



Sami Serageldin

Les clauses ayant effet à l'échelle des groupes de contrats

SERAGELDIN Sami. *Les clauses ayant effet à l'échelle des groupes de contrats*, sous la direction de Nicolas Bouche. - Lyon : Université Jean Moulin (Lyon 3), 2014.
Disponible sur : www.theses.fr/2014LYO30052



Document diffusé sous le contrat Creative Commons « Paternité – pas d'utilisation commerciale - pas de modification » : vous êtes libre de le reproduire, de le distribuer et de le communiquer au public à condition d'en mentionner le nom de l'auteur et de ne pas le modifier, le transformer, l'adapter ni l'utiliser à des fins commerciales.



Doctorat en droit des affaires

SAMI SERAGELDIN

Les clauses ayant effet à l'échelle des groupes de contrats

Soutenue publiquement le lundi 29 septembre à 14 heures à la salle Boris Starck à
l'Université Jean Moulin Lyon III

Sous la direction de

M. Nicolas Bouche, Maître de conférences habilité à diriger des recherches à l'Université
Lyon III Jean Moulin

MEMBRES DU JURY

Monsieur **Eric Loquin**, Professeur à l'Université Bourgogne-Dijon (rapporteur)

Monsieur **Frédéric Pollaud-Dulian**, Professeur à l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne (rapporteur)

Monsieur **William Dross**, Professeur à l'Université Lyon III Jean Moulin (membre)

Monsieur **Nicolas Bouche**, Maître de conférences habilité à diriger des recherches à l'Université Lyon III Jean Moulin (directeur de thèse)

Sommaire

<u>Introduction</u>	1
<u>Première Partie: L'extension de l'effet d'une clause au sein d'un groupe de contrats : un phénomène</u>	19
<u>Titre I: Typologie des groupes de contrats</u>	21
<u>Chapitre I: Les chaînes de contrats</u>	22
<u>Chapitre II: Les ensembles contractuels entre deux parties</u>	72
<u>Chapitre III: Les ensembles contractuels entre plusieurs parties</u>	121
<u>Titre II: Les différentes hypothèses d'extension de l'effet des clauses au sein d'un groupe de contrats</u>	145
<u>Chapitre I: Extension et transmission de l'effet d'une clause dans une chaîne de contrats</u>	147
<u>Chapitre II: L'extension des clauses dans un ensemble contractuel</u>	187
<u>Deuxième partie: Base juridique de l'extension et de la transmission des clauses au sein des groupes de contrats</u>	259
<u>Titre I: Justification de l'extension ou de la transmission d'une clause au sein d'un groupe de contrats</u>	261
<u>Chapitre I: Justification de l'extension et de la transmission d'une clause au sein d'une chaîne de contrats</u>	262
<u>Chapitre II: Justification de l'extension de certaines clauses dans les ensembles contractuels</u>	313

<u>Titre II :Analyse des clauses pouvant produire des effets à l'échelle du groupe de contrats.....</u>	371
<u>Chapitre I: Définition de quelques catégories particulières de clauses.....</u>	372
<u>Chapitre II: Etude de certaines clauses problématiques dans les groupes de contrats.....</u>	402
<u>Conclusion générale.....</u>	429

Liste des principales abréviations

Ass. Plén.	Assemblée plénière
Bull.Civ.	Bulletin civil
Civ.	Chambre civile de la Cour de cassation
Civ .	1 ^{ère} Première chambre civile de la Cour de cassation
Civ 2 ^{ème}	Deuxième chambre civile de la Cour de cassation
Civ 3 ^{ème}	Troisième chambre civile de la Cour de cassation
Com.	Chambre commerciale de la Cour de cassation
CCI	Chambre de commerce internationale
Soc.	Chambre sociale de la Cour de cassation
Ch.Mixte	Chambre mixte
Cons. const.	Conseil constitutionnel
CA	Cour d'appel
CJCE	Cour de Justice de la Communauté européenne
CEDH	Cour européenne des droits de l'Homme
GAJC	Grands arrêts de jurisprudence civile
JDI	Journal de droit international
D.	Recueil Dalloz
Rev.Crit.DIP	Revue critique de droit international privé
DMF	Revue de droit maritime français

Rev.arb	Revue de l'arbitrage
RDC	Revue des contrats
Rev.gen. assur. terr.	Revue générale des assurances terrestres
RTD civ.	Revue trimestrielle de droit civil
RTD com.	Revue trimestrielle de droit commercial
JCP	Semaine juridique
éd. E	Edition entreprise et affaires
éd. G	Edition générale
éd. N.	Edition notariale
T.Com.	Tribunal de commerce
TGI	Tribunal de grande instance

Introduction

« *Mon opinion est juste mais elle est potentiellement fausse, l'opinion de l'autre est fausse mais elle est potentiellement juste.* »

L'imam El-Chafei¹

1. L'apparition du concept des groupes de contrats dans la doctrine rappelle un peu l'histoire de Newton avec la pomme tombée de l'arbre, qui lui a fait découvrir la gravité terrestre. Tout comme cette pomme, les groupes de contrats constituent un phénomène économique qui se produit depuis bien avant le code civil, ne serait-ce que par les ventes en chaînes. Les anciens juristes n'ont pourtant pas trouvé de raisons de s'intéresser à ce phénomène, ni même à le décrire.
2. Les premiers effets juridiques de la chaîne de contrats sont pourtant apparus depuis la rédaction du code civil. L'action directe du propriétaire envers le sous-locataire (article 1753) et celle du mandant contre le sous-mandataire (article 1994 alinéa 2) ne sont que des manifestations typiques du groupe de contrats. Peu après, la jurisprudence a admis l'action directe du sous-acquéreur contre le vendeur initial en garantie des vices cachés. Les groupes de contrats était bien existants, et produisaient même certains de leurs effets juridiques, mais aucun juriste n'avait daigné en parler.
3. Il a fallu plus d'un siècle et demi pour que la doctrine commence à s'intéresser à cette notion. En 1974, Monsieur Teyssié, dans sa thèse intitulée *Les groupes de contrats*², fut le premier à reconnaître une valeur juridique à cette réalité économique. Il les divisa en deux catégories, les chaînes de contrats, caractérisées par leurs formes linéaires, et les ensembles contractuels caractérisés par leur forme circulaire.

¹Théologien musulman du VIII^{ème} siècle, fondateur de l'école chaféite.

² Bernard Teyssié, *Les groupes de contrats*, thèse Montpellier, LGDJ, 1975.

4. Depuis cette date, plusieurs études ont été faites sur les groupes de contrats. Mais l'essentiel de ces travaux se focalise sur l'un ou plus de ces trois aspects : la qualification et la formation des groupes³, le phénomène des anéantissements en cascade⁴ et la nature de l'action en responsabilité entre les membres extrêmes du groupe de contrats⁵. Certains travaux de recherche ont été également faits sur l'extension de la clause compromissoire dans les groupes de contrats⁶. Cependant, à notre connaissance, aucune étude n'a été consacrée à la problématique de l'extension des différentes clauses, prise dans son ensemble. C'est précisément ce que nous voudrions étudier ici : la théorie générale de l'extension et de la transmission des clauses dans les groupes de contrats.

5. Le phénomène des groupes de contrats se développe à deux vitesses différentes. Sur le plan économique, les groupes de contrats ne cessent de gagner en importance. Les opérations « clé en main », initiée par un promoteur qui conclut une multitude de contrats au profit d'un bénéficiaire, sont très révélateur sur ce plan⁷. De même, les assurances de groupes, les opérations de transport maritime et l'exploitation des immeubles à usage commercial ne constituent que quelques exemples parmi les ensembles contractuels qui

3 Voir notamment B. Teyssié, thèse précitée ; S. Bros, L'interdépendance contractuelle, thèse de Doctorat à Paris II Assas, 2001 et S. Pellé, *La notion d'interdépendance contractuelle, contribution à l'étude des ensembles de contrat*, thèse pour le doctorat en droit de l'Université Panthéon-Assas, Dalloz, 2007.

4 Voir par exemple B. Teyssié, thèse précitée. ; S. Pellé, thèse précitée. ; S. Amrani-Mekki, « Indivisibilité et ensembles contractuels : l'anéantissement en cascade des contrats », *Répertoire du Defrénois*, 2002, p. 355, art. 3505 ;

5 Voir notamment F. Fiechter-Boulevard, *La transmission de l'Engagement dans les Contrats en Chaîne*, thèse pour l'obtention du doctorat en droit privé à l'Université Pierre Mendès France, 1992 ; F. Leborgne, *L'action en responsabilité dans les groupes de contrats, Etude de droit interne et de droit international privé*, thèse pour le Doctorat à l'Université Rennes I, 1995 ; M. Bacache-Gibeili, *La Relativité des conventions et les groupes de contrats*, thèse à Paris II Panthéon-Assas, 1996 ; Ch. Larroumet, « L'effet relatif des contrats et la négation de l'existence d'une action en responsabilité nécessairement contractuelle dans les ensembles contractuels », *Semaine Juridique Edition générale*, n°43, article 3531 p. 313s.

6 Voir J. El-Ahdab, *La clause compromissoire et les tiers*, thèse à Paris I, sous la direction de Y. Guyon, 2004 ; S. Pellé, op.cit., p.468s ; J. Barbet, « Extension de la clause compromissoire à des parties non signataires du contrat: les juridictions françaises persistent...et signent », *Petites affiches*, , *La loi*, 11-12 Aout 2009, numéro 159-160 ; E. Loquin, « Différence et convergence dans le régime de la transmission et de l'extension de la clause compromissoire devant les juridictions françaises », *Gazette du Palais*, mai-juin 2002, p. 898 ; X. Boucobza et Y-M. Serinet, « L'extension de la clause compromissoire au sous-traitant et le principe de l'estoppel », *Revue des Contrats*, 2012/2, p. 545 ; L. Weiller, « Compétence du juge des référés en présence d'une convention d'arbitrage et extension de la clause au sous-traitant directement impliqué dans l'exécution du contrat », *Procédures*, n°1 janvier 2012, p. 18 ; J. Barbet, « Extension de la clause compromissoire à des parties non signataires du contrat: les juridictions françaises persistent...et signent », *Petites affiches*, , *La loi*, 11-12 Aout 2009, numéro 159-160.

7 S. Pellé, op.cit., p.316s.

constituent désormais une large partie des opérations économiques quotidiennes. D'autre part, les travaux de construction et de rénovation, impliquant sous-traitance et fourniture de matériaux, forment des chaînes homogènes ou hétérogènes de contrats. Sur le plan juridique pourtant, jurisprudence et doctrine paraissent toujours hésitantes et divergentes, empêchant cette notion de se développer à pas sûrs.

6. L'hésitation de la jurisprudence et de la doctrine en matière de groupe de contrats. Cette hésitation se voit à plusieurs niveaux. Alors que pour certains, les membres du groupe de contrats sont des parties contractantes – du moins de « simples parties contractantes »⁸, ou « parties à un même groupe de contrats »⁹- la jurisprudence, à travers les rares décisions dans lesquelles elle s'est prononcée sur cette question, refuse toute assimilation des membres du groupe de contrats à des parties¹⁰. De même, sur la distinction entre le contrat complexe (contrat unique) et l'ensemble contractuel, la doctrine oscille toujours entre deux tendances : subjective (reposant sur la volonté des parties)¹¹ et objective (reposant sur d'autres critères)¹². La détermination de la nature délictuelle ou contractuelle de l'action directe, bien qu'elle soit apparemment tranchée par la jurisprudence¹³ fait toujours l'objet d'un vif débat en doctrine. La doctrine est aussi très divergente quant au fondement de l'ensemble contractuel, certains auteurs privilégiant la cause¹⁴, d'autres la condition¹⁵, d'autres encore la volonté des parties, enfin une partie de la doctrine favorisant l'indivisibilité des obligations prévues par les articles

8 Voir M. Bacache-Gibeili, op.cit. p. 262s.

9 C. Charbonneau et F.-J. Pansier, « Du renouveau de la notion de partie », *Répertoire du Notariat* Defrénois, 2000, art. 37110, p. 284.

10 Com., 28 mars 1995 n° 93-11.538, inédit et Com, 9 mars 2010, n° 09-11807, inédit.

11 Voir par exemple Anne Courrèges, « Une action en nullité contre une seule clause d'un contrat est-elle recevable si cette clause est indivisible de l'ensemble du contrat ? », *Bull. civ. juridique des contrats publics*, octobre 2009, n° 66, p. 411s.

12 Voir par exemple S. Bros, op.cit., p. 105s. et -M. Marmayou, *L'unité et la pluralité contractuelle entre les mêmes parties (méthode de distinction)*, thèse à l'Université d'Aix-Marseille, 2002.

13 Voir *infra* n° 100s.

14 Voir par exemple : J.-M. Bahans, *Théorie générale de l'acte juridique et droit économique*, thèse à Bordeaux IV, 1998, p. 606s.

15 S. Pellé, op.cit., p. 139s.

1217 et 1218 du code civil¹⁶. La jurisprudence n'y est pas unanime non plus, basculant essentiellement entre la cause et l'indivisibilité des articles 1217 et 1218¹⁷.

Même au niveau de la terminologie – ou plutôt, surtout au niveau de la terminologie – la divergence entre les auteurs et les arrêts est flagrante. A titre d'exemple, la jurisprudence emploie indistinctement les termes « indivisibilité » et interdépendance, utilisant parfois le premier¹⁸ parfois le deuxième¹⁹, parfois les deux de manière concomitante²⁰. Pourtant, dans la présentation de M. Teyssié, les deux termes sont synonymes²¹.

7. Mais si les groupes de contrats ne forment pas, jusqu'à notre jour, un concept cohérent et bien défini, pourquoi alors s'aventurer à franchir un pas de plus, et à étudier l'extension des clauses au sein de ces groupes ?

8. L'extension et la transmission des clauses au sein des groupes de contrats, un phénomène omniprésent dans la pratique, absent dans la doctrine. La réponse à cette question réside dans le constat que nous avons fait plus haut : les groupes de contrats se développent beaucoup plus rapidement dans la pratique que dans les ouvrages de doctrine. Le phénomène de l'extension des clauses n'y fait pas exception. Et cela ne concerne pas que les clauses compromissaires, dont l'extension a été observée et étudiée par un certain nombre d'auteurs. Durant les trente dernières années, la jurisprudence a admis, dans plusieurs cas de figures et pour divers motifs, l'extension de différents types de clauses dans les groupes de contrats. La clause attributive de juridiction, la clause de non-concurrence, la clause de renonciation de recours, la clause de garantie de passif et la clause limitative de responsabilité n'en fournissent que quelques

16 Voir par exemple : B. Teyssié, op.cit., p.97s.

17 Voir *infra* n°97s.

18 Voir par exemple Civ.1ère, 15 novembre 1994, *Bull.civ.* I, n°328, Com. 4 avril 1995, *Bull.civ* IV, n° 115 et 116 ; *JCP* 1995 *éd.G*, IV, 1391 et 1392 et Com, 15 juin 1999 *JCP éd.G* 2000, I, 215 et *JCP* éd E, 2000, p. 802s.

19 Com., 15 février 2000, n° 97-19793, *Bull.civ.* 2000 IV n° 29 p. 23

20 Voir par exemple : Cass. 1re, 3 avril 2001, n°: 98-18476, *Bull.civ.* 2001 I N° 94 p. 60, Civ 1re, 13 novembre 2008, n° 06-12920, *Bull.civ.* 2008, I, n° 254 et Ch. Mixte, 17 mai 2013 n° 11-22768.

21 B. Teyssié, op. cit, p. 97s.

exemples parmi une multitude de clauses dont la jurisprudence a reconnu qu'elles pouvaient produire des effets dans la chaîne de contrats ou dans l'ensemble contractuel. Avec l'explosion des groupes de contrats - notamment dans les projets économiques de grande envergure - nous verrons probablement, dans le futur proche, encore plus d'exemples où la clause est capable de franchir son enclos contractuel pour rayonner à l'échelle du groupe.

9. La majorité des hypothèses d'extension dans les groupes de contrats peuvent passer complètement inaperçues, en raison de la réticence des magistrats à fonder leurs solutions expressément sur le groupe de contrats. Seul un examen méticuleux, une lecture détaillée du visa, des motifs et des faits peut révéler les empreintes du groupe de contrats dans la décision.

10. Malgré le peu de travail académique traitant de cette question, les rédacteurs de l'avant-projet Catala ont jugé nécessaire de reconnaître certains effets à certains types de clauses dans les groupes de contrats. Ainsi l'article 1172-2 de l'avant-projet dispose que :
« *Toutefois, certaines clauses figurant dans l'un des contrats de l'ensemble étendent leur effet aux contractants des autres conventions, pourvu que ceux-ci en aient eu connaissance lors de leur engagement et n'aient pas formé de réserves.*

Il en est ainsi des clauses limitatives ou exclusives de responsabilité, des clauses compromissaires et des clauses d'attribution de compétence ».

Cependant, dans la partie explicative de l'avant-projet, rien n'est dit sur les raisons qui ont suscité le choix de ces trois clauses ont particulier ; ce qui ne fait que confirmer notre impression que la question de l'extension n'a jamais été profondément étudiée, et surtout jamais dans son ensemble.

11. La multiplication des groupes de contrats – et donc des chances d'être confronté à la question de l'extension d'une clause au sein du groupe – d'une part, et la réforme prochaine du droit des obligations, d'autre part, appellent tous les deux à la nécessité de formuler une théorie générale de l'extension et de la transmission des clauses dans les groupes de contrats. Cette théorie pourrait remplacer l'approche au cas par cas selon laquelle la jurisprudence procède actuellement. Elle pourrait contribuer à donner aux rédacteurs des trois projets de réforme du droit des obligations (l'avant-projet Catala,

l'avant-projet dirigé par M. Terré et le projet de la chancellerie) une vision plus complète des effets de la clause à l'échelle du groupe de contrats.

Mais avant de nous lancer dans la construction de cette théorie, il convient d'abord de préciser ce que nous entendons par certains mots-clés dans notre travail de recherche.

12. Quelques définitions. Bien que les ensembles contractuels et les chaînes de contrats constituent la cible de notre étude, nous ne définirons ni l'un ni l'autre dans cette introduction. Les divergences sont tellement nombreuses et fortement ancrées quant à ces deux notions, que nous préférons traiter de leurs définitions au sein du développement de cette thèse.

