017 (actu. avril 2023).

LICARI (F.-X.), *Fasc. 50 : CONTRAT. – Contenu du contrat. – Déséquilibre significatif du contrat*, JurisClasseur Civil Code, LexisNexis, 23 janv. 2017 (mise à jour : 29 juillet 2022).

LE TOURNEAU (Ph.), JULIEN (J.), V° « Solidarité », *in Rép. civ.*, Dalloz, fév. 2018 (actu. oct. 2024).

LE TOURNEAU (Ph.), POUMARÈDE (M.), V° « Bonne foi », *in Rép. civ.*, Dalloz, janv. 2017 (actu. oct. 2024).

LEMOULAND (J.), PIETTE (G.), HAUSER (J.), V° « Ordre public et bonnes mœurs », *in Rép. civ.*, Dalloz, fév. 2019 (actu. juin 2023).

MAZEAUD (D.),
- V° « Déséquilibre significatif », *in Dictionnaire du contrat*, D. MAZEAUD, R. BOFFA, N. BLANC (dir.), coll. Les dictionnaires LGDJ, LGDJ, 2018, n°113, p. 478 ;
- V° « Devoirs de bonne foi et de coopération », *in Dictionnaire du contrat*, D. MAZEAUD, R. BOFFA, N. BLANC (dir.), coll. Les dictionnaires LGDJ, LGDJ, 2018, n°114, p. 484.

MATHEY (N.), *Fasc. 100 : Forme des contrats*, JurisClasseur Contrats-Distribution, LexisNexis, 15 sept. 2020.

PÉRÈS (C.),
- V° « Liberté contractuelle », *in Dictionnaire du contrat*, D. MAZEAUD, R. BOFFA, N. BLANC (dir.), coll. Les dictionnaires LGDJ, LGDJ, 2018, n°169, p. 714 ;
- V° « Principes contractuels », *in Dictionnaire du contrat*, D. MAZEAUD, R. BOFFA, N. BLANC (dir.), coll. Les dictionnaires LGDJ, LGDJ, 2018, n°208, p. 877.

PETIT (B.), ROUXEL (S.), *Fasc. unique : CONTRAT. – Vice du consentement. – Erreur*, JurisClasseur Civil Code, LexisNexis, 30 juin 2022 (mise à jour par N. RZEPECKI).

PICOD (N.), *Fasc. 12-1 : CONTRAT. – Formation du contrat. – Négociations*, JurisClasseur Notarial Répertoire, LexisNexis, 8 août 2023 (mise à jour : 31 août 2023).

PIEDELIÈVRE (S.), V° « Crédit immobilier – Encadrement de l'endettement du consommateur de crédit immobilier », *in Rép. civ.*, Dalloz, oct. 2016 (actu. juil. 2024).

ROCHFELD (J.), V° « Cause », *in Rép. civ.*, Dalloz, sept. 2012 (actu. juil. 2022).

SCHÜTZ (R.-N.), V° « Crédit-bail », *in Rép. civ.*, Dalloz, oct. 2015 (actu. janv. 2024).

SÉJEAN (M.), V° « Cautionnement », *in Dictionnaire du contrat*, D. MAZEAUD, R. BOFFA, N. BLANC (dir.), coll. Les dictionnaires LGDJ, LGDJ, 2018, n°24, p. 106.

ZOLLER (E.), V° « Bonne foi », *in Dictionnaire de la culture juridique*, D. ALLAND, S. RIALS (dir.), coll. Quadrige, PUF, 2003, p. 143.

JURISPRUDENCES, DÉCISIONS ET ARRÊTS

1. Cour de cassation

Cass. civ. 21 novembre 1911 :

- *DP,* 1913, I, 249, note L. SARRUT ;
- *S,* 1912, I, 73, note Ch. LYON-CAEN ; *GAJC*, t. 2, 13ème éd., n°276 ;
- *GDJC*, décision n°72.

Cass. Civ., 6 mai 1946 :

- *JCP,* 1946, II, p.3236, note RODIÈRE

Cass. Civ. 2ème, 28 oct. 1954 : *Bull. civ.* II n°328, p. 222 :

- *JCP G*., 1955, II, 8765, note R. SAVATIER ;
- *RTD civ*., 1955, p. 324, obs. H. et L. MAZEAU.

Cass. Civ. 23 juin 1955 :

- *D.*, 1995, p. 653 ;
- *JCP,* 1955, II, p. 8981.

Cass. Civ., 5 janv. 1959 :

- *D*., 1959, p.106.

Cass. Civ. 1ère, 19 janvier 1977, n°74-12.783 : *Bull. Civ*. I, n°40.

Cass. Civ. 2ème, 19 nov. 1986, n°84-16.379 : *Bull. civ*. II, n°172 :

- *D.,* 1988, p. 16, note A. ROBERT.

Cass. civ. 1ère, 15 novembre 1989, n°97-18.003, *Bull. Civ*. I, n°348 :

- *Defrénois*, 1990, n°21, p. 441, note L. AYNÈS ;
- *D.*, 1990, p. 177, note Ch. MOULY ;
- *JCP G*., 1990, II, 21242, note D. LEGEAIS.

Cass. Civ. 1ère, 19 déc. 1990, n°88-12.863 : *Bull. civ.* I, n°303 :

- *RDI*, 1991, p. 78, obs. G. LEGUAY et P. DUBOIS ;
- *RTD Civ*., 1991, p. 325, obs. J. MESTRE.

Cass. civ., 3ème, 26 juin 1991, n°89.21-325 : *Bull. civ*. III, n° 194.

Cass. Civ. 3ème, 20 nov. 1991, n°90-10.286, *Bull. civ*. III, 1991, n°284 :

- *JCP N*., 1992, II, n°18, p. 159 ;
- *RDI*, 1992, p. 69, obs. Ph. MALINVAUD, B. BOUBLI.

Cass. Com. 3 nov. 1992, n°90-18.547, *Bull. civ.* IV, n°338 :

- *RTD Civ*., 1993, p. 124, note J. MESTRE ;
- *D*., 1995, p. 85, D. FERRIER ;
- *JCP G*., 1993, II, 22164, note G. VIRASSAMY.