13. Par contre, « l'extension » et la « transmission » paraissent plus faciles à définir. L'extension d'une clause signifie que ses effets touchent à des tiers ou à d'autres contrats qu'elle n'était pas censée régir. On distingue alors l'extension *rationae materiae*, qui se traduit par un élargissement du champ d'application de la clause à de nouveaux contrats, de l'extension *rationae personae* qui désigne l'extension des effets de la clause à d'autres personnes que les parties contractantes (en dehors, bien entendu de l'hypothèse de la stipulation pour autrui qui constitue une dérogation légale au principe de l'effet relatif des conventions).

Il est à noter que l'extension de l'effet varie considérablement selon l'importance de l'effet produit par la clause. Une extension peut simplement consister en l'interprétation d'une clause par référence à une autre clause dans le même ensemble contractuel²², mais elle peut aussi, dans certaines hypothèses, rendre un membre du groupe débiteur ou créancier en vertu d'une clause d'un contrat auquel il n'est pas partie²³.

Il faut ensuite noter qu'il existe une différence subtile mais importante entre les deux notions d'*extension* et de *transmission* d'une clause. La première (si on la prend dans le sens de l'extension *rationae personae*) signifie que l'effet de la clause s'étend à une personne qui n'était pas partie au contrat, tout en continuant à lier les parties. La seconde

22 Civ 1ère, 22 février 1980, *Rev. gen. assur. Terr.*, 1985.278.

23 Voir par exemple l'extension de l'effet d'une clause de non-concurrence dans un ensemble contractuel : Civ 3ème, 4 mai 2006, n°04-10051, *Bull.civ.* III, n° 67 *RTD Civ.* 2006, p. 554, obs. J. Mestre et Fages B., *RDC* 2007, p. 267 obs. Mazeaud, *D.* p. 295 obs. Viney G.

signifie que la clause ne lie désormais que ce tiers concerné, l'une des parties contractantes se trouvant alors déchargée ; c'est donc une sorte de mécanisme de substitution.

14. Ayant ainsi défini l'extension et la transmission, reste à définir ce que nous entendons par « clause ». La question peut paraître superflue. La clause du contrat n'est-elle pas tout simplement le contenu d'un « article » du contrat ? L'article 1 constituerait alors une clause, l'article 2 une autre, etc... ? La réponse n'est pas aussi simple.

Il faut avoir toujours en vue l'idée que le contrat se forme par l'échange des consentements, et que l'écrit ne sert, en principe, que de moyen de preuve de l'existence et du contenu du contrat. Il est vrai qu'en pratique la grande majorité des contrats – du moins ceux qui sont suffisamment importants pour pouvoir générer un contentieux – sont écrits. Il n'empêche que ce rappel permet d'éclaircir quelques points.

15. La seule chose sûre, c'est que la clause est une partie du contrat. En revanche, deux interrogations demeurent. La première est de cerner le contenu du contrat. Selon l'article 1135 du code civil, « *les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature.* ». Cet article connaît un essor particulièrement important aujourd'hui avec la prépondérance du phénomène prétorien, que la doctrine appelle souvent le « forçage du contrat »²⁴. La doctrine utilise cette expression pour désigner avec désapprobation la tendance actuelle de la jurisprudence à « découvrir » dans le contrat des obligations d'information, de sécurité ou d'autres obligations à vocation générale. En plus du forçage du contrat, la « crise du contrat » désigne la multiplication des dispositions impératives spéciales, qui régissent des types particuliers de contrats²⁵. Ces deux phénomènes juridiques (le forçage et la crise du contrat) font que le contenu du contrat ne se limite plus à ce qui est écrit. Pour définir la clause, il faut donc d'abord pouvoir définir ce qu'est que le contrat. Voici la première problématique.

24 F. Rouvière, *Le contenu du contrat : essai sur la notion d'inexécution*, PUF, 2005, p.199 ; M. Fabre-Magnon, *Droit des obligations I- Contrat et engagement unilatéral*, Puf, collection « Thémis droit », 3ème édition, 2012 et V. Lasbordes, « L'actualité de la cession de créance », *Petites affiches*, 14 novembre 2002, n°228, p.4

25 F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, *Droit Civil Les obligations*, Dalloz, 9ème édition, 2005, p.48.

16. La seconde concerne la « taille de la portion » que représente la clause par rapport au contrat. Si nous admettons que la clause est une partie du contrat, mais en combien de partie pourrait-on le diviser ? Prenons l'exemple d'un contrat comportant vente d'un bien meuble sous condition suspensive. On peut considérer que l'obligation du vendeur de livrer la chose, sous condition suspensive, constitue une clause. Mais on peut aussi considérer que l'obligation de livrer la chose constitue une clause, la condition suspensive en constitue une autre. Et on pourrait également diviser l'obligation de livraison en plusieurs clauses : celle qui fait peser l'obligation sur la tête du vendeur, celle qui décrit la chose vendue et celle qui détermine le lieu de livraison, etc... Une deuxième question concerne donc le degré auquel nous sommes prêts à subdiviser le contrat.

17. Sur le premier point, nous débiterons notre réflexion par la présentation de Pothier. Selon le « père du code civil », le contrat se compose de trois parties. La première est celle des engagements²⁶ qui déterminent la nature du contrat. Ce sont les stipulations sans lesquels le contrat n'existerait pas ou serait d'un autre type que celui prévu (ex : l'obligation de payer le prix pour le contrat de vente). La deuxième partie concerne tout ce qui s'attache au contrat soit par l'usage, par la loi ou par la nature du contrat, sans affecter l'existence ou la nature du contrat. Autrement dit, tout ce qui s'intègre dans le contrat par l'effet de l'article 1135 du code civil. La troisième partie regroupe les « choses accidentelles au contrat » : ces stipulations que les parties ont convenu d'intégrer au contrat, même si elles ne relèvent ni de la nature, ni de l'essence du contrat²⁷.

18. La première et la troisième catégories de stipulations ne posent pas vraiment de problèmes. La deuxième catégorie, en revanche, soulève une difficulté pour la détermination de la ligne de démarcation entre ce qui relève du contrat, et ce qui relève de la loi. Le contrat est une institution juridique à part entière, il ne se développe pas en dehors du droit. La formation et l'exécution du contrat sont régis, directement ou indirectement, par des dizaines voire des centaines d'articles du code civil, du code de

²⁶ Nous prenons ici le mot engagement dans son sens large, plus large que l'obligation. Dans ce sens, l'engagement englobe tout ce qui est du ou consenti dans le contrat. Nous verrons plus tard que l'obligation est un terme à connotation technique bien précise.

²⁷ R.-J. Pothier, *Traité des obligations*, préface J.- L. Halpérin, réédition de la Bibliothèque Dalloz, 2011, p.7s.

commerce, du code de la consommation, etc...Sans compter les devoirs que la jurisprudence intègre dans le contrat, et que nous avons soulevés plus haut. Il est donc impossible de considérer que toute règle légale, d'usage ou jurisprudentielle qui s'applique au contrat en fait partie. Pour pousser le raisonnement jusqu'au bout, les articles 1134 et 1165 devraient être considérés comme partie du contrat !

On ne peut donc pas intégrer dans le contrat toutes les règles qui le régissent. Le contrat est avant tout un instrument qui permet aux parties d'encadrer leurs comportements futurs dans certaines règles. Sur cette base, nous proposons de limiter cette deuxième partie du contrat (celle qui est définie par l'article 1135 du code civil) à deux types de règles. Les premières sont celles qui imposent une certaine règle de comportement, exigent une certaine action ou abstention de la part des cocontractants. Autrement dit, les règles qui supposent un rôle actif de la part des contractants. C'est le cas, par exemple, du devoir d'information que la jurisprudence impose dans certains contrats. Ce genre de règles touche en effet directement au comportement des cocontractants pendant l'exécution du contrat. Il s'intègre donc bien dans le contrat en tant qu'instrument d'encadrement du comportement des parties. Le deuxième type de règle que nous voulons intégrer dans le contrat englobe les dispositions que le législateur impose d'inscrire dans le contrat. Il en est ainsi par exemple de l'article R. 140-5 de l'ancien code des assurances qui imposait de rédiger dans la police d'assurance une clause « *prévoyant que le souscripteur tient à la disposition des assurés une notice résumant d'une manière très précise leurs droits et obligations* ». Si le législateur a choisi d'intégrer une telle disposition dans *l'instrumentum* contractuel, c'est qu'il a voulu intégrer ces dispositions dans le contrat. Pour récapituler, le contrat consisterait en ce qui a été convenu par les parties, ainsi qu'à tout ce que la loi ou l'usage impose aux parties, et tout ce que la loi impose de rédiger dans le document contractuel.

19. Sur le deuxième point, nous pensons qu'il serait logique de définir la clause comme la plus petite subdivision possible du contrat. En effet, dans la jurisprudence il n'est jamais fait référence à une « partie d'une clause », ce qui souligne que la clause est dans l'esprit des juges la plus petite composante du contrat. D'ailleurs, on imagine mal quelle serait la signification de la clause, si l'on pouvait diviser le contrat en parties encore plus petites.

La clause serait donc pour le contrat comme l'électron pour la matière. La référence pour déterminer la divisibilité ou l'indivisibilité d'une stipulation contractuelle est à la fois la nature du contrat et la volonté des parties. Ce qui peut paraître divisible dans certains types de contrats ou pour certains contractants peut bien être indivisible dans d'autres cas ou pour d'autres personnes. S'il s'agit de clauses écrites, le regroupement de certaines stipulations sous un même article peut faire présumer la volonté des parties de considérer ces stipulations comme un tout indivisible. Mais il peut aussi s'avérer que telle n'était pas la volonté réelle des parties, et que le regroupement de ces stipulations traduit en réalité une maladresse de rédaction. La référence finale reste toujours la divisibilité ou l'indivisibilité des stipulations, selon la nature du contrat en cause et la volonté réelle des parties, et non pas la rédaction de certaines stipulations sous forme d'article ou de plusieurs articles.

20. Nous pouvons donc définir la clause comme suit : la clause est la division la plus petite du contrat, le contrat étant entendu ici comme la somme de ce qui est convenu par les parties, les engagements imposés par la loi ou l'usage et tout ce que la loi impose de rédiger dans le document contractuel.

Le sujet étant désormais bien défini, il convient ensuite d'expliquer l'enjeu de cette étude.

21. L'enjeu de l'étude : expliquer les phénomènes de l'extension et de la transmission au regard des mécanismes de droit commun. Le passage d'un droit civil configuré sur le contrat unique, à un droit civil incluant les groupes de contrats, est devenu chose certaine. Toute la question qui se pose est quand et comment. Si la rareté relative des groupes de contrats dans le passé permettait aux juristes de les ignorer par souci de simplification, le rôle des groupes de contrats dans le fonctionnement de l'économie moderne ne le permet plus. L'application rigide des règles du contrat isolé donne lieu à des absurdités. Nous n'en donnerons que deux exemples.

22. Premièrement, si l'on n'admettait pas la transmission de la clause de non-concurrence dans la chaîne de ventes de fonds de commerce, le vendeur intermédiaire aurait à son profit une clause qui ne lui sert plus à rien ; de l'autre côté, le sous-acquéreur

ne pourra pas défendre les droits liés au fonds qu'il vient d'acquérir vis-à-vis du vendeur initial²⁸. Deuxièmement, si l'on n'admettait pas que les clauses de compétence puisse produire d'effet dans les chaînes de contrats, le membre extrême de la chaîne devrait exercer l'action directe devant la juridiction de droit commun, et diriger une autre action contre son cocontractant direct devant la juridiction désignée par la clause. Une telle solution entraînerait évidemment un risque important de contrariété des décisions, une multiplication des coûts du procès et une perte considérable de temps dans le contentieux (la juridiction saisie en premier déciderait probablement de surseoir à statuer en attendant la décision rendue par l'autre juridiction).

23. Ces deux exemples, et bien d'autres, démontrent l'impérieuse nécessité d'aménager une place aux groupes de contrats, et notamment de l'extension des clauses dans les groupes de contrats, dans le droit positif contemporain. Or, le « bouleversement juridique » produit par le groupe de contrats est immense, susceptible d'ébranler toute la conception du contrat telle qu'elle est héritée des rédacteurs du code civil. Un changement d'une telle envergure peut se faire de deux manières.

24. Soit par le « choc » : la doctrine et le législateur restent peu réceptifs à la problématique des effets des clauses sur le groupe de contrats ; la jurisprudence se trouve confrontée à des difficultés de plus en plus aiguës, et de plus en plus récurrentes. Sans support textuel adapté, sans lignes directrices offertes par la doctrine, la jurisprudence finirait par « craquer ». Elle ne pourrait que mettre de côté les dispositions du droit civil, à chaque fois que l'affaire concerne un groupe de contrats, procéder au cas par cas et compromettre la cohérence de tout le droit civil. Le législateur, pris de court par l'effondrement des piliers essentiels du code civil, ne pourrait que prévoir dans la hâte des dispositions dérogatoires de secours pour répondre aux problèmes les plus imminents des groupes de contrats. Au fil du temps, nourris par les nouveaux obstacles auxquels la jurisprudence devrait faire face, ce corpus de règles dérogatoires ne pourrait qu'enfler, pour finir par créer un droit distinct, à l'instar du droit de la consommation ou du droit de la construction. Le droit des groupes de contrats se développerait à part, hors du système classique prévu par le code civil.

28 Voir *infra* n°344s.

25. Ce changement, aussi radical soit-il, pourrait s'opérer d'une manière moins dérangeante. Les règles principales régissant le contrat dans le code civil sont suffisamment générales pour qu'on puisse les adapter à cette nouvelle notion juridique. Il suffit de les redéfinir, en leur donnant un sens plus large ou plus étroit. D'un autre côté, il s'agit d'inscrire les groupes de contrats dans le droit positif par le prisme de ces mécanismes classiques, qui seraient alors « remodelés » pour pouvoir s'appliquer aux groupes de contrats, tout en gardant leurs fonctions initiales dans le code civil. Un exemple parlant de cette méthodologie peut se voir dans la modernisation du concept de la cause, qui a permis à une grande partie de la doctrine de le concevoir comme un mécanisme d'unification de l'ensemble contractuel²⁹.

26. L'objectif de cette thèse est d'introduire le phénomène de l'extension et de la transmission des clauses dans les groupes de contrats par la deuxième voie, celle de la modulation des notions classiques du code civil.

27. Cette méthode d'adaptation du droit positif à la notion des groupes de contrats, requiert d'avoir deux choses en vue. La première consiste en les enjeux économiques, sociaux, procéduraux et autres qui motivent l'extension de l'effet d'une clause dans un groupe de contrats. Le droit n'est pas une science qui se sert à elle-même. Il s'agit d'une discipline qui répond à des attentes humaines et sociales extrêmement variées (intégrité physique, bien-être économique, liens familiaux, idéologies philosophiques et politiques, etc...). Le droit est avant tout un outil qui a pour objet ultime d'assurer le bien-être de l'Homme dans la société. Ce constat vaut aussi et surtout pour la question que nous allons étudier. Le deuxième point qu'il faut toujours garder en vue est que les redéfinitions que nous proposerons pour certains des concepts classiques du droit civil ne viennent pas heurter la cohérence du droit des contrats. Ces institutions classiques du droit civil doivent pouvoir continuer à exercer leur fonction normale, aussi bien pour le contrat isolé que pour les groupes de contrats.

28. L'achèvement de cette thèse devrait donc aboutir à un résultat qui soit à la fois utile et légalement justifiable.

29 S.Pellé, op.cit., p.236s.

29. La méthode que nous adopterons doit aussi prendre en considération la dimension évolutive des groupes de contrats. Nous l'avons déjà mentionné, il s'agit d'une notion qui se développe continuellement. Les hypothèses d'extension et de transmission sont très variées. Il serait vain d'établir une liste exhaustive des cas de figures dans lesquels une clause pourrait produire ses effets dans un groupe de contrats, ou de dresser un inventaire des clauses qui peuvent s'étendre dans le groupe. Le but serait plutôt d'offrir au praticien une méthode qui lui permet de trancher à propos de l'éventuelle extension d'une clause, à chaque fois qu'il est confronté à une telle problématique. Cette méthode devra prendre en compte les éventuels obstacles à l'extension, les hypothèses dans lesquelles l'extension est d'une nécessité telle qu'elle doit s'imposer au juge, ainsi que les autres hypothèses dans lesquelles la question de l'extension doit être laissée à l'appréciation du juge. Elle doit bien tracer les limites du pouvoir souverain du juge sur cette question, et poser les fondements juridiques qui peuvent valablement justifier certaines dérogations au droit commun.

L'objectif de cette thèse n'est donc pas de dresser une liste exhaustive des hypothèses d'extension, mais d'offrir aux praticiens une méthode qui leur permet de traiter cette question, en concordant l'utilité avec la légalité.

La construction de cette méthode nous mènera à faire face à un certain nombre de problématiques

30. Problématiques. Une première question est de savoir quand l'on peut parler véritablement d'extension. La pratique abonde, en effet, d'exemples de « fausses extensions ». Il se peut qu'un même contrat soit divisé en plusieurs *instrumentum*, donnant l'impression d'un ensemble contractuel, toute application d'une clause contenue dans l'un des documents à l'intégralité du contrat serait alors traitée comme une extension alors qu'elle ne l'est pas³⁰. De même, l'ensemble contractuel peut mener à une diffraction du litige, de sorte qu'on ne puisse plus distinguer le contrat qui fut à l'origine du contentieux. La mise en œuvre d'une clause de compétence contenue dans l'un des contrats de

30 Voir *infra* p.428s..

l'ensemble peut alors donner l'impression d'une extension de la clause, alors qu'elle n'a été appliquée que dans sa sphère « normale » prévue par les parties. La première problématique consiste donc à éliminer ces fausses hypothèses pour cerner les véritables hypothèses d'extension.

31. Une deuxième problématique, la plus importante sans doute, concerne la justification des extensions et des transmissions au regard de l'article 1165 du code civil. Comment expliquer qu'un contrat puisse produire des effets à l'égard d'autres personnes qui n'ont pas participé à la conclusion du contrat ? Peut-on considérer les membres du groupe de contrats comme des parties contractantes, ou du moins comme « simples parties contractantes » comme l'a proposé Madame Bacache-Gibeili³¹ ? Dans l'affirmative, comment pourrait-elles alors expliquer que d'autres effets du contrat ne peuvent toucher les membres du groupe ? Dans la négative, ces effets pourraient-ils alors relever de l'opposabilité ? Mais quel est alors le critère de distinction entre ce qui relève de l'opposabilité du contrat et ce qui constitue une dérogation au principe de l'effet relatif du contrat ? Et si cette extension constitue une dérogation à l'article 1165, peut-on la justifier ?

32. Une troisième question, liée à la deuxième, concerne le concours potentiel entre l'effet relatif et la force obligatoire du contrat. Il arrive, en effet, que dans un ensemble contractuel, le respect de la force obligatoire d'une clause du contrat impose qu'on porte atteinte aux droits d'un autre membre de l'ensemble. Quel principe faudra-t-il faire prévaloir dans ce cas et pour quelle raison : la force obligatoire du contrat ou son effet relatif ?

33. Quatrièmement, à propos de l'extension *rationae materiae* de la clause, se pose la question de la liberté que peut se permettre le juge dans la mise en œuvre de la clause. Toute la dialectique concerne l'équilibre qu'il faut faire entre le respect de la volonté des parties dans la sphère d'application qu'ils ont donné à la clause et la nécessité de rendre une décision cohérente au regard du groupe de contrats.

34. Le cinquième point concerne les clauses de compétence. Ces clauses peuvent déroger à certaines des garanties processuelles fondamentales. Nous pensons notamment au droit

³¹ Thèse précitée.

au juge naturel garanti par la Conseil constitutionnel³² et les garanties du procès équitable prévues par l'article 6-1 de la Convention européenne des droits de l'Homme. On justifie traditionnellement ces dérogations par l'idée qu'en consentant à la clause compromissoire ou à la clause attributive de juridiction, les parties ont exprimé leur volonté de renoncer à certaines de ces garanties processuelles. Mais comment pourrait-on alors justifier la dérogation à ces droits processuels lorsque le groupe de contrat requiert l'extension d'une clause de compétence à des membres non signataires ?

35. Une sixième problématique touche également aux clauses de compétence, lorsque des clauses de compétence contradictoires ou incompatibles se trouvent dans un même groupe de contrats. Que faire lorsqu'il existe un litige global impliquant différents contrats du groupe, et que l'un des contrats contient une clause compromissoire alors que l'autre contient une clause attributive de juridiction ? Ou que chacun d'entre eux prévoit une clause attributive de juridiction désignant un tribunal différent ?

36. Une dernière question relative à l'action directe : dans quel contrat l'action trouve-t-elle son origine ? Celui du demandeur ou celui du défendeur, ou les deux ? La réponse à cette question a des répercussions importantes sur la détermination des clauses qui peuvent conditionner l'exercice de l'action.

Afin de répondre à ces différentes problématiques nous suivrons une certaine démarche.

37. Démarche. « *Ce qui importe n'est pas de limiter ou d'accroître les connaissances, mais de les ordonner* ». Le chartreux Dom Jean-Baptiste Porion (1899-1987)³³.

Rien n'est plus vrai que cette maxime dans le sujet que nous traitons. Comme nous l'avons déjà relevé, la notion de groupe de contrats souffre, à tous les niveaux, d'une extrême divergence doctrinale et jurisprudentielle. Un certain nombre des problématiques que nous avons relevées peuvent être tranchées, du moins partiellement, si nous suivons

³²Decis. de principe n°75-56 DC, 23 juillet 1975, *RDC publ.*1975.1313, obs. Favoreu et Philip, *AJDA* 1976. 44 note Rivero, *D.*1975. 629, note L. Hamon et G. Levasseur, *JCP* 1975. II. 18200, note Franck.

³³ L'ordre des Chartreux, ordre religieux catholique formé en 1084 par Saint Bruno et six de ses compagnons au nord de Grenoble.

un modèle de réflexion cohérent et consistant, et que nous précisons le sens exact des termes que nous allons employer.

38. Nous utiliserons dans cette thèse la première classification des groupes de contrats, celle instaurée par M. Teyssié, qui divise les groupes de contrats en ensembles contractuels et en chaînes de contrats³⁴. Au sein des ensembles contractuels, nous distinguerons entre les ensembles bipartites et les ensembles multipartites.

39. Certaines questions fondamentales relatives aux groupes de contrats n'entrent pas directement dans le sujet de notre thèse, mais ont des répercussions importantes sur les phénomènes d'extension et de transmission. Il en est ainsi, par exemple, de la nature des liens entre les membres du groupe, de la nature et du fondement de l'action directe, du fondement juridique qui permet de relier les contrats de l'ensemble et de la distinction entre le contrat complexe et l'ensemble contractuel. Sans prétendre épuiser ces thématiques, qui dépassent largement notre sujet, nous exposerons les différents points de vue et nous prendrons position en faveur de la thèse qui nous aura le plus convaincu. Si aucune des opinions présentées ne gagne notre conviction, nous proposerons notre propre point de vue sur la question. L'idée de cette première démarche est de donner des « repères de cohérence » qui permettent à la thèse d'avancer sur une terre solide et sur un modèle de réflexion bien défini.

40. Ensuite, comme toute « innovation » dans le droit ne commence pas dans le vide, nous étudierons un certain nombre de décisions de justice qui traitent de l'extension de clauses dans les groupes de contrats. Dans le domaine des ensembles contractuels en particulier, ce travail demandera un double effort, dans la mesure où les arrêts se réfèrent rarement de manière expresse à l'ensemble contractuel. Il faudra donc prouver en amont l'existence d'un ensemble contractuel en l'espèce et démontrer son rôle dans l'extension de la clause litigieuse. Dans cette étape, il sera aussi question d'écarter les hypothèses de pseudo-extension, dont nous avons parlé plus haut.

41. Il s'agira aussi, et surtout, de voir lesquels parmi ces cas d'extension ne relèvent que de l'opposabilité de la clause et lesquels constituent une dérogation au principe de l'effet

34 B.Teyssié, thèse précitée.

relatif des contrats. Afin d'avoir une base pour trancher sur cette question, nous discuterons en amont de l'interprétation de l'article 1165.

42. Les solutions dégagées de la jurisprudence seront ensuite examinées quant à leur bien-fondé. Cette étape nous permettra d'écarter quelques solutions qui sont inconciliables avec le droit positif. A partir des décisions qui nous paraîtront justifiables, nous dégagerons des principes généraux, si toutefois les décisions qui ont adopté ces solutions trouvent suffisamment d'assises dans la jurisprudence. Ces principes généraux sont en eux-mêmes une valeur ajoutée. Mais ils serviront, en outre, à construire la méthode générale que nous voulons proposer pour trancher les questions de l'extension. Cette méthode reposera, en effet, sur certains éléments de la théorie des groupes de contrats (que nous aurons discutés au début du développement de la thèse) et sur le corpus de règles que nous dégagerons au fil de notre développement.

43. Nous terminerons par une phase d'affinement, dans laquelle nous mettrons cette nouvelle méthode en œuvre avec un certain nombre de clauses, afin de remédier aux failles qui peuvent en résulter.

44. Pour résumer, cette étude portera dans un premier temps sur la compréhension du phénomène des groupes de contrats et de l'extension de l'effet des clauses qui y a lieu (Première partie : L'extension de l'effet d'une clause au sein d'un groupe de contrats : un phénomène) ; dans un deuxième temps, elle portera sur l'analyse du bien-fondé des solutions adoptées par la jurisprudence et des règles que nous pouvons en déduire (Deuxième partie : Base juridique de l'extension et de la transmission des clauses au sein des groupes de contrats).

Première Partie

L'extension de l'effet d'une clause au sein d'un groupe de contrats : un phénomène

46. Malgré qu'elle fête bientôt ses quarante ans, la notion de groupe de contrats compte parmi celles qui font le moins objet de consensus de la part des auteurs. Sans consensus doctrinal, ni support législatif, la jurisprudence se trouve déroutée, cherchant des solutions de part et d'autre. Le phénomène des groupes de contrats est bel est bien présent en droit positif, de manière ostentatoire depuis l'arrêt Besse de 1991, et de manière plus discrète, dans quelques arrêts de la Cour de cassation et des juridictions d'appel qui datent au moins des années quatre-vingt. Mais le silence législatif, la divergence extrême de la doctrine auquel vient s'ajouter l'hésitation de la jurisprudence fait que tout chercheur voulant étudier un point précis du phénomène des groupes de contrats (annulation en cascade, appréciation globale de la lésion, les liens de litispendance qui peuvent en résulter, etc...) a l'impression de faire face à une matière floue, sans piliers solides sur lesquels on pourrait se baser pour se lancer sur des études plus profondes.

47. Afin de mener à bien la présente étude, nous avons donc pensé qu'il serait opportun de commencer par une étude analytique de l'état actuel du droit positif, et ensuite de synthétiser les différentes solutions adoptées par la jurisprudence pour en retirer des règles concrètes qui régissent l'extension de l'effet des clauses dans les groupes de contrats. Une fois que nous aurons dégagé ces règles, nous pourrons, dans la deuxième partie de cette thèse, discuter de leur bien-fondé.

Dans ce premier travail d'analyse du droit positif, nous étudieront d'abord la typologie des groupes de contrats selon la classification de Bernard Teyssié qui est toujours de vigueur (titre I). Ensuite, nous examinerons l'état actuel de la jurisprudence sur la question précise de l'extension des clauses au sein des groupes de contrats (titre II).

Titre I

Typologie des groupes de contrats

48. Cette impression de floue que nous venons d'évoquer, touche au fondement même du phénomène de groupe de contrats, à la relation qui existe entre les membres extrêmes, à la nature de l'action qu'ils peuvent tenter entre eux, et jusqu'à la terminologie même qui gouverne cette matière.

49. Sans prétendre revenir sur les travaux de nos prédécesseurs, nous voulons dans ce titre trancher certaines questions de base qui permettront de nous guider au fil de cette thèse. L'objet n'est donc pas de refaire toute la matière des groupes de contrats, mais de prendre position sur les points-clés afin que ce travail soit consistant et cohérent.

50. Les chaînes de contrats soulèvent des difficultés quant à leur définition et quant aux liens qui existent entre leurs membres extrêmes, mais aussi et surtout quant à la nature et au fondement de l'action directe qui s'exerce entre les membres extrêmes (chapitre I). Les ensembles contractuels peuvent être entre deux parties (chapitre II) ou entre plusieurs parties (III). Ces deux catégories soulèvent un certain nombre de questions communes ; mais les ensembles bipartites soulèvent aussi des problématiques qui leur sont propres, notamment la distinction entre le contrat unique et la multiplicité contractuelle. De même, les ensembles multipartites posent un certain nombre de problèmes spécifiques, tels que la nature des liens entre les membres et la nécessité de protéger les membres contre l'ignorance légitime.

Chapitre I

Les chaînes de contrats

52. La chaîne de contrats est un phénomène juridique assez ancien. Non prévue par le code civil, elle s'est développée dans la pratique avec l'évolution et la spécialisation des échanges économiques. Mais ce n'est que récemment qu'elle a commencé à faire l'objet d'études approfondies de la part des juristes. Ce phénomène impose deux séries de problématiques : celles relatives à son aspect statique : définition et relations entre les membres extrêmes (section I) ; et celles relatives à son aspect dynamique, l'action directe (section II).

Section I

Physionomie de la chaîne de contrats

53. L'intérêt que la doctrine porte actuellement aux groupes de contrats a commencé, dans les années soixante-dix, avec le phénomène qu'on appelle aujourd'hui "chaînes de contrats". L'étude de ce phénomène est partie du constat que les membres d'un même groupe de contrats ne sont pas des tiers « parfaits » l'un par rapport à l'autre, mais qu'ils sont liés d'une telle façon qu'on pourrait éventuellement les considérer comme parties à un même groupe de contrats³⁵ (Sous-section I). L'étude des chaînes de contrats mène à un autre constat : les anéantissements en cascade. Les contrats en chaînes ne peuvent plus être

35S. Pellé, *La notion d'interdépendance contractuelle, contribution à l'étude des ensembles de contrat*, thèse pour le doctorat en droit de l'Université Panthéon-Assas sous la direction de J. Foyer, Dalloz, 2007, p. 278.

considérés comme des entités isolées les unes des autres, puisque l’anéantissement ou la résolution de l’un influe directement sur les autres³⁶ (Sous-section II).

Sous-section I : L’analyse des relations entre les membres extrêmes d’une chaîne de contrats

54. Il convient d’abord d’expliquer les principales thèses qui traitent de la distinction entre parties et tiers. Ensuite nous exposerons notre point de vue, et enfin nous verrons, sur la base des critères que nous aurons retenus pour faire cette distinction, si les membres de la chaîne de contrats doivent être regardés comme des parties ou des tiers dans leurs rapports respectifs.

I-Exposé des thèses en présence

55. Parmi les théories qui traitent de la notion de “partie” au contrat, il y en a trois qui ont retenu particulièrement l’attention des auteurs. Il s’agit des théories de M. Aubert, de M. Ghestin et de Mme Bacache-Gibeili. Nous expliquerons d’abord le contenu de ces trois théories principales, puis nous exposerons d’autres thèses qui nous paraissent également intéressantes.

36 A. Foriers, *Groupes de Contrats et ensembles contractuels, quelques observations en droit positif*, LGDJ, 2006, p. 70.

A-Exposé des théories de M. Aubert, M. Ghestin et Mme Bacache-Gibeili

56. Selon M. Aubert, l'article 1165 ne concerne que le moment de la formation du contrat. Il s'ensuit que seules les parties qui ont exprimé leur consentement en ce moment y deviennent parties. Pour l'extension de la sphère des parties au moment de l'exécution, l'auteur n'a pas de réponse précise, mais il n'exclut pas le rôle de la loi ni la possibilité de créer des catégories hybrides, telles que le *tiers lié*, création de M. Ghestin³⁷. Pour M. Aubert, l'effet de l'article 1165 n'est pas seulement limité dans le temps, mais il n'a aussi qu'un effet strictement « immédiat » : la volonté des parties ne pourraient directement lier un tiers par les effets du contrat ; en revanche rien n'empêche que la volonté des parties puisse jouer un rôle médiat, c'est-à-dire qu'elle puisse lier les tiers lorsque la loi le permet expressément. Selon l'auteur, la stipulation pour autrui n'est qu'une manifestation de ce rôle médiat de la volonté³⁸.

57. Mme Bacache-Gibeili, par contre, exclut presque entièrement le rôle de la volonté. La force obligatoire du contrat repose, selon l'auteur, non sur l'autonomie de la volonté, mais sur la justice commutative et la sécurité juridique. C'est sur la base de ces deux principes qu'il faut donc rechercher la définition de la sphère des parties. Et c'est au législateur qu'il convient, sur la base de la justice commutative et de la sécurité juridique, de décider qu'elles personnes doivent être considérées comme partie au contrat et quelles autres doivent être qualifiées de parties. Le dernier mot revient donc à la loi. Mme Bacache-Gibeili distingue en outre entre deux catégories de parties: les « parties contractantes », catégorie fixe du moment de la formation du contrat, et les parties au groupe de contrats, catégorie évolutive. Les personnes qui sont parties au même groupe de contrats sans être parties au même contrat sont appelées « simples parties contractantes. » Celles-ci disposent les unes envers les autres d'une action directe si l'obligation de l'une d'entre elle est

³⁷ Voir *infra* n°58.

³⁸ J-L. Aubert, « à propos d'une distinction renouvelée des parties et des tiers », *Revue de droit civil*, 1993, p. 263.

identique à l'obligation de son créancier vis-à-vis de son propre créancier dans un autre contrat du même groupe. Autrement dit, une personne qui est partie à un groupe de contrat peut agir contre une personne qui fait partie du même groupe (mais pas au même contrat), sous réserve que la créance dont il dispose dans son propre contrat soit identique à celle qui existe dans l'autre contrat, entre son débiteur et le débiteur de son débiteur. Seules les parties contractantes ont le droit de demander l'annulation du contrat³⁹.

58. Enfin, pour M. Ghestin, sont parties au contrat toutes les personnes ayant conclu le contrat, y ont adhéré par l'effet de la loi, ou y ont été substituées aux parties originaires par une transmission de leur situation contractuelle qui est imposée ou autorisées par la loi ; M. Ghestin ajoute que seules peuvent être nommées « parties au contrat » les personnes qui ont pouvoir de modifier ou d'anéantir le contrat par accord de volontés. Il s'ensuit que les autres personnes qui peuvent être affectés par certains effets du contrat sans avoir participé à sa conclusion ou s'être substitué à l'une des parties qui ont participé à sa conclusion, demeurent des tiers. Mais pour distinguer le tiers qui est lié par certains effets contractuels du tiers *penitus extranei*, M. Ghestin propose la création d'une catégorie intermédiaire : les *tiers liés*⁴⁰.

59. En plus de ces trois thèses majeures, plusieurs auteurs ont fait des propositions pour définir la sphère des « parties aux contrats ».

B-Autres propositions pour définir les parties au contrat

60. Selon M. Wintgen, pour être partie au contrat, il faut avoir exprimé son sa volonté de s'engager, mais encore faut-il que cette volonté soit conforme aux exigences légales relatives à la qualité et à la capacité⁴¹. M. Delmas Saint-Hilaire se rapproche de la position de M. Aubert : au moment de la formation du contrat, seule la volonté peut conférer la

39 Op. cit., p. 262s.

40J. Ghestin, « Nouvelles propositions pour un renouvellement de la distinction des parties et des tiers », *Revue trimestrielle de droit civil*, 1994, n°4, p.777.

41 R. Wintgen, op. cit., p. 53.

qualité de partie au contrat. Au moment de l'exécution, la loi peut octroyer le statut de partie, à la condition que ce tiers, devenue partie au contrat, ait exprimé son consentement d'être liée par le contrat⁴². Mme Guelfucci-Thibierge⁴³, par contre, se rapproche plus de la thèse de M. Ghestin, à quelques nuances près ; on ne peut, à aucun moment, devenir partie par sa seule volonté, mais encore faut-il que cette volonté soit sanctionnée par la loi. La loi et la volonté concourent donc ensemble pour l'attribution de la qualité de partie de façon cumulative et non pas de façon distributive comme le présente M. Ghestin. Mme Guelfucci-Thibierge se demande si la nouvelle définition des parties au contrat pourrait englober le sous-contractant. Il ajoute que le terme « loi » utilisé dans ce contexte doit être compris de façon extensive, la jurisprudence pouvant alors jouer un rôle dans l'élargissement de la sphère des parties au contrat. Enfin, l'auteur précise que la seule limite posée par l'article 1165 est qu'on ne peut être lié par un contrat par la seule volonté d'autrui.

Après cet exposé des thèses en présence, nous exposerons notre conception des « parties contractantes ».

II-Essai de qualification des parties contractantes

61. Afin de pouvoir trancher sur les éléments à retenir pour qualifier une personne de « partie contractante », il convient d'abord une synthèse des points de divergence entre les différentes théories présentées, ensuite de déterminer les enjeux de la distinction entre partie et tiers.