Cass. Civ. 1re, 16 mai 1995, n°92-20.976 :

- *JCP G*., 1996, II, 22736, note F.-X. LUCAS.

Cass. Ass. pl., 1er déc. 1995, nos 93-13.688, 91-15.578, 91-15.999, 91-19.653, *Bull. civ*., nos 7 à 9 :

- *RTD Com*., 1996, p. 316, note B. BOULOC ;
- *RTD Civ.*, 1996, p. 153, note J. MESTRE ;
- *D.*, 1996, p. 13, note L. AYNÈS ;
- *RTD Com.*, 1997, p. 1, note M. JEOL ;
- *RTD Com*., 1997, p. 7, note Ch. BOURGEON ;
- *RTD Com*., 1997, p. 19, note Ch. JAMIN ;
- *RTD Com*., 1997, p. 37, note Th. REVET ;
- *RTD Com*., 1997, p. 49, note D. FERRIER ;
- *RTD Com*., 1997, p. 67, M. PÉDAMON ;
- *RTD Com*., 1997, p. 75, Ph. SIMLER ;
- *D*., 1998, p. 1, A. BRUNET ;
- *LPA*, 1995, n°155, p. 11, note D. BUREAU et N. MOLFESSIS ;
- *Defrénois*, 1996, p. 748, obs. Ph. DELEBECQUE.

Cass. civ. 3ème, 20 mars 1996, n°94-12.704 :

- *RDI*, 1997, p. 90, obs. C. SAINT-ALARY HOUIN, J.-C. GROSLIÈRE.

Cass. Com., 22 oct. 1996, n°93-18.632 : *Bull. civ*. IV, n°261 :

- *D*., 1997, p. 121, note A. SÉRIAUX ; `
- *D*., 1997, p. 145, note Ch. LARROUMET ;
- *D.,* 1997, p. 175, Ph. DELEBECQUE ;
- *RTD Civ*., 1997, p. 418, note J. MESTRE ;
- *RTD Civ*., 1998, p. 213, note N. MOLFESSIS ;
- *RTD Com*., 1997, p. 319, obs. B. BOULOC ;
- *JCP G*., 1997, I, 4002, obs. M. FABRE-MAGNAN ;
- *JCP G*., 1997, I, 4025, obs. G. VINEY ;
- *CCC*, 1997, comm. 24, note L. LEVENEUR ;
- *Defrénois*, 1997, p. 333, note D. MAZEAUD ;
- *LPA*, 1997, n°73, p. 30, note D. MARTIN.

Cass. Civ. 1ère, 7 oct. 1998, n°96-14.359, *Bull. civ*. I, n°285 :

- *RTD. Civ*., 1999, p. 383, obs. J. MESTRE ;
- *D*., 1998, p. 563, note. J. SAINTE-ROSE ;
- *D*., 1999, p. 237, obs. O. TOURNAFOND ;
- *D*. 1999, p. 110, obs. Ph. DELEBECQUE ;
- *JCP G.,* 1998, II, 10202, note M.-H. MALLEVILLE ;
- *JCP*, 1999, I, 144, obs. F. LABARTHE.

Cass. Civ. 1re, 13 oct. 1998, nº96-21.485, *Bull. civ*. I, nº 300 :

- *GAJC*, t. 2, 13ème éd., n°181 ;
- *Defrénois* 1999, art. 36953, obs. D. MAZEAUD ;
- *D*., 1999, p. 197, note Ch. JAMIN ;
- *D*., 1999, p. 115, note. Ph. DELEBECQUE ;
- *RTD Civ*., 1999, p. 394, note J. MESTRE.

Cass. Com., 24 nov. 1998, n°96-18.357, *Bull. civ*. IV, n°277 :

- *RTD Civ*., 1999, p. 646, note P.-Y. GAUTIER ;
- *RTD Civ*., 1999, p. 98, note J. MESTRE.

Cass. Civ. 1ère, 3 mai 2000, n°98-11.381 :

- *RTD Civ*., 2000, p. 566, obs. J. MESTRE ;
- *Defrénois*, 2000, p. 1110, obs. D. MAZEAUD et Ph. DELEBECQUE ;
- *JCP G*., 2001, II, 10510, note. Ch. JAMIN.

Cass. civ. 3ème, 21 février 2001, n°99-17.666 :

- *AJDI*, 2002, p. 412, obs. F. COHET-CORDEY ;
- *D*., 2002, p. 932, G. PIGNARRE.

Cass. Civ. 1re, 3 avril 2002, n°00-12.932, *Bull. Civ*. I, n°108 :

- *D.*, 2002, p. 1860, note J.-P. GRIDEL ;
- *D*., 2002, p. 1862, note J.-P. CHAZAL ;
- *RTD Civ*., 2002, p. 502, note J. MESTRE.

Cass. Civ. 2ème, 19 juin 2003, nos 00-22.302 et 01-13.289, *Bull. civ*. II, n°203 :

- *D*., 2003, p. 2326, obs. J.-P. CHAZAL ;
- *RTD Civ*., 2003, p. 716, obs. P. JOURDAIN ;
- *D*., 2004, p. 1346, obs. D. MAZEAUD ;
- *LPA*, 2003, n°261, p. 17, note Y. DAGORNE-LABBE ;
- *LPA*, 2003, n°208, p. 16, note S. REIFEGERSTE ;
- *JCP G*., 2003, II, 10170, comm. C. CASTETS-RENARD ;
- *Defrénois*, 2003, p. 1574, note J.-L. AUBERT ;
- *RLDC*, 2004, n°9, p. 15, note S. PIMONT.

Cass. Civ. 3ème, 17 janv. 2007, n°06-10.442 :

- *D*., 2007, p. 1051, note D. MAZEAUD ;
- *D*., 2007, p. 1054, note Ph. STOFFEL-MUNCK ; *RTD Civ*., 2007, p. 335, obs. J. MESTRE et B. FAGES ;
- *Defrénois*, 2007, p. 443, obs. É. SAVAUX ;
- *RDC*, 2007, n°3, p. 703, obs. P.-Y. LAITHIER ;
- *JCP G*., 2007, II, 10042, note Ch. JAMIN.