42 Ph. Delmas Saint-Hilaire, *Le Tiers à l'Acte juridique*, thèse à l'Université de Montesquieu Bordeaux IV, LGDJ, 2000, p. 151.

43 C. Guelfucci-Thibierge, « De l'élargissement de la notion de partie au contrat...à l'élargissement de la portée de l'effet relatif », *Revue trimestrielle de droit civil*, 1994, p.275.

A-Les termes du débat

62. L'exposé des différents points de vue des auteurs sur la qualification des parties au contrat a révélé trois points de divergence principaux.

Le premier concerne les rôles respectifs qu'il faut accorder à la volonté et à la loi dans la détermination des parties contractantes. Si le dogme de l'autonomie de la volonté est rejeté de façon quasi-unanime, les auteurs divergent pourtant sur les pouvoirs exacts de chacune de ces deux sources de droit.

Le deuxième point, intimement lié au premier, porte sur le moment dans lequel la volonté et la loi doivent produire leurs effets : est-ce au moment de la formation du contrat ou au moment de l'exécution ? Sur ce point par exemple, M. Ghestin prône pour une distribution des rôles : c'est à la volonté de déterminer les parties contractantes au moment de la formation, et c'est à la loi d'assurer l'évolution des parties au contrat, par les mécanismes de transmission et de substitution ; tandis que pour Mme Guelfucci-Thibierge, la loi et la volonté des parties concourent cumulativement, dès la formation du contrat, à la détermination des parties au contrat⁴⁴.

Le troisième point de divergence est l'opportunité de la création de catégories hybrides, intermédiaires entre les parties et les tiers. Ainsi par exemple, Mme Bacache-Gibeili propose de distinguer, dans les groupes de contrats, entre les « parties contractantes » et les « simples parties contractantes ». De même, M. Ghestin propose de créer une catégorie hybride qu'il dénomme « les tiers liés ».

Pour répondre dans un sens ou un autre à ces trois questions, il convient d'abord de bien préciser les enjeux de la distinction entre parties et tiers.

44 Voir *supra* note 60.

B-L'enjeu de la qualification des parties contractantes

63. Premièrement, le droit positif révèle de plus en plus d'hypothèses dans lesquelles un tiers peut être affecté par certains effets du contrat. Comme nous le verrons ultérieurement, ces effets peuvent s'expliquer soit par l'opposabilité des conventions, soit par une dérogation à l'effet relatif des conventions⁴⁵. Les parties se distinguent pourtant des tiers par le fait qu'elles sont affectées par *tous* les effets du contrat. Elles sont soit créancières, soit débitrices d'une obligation, soit qu'elles sont touchés par les autres effets « non-obligationnels »⁴⁶ du contrat. Le premier enjeu est donc de distinguer les personnes qui sont liées par tous les effets du contrat, des autres qui n'en sont pas liées ou qui n'en sont liées que par certains effets particuliers.

64. Deuxièmement, comme le remarque M. Ghestin, la détermination des parties contractantes permet de décider quelles personnes peuvent demander l'annulation ou la modification du contrat. Si la nullité absolue permet à tout intéressée de demander l'annulation du contrat, la nullité relative ne peut être demandée que par les parties contractantes⁴⁷. Nous ajoutons aussi le pouvoir de demander la résolution ou la résiliation du contrat. Tous ces pouvoirs relèvent strictement du pouvoir des parties contractantes.

A partir de là, nous pouvons déduire les éléments caractéristiques de la qualification de la partie contractante.

C-La qualification de partie contractante : la loi attributive de valeur juridique à la volonté et rejet des catégories hybrides

45 Voir *infra* n°409s.

46 Sur la distinction entre les effets obligationnels et les effets non obligationnels du contrat, voir *infra* n°358s.

47M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations ,tome 1 Contrats et engagement unilatéral*, PUF, 3ème édition, 2012, p.462s.

65. Nous pensons que c'est à la loi que revient le dernier mot pour décider quelles sont les parties au contrat. Et ce constat est vrai autant au moment de la formation du contrat que pendant l'exécution. Au moment de la formation, la loi intervient à plusieurs reprises. Nous citerons notamment les articles 1134, 1998 (qui énonce que le mandant est engagé par ce que contracte son mandataire), et 389-3 du code civil (le pouvoir de l'administrateur légal de représenter le mineur dans les actes civils). Au moment de l'exécution d'autres textes prennent le relais, (par exemple l'article 768 du code civil qui prévoit le droit des héritiers à succéder au contrat de leur auteur s'ils acceptent purement et simplement la succession) et l'article 1844-4 du code civil (sur les fusions des sociétés).

66. Mais dans toutes ces hypothèses, le législateur n'impose jamais à une personne de devenir partie à un contrat qu'elle n'a point voulu. Il faut une manifestation directe de volonté directe (hypothèse classique de l'article 1134) ou indirecte (c'est le cas du mandant qui donne son acceptation pour que le mandataire s'engage en son nom, ou l'héritier qui accepte la succession). La seule exception est sans doute celle du mineur et du majeur sous tutelle. On peut donc dire qu'en principe la loi décide de donner une valeur juridique, dans des hypothèses déterminées, à la volonté des individus de créer un contrat ou d'adhérer à un contrat. Seuls les mineurs et les incapables majeurs peuvent devenir parties contractantes par la volonté du tuteur ou de l'administrateur légal.

67. Par contre, rien n'interdit au législateur, sous réserve des contrats conclus *intuitu personae*, d'imposer à une partie au contrat un nouveau cocontractant qu'elle n'a pas accepté. La volonté porte donc, de principe, sur le contrat et non sur la personne du cocontractant. Ceci peut expliquer les mécanismes de substitution de cocontractant tels que la subrogation ou la transmission aux ayants cause universels.

68. Enfin, la création de catégories hybrides ne nous paraît pas opportune. D'abord parce que les effets du contrat qui peuvent affecter les tiers sont extrêmement variés, on ne peut donc pas assigner un régime unique à tous les tiers qui sont affectés par le contrat. La création d'une catégorie hybride pour les tiers affectés par le contrat ne serait donc d'aucun secours. Deuxièmement, parce que, comme nous l'avons déjà souligné, les effets du contrat qui peuvent lier les tiers peuvent s'expliquer soit par l'opposabilité soit par une dérogation à l'effet relatif des contrats. Il n'y a donc guère besoin de créer une catégorie

intermédiaire, si l'extension de l'effet du contrat peut être expliquée par d'autres moyens. Troisièmement, une telle catégorie n'est pas reconnue par le code civil. Son régime n'est donc pas défini et elle peut susciter plus de questions qu'elle n'apporte de réponses.

69. Pour résumer, c'est à la loi que revient le dernier mot pour décider qui est tiers et qui est partie au contrat ; que ce soit au moment de la formation du contrat ou ultérieurement. Néanmoins, ce pouvoir du législateur n'est pas discrétionnaire. La loi ne peut donner qualité de partie contractante sans qu'il y ait une manifestation de volonté, directe ou indirecte, de former le contrat ou d'y adhérer. Ceci est vrai pour toute personne qui dispose de sa pleine capacité. Nous ne rallions pas à l'idée de créer des catégories intermédiaires entre tiers et parties.

Voyons maintenant comment ces critères s'appliquent pour les membres d'une chaîne de contrats.

III-Les membres d'une chaîne de contrats, des tiers les uns par rapport aux autres

70. Si la loi ne peut rendre une personne partie à un contrat sans qu'elle n'en manifeste, directement ou indirectement sa volonté, il convient de voir si cette volonté peut être caractérisée pour les membres extrêmes de la chaîne de contrats, par rapport aux autres contrats qui composent la chaîne.

En réalité cette volonté ne peut être caractérisée ni pour le cocontractant principal ni pour le sous-contractant. Pour le contractant principal, lors de la conclusion de son contrat, le sous-contrat n'existait même pas. Il est donc impossible de concevoir qu'il ait accepté d'y devenir partie lors de la conclusion de son propre contrat. Pour le sous-contractant, il est très possible qu'il ignore l'existence du contrat principal. Même si le sous-contrat fait référence au contrat principal (au préambule par exemple), on ne peut pas considérer que cette simple connaissance vaille acceptation du sous-contractant d'adhérer au contrat principal.

71. En outre, l'assimilation des membres de la chaîne de contrats à des parties contractantes n'est pas d'une grande utilité. L'action directe, qui constitue le seul véritable lien entre les membres extrêmes de la chaîne, peut s'expliquer par d'autres moyens comme nous le verrons ultérieurement⁴⁸.

72. L'assimilation des membres de la chaîne de contrats à des parties contractantes n'est donc ni bien-fondé ni opportune. L'analyse du phénomène des annulations en cascade nous permet ensuite de déterminer les éléments qui relient les contrats en chaîne, à savoir l'objet et la cause.

Sous-section II : les anéantissements en cascade : distinction entre les chaînes liées par la cause et celles liées par l'objet

73. La jurisprudence sur les anéantissements en cascade peut paraître déroutante. Un auteur a pu en fournir une explication, en distinguant entre les chaînes liées par l'objet et les chaînes liées par la cause. A partir de cette distinction, nous pourrions proposer une définition pour la chaîne de contrats.

I-Exposé de la jurisprudence :

74. Une jurisprudence abondante considère que la nullité du contrat principal entraîne automatiquement la nullité du sous-contrat⁴⁹. Il en va de même pour la résiliation, qui entraîne aussi la résiliation du sous-contrat⁵⁰. Cependant, certaines décisions ont refusé

48 Voir *infra* n°139s.

49 Voir par ex pour la sous-location Civ 3ème, 2 octobre 2002, *Bull.civ.* III n°188 et Civ 3ème, 10 octobre 1979 *Bull. Civ.* III n°173, CA Rennes, 14 mars 2001, *JCP éd.N.*, 2001, p. 1310, J-P. Garçon (à propos d'un contrat de crédit-bail et d'un bail à construction) ; Civ 1ère, 3 avril 2001, *Bull.civ.* I n°94 ; *RTD Civ.* 2002, p. 96, obs. J. Mestre et B. Fages (à propos de deux contrats d'édition) ; Com. , 15 mars 1994, *JCP éd.G.*, 1994, II, n°22339, note F. Labarthe (à propos d'un contrat de vente et d'un contrat de crédit-bail).
50 Civ3ème , 19 juin 197

d'anéantir un sous-contrat dont le contrat principal avait été anéanti, au motif que celui-ci ne constituait pas l'objet du sous-contrat.

75. Cette jurisprudence paraît, à première vue incohérente. Cependant, M. Foriers en fournit une explication qui nous paraît convaincante.

II- Explication par M. Foriers des solutions divergentes retenues par la jurisprudence

76. Selon l'auteur⁵¹, il convient de distinguer entre les chaînes de contrats qui sont unies par la cause et celles qui sont unies par l'objet. Pour les premières, il cite comme exemple les contrats de sous-traitance et le sous-affrètement. Pour les secondes, il cite les contrats de sous-location et les chaînes translatives de propriété. Dans les chaînes de contrats liées par l'objet, la survie du sous-contrat dépend de la survie du contrat principal. Ceci n'est pas le cas des chaînes de contrats liées par la cause. Le sous-contrat n'est annulé que si le sous-contractant avait connaissance de l'existence du contrat principal et du lien existant avec le sous-contrat

77. Cette explication nous paraît tenir surtout si on tient à la conception classique de la cause. En effet, selon la conception classique, on distingue la cause objective du contrat, et qui est unanime pour un type donné de contrats, qui est nécessaire à son existence, de la cause subjective (le mobile) qui constitue la raison concrète de l'engagement et qui dépend intrinsèquement de la personne et qu'on prend en compte pour apprécier la licéité du contrat⁵². Pour de nombreux auteurs, le mobile ne peut être pris en compte pour apprécier la validité d'un engagement que s'il est connu par l'autre contractant⁵³. Prenons l'exemple d'un contrat de sous-traitance. La cause objective de l'engagement de

51A. Foriers, *Groupes de Contrats et ensembles contractuels*, quelques observations en droit positif, LGDJ, 2006, p. 97s.

52M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations, tome 1 Contrats et engagement unilatéral*, PUF, 3ème édition, 2012.

53Voir par ex : J. Moury, « Une embarrassante notion: l'économie du contrat », *Recueil Dalloz*, 2000, Chronique p. 382s:

l'entrepreneur intermédiaire dans ce contrat se trouve dans l'accomplissement des travaux que le sous-traitant doit accomplir. Le contrat d'entreprise principal ne constitue pour lui que le mobile. Il est tout à fait possible d'imaginer que le sous-traitant n'a aucune connaissance de l'existence d'un tel contrat. Dans ce cas, l'annulation du premier n'entraîne l'annulation du second que s'il est prouvé que le sous-traitant avait connaissance de l'existence du contrat principal et du lien qu'il y avait entre les deux contrats. Il est donc logique que l'annulation du contrat principal n'entraîne pas automatiquement l'annulation du sous-contrat si les deux contrats ne sont unis que par la cause. La distinction que M. Foriers présente pour expliquer l'état actuel de la jurisprudence pour les anéantissements en cascade, nous paraît donc bien fondée.

Cette thèse a aussi le mérite de souligner un élément important dans la définition des chaînes de contrats : que les chaînes de contrats ne sont pas toujours liées par l'objet comme le soutient MM. Seube, Raynard et Mousseron⁵⁴, mais qu'elles peuvent être aussi bien liées par l'objet que par la cause.

III-Proposition d'une définition pour les chaînes de contrats :

78. Cet élément, ajouté à d'autres, nous permettra de proposer une définition pour les chaînes de contrats. Si nous considérons l'action directe comme l'enjeu principal ou même la raison d'être de ce concept, c'est à sa lumière qu'il faudra apprécier l'utilité et la précision de notre définition.

79. Le premier élément à prendre en compte est évidemment la présence d'un contractant commun entre les deux contrats : le contractant intermédiaire. Le deuxième élément est la liaison entre les contrats : soit que le contrat principal constitue l'objet du sous-contrat, soit qu'il lui serve de cause (au sens de cause subjective). Le troisième élément qui

⁵⁴Voir *infra* n°200.

distingue la chaîne de contrats de certains ensembles contractuels voisins, c'est la chronologie dans le temps⁵⁵ : le contrat principal précède toujours le sous-contrat.

80. L'homogénéité des contrats n'est pas un élément nécessaire pour la définition des chaînes de contrats. La jurisprudence admet en effet l'action directe dans des chaînes de contrats hétérogènes⁵⁶. A partir de ces éléments, nous pouvons proposer la définition suivante : la chaîne de contrats est un groupe de contrats qui se succèdent dans le temps, qui est caractérisé par l'existence d'un contractant intermédiaire, et dans laquelle le contrat antérieur constitue la cause ou l'objet du contrat postérieur.

Section II

L'action directe, moteur de la chaîne de contrats

81. L'action directe constitue à la fois l'aspect dynamique et la raison d'être de la chaîne de contrats. Si certaines actions directes existent hors du cadre des chaînes de contrats - telle que l'action directe de la victime d'un dommage contre l'assureur du responsable⁵⁷ et l'action directe des avocats et avoués contre la partie condamnée pour les dépens⁵⁸ - les chaînes de contrats constituent le domaine par excellence où ce mécanisme exorbitant peut s'exercer.

Aucun texte général dans le code civil actuel ne la prévoit. Elle a été consacrée, dans certains cas par la jurisprudence⁵⁹, dans d'autres cas par des textes spéciaux. L'action n'était prévue, à l'origine, que pour le bailleur contre le sous-locataire (art. 1753) et pour le mandant contre le sous-mandataire (art. 1994 al. 2). Le législateur a ensuite ajouté

55S. Pellé, *La notion d'interdépendance contractuelle, contribution à l'étude des ensembles de contrat*, thèse pour le doctorat en droit de l'Université Panthéon-Assas sous la direction de J. Foyer, Dalloz, 2007, p. 47s.

56 Voir par exemple l'action directe du maître d'ouvrage contre le fabricant qui a livré un matériel non conforme aux prévisions contractuelles : Cass. Ass. Plén., 7 février 1986, *Bull. civ* n°2, p. 189.

57 Art. L. 124-3 du code des assurances.

58 Art. 699 du NCPP.

59 Voir par exemple l'action directe des victimes contre l'assureur du responsable : Cas. Civ., 14 juin 1926, *DH* 1926 ; pour l'extension de la garantie des vices cachés au sous-acquéreur : Civ 3ème, 27 janvier 1993, *Bull. civ* I, n°45 ; *JCP* 1993. I. 3684 n°5, obs. Ghestin ; *Deffrénois* 1993. 1437, obs. Vermelle.

plusieurs autres hypothèses dans lesquelles l'action directe serait possible, notamment pour le sous-traitant contre le maître de l'ouvrage (loi du 31 décembre 1975). Pour la première fois, l'avant-projet de réforme du droit des obligations, dirigé par le professeur Catala, et l'avant-projet dirigé par M. Terré, consacrent un texte général aux actions directes. L'article 1168 du premier avant-projet et l'article 1135 du second reprennent à la lettre près le même texte :

« Certains créanciers sont investis par la loi du droit d'agir directement en paiement de leur créance contre un débiteur de leur débiteur, dans la limite des deux créances.

L'action directe est également ouverte lorsqu'elle permet seule d'éviter l'appauvrissement injuste du créancier, compte tenu du lien qui unit les contrats. »

Les actions directes ne sont pas homogènes : elles sont divisées en plusieurs catégories selon que la créance en jeu est immobilisée chez le débiteur extrême dès l'origine, ou seulement du moment que le créancier intente l'action, selon qu'elle a pour objet le paiement d'une obligation ou la réparation d'un dommage et selon qu'elle est dirigée par le prestataire du service contre le bénéficiaire ou l'inverse.

Outre leur variété, les actions directes posent deux questions fondamentales : celles de leur fondement, et celle de leur nature, contractuelle ou délictuelle.

Sous-section I : Typologie des actions directes

82. La doctrine classe généralement les actions directes de deux manières : elles sont classifiées en parfaites/ imparfaites selon que la créance en jeu est immobilisée chez le débiteur extrême dès l'origine ou seulement du moment qu'il intente l'action. Elles sont classifiées selon le but qui est poursuivi, en « actions directes en paiement » et « actions directes en réparation ». M. Néret propose une troisième classification basée sur une approche globale de la chaîne de contrats.