Cass. Com., 10 juill. 2007, n°06-14.768, *Bull. civ*. IV, n° 188 :

- *GAJC*, t. 2, 13ème éd., 2015, n° 164 ;
- *GDJC*, décision n°67 ;
- *D*., 2007, p. 2839, note Ph. STOFFEL-MUNCK ;
- *D.*, 2007, p. 2844, note P.-Y. GAUTIER ;
- *D*., 2007, p. 2966, obs. S. AMRANI MEKKI et B. FAUVARQUE-COSSON ;
- *RTD Civ*., 2007, p. 773, obs. B. FAGES ;
- *RTD Com*., 2007, p. 786, obs. P. LE CANNU et B. DONDERO ;
- *JCP G*., 2007, act. 340, note C. CHABAS ;
- *JCP G*., 2007, II, 10154, comm. D. HOUTCIEFF ;
- *JCP E*., 2007, p. 2394, comm. D. MAINGUY ;
- *CCC*, 2007, n°294, note L. LEVENEUR.

Cass. Civ. 1ère, 30 oct. 2008, n°07-17.646 :

- *RTD Civ*., 2009, p. 118, obs. B. FAGES ;
- *RTD Civ*., 2009, p. 111, obs. J. HAUSER ;

- *JCP G*., 2009, n°1-2, II, 10000, com. D. HOUTCIEFF ;
- *RDC*, 2009, p. 49, obs. D. MAZEAUD ;
- *RTD civ*., 2009, p. 49, obs. J. HAUSER.

Cass. Civ. 3ème, 18 mars 2009, n°07-21.260 : *Bull. civ.* III, n° 64 :

- *D*., 2009, p. 950, obs. Y. ROUQUET ;
- *RTD Civ*., 2009, p. 528, note B. FAGES ;
- *D.,* 2010, p. 1168, N. DAMAS,
- *AJDI*, 2009, p. 611, obs. C. DREVEAU ;
- *L'Essentiel Droit des contrats*, 2009, n°5, p. 7, note A.-C. MULLER ;
- *Loyers et copr.*, 2009, n°5, comm. 115, com. B. VIAL-PEDROLETTI ;
- *JCP G*., 2009, n°18, IV, 1686, p. 32.

Cass. Com. 30 juin 2009, n°08-14.944 :

- *D*., 2010, p. 224, note. S. AMRANI-MEKKI ;
- *RDC*, 2010, n°1, p. 44, note Th. GENICON ;
- *JCP G*., 2009, n°29, p. 273, spéc. n°33, note P. GROSSER.

Cass. Com., 29 juin 2010, n°09-11.841 : *Bull. civ*. IV, n°115 :

- *RTD Civ*., 2010, p. 555, note B. FAGES ;
- *D*., 2010, p. 1697, édito F. ROME ;
- *D*., 2010, p. 1832, obs. D. MAZEAUD ;
- *D*., 2011, p. 472, note S. AMRANI-MEKKI ;
- *JCP G*., 2010, p. 787, note D. HOUTCIEFF,
- *JCP G*., 2011, doctr. 63, chron. J. GHESTIN ;
- *JCP E*., 2010, 1790, note. Ph. STOFFEL-MUNCK ;
- *JCP E.,* 2010, 1814, note DAILLE-DUCLOS ;
- *CCC*, 2010, comm. 220, note L. LEVENEUR ;
- *Comm. Com. Électr*., 2010, comm. 99, note Ph. STOFFEL-MUNCK ;
- *RCA*, 2010, étude 11, note L. BLOCH ;
- *RDC*, 2010, p. 1220, note Y.-M. LAITHIER ;
- *RDC*, 2010, p. 1253, note O. DESHAYES ;
- *RLDC*, 2010, n°76, p. 16, note S. PIMONT ;
- *RLDC*, 2010, n°77, p. 7, note M. LAMOUREUX ;
- *Gaz. Pal*., 2010, n°245, p. 11, note Ph. GLASER et M.-É MATHIEU ;
- *Gaz. Pal*., 2010, n°343, p. 16, chron. M. MEKKI ;
- *LPA*, 2010, n°162, p. 7, note N. DUPONT-LE BAIL ;
- *LPA*, 2010, n°179, p. 7, étude, C. GRIMALDI ;
- *LPA*, 2010, n°182, p. 6, note R. SIRI.

Cass. Com. 5 avr. 2011, n°10-16.426 :

- *D*., 2012, p. 1573, obs. P. CROCQ,
- *D.,* 2012, p. 1908, obs. D. R. MARTIN ;
- *RD banc. fin*., 2011, n°3, comm. 89, obs. D. LEGEAIS ;
- *RDC*, 2011, p. 908, obs. D. HOUTCIEFF ;
- *Lexbase Hebdo*, 2011, n°251, note G. PIETTE.

Cass. Civ. 3ème, 10 juil. 2013, n°12-13.851 :

- *RDC*, 2014, p. 27, obs. O. DESHAYES ;
- *RDI* 2013, p. 470, obs. B. BOUBLI ;
- *Gaz. Pal.,* 2013, n°283, p. 19, chron. D. HOUTCIEFF ;

- *Gaz. Pal.*, 2013, n°318, p. 16, chron. M. MEKKI.

Cass. Civ. 3ème, 29 sept. 2016, n°15-15.129, publiée au bulletin.

Cass. Com., 31 janv. 2017, n°15-15.890 :

- *CCC*, 2017, n°4, comm. 89, obs. S. BERNHEIM-DESVAUX;
- *Rev. proc. coll.*, 2017, n°2, comm. 29, obs. C. GIJBERS ;
- *Banque et droit*, n°172, mars-avr. 2017, p. 78, obs. E. NETTER ;
- *RTD civ.*, 2017, 377, obs. H. BARBIER ;

Cass. Com. 17 mars 2017, n°15-16.406 :

- *Gaz. Pal.*, 2017, n°32, p. 31, note. D. HOUTCIEFF ;
- *D.*, 2018, p. 371, obs. M. MEKKI ;
- *RDC*, 2018, n°1, p. 21, note. Ph. STOFFEL-MUNCK ;
- *JCP E.*, 2017, n°21-22, comm. 1279, A. BORIES.

Cass. Civ. 3ème, 14 sept. 2017, n°16-18.840 :

- *RTD Civ.*, 2017, p. 858, obs. H. BARBIER ;
- *D.*, 2018, p. 371, obs. M. MEKKI.

Cass. Com., 6 déc. 2017, n°16-22.809.

Cass. Civ. 3ème, 1er fév. 2018, n°16-28.684 :

- *D.*, 2018, p. 1511, note M.-P. DUMONT-LEFRAND ;
- *Loyers et copr.*, 2018, n°4, comm. 93, com. Ph.-H. BRAULT ;
- *AJDI*, 2018, p. 591, obs. C. DREVEAU ;
- *Gaz. Pal.*, 2018, n°11, p. 66, note C.-E. BRAULT.

Cass. civ. 3ème, 15 févr. 2018, n°17-11.329 : *Bull. civ.* III, n°21 :

- *CCC*, 2018, n°8-9, comm. 151, note N. MATHEY ;
- *JCP E*, 2018, n°11, 1138 ;
- *JCP E.*, 2018, n°8-9, act. 136 ;
- *D.*, 2018, p. 2326, com. Y. SERRA ;
- *AJDI*, 2018, p. 601, note J.-P. BLATTER ;
- *D.*, 2019, p. 279, obs. M. MEKKI ;
- *RTD Civ.*, 2018, p. 408, note H. BARBIER ;
- *AJDI*, 2018, p. 520, A. ANTONIUTTI ;
- *Defrénois*, 2018, n°39, p. 26, note L. RUET ;
- *LEDC*, 2018, n°4, p. 1, note N. LEBLOND ;
- *L'essentiel Droit de la distribution et de la concurrence*, 2018, n°4, p. 4, C. GRIMALDI.

Cass. Civ. 3ème, 4 avril 2019, n°18-13.393.

Cass. civ. 1ère, 27 nov. 2019, n°18-14.575 :

- *D.*, 2020, p. 624, chron. H. AUBRY ;
- *D.*, 2020, p. 353, chron. M. MEKKI ;
- *RDC*, 2020, n°1, p. 62, note J. JULIEN.

Cass. Civ. 1re, 1er juil. 2020, n°18-26.352 :

- *D.*, 2021, p. 310, obs. R. BOFFA et M. MEKKI ;
- *RTD Civ.*, 2021, p. 394, note H. BARBIER, *LEDC*, 2020, n°8, p. 7, note O. ROBIN-SABARD ;
- *CCC*, 2020, n°10, comm. 135, note L. LEVENEUR.

Cass. Civ. 2ème, 23 sept. 2020, n°15-28.898 :

- *D*., 2021, p. 310, obs. M. MEKKI ;
- *RTD Com*., 2020, p. 937, obs. B. BOULOC.

Cass. civ. 2ème, 24 septembre 2020, n°19-15.375 :

- *JCP G*., 2020, n°50, doctr. 1396, spéc. n°4, obs. D. HOUTCIEFF ;
- *D*., 2021, p. 310, obs. M. MEKKI.

Cass. Civ. 1ère, 9 déc. 2020, n°18-25.686 :

- *D.*, 2021, p. 483, chron. X. SERRIER, S. ROBIN-RASCHEL, S. VITSE, et *al*. ;
- *LEDC*, 2021, n°2, p. 5, obs. O. ROBIN-SABARD ;
- *Gaz. Pal*., 2021, n°13, p. 31, note S. PIÉDELIÈVRE ;
- *CCC*, 2021, n°2, comm. 32, com. S. BERNHEIM-DESVAUX ;
- *JCP E*., 2021, n°3, 1032.

Cass. Civ. 1ère, 27 janv. 2021, n°19-24.582.

Cass. Com., 2 juin 2021, n°20-10.690 :

- *D*., 2021, p. 1076 ; *D*., 2021, p. 1879, obs. J.-J. ANSAULT et C. GIJSBERS ;
- *Rev. prat. rec*., 2021, p. 19, chron. O. SALATI ;
- *RTD civ.,* 2021, p. 689, obs. C. GIJSBERS.

Cass. civ. 2ème, 8 juil. 2021, n°19-25.552 : Bull. civ. II :

- *JCP E*, 2021, n°51-52, 1559, note B. RECEVEUR ;
- *RTD Civ*., 2021, p. 880, note H. BARBIER ;
- *D.*, 2022, p. 310, chron. R. BOFFA ;
- *D*., 2021, p. 1795, chron. G. GUÉHO ;
- *RDC*, 2021, n°4, p. 60, note J. JULIEN ;
- *Gaz. Pal*., 2021, n°41, p. 32, obs. S. PIÉDELIÈVRE ;
- *LEDC*, 2021, n°9, p. 3, obs. G. CATTALANO.

Cass. Civ. 1ère, 8 sept. 2021, n°19-18.453 :

- *RTD com*., 2021, p. 899, obs. B. BOULOC ;
- *CCC*, 2021, n°12, comm. 190, com. S. BERNHEIM-DESVAUX.

Cass. Civ. 2ème, 9 déc. 2021, n°20-10.096 :

- *LEDC*, 2022, n°1, p. 1, note M. LATINA ;
- *Procédures,* 2022, n°2, comm. 30, com. Y. STRICKLER ;
- *JCP G*., 2022, n°1, act. 11, com. C. CASEAU-ROCHE ;
- *D*., 2022, p. 384, note G. CHANTEPIE ;
- *D*., 2022, p. 310, note R. BOFFA ;
- *RTD Civ*., 2022, p. 121, note H. BARBIER.