I-Classification des actions directe selon le moment d'immobilisation de la créance

83. Selon cette classification, très traditionnelle⁶⁰, est dite « parfaite » l'action directe où la créance du créancier extrême est immobilisée dans les mains du débiteur extrême dès sa naissance. Tout paiement fait par le débiteur extrême au créancier intermédiaire est inopposable au créancier extrême. Il en est ainsi, par exemple, dans l'action directe dont dispose le tiers lésé contre l'assureur. La loi interdit en effet à celui-ci de « payer à un autre que le tiers lésé tout ou partie de la somme due par lui, tant que ce tiers n'a pas été désintéressé, jusqu'à concurrence de ladite somme, des conséquences pécuniaires du fait dommageable ayant entraîné la responsabilité de l'assuré » (art. L. 124-3 Code des assurances). Tel est aussi le cas de l'action dont dispose le sous-mandataire contre le mandant, puisque la jurisprudence considère que celui-ci ne peut lui opposer le paiement qu'il a fait au mandataire d'origine, même si ce paiement était antérieur à l'exercice de l'action⁶¹.

84. L'action directe est dite imparfaite si la créance n'est immobilisée qu'au moment où le créancier extrême intente l'action. Tel est le cas dans l'action du sous-traitant contre le maître de l'ouvrage. L'article 13 alinéa 2 de la loi du 31 décembre 1975 prévoit en effet que : « Les obligations du maître de l'ouvrage sont limitées à ce qu'il doit encore à l'entrepreneur principal à la date de la réception de la copie de la mise en demeure prévue à l'article précédent. »

Une autre classification courante des actions directes est celle qui repose sur l'objectif poursuivi par l'action.

⁶⁰ Cette classification avait été proposée par Jules Drujon dans un article paru en 1887 dans la *Revue Critique Législative et Juridique*, intitulé : « De l'action directe du mandant contre le mandataire substitué ». ⁶¹ Com, 9 novembre 1987, *Bull.civ IV* n°233.

II- Classification des actions directes selon l'objectif poursuivi par l'action

85. Il est classique de distinguer entre deux types d'actions directes : les actions directes en paiement et les actions directes en réparation⁶². Les premières sont exercées par un contractant extrême contre un autre afin d'obtenir le paiement des sommes qui sont dues par le contractant intermédiaire en vertu du contrat. Tel est le cas de l'action du bailleur contre le sous-locataire ou du sous-mandataire contre le mandant. Les secondes sont exercées par un contractant extrême contre un autre afin d'obtenir réparation d'un dommage causé par l'inexécution ou l'exécution fautive. Tel est le cas de l'action du maître de l'ouvrage contre le sous-traitant en réparation d'une malfaçon qu'il a subi ou de l'action du mandant contre le sous-mandataire si celui-ci a commis une faute dans la gestion.

En plus de ces deux dernières classifications traditionnelles, M. Néret propose une nouvelle classification qui distingue entre les actions dirigées par le bénéficiaire du service contre le prestataire du service, et celles qui sont intentées en sens inverse.

III- Classification proposée par M. Néret

86. La classification de M. Néret ne concerne que les actions directes dans les chaînes de contrats. Elle repose, selon lui, sur une analyse globale de la chaîne de contrats, contrairement à l'analyse individuelle traditionnelle. Cette classification a peut-être le mérite d'être claire et d'avoir une construction logique, mais elle est critiquable en ce qu'elle occulte une catégorie importante des chaînes de contrats, à savoir les chaînes translatives de propriété.

62J. Néret, *Le sous-contrat*, LGDJ, 1979, p. 233.

A-L'analyse sur laquelle repose la classification de M. Néret

87. Selon l'auteur, les deux autres classifications des actions directes reposent sur une analyse individuelle dans la chaîne de contrats. D'après cette analyse, la chaîne de contrats constitue une hiérarchie dans laquelle le contrat principal occupe le sommet et le sous-contrat le bas de l'échelle⁶³. Le personnage clé est alors le contractant originaire : son autorisation est nécessaire pour l'existence du sous-contrat, et celui-ci est conditionné, à plusieurs égards, par la convention principale qui constitue son objet ou sa cause. L'auteur nous invite à prendre en compte les réalités économiques de la chaîne de contrats, ce qui nous conduit à une approche globale de ce phénomène. Il faut avoir en vue l'opération d'ensemble que le groupe de contrats a pour objectif de réaliser. Trois personnes apparaissent alors sur scène : le bénéficiaire du service, l'intermédiaire et le prestataire du service. Le personnage clé n'est plus le contractant originaire mais l'intermédiaire. C'est lui qui prend l'initiative du recours au sous-contrat, c'est lui qui permet de relier le contrat originaire et le sous-contrat et c'est donc à lui qu'on doit l'apparition de la chaîne de contrats. Si le sous-contrat est le moyen de réalisation du contrat principal (ex : sous-traitance), le bénéficiaire du service sera alors le contractant originaire et le prestataire du service sera le sous-contractant. Si le contrat principal est le moyen de réalisation du sous-contrat (ex : sous-location), le sous-contractant sera le bénéficiaire de service et le contractant originaire serait le prestataire du service.

B-Exposé de la classification

88. L'auteur distingue alors entre les actions directes menées par le bénéficiaire du service contre le prestataire du service et celles qui sont intentées en sens inverse. Les

63J. Néret, *Le sous-contrat*, LGDJ, 1979, p. 233

premières seraient toujours des actions en exécution ; que ce soit une exécution en nature ou une exécution par équivalent (action en réparation). Les secondes seraient toujours des actions en paiement.

89. L'auteur ajoute que les deux types d'actions ont un fondement différent. Il justifie les actions du bénéficiaire contre le prestataire du service de la façon suivante⁶⁴. Le bénéficiaire est créancier d'une obligation de faire. Il est en droit d'exiger qu'elle soit exécutée en nature. Cette créance lui est propre, qu'elle soit exécutée par le prestataire du service ou par l'intermédiaire. Il peut donc la réclamer directement sans qu'elle passe par le patrimoine de l'intermédiaire. La créance de dommage-intérêts étant censée remplacer l'exécution en nature en cas de défaillance du débiteur, elle doit suivre le même circuit que celle-ci. Le bénéficiaire peut donc la réclamer directement au prestataire.

Une fois l'action en réparation du bénéficiaire contre le prestataire du service reconnue, l'action en paiement du prestataire contre le bénéficiaire du service est justifiée par le groupe contractuel qui exige une certaine réciprocité entre les deux membres extrêmes.

C-Critique de la classification de M. Néret

90. Cette théorie est louable en ce qu'elle est simple et qu'elle est basée sur une construction logique. Elle est néanmoins critiquable parce qu'elle ne couvre pas tous les types de chaînes de contrats.

1- Les points forts de la classification

⁶⁴Ibid, p. 264.

91. La classification de M. Néret a le mérite de poser un critère très simple pour la distinction entre les actions directes. Il n'ya rien de plus facile que de distinguer le bénéficiaire final du service, et celui qui le fournit à l'autre bout de la chaîne. Et partant de là, on peut facilement distinguer entre les deux types d'actions proposés par l'auteur.

92. Cette classification paraît en outre se superposer à celle qui distingue entre les actions en paiement et les actions en réparation. Et le critère proposé par M. Néret est non seulement plus clair – vu les débats actuels sur la responsabilité contractuelle⁶⁵ et donc la difficulté croissante à distinguer entre réparation et paiement – mais également plus logique. Il est en effet plus intuitif de partir de la qualité du demandeur et du défendeur à l'action (lequel est le bénéficiaire et lequel est le prestataire du service) pour déterminer quel sera ensuite l'objectif poursuivi par une telle action (réparation ou paiement), plutôt que de faire l'inverse.

Si la classification de M. Néret a le mérite de la clarté et du sens logique, elle est néanmoins critiquable en ce qu'elle ne peut couvrir toutes les chaînes de contrats.

2- Le point faible de la classification : la mise à l'écart des chaînes translatives de propriété

93. La présentation de M. Néret suppose que les contrats qui composent la chaîne aient pour objet une obligation de faire, tels que les contrats de location ou de mandat. C'est dans ce seul cas qu'il est possible de désigner un bénéficiaire de service et un prestataire de service. Mais qu'en est-il des chaînes de contrats translatives de propriété telle que les ventes en chaînes ? Ou des chaînes qui contiennent au moins un contrat translatif de propriété telle que l'opération de crédit-bail ? La théorie de M. Néret reste silencieuse sur ce point.

⁶⁵ Voir par exemple S. Pellé, *La notion d'interdépendance contractuelle, contribution à l'étude des ensembles de contrat*, thèse pour le doctorat en droit de l'Université Panthéon-Assas sous la direction de J. Foyer, Dalloz, 2007, p. 418s.

L'action directe soulève une deux autres questions importantes et fortement inter liées, celle de son fondement et celle de sa nature.

Sous-Section II : nature et fondement de l'action directe

94. La doctrine et la jurisprudence hésitent quant à la nature de l'action directe, autrement dit sur la question de savoir s'il s'agit d'une action contractuelle ou délictuelle.

95. La doctrine est plus divergente sur la question du fondement de l'action directe. Certains auteurs la justifient par le mécanisme de la stipulation pour autrui, d'autres par le mécanisme du privilège sur créance, d'autres encore par la justice commutative... Nous ne retiendrons toutefois aucune de ces justifications, et nous proposerons un nouveau fondement basé sur le mécanisme de la compensation multilatérale.

I-Le débat sur la nature de l'action directe

96. Ce débat s'observe non seulement au niveau de la doctrine mais aussi au niveau de la jurisprudence.

A-L'hésitation de la jurisprudence quant à la nature de l'action directe dans les chaînes de contrats

97. La jurisprudence de la Cour de cassation sur ce point paraît divergente (notamment entre la première et la troisième chambres civiles), hésitante, et surtout déroutante et sujette à plusieurs interprétations possibles. Le tournant principal dans l'évolution de la jurisprudence est sans aucun doute l'arrêt Besse de l'Assemblée Plénière du 12 juillet 1991.

1-L'état de la jurisprudence avant l'arrêt Besse

98. Les trois chambres civiles admettaient sans réserve que l'action directe, en matière mobilière, est toujours contractuelle⁶⁶. Cette solution a même été confirmée par une décision de l'Assemblée Plénière, concernant l'action en réparation intentée par le maître d'ouvrage contre le vendeur ou le fabricant de matériaux utilisés par le constructeur immobilier⁶⁷.

99. Malgré la décision de l'Assemblée Plénière, la troisième chambre civile divergeait avec le reste de la jurisprudence de la Cour de cassation en matière immobilière. Alors que cette dernière appliquait le même principe en matière immobilière, la troisième chambre civile considérait que l'action directe en matière immobilière ne pouvait être que délictuelle. Elle a adopté cette décision pour l'action directe en réparation dirigée par le maître de l'ouvrage contre le sous-traitant⁶⁸, pour l'action de l'entrepreneur principal contre le sous-traitant du sous-traitant⁶⁹ et celle des locataires attributaires contre le constructeur de l'immeuble⁷⁰. Cette divergence a amené l'Assemblée Plénière à se réunir une fois de plus le 12 juillet 1991 pour rendre son fameux arrêt Besse⁷¹.

66 Pour la première chambre civile, voir par exemple: Civ 1ère, 9 octobre 1979 *Bull.civ I* n°241Civ. 8 mars 1988, *Bull.civ. I* n°69 *JCP éd.G*, 1988, I, n°21070 note P. Jourdain, *RTD civ.* 1989, p.74, obs. J. Mestre, Civ. 1ère, 21 juin 1988, *Bull.civ I*, n°202, *JCP éd.E* 1989. 15294, note Ph. Delebecque; Civ. 3ème, 10 mai 1990, *Bull.civ. III* n°116, *RDI* 1990. 376, obs. Malinvaud et Boubli; pour la deuxième chambre civile voir : Civ 2ème, 30 novembre 1988, *Bull .civ II* n°240 ; pour la troisième chambre civile voir Civ 3ème, 15 février 1989 *Bull.civ III* n°35.

67Cass. Ass. Plén, 7 février 1986, *D.* 1986, 293 note Benabent, *JCP* 86 éd G, II, 2016, note Malinvaud, *RTD Civ* 1986, 364 obs. Huet, 595 obs. Mestre et 605 obs. Rémy.

68Civ 3ème, 25 janvier 1989 *Bull Civ. III* n°21.

69Civ 3ème, 13 décembre 1989, *JCP éd.G* 1990, II, 21554, note Bouilloux-Lafont, *D.* 1991, 25 note Kullman.

70Civ 3ème, 25 janvier 1989, *JCP, éd G*, 1989 IV, 111, *Bull .Civ III*, n° 21.

71Cass. Ass. Plén, 12 juillet 1991, Besse,*Bull.civ.ass.plén.*, n°5, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, n°171-174, *RJDA* 1991, n°191, p. 583 concl. R. Mourier, *JCPéd.G* 1991, II, 21743 note G. Viney,*D.*1991, p.549s note J. Ghestin et p.321 obs. J.-L. Aubert, *CCC* 1991, comm.n°200, note L. Leveneur.

2-L'état de la jurisprudence depuis l'arrêt Besse

100. L'arrêt énonce dans son dernier attendu que « le maître de l'ouvrage ne dispose contre le sous-traitant, avec lequel il n'a aucun lien contractuel, que d'une action de nature quasi délictuelle ». Cette formulation laconique ne donne aucune clé quant au champ d'application que l'Assemblée Plénière entend donner à sa décision. Si l'on devait lui donner une portée générale, en l'appliquant à toutes les actions directes, cet arrêt serait un revirement par rapport à la décision du 7 février 1986 ; ce qui était peu concevable sur une période aussi courte. Afin de concilier ces deux décisions, la doctrine majoritaire a considéré que l'Assemblée Plénière a entendu distinguer entre les chaînes de contrats translatives de propriété dans lesquelles l'action directe serait de nature contractuelle et les chaînes non translatives de propriété dans lesquelles l'action directe serait de nature délictuelle⁷². Cette distinction a été reprise par la jurisprudence ultérieure, toutes chambres comprises⁷³. Même si la doctrine a été à l'origine de cette distinction, de nombreux auteurs l'ont ensuite critiqué comme dénuée de logique⁷⁴.

La jurisprudence n'a pas été la seule à marquer cette hésitation entre la nature contractuelle et la nature délictuelle de l'action directe. La doctrine s'est, elle aussi, divisée sur cette question.

72 Voir par exemple: Ch.Larroumet, « L'effet relatif des contrats et la négation de l'existence d'une action en responsabilité nécessairement contractuelle dans les ensembles contractuels », *Semaine Juridique Edition générale*, n°43, article 3531 p. 313s. et D. Mazeaud, T. Revet, E. Filiberti, « L'action en responsabilité du maître de l'ouvrage contre le sous-traitant qui a fourni les matériaux est de nature nécessairement délictuelle », *Revue des Contrats*, 2010/1.

73 Voir par ex pour les chaînes translatives de propriété voir par ex : Cass. Civ 1ère, 8 juin 1999 *Bull. Civ I* n°198, *D.* 1999 I. R. , p. 206 et Cass. 3ème Civ, 16 novembre 2005, *Bull.civ III*, n°222, *JCPed.* G 2006, II n°10069, note Trébulle F. _G.). Pour les chaînes non translatives de propriété : Com, 13 octobre 2009, n°08-19343, inédit.

74 Voir par exemple E.Martinville, *La sous-traitance de construction adaptation aux évolutions économiques en matière de construction*, thèse à l'Université de Toulouse, Presse Universitaire d'Aix-Marseille, 2004., p. 389 et D. Mazeaud, T. Revet, E. Filiberti, « L'action en responsabilité du maître de l'ouvrage contre le sous-traitant qui a fourni les matériaux est de nature nécessairement délictuelle », *Revue des Contrats*, 2010/1.

B-La division de la doctrine quant à la nature de l'action directe

101. Après que la majorité des auteurs aient abandonné la distinction entre chaînes translatives et chaînes non translatives de propriété, la doctrine s'est trouvée divisée entre les partisans de la nature contractuelle de l'action directe et les partisans de la nature délictuelle. Plusieurs arguments ont été avancés de part et d'autre. Cette controverse semble toutefois pouvoir être surmontée si l'on adopte la vision légale de l'action directe.

1-La controverse contractuelle/ délictuelle

102. Les partisans de la nature contractuelle de l'action directe mettent en avant le respect des prévisions contractuelles du sous-contractant défendeur⁷⁵. Le sous-contractant doit pouvoir compter notamment sur les clauses exclusives ou limitatives de responsabilité, les clauses attributives de juridiction et les clauses compromissoires.

103. De l'autre côté, deux arguments sont avancés. Premièrement, la nature contractuelle de l'action serait incompatible avec la nouvelle jurisprudence qui considère que toute faute contractuelle constitue ipso facto une faute délictuelle⁷⁶. En effet, le tiers victime d'inexécution contractuelle est désormais dans une situation plus favorable que le sous-contractant qui bénéficie de l'action directe. Ce tiers peut profiter du contrat pour prouver la faute et, contrairement au sous-contractant, ne subit pas les limitations contractuelles. C'est paradoxal quand on sait que l'action directe a été à l'origine conçue dans un esprit de protection de la victime⁷⁷. En outre, dans les chaînes hétérogènes de contrats, admettre une action directe contractuelle reviendrait à appliquer cumulativement les dispositions législatives et contractuelles des deux contrats (qui sont logiquement deux régimes distincts puisqu'il s'agit de deux contrats distincts) à la responsabilité du sous-contractant,

75 E.Martinville, op. cit, p. 375s.

76 Voir par ex: Civ 1ère, 15 décembre 1998, *Bull.civ* I n°368, *RTD Civ*, 1999, 623 obs. J. Mestre.

77 P. Ancel, op. cit.

ce qui réduirait considérablement la portée de l'action directe. Le demandeur à l'action directe pourrait être quasiment débouté de sa demande.

Nous ne nous rallions pas entièrement à l'une ou l'autre des deux thèses. La raison réside dans le fondement que nous retenons pour l'action directe.