Cass. com., 26 janv. 2022, n°20-16.782 : *Bull. civ.* IV, n°1 :

- *D*. 2022, p. 1419, chron. S. BARDOT ;
- *D*., 2022, p. 539, com. S. TISSEYRE ;
- *D*., 2023, p. 254, note R. BOFFA ;
- *RTD Civ*., 2022, p. 124, note H. BARBIER ;
- *RDC*, 2022, n°2, p. 16, com. Ph. STOFFEL-MUNCK ;
- *RDC*, 2022, n°2, p. 103, com. J. JULIEN ;
- *RDC*, 2022, n°2, p. 10, com. M. LATINA ;

- *RDC*, 2022, n°3, p. 89, note N. BALAT ;
- *Gaz. Pal*., 2022, n°16, p. 5, com. D. HOUTCIEFF ;
- *JCP E.*, 2022, n°12, 1125, com. G. CHANTEPIE ;
- *Comm. com. électr*., 2022, n°3, comm. 19, com. G. LOISEAU ;
- *CCC*, 2022, n°3, comm. 40, com. L. LEVENEUR.

Cass. Civ. 1ère, 6 avr. 2022, n°21-12.045, *Bull. Civ*. I, n°4 :

- *RTD Civ*., 2022, p. 376, note. H. BARBIER ;
- *D*., 2023, p. 254, obs. M. MEKKI ;
- *Rev. Sociétés*, 2022, p. 615, note J. BARDY ;
- *RLDC*, 2022, n°203, obs. S. DE ROUMEFORT ;
- *JCP E*., 2022, n°23, 1206, p. 28, com. B. DONDERO ;
- *Gaz. pal*., 2022, n°14, p. 25, obs. C. BERLAUD ;
- *Gaz. pal*., 2022, n°16, p. 6, note D. HOUTCIEFF.

Cass. Civ. 1ère, 31 août 2022, n°21-12.968 :

- *RTD civ*., 2022, p. 879, obs. H. BARBIER ;
- *RDC*, 2023, n°1, p. 13, note M. LATINA ;
- *LEDC*, 2022, n°9, p. 6, obs. M. LATINA,
- *JCP E*, 2022, n°50, 1407, com. L. FÉRIEL ;
- *CCC*, 2022, n°10, comm. 161, com. S. BERNHEIM-DESVAUX ;
- *JCP G*., 2022, n°37, act. 1019, note J. LASSERRE CAPDEVILLE.

Cass. com. 25 janv. 2023, n°21-19.351 :

- *RTD Civ*., 2023, p. 356, com. H. BARBIER ;
- *RD banc. fin*., 2023, n°2, comm. 43, com. D. LEGEAIS.

Cass. Com., 18 octobre 2023, n°20-21.579 :

- *RLDC*, 2024, n°223, obs. H. KASSOUL ;
- *D*., 2024, p. 275, chron. M. MEKKI ;
- *D*. 2023, p. 2169, note S. TISSEYRE ;
- *RTD Civ*., 2023, p. 882, note H. BARBIER ;
- *CCC*, 2024, n°1, comm. 1, obs. L. LEVENEUR.

Cass. com., 10 juil. 2024, n°22-21.947 ; *Bull. civ.* IV.

2. Cours d'appel

CA Pau, 2ème ch., 17 déc. 1990 :

- *D*., 1991, p. 270, note J.-C. GROSLIÈRE.

CA Versailles, 13e ch., 20 déc. 1991 :

- *D*., 1991, p. 197, note J.-L. AUBERT.

CA Paris, 25e ch., sect. A, 19 janv. 2001, n°1998/24188 :

- *RTD Civ.*, 2001, p. 360, obs. J. MESTRE et B. FAGES.

CA Rennes, 22 janv. 2010, n°08/08806 :

- *JCP G*., 2010, n°25, doctr. 708, spéc. n° 2, obs. P. SIMLER ;
- *JCP E.*, 2010, n°8, 1189, comm. P. BOUTEILLER.

CA, Riom, Ch. com., 21 sept. 2022, n° 21/00093.

CA Dijon, Ch. Civ., 22 sept. 2022, n° 19/01598.

CA, Paris, 22 sept. 2022, n° 20/07564.

CA Douai, 2e ch., 2e sect., 19 oct. 2023, n°22/02325.

CA, Douai, 2e ch., 1re sect., 16 nov. 2023, n°21/03145.

3. Juridictions de première instance

Rouen, Ch. civ. et com., 30 janv. 2014, n°13/02234.

Amiens, Ch. civ. 01, 29 janv. 2015, n°13/06452.

Grenoble, Ch. civ. 02, 18 janv. 2022, n°19/02954.

Saint-Denis (Réunion), Ch. civ., 9 mai 2018, n°16/00073.

Chambéry, 29 nov. 2018, n°18/00069.

Aix-en-Provence, 4 déc. 2018, n°17/10400.

Montpellier, 1re ch. D, 20 déc. 2018, n°18/00653.

Bastia, Ch. civ., 2e sect., 13 fév. 2019, n°17/00381.

Paris, Pôle 5, ch. 6, 19 juin 2019, n°17/13408.

Paris, Pôle 5, ch. 4, 8 janv. 2020, n°17/19362.

Toulouse, 1re ch., 2e sect., 29 juin 2020, n°18/04443.

Versailles, 14e ch., 12 nov. 2020, n°19/07628.

Versailles, 13e ch., 1 déc. 2020, n°19/01022.

Paris, Pôle 5, ch. 10, 18 janv. 2021, n°19/12106.

Besançon, 1re ch. civ. et com., 29 juin 2021, n°20/00200.

Nancy, 2e ch. civ., 30 sept. 2021, n°20/01993.

Chambéry, Ch. civ., 1re sect., 23 nov. 2021, n°19/01662.

Caen, 2e ch. civ. et com., 13 janv. 2022, n°20/01411.

Bastia, Ch. civ., 1re sect., 16 fév. 2022, n°20/00513.

Pau, 2e ch., 1re sect., 31 mai 2022, n°21/00254.

Versailles, 3e ch., 7 juil. 2022, n°21/00675.

Bordeaux, Ch. soc., sect. A, 21 sept. 2022, n°19/01278.

Aix-en-Provence, Ch. 4-4, 17 nov. 2022, n°19/12857.

Amiens, 5e ch. prud'homale, 22 fév. 2023, n°21/05381.

Bordeaux, 2e ch. civ., 23 mars 2023, n°22/03976.

Montpellier, 4e ch. civ., 6 avr. 2023, n°20/03324.

Bordeaux, 4e ch. com., 1 juin 2023, n°21/01657.

Paris, Pôle 5, ch. 4, 17 janv. 2024, n°21/12898.

Paris, Pôle 5, ch. 11, 23 fév. 2024, n°21/13203.

Grenoble, 1re ch. civ., 7 janv. 2020, n°18/00212.

Versailles, 12e ch., 26 nov. 2020, n°19/03233.

Bourges, ch. civ., 12 août 2021, n°20/00644.

Toulouse, 4e ch., 1re sect., 13 mai 2022, n°20/03723.

Nancy, 1re ch., 26 sept. 2022, n°21/02318.

Nîmes, 1re ch., 8 déc. 2022, n°21/04508.

Bordeaux, 4e ch. com., 15 mars 2023, n°21/00489.

Paris, Pôle 1, ch. 9, 4 juil. 2023, n°21/00627.

Aix-en-Provence, 1re et 8e ch. réun., 14 fév. 2024, n°22/12087.

INDEX

(Les numéros renvoient aux numéros de paragraphes)

A

Abus
- Excès (*différent de –*), 203 s.
- Notion, 202

Analyse économique du droit
- Intérêt (*V. Intérêt*)
- Opportunisme (*V. Comportement des contractants*)
- Vices du consentement, 288
- Théorie relationnelle du contrat (*V. équilibre relationnel*)

ARISTOTE, 92, 96, 157
Autonomie de la volonté, 75

B

BARBIER (H.), 190, 192, 283
Bonne foi, 255 s.
Bonnes mœurs, 267 s.

C

CAPITANT (H.), 126
Cause
- Contrepartie illusoire ou dérisoire, 329, 331

Cautionnement, 98, 125
CHAZAL (J.-P.), 282
CHÉNEDÉ (F.), 92, 95, 96
Clauses abusives (*V. Contrat d'adhésion*)
Cohérence, 328
Comportement des contractants
- Abusif (*V. Abus*)
- Civisme contractuel, 276
- Opportunisme, 219 s., 282, 292 s., 299

Contenu
- Clauses abusives (*V. Contrat d'adhésion*)
- Licéité, 315 s., 317, 322
- Notion, 102
- Substance du contrat, 328

Contexte de formation du contrat, 59, 168, 170
Contrat
- Crises, 74 s.
- Finalité, 146 s.
- Notion 3, 124

Contrat d'adhésion
- Clauses abusives, 334 s.
- Interprétation, 340

Contrepartie (*V. cause*)

D

Déséquilibre contractuel
- Abus (*V. Abus*)
- Déséquilibre conjoncturel, 144, 178
- Déséquilibre externe, 205 s.
- Déséquilibre interne, 196 s.
- Déséquilibre structurel, 144
- Excès, 203, 204
- Présomption de déséquilibre, 197 s.

Devoir de se renseigner, 192
Donation, 99, 125
Droits finalisés, 200
Dualisation du droit des contrats, 10,59, 333

E

Échange économique89 s., 90
Égalité, 108 s.
Équilibre, 2
Équilibre contractuel
- Équilibre des intérêts, 120 s., 127
- Équilibre des patrimoines, 68
- Équilibre objectif, 128
- Équilibre subjectif, 123, 251
- Notion, 118 s., 183

Équilibre relationnel
- Dimension relationnelle du contrat, 112 s.
- Équilibre des pouvoirs, 298 s.

- Équilibre informationnel, 280 s.
- Notion, 110, 112 s., 251
Équilibre substantiel, 104, 105, 114, 314 s.
Équité, 25 s., 31, 127
Équivalence
- Notion, 32 s., 69 s., 72
- Objective, 33
- Subjective, 32
Excès (*V. Abus*)
Existence du contrat (*V. Validité*)

F

FIN-LANGER (L.), 7, 90, 104, 152, 153
Finalités
- Notion, 138
- Contrat, 146 s.
- Droit des contrats, 155 s.
Fixation unilatérale du prix (*V. Pouvoirs d'évaluation*)
Forçage du contrat, 28
Force obligatoire, 172 s.
Formalisme (*V. Information*)
Formation du contrat, 144

G

GÉNY (F.), 127
GHESTIN (J.), 147
GRYNBAUM (L.), 127

I

Impératif (*V. Ordre public*)
Imprévision, 144, 177, 178, 264, 342
Imprévu
- Dirimant
- Menaçant
- Notion, 179, 343
Information
- Formalisme informatif, 200, 291
- Motivation, 310
- Notion, 281
- Obligation d'information, 285 s.
Intangibilité du contrat, 173
Intérêt général, 132 s., 320
Intérêt privé, 122 s., 125

J

JAMIN (CH.), 80
JOSSERAND, 127
Justice
- Commutative, 92, 96, 157
- Contractuelle, 157
- Distributive, 92, 96, 157

L

Lésion, 34, 331
Libéralisme, 75, 123, 199
Liberté
- Effectivité, 192
- Liberté contractuelle, 161 s.
- Liberté de prendre des risques, 190
- Responsabilité, 191
Libre recherche scientifique (V. GÉNY)
Licite (*V. Contenu*)
LOKIEC (P.), 196

M

MAZEAUD (D.), 80
MEKKI (M.), 134, 135
Motivation (*V. Information*)

O

Obligation de sécurité, 29
Ordre public
- Ordre public de protection, 129, 319
- Ordre public de direction, 321
- Règles impératives (*différent de* –), 324

P

Paradigme contractuel, 93
Partie faible, 37, 52
Pérennité contractuelle, 180, 289
Politique législative, 22 s., 43 s., 57
Pouvoirs
- Droits potestatifs, 127
- Factuels, 196, 299 s.
- Juridiques, 196, 303 s.
Pouvoirs d'évaluation, 306
Pouvoirs de réflexion, 305
Pouvoirs de sanction, 301, 307, 310, 311

Principe
- Descriptif, 152
- Normatif, 153

R

Réforme du droit des contrats, 54 s.
Résolution unilatérale (*V. Pouvoirs de sanction*)
Responsabilité (*V. Liberté*)
REVET (TH.), 10, 59, 333
Risque (*V. Liberté*)