2-L'action directe : une action purement légale

104. Il convient d'abord de mettre l'accent sur un point. La controverse que nous venons d'exposer nous semble être un faux débat. Il est impossible de concevoir une action directe délictuelle dans une chaîne de contrats⁷⁸. Le maître d'ouvrage qui agit en responsabilité contre le sous-traitant pourrait potentiellement agir sur deux terrains : soit il a recours au mécanisme exceptionnel qu'est l'action directe, soit il agit pour faute délictuelle ou quasi-délictuelle. Dans ce dernier cas, le maître d'ouvrage est dans une situation identique au tiers absolu. Il doit faire valoir une faute, un dommage et un lien de causalité. L'action délictuelle dans ce cas n'est plus une action directe puisqu'elle a perdu son caractère exceptionnel. La seule particularité est que le maître d'ouvrage dans ce cas se prévaut d'une faute contractuelle. Or, la jurisprudence assimile souvent la faute contractuelle à une faute délictuelle pour le dommage qu'elle cause aux tiers⁷⁹. Lorsqu'un membre extrême de la chaîne de contrats agit sur le plan délictuel contre un autre membre extrême, il est en réalité dans la même situation que le tiers qui agit sur le plan délictuel, pour demander réparation d'une faute contractuelle lui ayant causé un dommage. Seule, l'action directe contractuelle, donne au membre extrême de la chaîne de contrats un avantage dérogatoire au droit commun.

78 Nous précisons bien « action directe dans une chaîne de contrats » pour exclure notamment l'action directe de la victime de l'accident de circulation contre l'assureur, prévue par l'article L. 211-8 du code des assurances. Comme la créance originaire de la victime envers l'auteur de l'accident est d'origine délictuelle, on pourrait logiquement concevoir que l'action directe dans ce cas soit délictuelle.

79 Voir par ex: Civ. 3ème, 25 mars 1998, *Bull.civ.* III, n°72, *JCP* 1998. I.144, n°4s, obs. Viney ; Civ 1ère, 15 décembre 1998, inédit; Com., 1er juillet 2003, *Bull.civ.* IV, n°115, *D.* 2003.Somm.2427, obs. Ferrier.

105. Néanmoins, nous ne pouvons pas non plus qualifier l'action directe d'action contractuelle, parce que même si cette action est contractuelle dans ses effets, elle repose néanmoins sur une base légale. Autrement dit, c'est la loi qui permet au membre extrême de la chaîne d'agir directement contre l'autre membre extrême, mais l'action qu'elle lui accorde est soumise au même régime que l'action contractuelle. Cette dichotomie entre la base juridique et le régime de l'action directe s'explique par le fondement que nous retenons pour l'action directe. Comme nous allons le démontrer ultérieurement, l'action directe peut s'analyser en un mécanisme de compensation légale multilatérale⁸⁰. Le débat sur la nature de l'action directe ne peut en effet être détaché du débat sur son fondement.

II-Le débat sur le fondement de l'action directe

106. Différents fondements sont avancés par les auteurs pour donner une base juridique à l'action directe. Nous pensons de notre part que l'action directe puisse s'analyser en une compensation légale multilatérale.

A-Les différents fondements proposés par la doctrine pour justifier l'action directe

107. Une partie de la doctrine et de la jurisprudence fonde l'action directe sur des mécanismes juridiques classiques, tels que la stipulation pour autrui ou le privilège du conservateur ; une autre partie de la doctrine la justifie par des concepts juridiques abstraits, à savoir la justice commutative et l'accessoire ; enfin, certains auteurs considèrent que l'action directe ne peut avoir qu'un fondement légal.

⁸⁰Voir *infra* n°139s.

1-L'action directe justifiée par des mécanismes juridiques classiques

108. Une partie de l'ancienne doctrine considérait que l'action directe est une forme de stipulation pour autrui ; d'autres auteurs plus modernes l'ont comparée à une cession de contrat ou une cession de dettes ; elle a aussi été comparée à une action *de in rem verso* ou au privilège du conservateur.

a-L'action directe justifiée par la stipulation pour autrui

109. Cette théorie a été présentée essentiellement par Edouard Lambert⁸¹, puis reprise par d'autres auteurs⁸². Elle s'appuie sur une jurisprudence très ancienne. Elle reste néanmoins discutable sur plusieurs points.

α-Exposé de la théorie

110. Cette théorie veut faire un parallèle entre la stipulation pour autrui et la chaîne de contrats. Elle suppose que le sous-contractant, en tant que promettant, s'oblige envers l'intermédiaire (stipulant) à exécuter la prestation contenue dans le sous-contrat au profit du contractant principal (bénéficiaire de la stipulation pour autrui). Inversement, cette thèse suppose que le contrat principal contiendrait une stipulation pour autrui implicite au profit du sous-contractant. Le contractant principal, en tant que promettant, s'oblige

81 E.Lambert, *La stipulation pour autrui*, thèse à Paris, 1893, p.2877s in J.Ghestin , Ch.Jamin et M.Billiau, *Traité de droit civil, Les effets du contrat*, LGDJ, 2001, p.1189.

82 Par exemple : L. Josserand, note sous Req., 30 novembre 1926, *D.P.* 1928, 1, p.50 et sous Cass. Civ., 11 juillet 1932, *D.P.* 1933, 1, p.7 ; V. A. Weill, *La relativité des conventions en droit privé français*, thèse à Strasbourg, 1938, Dalloz, 1939, n°444s in J.Ghestin , Ch.Jamin et M.Billiau , *Traité de droit civil, Les effets du contrat*, LGDJ, 2001, p.1189.

envers l'intermédiaire, en tant que stipulant, de créer un droit direct au profit du sous-contractant (en tant que bénéficiaire de la stipulation).

111. Cette thèse repose sur le constat de trois ressemblances entre la chaîne de contrats et la stipulation pour autrui. Premièrement, dans les deux cas il y a création d'un droit direct au profit d'un tiers. Deuxièmement, comme dans la stipulation pour autrui, le créancier de l'action directe n'a pas à craindre le concours des autres créanciers du stipulant (l'intermédiaire). Troisièmement, comme le promettant, le contractant principal peut opposer au sous-contractant toutes les exceptions tirées du contrat qui le lie au promettant (le contrat principal).

La théorie de la stipulation pour autrui trouve également de l'écho dans la jurisprudence.

β-L'identification de la chaîne de contrats à la stipulation pour autrui dans la jurisprudence

112. Une jurisprudence ancienne avait hésité sur le fondement de l'action directe entre les articles 1121 (la stipulation pour autrui) et 1122 du code civil (présomption de stipulation pour les héritiers et ayants cause)⁸³. Un arrêt plus récent de la cour d'appel de Chambéry⁸⁴ va expressément dans le même sens, mais en inversant le stipulant et le bénéficiaire de la stipulation :

« ...le sous entrepreneur, s'étant engagé à faire le travail au profit du maître, est dans la situation du promettant à une stipulation pour autrui, le maître étant le bénéficiaire et l'entrepreneur principal le stipulant. La stipulation pour autrui est alors valable dans les termes de l'art. 1121 du code civil en raison de l'intérêt qu'elle présente pour le stipulant, qui exécutera plus commodément ou à meilleur compte les obligations

⁸³Pour l'article 1121 : Civ, 2 décembre 1891 *D.* 1892.1.161; Cass.Civ., 31 janvier 1894. *S.* 1894. 1. 246 ; Cass.Civ, 8 mars 1911, *D.* 1913. 1. 228 ; pour l'article 1122 : CA Paris 18 novembre 1883.*S.* 1884.2.40, CA Dijon 30 décembre.*S.*1898.2.

⁸⁴ CA Chambéry, 13 juin 1966, citée par J.-L. Goutal.

assumées à l'égard du maître. » L'arrêt ne se limite pas à proposer la stipulation pour autrui comme fondement pour l'action directe, il définit l'intérêt que le stipulant peut avoir dans ce cadre, afin que les conditions de la stipulation soient remplies.

Même si elle s'appuie sur une partie de la jurisprudence, la théorie de la stipulation pour autrui est discutable.

∞-Critique de la thèse de l'assimilation de la chaîne de contrats à une stipulation pour autrui

113. La première objection tient au caractère artificiel de cette présomption de volonté de stipuler. Le juge ne peut pas déduire d'office la volonté des contractants sans qu'il y ait le moindre indice qui le permette.

114. Deuxièmement, si on suppose que l'action directe tire sa légitimité de la volonté implicite du contractant intermédiaire et du contractant principal, on doit admettre que cette volonté implicite puisse être écartée par une stipulation expresse des parties ; ce qui est non seulement contraire à la logique, car il n'est pas logique de faire dépendre le droit direct du contractant principal de la volonté commune des deux autres parties, mais en plus contraire au caractère d'ordre public de l'action directe, que législateur prévoit expressément pour l'action directe du sous-traitant contre le maître d'ouvrage (article 12 alinéa 2 de la loi du 31 décembre 1975), et que la doctrine majoritaire reconnaît aux autres types d'actions directes⁸⁵.

115. Troisièmement, il est difficile de qualifier l'intérêt de l'intermédiaire (en tant que stipulant) à créer un droit direct au profit du sous-contractant ou du contractant principal. Si l'explication donnée par l'arrêt précitée de la cour d'appel de Chambéry, pour le droit

⁸⁵Voir par exemple J. Néret, op.cit., p.314 qui reconnaît ce caractère pour toutes les actions directes et J. Ghestin, C. Jamin, M. Biliau, *Traité de droit civil, Les effets du contrat*, LGDJ, 2001, p.1227, où les auteurs reconnaissent un caractère d'ordre public de direction à l'action de l'avis à tiers détenteurs prévu au profit du Trésor public à l'encontre des débiteurs des personnes redevables d'impôt.

direct du contractant principal est déjà difficile à admettre, elle l'est encore plus pour le droit direct qui naît au profit du sous-contractant.

116. Quatrièmement, considérer le droit direct du contractant extrême comme une créance née d'une stipulation pour autrui et donc indépendante de la créance du contractant intermédiaire vis-à-vis de l'autre contractant extrême ne peut être admis que pour les actions directes parfaites. En effet, dans les actions directes imparfaites, la créance du contractant extrême ne naît que du moment où il exerce l'action. D'ailleurs, dans certains cas comme la sous-traitance, le sous-contractant ne peut agir que si l'entrepreneur principal ne paie pas, un mois après avoir été mis en demeure par le sous-traitant⁸⁶.

117. Enfin cette thèse aurait pour conséquence l'inopposabilité du contenu du contrat qui lie le demandeur et le contractant intermédiaire ; ce qui est contraire, comme nous le verrons plus tard, à la solution retenue par la jurisprudence⁸⁷.

L'action directe a aussi été expliquée par la cession de contrats ou la cession de dettes.

b- L'action directe justifiée par le mécanisme de la cession de contrats ou la cession de dettes

118. M. Martinville a remarqué la ressemblance entre le mécanisme de la cession de contrats et la sous-traitance⁸⁸. Le sous-traitant serait comparé au cessionnaire, le maître d'ouvrage au contractant cédé et l'entrepreneur principal au cédant. L'entrepreneur aurait cédé le contrat d'entreprise principal au profit du sous-traitant. Partant de là, l'action directe entre le sous-traitant et le maître d'ouvrage ne serait qu'une action contractuelle classique entre le maître d'ouvrage et son nouveau cocontractant. Cependant, l'auteur lui-même réfute cette idée, en notant deux différences principales entre les deux institutions.

86 Article 12 de la loi n° 751334 du 31 décembre.

87 Voir *infra* n°332.

88E. Martinville, *La sous-traitance de construction adaptation aux évolutions économiques en matière de construction*, Presse Universitaire d'Aix-Marseille, 2004, p. 189s.

Premièrement, le sous-traitant ne remplace pas l'entrepreneur principal, mais il s'y superpose. Deuxièmement, dans la sous-traitance, la cause de l'engagement du sous-traité est distincte de celle de l'entrepreneur principal ; tandis que dans la cession de contrat, la cause de l'engagement du cessionnaire est la même que celle du cédant.

119. Certains auteurs ont comparé l'action directe à une cession de créance⁸⁹, en adoptant le même schéma que pour la cession de contrats. Maurice Cozian a noté trois points de ressemblance, et un point de différence majeur⁹⁰. Dans les deux cas, le créancier dispose d'un droit direct à l'encontre du sous-débiteur. Dans les deux cas, il n'a pas à craindre le concours des créanciers. Seules les exceptions antérieures à la cession lui sont opposables, de même que dans l'action directe le sous-débiteur ne peut opposer au créancier les exceptions nées postérieurement à l'exercice de l'action. Cependant, la différence principale réside dans le fait que l'action directe n'est qu'une garantie supplémentaire que le législateur a accordé au créancier, tandis que la cession de créance est un véritable moyen de paiement. Après avoir démontré l'inexactitude de cette comparaison, Maurice Cozian a discuté les thèses qui assimilent l'action directe à une action *de in rem verso* ou au privilège du conservateur.

c-L'action directe comparée à une action *de in rem verso*

120. Trois conditions sont requises pour l'exercice de l'action en enrichissement sans cause : l'enrichissement du débiteur, l'appauvrissement du créancier et l'absence d'une cause réelle et sérieuse de ce déséquilibre patrimonial. On peut facilement concevoir que le créancier s'est appauvri par le fait qu'il a payé son débiteur direct ou qu'il a exécuté sa prestation envers lui sans recevoir de contrepartie. Inversement, on peut considérer que le sous-débiteur s'est enrichi en recevant un paiement ou une prestation de la part de son

⁸⁹ A la différence de la cession de contrats qui n'a lieu que dans les contrats à exécution instantanée, la cession de créance ne porte que sur une créance déterminée et non sur l'ensemble du contrat.

⁹⁰ Maurice Cozian, L'action directe, LGDJ, 1969, p. 55.

créancier direct sans lui fournir de contrepartie. Cependant, l'enrichissement du sous-débiteur a pour juste cause le sous-contrat qui le lie à son créancier direct⁹¹. Les conditions de l'action ne sont donc pas réunies pour l'action directe.

121. L'avant-projet de réforme Catala a pourtant clairement retenu ce fondement pour l'action directe. Cela ressort des dispositions de l'alinéa 2 de l'article 1168 : « *L'action directe est également ouverte lorsqu'elle permet seule d'éviter l'appauvrissement injuste du créancier, compte tenu du lien qui unit les contrats* ».

122. Cet alinéa nous paraît discutable ; non seulement pour la raison indiquée, mais encore pour la raison que, si l'action directe n'était en réalité qu'une action *de in rem verso*, il n'y aurait nul besoin de lui consacrer un texte spécial pour les chaînes de contrats. La jurisprudence pourrait en effet hésiter quant à l'interprétation qu'il faut donner à cet alinéa : est-ce qu'il s'agit d'un mécanisme autonome, ou d'un simple corolaire de l'article 1336 du même avant-projet qui prévoit l'action en enrichissement sans cause ? Dans le premier cas, quelles sont les conditions de déclenchement et le régime de ce mécanisme ? Et dans le second cas, pourquoi ce texte figure-t-il dans l'article 1168 relatif à l'action directe et non pas sous le chapitre intitulé de l'enrichissement sans cause ? Nous craignons donc que cet alinéa puisse provoquer une certaine confusion au niveau de la jurisprudence.

D'autres auteurs ont conçu l'action directe comme le privilège du conservateur, appliqué à la conservation d'une créance.

d-L'action directe assimilée au privilège du conservateur

123. De nombreux auteurs ont voulu fonder l'action directe sur le privilège du conservateur prévu par l'article 2332 alinéa 3 du code civil. Selon l'article, ce privilège profite à celui qui a supporté des « frais pour la conservation de la chose » ; ce qui a conduit certains auteurs, en assimilant la créance à une chose, à considérer l'action directe comme le privilège du conservateur reconnu au contractant principal sur la créance du

⁹¹Ibid, p. 67s.

contractant intermédiaire, dans la mesure où ce premier a contribué à la naissance de la créance. Maurice Cozian condamne ce raisonnement au motif qu'il conduit à élargir indéfiniment le champ d'application de ce privilège, en l'appliquant à toute personne qui a contribué, directement ou indirectement, à la naissance de la créance : le banquier qui a fourni le crédit, le salarié qui a fourni la main d'œuvre, le commerçant qui a livré sa fourniture, etc....⁹²Nous ajoutons, pour notre part, que si le contractant principal a contribué à la naissance de la créance du contractant intermédiaire, il n'a point contribué à sa conservation ; considérer que l'action directe n'est qu'une application du privilège du conservateur est une conception très extensive de la « conservation ». Elle est surtout incompatible avec la conception de la jurisprudence qui maintient une interprétation très restrictive de la « conservation » dans la mise en œuvre de cet article⁹³.

124. La justification de l'action directe par des mécanismes juridiques tels que la stipulation pour autrui, la cession de contrats, l'action *de in rem verso* ou le privilège du conservateur étant artificielle et difficile à démontrer, d'autres auteurs ont tenté de lui donner une explication basée sur des concepts juridiques généraux, tels que les principes qui gouvernent les accessoires de la chose, ou la justice commutative.

2-L'action directe justifiée par des concepts juridiques abstraits

125. Certains auteurs ont fondé l'action directe sur la notion de justice commutative. D'autre part, une grande partie de la doctrine et de la jurisprudence considère que l'action directe est une action accessoire à la chose, qui circule avec elle à chaque fois qu'il y a une transmission de propriété.

⁹²Ibid p. 72.

⁹³ Voir par exemple l'arrêt de la chambre commerciale du 16 mai 1966, *Bull.civ.III*, n°254, *D.* 1967, 139 note Bourdondans lequel la Cour de Cassation a cassé une décision de la cour d'appel qui a accordé le privilège du conservateur au garagiste qui a procédé à la réparation d'un véhicule au motif que les frais n'étant ni urgents ni nécessaires, les juges du fond n'ont pas précisé dans quelle mesure le gage aurait été conservé par cet apport en valeur ; plus récemment, dans le même sens : CA Besançon, 28 février 1997, *Jurisdata* n°040087.

a-L'action directe fondée sur la notion de justice commutative :

126. Parmi les auteurs les plus remarquable qui ont soutenu cette approche figurent M. Ghestin⁹⁴, M. Jamin⁹⁵et Mme Babache-Gibeili⁹⁶.Nous ne soutenons pas cette thèse pour plusieurs raisons.

α- Exposé de la thèse

127. La justice commutative est celle qui prétend veiller à l'égalité arithmétique entre les échanges. C'est une approche économique qui a pour objectif de pallier les carences qui résultent de l'application stricte des règles juridiques. Ce n'est point une notion nouvelle, certains auteurs la font d'ailleurs remonter à Aristote : « *Ce qui fait la difficulté c'est que l'équitable, tout en étant juste, n'est pas le juste selon la loi, mais un correctif de la justice légale. La raison en est que la loi est toujours quelque chose de général, et qu'il y a des cas d'espèce pour lesquels il n'est pas possible de poser un énoncé général qui s'y applique avec rectitude* ». ⁹⁷

128. Le contractant principal étant, économiquement parlant, à l'origine de la prestation ou de la somme d'argent due au sous-contractant et vice-versa, il s'agit d'accorder à l'un et l'autre une action qui lui permet d'obtenir satisfaction directement à la source de sa créance. La théorie de Mme Bacache-Gibeili, comme nous l'avons déjà exposé, repose en outre sur une requalification des « parties au contrats » : sont parties au contrat tous ceux qui sont concernés par le contrat comme moyen de réalisation de justice commutative (autrement dit, comme moyen d'échange économique). Nous avons déjà démontré que les

94J. Ghestin, Ch. Jamin, M. Biliau, *Traité de droit civil, Les effets du contrat*, LGDJ, 2001, p.1171.