S

Satisfaction des intérêts, 120 s.
SAVAUX (E.), 151
Solidarisme, 79 s., 123
Supplétif, 248
Synallagmatique
- *Synallagma* (*différent de* –), 96

T

Théorie de la violation efficace, 311
THIANCOURT (R.), 200

U

Unilatéralisme, 58, 298
Utile et le juste, 147
Utilitarisme, 147

V

Validité
- Existence (*différent de* –), 142, 143

Vices du consentement
- Abus d'état de dépendance, 299
- Analyse économique du droit (*V. le mot*)
- Dol, 221,288, 296, 299
- Erreur, 293
- Violence, 299

TABLE DES MATIÈRES

REMERCIEMENTS **1**
LISTE DES ABRÉVIATIONS **1**
SOMMAIRE **1**
INTRODUCTION GÉNÉRALE **1**

Section 1. Justification d'une étude portant sur l'équilibre contractuel en droit commun des contrats 1
Section 2. Présentation de la méthode de l'étude de l'équilibre contractuel 11

PARTIE I - L'ADOPTION D'UNE CONCEPTION FINALISTE DE LA NOTION D'ÉQUILIBRE CONTRACTUEL **19**

TITRE 1. LE MORCELLEMENT DES CONCEPTIONS DE L'ÉQUILIBRE CONTRACTUEL 21

CHAPITRE 1. La genèse des conceptions de l'équilibre contractuel 23

Section 1. L'équilibre contractuel, une notion servant la politique législative 23

Paragraphe 1. Une absence formelle de la notion d'équilibre contractuel dans la politique législative de 1804 24

A. Une notion absente des textes législatifs 24

1. La notion d'équité 25
2. La notion d'équivalence 30

B. Les prémices de l'équilibre contractuel 34

Paragraphe 2. Une notion émergente devenue un objectif de politique législative 42

A. L'équilibre contractuel comme objectif de politique législative 42
B. La matérialisation de l'équilibre contractuel comme objectif de politique législative 46

1. La parcellisation du droit des contrats 48
2. La réforme du droit commun des contrats 51

Section 2. L'équilibre contractuel, une notion forgée par la doctrine 60

Paragraphe 1. Une absence de la notion d'équilibre contractuel dans la doctrine contractualiste jusqu'au début du XX^{e} siècle 60

A. L'emploi limité du terme d'équilibre par la doctrine 61
B. L'emploi courant de la notion d'équivalence par la doctrine 63

Paragraphe 2. L'intégration de l'équilibre contractuel par la doctrine 66

A. Un essor de la notion d'équilibre contractuel dans un contexte de crises du contrat 67
B. Un essor de la notion d'équilibre contractuel dans la doctrine solidariste 74

CHAPITRE 2. Le rejet des conceptions restrictives de l'équilibre contractuel 83

Section 1. Un cantonnement aux seuls contrats réalisant un échange économique 83
Paragraphe 1. Présentation 83
Paragraphe 2. Critiques 87
Section 2. Un cantonnement au seul contenu du contrat 93
Paragraphe 1. Présentation 95
Paragraphe 2. Critiques 97
A. Le rejet nécessaire de la notion d'égalité des parties 99
B. L'omission de la dimension relationnelle du contrat 103
CONCLUSION DU TITRE 1 109
TITRE 2. L'ÉLABORATION D'UNE DÉFINITION GÉNÉRALE DE L'ÉQUILIBRE CONTRACTUEL 111
CHAPITRE 1. L'équilibre contractuel défini comme la satisfaction des intérêts .. 113
Section 1. L'équilibre contractuel et la satisfaction des intérêts privés 114
Paragraphe 1. La notion d'intérêts privés en matière contractuelle 114
Paragraphe 2. Les liens inhérents entre l'équilibre contractuel et l'intérêt privé 123
Section 2. L'équilibre contractuel et le respect de l'intérêt général 130
CHAPITRE 2. L'équilibre contractuel appréhendé comme une finalité 135
Section 1. L'établissement d'un lien entre l'équilibre contractuel et le contrat . 136
Paragraphe 1. L'existence indispensable d'un contrat 136
Paragraphe 2. L'équilibre contractuel, une finalité du contrat 142
Section 2. L'établissement d'une grille de lecture du droit des contrats à l'aune de l'équilibre contractuel 146
Paragraphe 1. Le statut de l'équilibre contractuel en droit des contrats 147
A. L'équilibre contractuel, un principe descriptif 147
B. L'équilibre contractuel, une finalité du droit des contrats 154
Paragraphe 2. Une lecture des principes du droit des contrats à l'aune de l'équilibre contractuel 158
A. La liberté contractuelle – L'outil privilégié de détermination de l'équilibre contractuel 159
1. L'insuffisance de la liberté contractuelle comme unique moyen au service de l'équilibre contractuel 160
2. Une vision renouvelée et raisonnée de la liberté contractuelle 162
B. La force obligatoire du contrat – L'outil de sécurisation et de réalisation de l'équilibre contractuel 169
1. L'interprétation rigide de la force obligatoire, une conciliation restreinte avec l'équilibre contractuel 170
2. L'interprétation renouvelée de la force obligatoire – Une meilleure conciliation avec l'équilibre contractuel 174
CONCLUSION DU TITRE 2 181

CONCLUSION DE LA PARTIE I 183
PARTIE II - LES MÉTHODES DE RÉALISATION DE L'ÉQUILIBRE CONTRACTUEL 185
TITRE 1. L'IDENTIFICATION DE CRITÈRES D'APPRÉHENSION DE L'ÉQUILIBRE CONTRACTUEL 187
CHAPITRE 1. L'établissement de critères de rationalisation 189
Section 1. L'identification des différents seuils de déséquilibre contractuel 190
Section 2. L'identification des sources de déséquilibres contractuels légitimes 198
Paragraphe 1. Le déséquilibre contractuel interne 199
A. Une présomption de déséquilibre contractuel – La prise en considération d'un risque 200
B. L'existence d'un déséquilibre contractuel – La correction de la réalisation du risque 205
Paragraphe 2. Le déséquilibre contractuel externe 209
CHAPITRE 2. La détermination de critères d'appréhension des comportements . 213
Section 1. L'importance d'une appréhension pragmatique des comportements contractuels 216
Paragraphe 1. La prise en compte de la rationalité limitée dans le contrôle de l'équilibre contractuel 217
Paragraphe 2. La prise en compte des comportements opportunistes dans le contrôle de l'équilibre contractuel 223
Section 2. L'illusion de l'appréhension efficace des comportements par le Droit 229
Paragraphe 1. Des limites constituées par l'usage du Droit 231
A. Les mésusages dus aux imperfections du système juridique 232
B. Les mésusages dus aux comportements des contractants 235
1. L'élaboration de stratégies de contournement de la règle juridique 235
2. L'adoption de comportements opportunistes permis par l'impossible efficacité des sanctions dissuasives 236
Paragraphe 2. Des limites constituées par la mise en œuvre du Droit 243
CONCLUSION DU TITRE 1 247
TITRE 2. L'APPLICATION DES CRITÈRES DE RECHERCHE DE L'ÉQUILIBRE CONTRACTUEL 249
CHAPITRE 1. L'équilibre relationnel, l'appréhension directe du comportement des parties 253
Section 1. Les mécanismes généraux encadrant le comportement des parties ... 254
Paragraphe 1. L'encadrement des comportements des contractants 255
A. Un devoir général comportemental : la bonne foi 256
B. Le devoir de conformité du comportement du contractant aux bonnes mœurs 268
Paragraphe 2. L'influence des contraintes comportementales sur l'équilibre contractuel 273

Section 2. Les mécanismes spéciaux encadrant le comportement des parties ... 277

Paragraphe 1. Le rétablissement de l'équilibre informationnel ... 278

A. La notion d'information en matière contractuelle ... 278
B. L'objet de l'information en droit positif ... 282

1. L'influence des mécanismes informationnels sur le consentement et l'exécution du contrat ... 284
2. L'influence des mécanismes informationnels sur les comportements opportunistes ... 295

Paragraphe 2. Le rétablissement de l'équilibre des pouvoirs ... 306

A. L'équilibre relationnel face aux pouvoirs factuels ... 307
B. L'équilibre relationnel face aux pouvoirs juridiques ... 316

1. Présentation des pouvoirs juridiques légaux ... 316
2. L'encadrement et le contrôle de l'exercice des pouvoirs juridiques unilatéraux ... 318

CHAPITRE 2. L'équilibre substantiel, l'appréhension indirecte du comportement des parties ... 329

Section 1. Le contrôle de licéité du contenu contractuel ... 330

Paragraphe 1. Une exigence générale de conformité à l'ordre public ... 332
Paragraphe 2. Une conformité générale aux règles de droit ... 338

A. Le contrôle général s'appliquant à tous les contrats ... 338
B. Le contrôle particulier du contenu des seuls contrats d'adhésion ... 350

Section 2. Le contrôle du contenu contractuel dans le temps ... 361

CONCLUSION DU TITRE 2 ... 367

CONCLUSION DE LA PARTIE II ... 369
CONCLUSION GÉNÉRALE ... 373
BIBLIOGRAPHIE ... 377

OUVRAGES GÉNÉRAUX, TRAITÉS ET MANUELS ... 377

1. XVIII^e^ et XIX^e^ siècles ... 377
2. XX^e^ siècle ... 378
3. XXI^e^ siècle ... 379

OUVRAGES SPÉCIAUX ... 381

1. Monographies ... 381
2. Ouvrages collectifs ... 383
3. Thèses ... 385
4. Ouvrages non-juridiques ... 393

ARTICLES, ÉTUDES ET CHRONIQUES ... 393
COMMUNICATIONS COLLOQUES ... 415
RAPPORTS ET DOCUMENTS COLLECTIFS ... 415
RÉPERTOIRES, ENCYCLOPÉDIES, DICTIONNAIRES ... 416
JURISPRUDENCES, DÉCISIONS ET ARRÊTS ... 418

1. Cour de cassation ... 418
2. Cours d'appel ... 424

3. Juridictions de première instance..... 425
INDEX 427
TABLE DES MATIÈRES..... 431

RÉSUMÉ

L'équilibre contractuel a pu susciter des débats en doctrine tant son appréhension paraissait intuitive, et souvent interchangeable avec d'autres notions, telles que l'équivalence. Pourtant incontournable en droit des contrats, invoquée par la doctrine, le législateur, et parfois même par la jurisprudence, cette notion n'a, paradoxalement, fait l'objet d'aucune étude de portée générale, c'est-à-dire indépendamment des différents modèles contractuels dans lesquels il se manifeste, laissant régner une certaine confusion autour de la notion. La thèse se propose d'apporter une clarification notionnelle en appréhendant l'équilibre au regard de la notion de contrat, indépendamment de ses espèces. L'équilibre contractuel peut ainsi s'analyser comme une finalité, tenant à la satisfaction des intérêts contractuels. Cette définition favorise l'appréhension de l'équilibre contractuel en droit positif, ainsi que l'identification des phénomènes du droit positif subsumés sous la notion d'équilibre contractuel. Pour favoriser cet idéal, cela suppose l'identification de certains critères, non absolus, induisant une prévention et un traitement rationnel de l'équilibre contractuel, permettant, notamment, la conservation de l'intérêt de l'outil contractuel.

ABSTRACT

Contractual balance has been able to give rise to debates in legal doctrine as its understanding seemed intuitive, and often interchangeable with other notions, such as equivalence. Yet essential in contract law, studied by doctrine, the legislator, and sometimes even by case law, this notion has, paradoxically, the subject of any general study, i.e. independently of the different contractual models in which it manifests itself, leaving a certain confusion surrounding the notion. The thesis aims to provide notional clarification by understanding balance regarding the notion of contract, decisive for the types of contracts. Contractual balance can thus be analyzed as a purpose, relating to the satisfaction of contractual interests. This definition promotes the understanding of contractual balance in positive law, as well as the identification of phenomena of positive law subsumed under the notion of contractual balance. To promote this ideal, this requires the identification of certain criteria, which are not absolute, leading to prevention and rational treatment of contractual balance, allowing, in particular, the preservation of the interest of the contractual tool.