95 Ch.Jamin, *La notion d'action directe*, thèse à l'Université de Paris I Panthéon, préface de J. Ghestin, LGDJ, 1991, p.288s.

96Op.cit., p.260s.

97*Ethique à Nicomaque* ; introduction, notes et index par J. Tricot, Vrin, 1987, livre V, 14 : « L'équité et l'équitable », p.267 et 268 in Ch. Jamin, op.cit. p. 288.

contractants extrêmes dans la chaîne de contrats ne peuvent être considérés comme des parties contractantes les unes par rapport aux autres. Nous n'adhérons pas non plus à la conception de la justice commutative comme fondement pour l'action directe.

β- Objections à la thèse

129. L'idée de fonder l'action directe sur la justice commutative est simple, de pure logique mais sans véritable fondement juridique. Si l'objectif principal de rechercher un fondement pour un mécanisme juridique est de lui assigner un régime, la justice commutative ne suffit pas pour remplir ce rôle. La justice commutative pourrait peut-être expliquer l'intervention du législateur pour prévoir des actions directes au profit de certains créanciers, mais elle ne permet pas de rapprocher l'action directe d'un texte de loi, ou d'une institution juridique dont le régime est bien établi. Le fondement de la justice commutative nous paraît donc insuffisant.

130. En outre, le fondement de la justice commutative risquerait d'élargir tellement le champ des créanciers qui doivent profiter de l'action directe, que l'action se trouverait déboutée de son objectif principal – qui est de faire échapper le créancier au concours des autres créanciers. Si nous ne tenons à l'idée de Mme Bacahce-Gibeili selon laquelle la justice commutative crée l'action directe au profit du créancier qui a contribué, par sa prestation, à la création d'une autre créance dans le patrimoine de son débiteur, on revient à la critique que nous avons adressée à la thèse de l'assimilation au privilège du conservateur⁹⁸ : pour chaque créance entre les mains du débiteur, une multitude de créanciers peuvent prétendre avoir contribué d'une manière ou d'une autre à sa création. Si nous ne tenons à la thèse de M. Jamin, la justice commutative justifie la création d'une action directe au profit du créancier qui a fourni une valeur dans le patrimoine de son débiteur⁹⁹. Mais ce critère concerne en réalité tous les contrats synallagmatiques. Selon les

98 Voir *supra* n°123.

99 Ch. Jamin, *op.cit.*, p.289.

deux explications, celle De Mme Bacache-Gibeili et celle de M. Jamin, la justice commutative risque donc de donner un domaine trop extensif pour l'action directe.

Si la justice commutative ne peut servir de fondement pour l'action directe, d'autres auteurs ont proposé le recours à la notion « d'accessoire ».

b-La notion d'accessoire comme base juridique pour l'action directe

Cette théorie est sans doute celle qui a eu le plus de succès dans la jurisprudence. Elle est pourtant aussi la plus contestée.

a-Exposé de la théorie

131. Selon cette thèse, l'action directe est transmise, dans les chaînes de contrats translatifs de propriété, comme un accessoire de la chose. C'est une application de l'adage « l'accessoire suit le principal ». L'idée de départ est une distinction entre les chaînes de contrats translatifs de propriété dans lesquelles l'action directe, basée sur le principe de l'accessoire, est de nature contractuelle et les chaînes de contrats non translatifs de propriété dans lesquelles il n'existe qu'une action délictuelle entre les membres extrêmes de la chaîne.

132. Le recours au concept de l'accessoire a deux conséquences principales. La première est que seules les dispositions contractuelles contenues dans le contrat entre le vendeur originaire et le vendeur intermédiaire (ex : clauses limitatives de responsabilité, clause attributive de juridiction, etc...) sont applicables à l'action directe. En effet, l'action directe exercée par le sous-acquéreur n'étant que l'action du vendeur intermédiaire qui lui a été

transmise avec la chose, elle doit être exercée sous les mêmes conditions. Suivant le même raisonnement, le vendeur originaire ne peut restituer plus que ce qu'il a payé¹⁰⁰.

133. Cette conception a été forgée par deux auteurs du XIX^{ème} siècle, Aubry et Rau¹⁰¹. Elle a connu ensuite un grand succès dans la jurisprudence comme en témoignent certains arrêts de la fin du XIX^{ème} siècle¹⁰². La solution a ensuite été consacrée par l'Assemblée Plénière dans une décision du 7 février 1986¹⁰³. Cette approche a été adoptée depuis par la Cour de cassation pour les chaînes de contrats translatifs de propriété¹⁰⁴, malgré les nombreuses critiques qu'elle a suscitées dans la doctrine.

β-Critiques de la théorie

134. De nombreux auteurs ont critiqué l'idée de distinguer entre le régime des actions directes dans les chaînes de contrats translatifs de propriété et les chaînes non translatives de propriété¹⁰⁵. Il n'y a pas de raison que les actions directes dans les chaînes de contrats translatifs de propriété aient un fondement et un régime différents de celui des chaînes de contrats non translatifs. D'autre part, la création d'un droit réel, accessoire à la chose, serait contraire au principe d'égalité entre les créanciers prévue par l'art. 2285 du code civil. S'il existe des exceptions prévues par la loi, tel le gage ou l'hypothèque, ces exceptions nécessitent une organisation spéciale afin de rendre ce droit opposable aux autres créanciers. Il est donc difficile d'imaginer que la jurisprudence puisse octroyer un

100 O.Gout, « Chaînes de contrats : Retour sur les actions entre les contractants extrêmes dans les chaînes de contrats », obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 20 mai 2010, *Petites affiches*, 23 mai 2011, *Chronique de contrats spéciaux*, p.8 .

101 J.-M. Poughon, *Aubry et Rau, Leurs œuvres, Leurs enseignements*, Presse Universitaire de Strasbourg, 2006, p.148.

102 Voir par exemple Civ, 12 novembre 1884.

103 Cass. Ass.plén., 7 février 1986: *Bull. Ass. Plén.* 1986, n°2 1^{er} arrêt.

104 Civ. 1^{ère}, 22 novembre 1988, n°85-17.210, *Bull.civ.* I, n°333, *JCP G* 1989, IV, p.32 ; Civ 1^{ère}, 8 juin 1999, n°95-13.866, *Bull.civ.* I, n°198, *D.* 1999, I.R., p.206, note M.-L. Izorche, Civ.1^{ère}, 22 février 2000, n°97-20.731 *Contrats, conc., consom.* 2000 91, note Leveneur, Civ. 3^{ème}, 16 novembre 2005, n°04-10.824 *Bull.civ.* III, n°222, *JCP éd.G* 2006, II, n°10069, note F.-G. Trébulle; Civ.1^{ère}, 20 mai 2010, n°09-10086.

105 Voir notamment F. Fiechter-Boulevard, *La Transmission de l'Engagement dans les Contrats en Chaîne*, thèse Université Pierre Mendès France, 1992, p. 386s.

droit réel accessoire à un créancier, sans que ce droit ait une organisation préalable dans la loi qui assure son opposabilité¹⁰⁶. En outre, le concept de « l'accessoire » suppose que l'action « circule » avec la chose ; il en résulte qu'une fois la chose revendue au sous-acquéreur, le vendeur intermédiaire serait privé de l'action en garantie des vices cachés. Si le sous-acquéreur agit directement contre le vendeur intermédiaire, comment celui-ci pourrait agir en garantie contre le vendeur originaire ? Enfin, si on suit ce raisonnement jusqu'au bout, cela nous conduirait à admettre pour le sous-acquéreur deux actions bien distinctes : l'une contre son vendeur, sur la base de son propre contrat, une autre contre le vendeur originaire sur la base du contrat de son auteur. Le sous-acquéreur pourrait alors, par l'intermédiaire de ces deux actions, obtenir deux fois réparation pour un même dommage.

Nous pensons que le succès de la théorie de l'accessoire pendant un certain temps s'expliquait par le fait qu'elle permettait de combler une lacune. En effet, plusieurs auteurs du XIX^{ème} siècle avaient remarqué que la garantie des vices cachés dont profite le sous-acquéreur devenait illusoire sans ce pouvoir, reconnu par la jurisprudence, d'agir contre le vendeur originaire. La concurrence des créanciers gagistes et autres créanciers disposant d'une cause de préférence épuisait souvent la solvabilité du vendeur intermédiaire avant que le sous-acquéreur ne puisse obtenir satisfaction¹⁰⁷. Or, à cette époque, l'action directe n'était encore connue que dans des hypothèses ponctuelles (l'article 1753 pour l'action directe du propriétaire envers le sous-locataire, l'article 1978 pour l'action directe de l'ouvrier contre le maître d'ouvrage et l'article 1994 alinéa 2 pour l'action directe du mandant contre le sous-mandataire). Il fallait donc trouver une autre justification pour permettre au sous-acquéreur d'agir contre le vendeur originaire, et la théorie de l'accessoire servit cette cause. Mais actuellement l'action directe s'est répandue dans plusieurs textes dans le code civil et même dans d'autres codes (l'article L. 124-3 du code des assurances par exemple qui prévoit une action directe de la victime de l'accident contre l'assureur de l'auteur du dommage), et a été même reconnue par un texte général de l'avant-projet Catala (article 1168) et de l'avant-projet dirigé par M. Terré (article 1135).

106 Ch. Larroumet, *Droit civil, les biens, droits réels principaux, tome II*, Economica, 4^{ème} édition, 2004.

107 Ch. Jamin, *La notion d'action directe*, thèse à l'Université de Paris I Panthéon, préface de J. Ghestin, LGDJ, 1991, p.21.

La théorie de l'accessoire n'a plus vraiment de raison d'être. L'expansion du domaine de l'action directe nous mène plutôt à chercher une théorie générale qui pourraient expliquer aussi bien l'action du sous-acquéreur contre le vendeur originaire que les autres hypothèses d'action directes.

Maurice Cozian propose une justification différente. Pour lui, l'action directe ne peut être consacrée par la jurisprudence, elle doit avoir une origine légale.

3-L'origine légale de l'action directe :

135. Maurice Cozian a soutenu cette thèse dans son ouvrage intitulé « L'action directe » paru en 1969¹⁰⁸. Pour lui, la règle est l'égalité des créanciers, seul un texte spécial pouvant y faire exception. Sinon, le crédit des débiteurs serait ruiné, car chaque créancier trouverait une bonne raison pour être préféré à ses voisins. Maurice Cozian loue l'attitude de la jurisprudence vis-à-vis de l'action directe, qu'il juge, à quelques exceptions près, « restrictive », et considère qu'elle applique à l'action directe le même principe que les privilèges : pas de privilège sans texte¹⁰⁹.

136. Pour M. Jamin, la nature exclusivement légale de l'action directe ne peut être soutenue, compte tenu du développement récent d'un certain nombre d'actions directes sans base légale, notamment l'action de la victime d'accident contre l'assureur et l'action en garantie des vices cachés¹¹⁰. Mais s'il est vrai que la jurisprudence a souvent été à l'origine de l'action directe, actuellement le législateur a codifié la grande majorité de ces créations prétoriennes. La seule véritable exception est sans doute celle de l'action directe en garantie des vices cachés dans les chaînes de ventes. Mais il s'agit d'une règle tellement ancienne et fortement ancrée dans la jurisprudence, qu'elle ne peut plus servir actuellement de preuve du rôle « créatif » de la jurisprudence dans les actions directes. Dans d'autres hypothèses, telle que l'action en paiement du sous-mandataire contre le

108 Op.cit p. 65s.

109 Idem, p.73s.

110 Ch. Jamin, *La notion d'action directe*, thèse à Paris 1991, L.G.D.J., p. 70

mandant principal, les juges ne font en réalité qu'une interprétation extensive d'un texte qui prévoit une forme différente d'action directe. Dans ce dernier exemple, la jurisprudence se base toujours sur l'article 1994 alinéa 2 qui prévoit l'action directe du mandant contre le sous-mandataire (donc dans le sens inverse de l'action directe du sous-mandataire contre le mandant principal)¹¹¹. Mais il est difficile de trouver – exception faite de l'action en garantie des vices cachés - un arrêt qui accueille l'action directe d'un membre extrême d'une chaîne de contrats contre un autre, sans viser un texte de loi autorisant ce type d'action, ne serait-ce que par une interprétation extensive.

137. Bernard Teyslié a également critiqué la conception purement légale de l'action directe¹¹². Selon l'auteur, l'action directe entre les membres extrêmes de la chaîne se justifie par l'existence de relations contractuelles entre les parties. Par là, l'auteur reprend la thèse précitée de Mme Bacache-Gibeili qui ne considère pas les membres extrêmes d'un même groupe de contrats comme des tiers. Nous avons déjà discuté cette conception.

138. Nous nous ¹¹³rallions plus volontiers à l'opinion de Maurice Cozian pour dire que l'action directe ne peut être admise sans texte. Mais cette base légale, si elle est nécessaire, n'est pas suffisante, car la loi n'est pas assez explicite sur le régime des actions directes. Il faut rechercher un fondement pour pouvoir déterminer avec précision leurs régimes. Nous pensons que ce fondement peut être trouvé dans le mécanisme de la compensation. L'action directe ne serait alors qu'une compensation légale multipartite.

B-L'action directe comme compensation légale multipartite

139. Le droit français connaît trois types de compensation : la compensation légale, conventionnelle ou judiciaire. La compensation légale est celle qui a lieu de plein droit si toutes les conditions posées par la loi sont réunies : les dettes doivent être certaines,

111 Civ 1ère, 27 décembre 1960, *GAJC*, 11ème édition, n°268, *D.1961.491*, note Bigot ; Com., 8 juillet 1986, *Bull.civ. IV*, n°153 ; Com., 4 décembre 1990, n°89-12723, *Bull.civ. IV* n°312

112 B. Teyslié, *Les groupes de contrats*, LGDJ, 1975, p. 278.

récioproques, fongibles, liquides et exigibles. Si les conditions de liquidité et/ou d'exigibilité font défaut, la jurisprudence admet que les deux créanciers réciproques peuvent tout de même de faire une compensation si les deux dettes sont connexes¹¹⁴. La compensation peut aussi jouer si ces deux conditions ne sont pas réunies mais que les deux parties y conviennent : il s'agit alors d'une compensation conventionnelle. Dans la même hypothèse, le Code de procédure civile accorde au juge le pouvoir discrétionnaire de prononcer la compensation sur demande reconventionnelle du défendeur. Il s'agit alors d'une compensation judiciaire.

La compensation multipartite est une forme particulière de compensation, peu familière, qui a lieu entre trois personnes ou plus. Le droit français ne connaît actuellement qu'une seule forme de compensation multipartite : la compensation multipartite conventionnelle¹¹⁵. Nous pensons que l'action directe est en réalité une forme de compensation multipartite légale. Nous expliquerons d'abord comment l'action directe peut être comparée à une compensation légale multilatérale, ensuite nous évoquerons les intérêts d'une telle qualification puis les conséquences juridiques qui en découlent.

1-Exposé de la thèse

140. Avant de démontrer comment l'action directe pourrait être assimilée à une « compensation multilatérale légale », il s'agit de faire une brève présentation de la compensation multilatérale.

a-La compensation multilatérale :

114Com, 11 mai 1960 *D.* 1960 p. 573 ;. 60 note Sortais ; Civ 3ème, 30 mars 1989, *Bull.civ* III n°77, *Defrénois* 1989. 1391, obs. Aubert ; Civ. 1ère, 20 novembre 2002, *Bull.civ.* III, n°230, *JCP E* 2004.31, note Guiderdoni ; Com., 20 février 2007, *Bull.civ.* IV n°50, obs. Fages ; Com., 30 juin 2009, *Bull.civ.* IV, n°90, *RTD com.* 2009, 807, obs. Martin-Serf, *RTD Civ.* 2009 obs. Fages.

115F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, *Droit Civil Les obligations*, Dalloz , 9ème édition, 2005, p. 1333.

Les rédacteurs du Code civil n'avaient en tête qu'une seule forme de compensation, la compensation bilatérale¹¹⁶. Ceci ressort clairement du texte de l'article 1289 : « *Lorsque deux personnes se trouvent débitrices l'une envers l'autre, il s'opère entre elles une compensation qui éteint les deux dettes, de la manière et dans les cas ci-après exprimés.* ». La compensation multilatérale a trouvé sa place en droit français depuis le début du XIX^{ème} siècle dans les marchés à terme. Elle s'est développée plus tard, comme mécanisme conventionnel pour régler les soldes des échanges entre commerçants d'un même réseau ou société d'un même groupe. Dès la fin du XIX^{ème} siècle, elle est également utilisée dans les systèmes interbancaires.

141. En droit des marchés financiers, les opérations se déroulent en deux étapes. La négociation (vente/achat) et la compensation. La compensation se fait dans le cadre d'un système informatique nommé Clearing 21. Les membres du marché n'ont pas directement accès à ce système. Ils sont liés contractuellement à une chambre de compensation. Cette chambre, à travers le système Clearing 21, pourra à l'échéance, régler le solde des opérations des adhérents¹¹⁷.

142. Les conventions de compensation multilatérale ont souvent lieu aussi dans le cadre d'une organisation à long terme ; c'est pourquoi elles reposent sur une structure conventionnelle à deux étages : une convention-cadre qui fixe les règles applicables au système et des actes juridiques collectifs qui ont lieu à chaque fois que l'opération est mise en œuvre¹¹⁸. Contrairement au système des marchés financiers dans lequel il ya un prestataire commun, les participants dans ce cas concluent directement entre eux une convention-cadre. Ensuite, à chaque opération, les participants doivent manifester leur volonté d'intégrer telle ou telle créance dans le système. L'opération emporte alors paiement pour tous les participants qui se trouvent à ce moment-là débiteurs envers d'autres. Il en est ainsi dans les mécanismes de compensation multilatérale institués par certains groupes de sociétés ou réseaux de commerçants.

116 Pour être plus précis, la compensation bilatérale légale. La compensation conventionnelle est une création de la jurisprudence et la compensation judiciaire est prévue par le code de procédure civile.

117T. Bonneau et F. Drummond, *Droit des marchés financiers*, Economica 2^{ème} édition, 2005, p.675.

118 M. Roussille, *La compensation multilatérale*, thèse pour le Doctorat en Droit de l'Université Panthéon-Sorbonne (paris I), 2004, édition Dalloz, p.225s.

143. La compensation interbancaire, comme la compensation sur les marchés financiers à terme, est actuellement purement informatique. Du coup, elle n'entraîne pas beaucoup de contentieux et demeure presque inaperçue de la doctrine. Plusieurs systèmes de compensation multilatérale interbancaire sont aujourd'hui en vigueur en France¹¹⁹. Nous ne citerons que le système du SIT (Système Interbancaire de Télécommunication) à titre d'exemple. Comme tous les autres systèmes de compensation multilatérale connus en France, c'est un système conventionnel. Les banques peuvent donc choisir librement d'y adhérer ou pas. Chaque jour, les banquiers participants saisissent leurs opérations. Les données sont transmises vers les systèmes informatiques centraux. A l'issue de la journée, les comptes sont clôturés et les soldes sont transmise à un organisme central appelé Centrale des Règlements Interbancaires (CRI) et imputés sur les compte Banque de France de chaque participant.

Ce mécanisme de la compensation multilatérale pourrait servir comme fondement pour l'action directe.

b-Application du mécanisme de la compensation multilatérale sur l'action directe

144. Une simple analyse de l'action directe nous permet de voir qu'elle peut être facilement assimilée à une compensation multilatérale. Mais cette analyse ne sera complète que si l'on vérifie que toutes les conditions de la compensation y sont satisfaites.

a-Analyse simple de l'action directe

145. Il convient d'abord de préciser deux points. Le premier c'est que cette théorie ne s'applique que pour les actions directes proprement dites ; c'est-à-dire pour les actions

¹¹⁹ Pour une idée plus complète des systèmes de compensation interbancaires, voir *ibid* p. 25s.

directes à régime contractuel. Les « actions directes délictuelles » comme nous l'avons déjà démontré, ne sont en réalité qu'une hypothèse classique de responsabilité délictuelle des contractants envers les tiers¹²⁰. Le deuxième c'est que cette analyse de l'action directe ne se conçoit que si l'on remet en cause l'idée de base sur laquelle s'est construite la théorie de l'accessoire, à savoir que l'action se transmet avec la chose.

146. Economiquement parlant, l'action directe a pour but d'éteindre, simultanément, deux dettes ou plus, existantes entre trois personnes ou plus, à proportion de la dette la plus petite. Elle poursuit donc le même objectif que les différents mécanismes de compensation multilatérale examinés plus haut. On pourrait donc considérer que l'action directe est une compensation multilatérale qui a pour objet d'éteindre la créance que le contractant intermédiaire détient sur l'un des membres extrêmes de la chaîne de contrats, et celle que l'autre membre extrême de la chaîne détient sur le contractant intermédiaire.

147. Deux différences principales demeurent pourtant entre les mécanismes classiques de compensation multilatérale conventionnelle. Premièrement, ces mécanismes sont tous volontaires, tandis que l'action directe est un mécanisme légal, indépendant de toute manifestation de volonté¹²¹. Il s'ensuit que l'action directe ne peut être assimilée à une compensation multilatérale conventionnelle, mais qu'elle peut être conçue comme une compensation multilatérale légale. La deuxième différence est de pure forme, mais elle s'efface une fois qu'on a assimilé la première. L'action directe est une *action*, tandis que les mécanismes de compensation multilatérale s'opèrent de façon automatique (le plus souvent informatique), sans intervention du juge. Cependant cette différence n'est qu'une conséquence normale du caractère volontaire de ces mécanismes extinctifs. L'action directe étant un mécanisme légal, il n'existe aucun support, aucun système préétabli qui permette de procéder automatiquement à la compensation, faute de convention préalable.

148. L'action directe peut donc, *a priori*, être assimilée à une compensation multilatérale légale ; reste à vérifier si les conditions de la compensation peuvent y trouver application.

β-Applicabilité des conditions de la compensation à l'action directe

120 Voir *supra* n°104.

121 La jurisprudence insiste d'ailleurs sur son caractère d'ordre public. Voir par exemple Civ 3ème, 27 septembre 1983, *Bull.civ.3* ° 170 et Cass. com, 13 novembre 2007.

149. Avant de procéder à une telle vérification, une question préalable s'impose : sur quel type de compensation faut-il se baser pour vérifier si ses conditions sont applicables à l'action directe ? Nous avons déjà exposé que le droit français ne connaît pas de *compensation multilatérale légale*. Il connaît la *compensation multilatérale conventionnelle* et la *compensation bilatérale légale*. Ces deux institutions sont logiquement les deux les plus proches de celle que nous avons choisie comme fondement de l'action directe. A défaut d'institutions identiques, nous nous baserons donc sur l'une de ces deux institutions, en prenant soin d'écarter les conditions qui ne peuvent logiquement s'appliquer à la compensation multilatérale légale.

150. Il n'existe pas de règles unitaires pour la compensation multilatérale conventionnelle : les règles de compensation dans les groupes de sociétés et dans les réseaux de commerçants sont régies par des conventions-cadre ; celles des marchés à terme sont régies par les Règles de la compensation LCH Clearnet, etc. Il est donc préférable de vérifier l'applicabilité des conditions de la compensation légale. Celles-ci sont prévues par les articles 1289 à 1299 du Code civil, complétés par la jurisprudence.

Nous avons déjà mentionné que les conditions de la compensation légale sont : la fongibilité des dettes¹²², leur certitude¹²³, leur liquidité¹²⁴, leur exigibilité¹²⁵ et leur réciprocité¹²⁶. Cette dernière ne peut logiquement être exigée dans le cadre d'une compensation multilatérale. Nous n'évoquerons donc que les quatre premières.

151. La première condition ne cause aucun problème : l'objet de l'action est le paiement d'une somme d'argent, et la créance du demandeur est toujours une somme d'argent ; les deux dettes sont donc fongibles.

122Civ 23 juin 1856, 14 décembre 1856 ; Civ.1ère, 14 décembre 1983, *Bull. Civ I* n°187 ; Civ. 1ère, 10 juin 1987, *Bull.civ. I*, n°187 ; Civ 3ème, 4 janvier 2006, *Bull.civ.III*, n°6, *D. 2006 AJ* 228, obs. A. Lienhard, *JCP* édition N 2006.1278, n°6, obs. Piedelièvre.

123Com. 18 janvier, 1977 *Bull.Civ* n°16 ; Com., 21 janvier 1992, *Bull.civ. IV*, n°23 ; Civ. 3ème, 4 janvier 2006, précité note 122.

124Civ 3ème., 1er juillet 1998 *Bull.civ. III* n°148 ; C

125Com, 15 juillet 1975 *Bull. Civ IV* n°203 ; Com., 8 mars 1982, *Bull.civ. Iv*, n°88 ; Com., 13 décembre 1994, *Bull.civ. IV*, n°373 .

126Com., 12 février 1980; *Bull.civ IV* n°73.

152. La deuxième condition ne fait pas défaut pour les actions directes en paiement: le locataire doit le loyer au sous-bailleur et celui-ci en doit au bailleur ; le vendeur originaire doit restituer le prix de la chose défectueuse au vendeur intermédiaire et celui-ci doit de même à l'acheteur, etc...Il s'agit de créances contractuelles, elles sont donc certaines dans leur principe. Mais nous ajoutons sur ce point deux réserves.

La première est que l'action directe ne peut être admise si la créance due par le créancier intermédiaire au créancier principal, ou celle due par le débiteur au créancier intermédiaire, fait l'objet d'une instance en cours ; dans ce cas les créances ne seraient pas certaines. Cette condition est même de pure logique, car sinon l'action directe pourrait servir de détour au profit du créancier originaire, afin de se faire payer une créance douteuse. La deuxième réserve concerne l'action directe dans les chaînes de vente. Le sous-acquéreur ne peut exercer l'action directe contre le vendeur originaire sans faire intervenir dans l'instance le vendeur intermédiaire. En effet, il faut que le dommage ou les vices cachés de la chose soient constatés entre le sous-acquéreur et le vendeur intermédiaire en amont pour que les deux créances de restitution (celle due par le vendeur originaire au vendeur intermédiaire, et celle due par celui-ci au sous-acquéreur) soient certaines. Sinon, l'action directe ne pourrait être admise faute de certitude des deux créances.

Pour les actions directes en réparation, la même réserve que pour l'action en directe dans les chaînes de vente doit être observée : pour les mêmes raisons, le contractant originaire ne pourrait agir contre le sous-contractant sans faire intervenir le contractant intermédiaire ; sinon le dommage ou la faute contractuelle ne pourraient être constatés en instance et du coup, faute de certitude des créances, la compensation ne pourrait pas jouer.

153. La liquidité (entendue dans le sens que le montant de la créance soit déterminé) ne fait pas de doute. Pour les actions directes en paiement, comme il s'agit de créance contractuelle, le montant est déterminé à l'avance dans le contrat. Par exemple, la rémunération de l'entrepreneur principal est déterminée dans le contrat d'entreprise, celle du sous-traitant dans le contrat de sous-traitance. Pour les chaînes de ventes, le prix payé par le sous-acquéreur et par le vendeur intermédiaire est déterminé dans le contrat de vente. Pour les actions directes en réparation, si on respecte la réserve faite pour la

certitude de la dette, les créances de dommages-intérêts dues par le sous-contractant au contractant intermédiaire et par celui-ci au contractant originaire seront liquidées en amont dans le jugement.

154. L'exigibilité, par contre, peut faire défaut. Certains arrêts admettent en effet que le sous-traitant peut agir directement contre le maître de l'ouvrage même si la dette de l'entrepreneur principal envers le sous-traitant n'était pas encore exigible au moment de l'exercice de l'action¹²⁷, ou si elle n'est plus exigible en vertu de la prescription décennale¹²⁸. Cet obstacle peut être surmonté par le recours à la notion de connexité. La jurisprudence admet en effet que les dettes peuvent être considérées comme connexes, même si elles sont issues de contrats différents, s'il existe entre elles des liens économiques suffisants¹²⁹. Nous pensons que la connexité peut, suivant le même raisonnement, avoir lieu entre les créances que les membres de la chaîne de contrats tiennent les uns sur les autres. Dans ce cas, la connexité pourrait remédier à l'absence d'exigibilité des dettes dans l'action directe.

155. Ainsi, sur les cinq conditions requises pour la compensation légale, la fongibilité ne fait pas défaut, les conditions de certitude et de liquidité sont admises si on respecte les réserves suscitées, l'exigibilité peut être surmontée, en cas de défaillance, par le jeu de la connexité et la condition de réciprocité n'a pas lieu de s'appliquer pour la compensation multilatérale. Mais si les conditions de la compensation multilatérale s'appliquent à l'action directe, cela ne suffit pas pour proposer la compensation multilatérale comme fondement juridique de l'action directe. Il convient également de démontrer les intérêts d'une telle qualification.

2-L'intérêt de la qualification de l'action directe en compensation légale multilatérale

156. Le premier intérêt est de créer une théorie générale capable de justifier les différents types d'actions directes, à l'instar de ce que recherche les avant-projets Catala et Terré dans leurs articles 1168 et 1135 respectivement. L'assimilation de l'action directe à une

127 Civ. 3e, 13 décembre 1983, *Bull. civ.* III, n°259 .

128 Civ. 3ème, 8 octobre 1997, *Bull.civ.*III, n°184, *RDI* 1998.98, obs. Malinvaud et Boubli.

129 Civ.3ème, 4 juin 2003, *JCP éd.G* 2003, IV, 2346 ; Com, 15 mars 2005, *D.* 2005, p. 1025.

compensation multilatérale peut en effet s’appliquer aux actions directes qu’elles soient en paiement ou en responsabilité, parfaites ou imparfaites, exercées par le prestataire du service contre le bénéficiaire ou l’inverse. De même, elle s’applique aussi indifféremment du contexte dans lequel l’action directe est exercée : chaîne de contrats ou autre. Dans tous les cas il s’agit simplement de compenser la dette que le créancier extrême détient sur le créancier intermédiaire avec celle que le créancier intermédiaire détient sur le débiteur extrême. Cette unification du fondement juridique conduit à simplifier considérablement le régime applicable aux différentes actions directes.

157. Le deuxième intérêt est de concilier l’action directe avec le principe de l’effet relatif des contrats. Si le débiteur ne paie que sa propre dette, celle découlant de son propre contrat – même s’il la paie à une personne autre que son propre créancier– et si le créancier ne reçoit que sa propre créance – même s’il la reçoit par une personne autre que son propre débiteur– il n’y a aucune atteinte au principe de l’effet relatif.

158. Troisièmement, la théorie de la compensation multilatérale permet de justifier l’extinction des dettes qui incomberaient respectivement au débiteur intermédiaire envers le créancier extrême et au débiteur extrême envers le débiteur intermédiaire. La théorie de l’accessoire, notamment, est incapable de justifier cette extinction. Inversement, la théorie de la compensation multilatérale est également capable d’expliquer que le créancier extrême ne puisse plus agir directement contre le débiteur extrême si celui-ci s’est déjà acquitté de sa dette envers le débiteur intermédiaire¹³⁰ : selon notre présentation, la dette du débiteur extrême étant éteinte avant que l’action directe ne soit exercée, la compensation ne plus avoir lieu.

Après avoir exposé les intérêts de l’assimilation de l’action directe à une compensation légale multilatérale, il convient ensuite de chercher les conséquences juridiques qui en découlent.

130 Com., 3 décembre 2002, *Bull.civ.* IV, n°188, *D.* 2003.786, note Mallet-Bricout, *Defrénois*2003.236, obs. Savaux ; Civ 1ère, 30 mai 2006, *Bull.civ.*I, n°271, Com., 13 février 2007, *Bull.civ.*IV, n°42, *D.* 2007. AJ 797, *RTD com.* 2007. 589, obs. Bouloc.

3-Conséquences de l'assimilation de l'action directe à une compensation multilatérale

159. Une première conséquence semble aller de soi : le montant à payer dans l'action directe correspond à la plus petite des deux (ou plus) créances qui forment la chaîne. Cette conséquence n'ajoute d'ailleurs rien au droit positif. Il s'agit d'un principe qui est reconnu pour les différents types d'actions directes, soit par le législateur¹³¹, soit par la jurisprudence¹³².

160. La deuxième conséquence concerne les réserves qui ont été formulées afin que les conditions de certitude et de liquidité soient remplies. Nous n'y reviendrons plus.

161. La troisième conséquence, et sans doute la plus importante, est que toutes les limites contractuelles contenues dans tous les contrats de la chaîne sont opposables au demandeur dans l'action directe. En effet, l'action directe n'étant qu'une action en paiement du solde de la compensation, toutes les créances en jeu doivent être calculées séparément avant de déterminer le solde à payer. Ce calcul doit évidemment prendre en compte les dispositions contractuelles qui encadrent chaque créance. C'est pour cette raison que nous considérons que l'action directe est soumise au régime contractuel et non délictuel¹³³. Nous reviendrons plus en détail sur cette question dans le titre II de la première partie de cette thèse.

162. Une autre conséquence importante de la qualification de l'action directe en une compensation multilatérale, est la nécessité d'un support légal pour l'action directe. En effet, la compensation, comme nous l'avons déjà exposé, peut être soit conventionnelle, soit judiciaire, soit légal. Or, la compensation conventionnelle ne peut sûrement pas servir de fondement pour l'action directe : il s'agit d'une action, donc par définition même il y a un désaccord entre les parties, il ne s'agit donc point de convention. La compensation

131 Voir par exemple pour l'action directe du sous-locataire contre le propriétaire (art.1753 c.civ) et pour l'action directe des ouvriers contre le maître de l'ouvrage (art.1798 c.civ).

132 Voir par exemple pour l'action du sous-acquéreur contre le vendeur originaire : Civ. 1ère, 27 janvier 1993, *Bull.civ.I* n°45, *JCP* 1993. I. 3684, n°5, obs. Ghestin, *Defrénois* 1993. 1437, obs. Vermelle ; Civ. 1ère, 4 mars 1997, *CCC* 1997, n°97, note Leveneux, *LPA*, 19 septembre 1997, note Mouloungui.

133 Voir *supra* n°104s.

judiciaire ne peut se faire que sur la base d'une demande reconventionnelle¹³⁴, ce qui n'est pas non plus compatible avec la nature de l'action directe. Seule la compensation légale peut donc servir de support pour l'action directe.

Du point de vue du droit international privé, la compensation légale pose généralement beaucoup de problèmes lorsqu'il s'agit de déterminer la loi applicable. Deux auteurs ont proposé que la compensation légale ne puisse jouer en matière internationale que si les lois applicables aux deux (voire plus, comme c'est le cas en l'occurrence) créances l'admettent¹³⁵. Nous pensons qu'il est opportun d'appliquer cette règle à l'action directe. Comme il s'agit d'un mécanisme exceptionnel, il n'est pas logique de l'appliquer pour le recouvrement d'une créance assujettie à une loi étrangère qui ne la reconnaît pas.

Enfin, une fois que nous avons retenu un fondement juridique adéquat pour l'action directe, nous pouvons proposer une définition. On pourrait la définir comme *une action soumise au régime contractuel, dérogeant au droit commun, que la loi accorde à certains créanciers envers les débiteurs de leurs débiteurs*.

Conclusion chapitre I

163. La chaîne de contrats peut être définie comme un groupe de contrats qui se succèdent dans le temps, qui est caractérisé par l'existence d'un contractant intermédiaire, et dans lequel le contrat antérieur constitue la cause ou l'objet du contrat postérieur. Les membres extrêmes d'une chaîne de contrats ne peuvent être considérés que comme des tiers les uns par rapport aux autres. Si la loi et la jurisprudence leur permettent, dans certains cas, d'agir directement les uns contre les autres, la doctrine est divergente sur le fondement de cette action, et la jurisprudence hésite quant à sa nature. Certains auteurs l'ont fondé sur des mécanismes juridiques classiques (stipulation pour autrui, cession de créance ou de dettes, privilège du conservateur ou action en enrichissement sans cause), d'autres sur des

134 Soc., 24 juin 1976, *Bull.civ.V* n° 396 ; Civ 1ère, 17 décembre 1991, *Bull.civ.I* n°355 ; Com., 30 mars 2005, *Bull.civ.,IV* n°72, R. p.361, *BICC* 1er juillet 2005, n°1267, *D.* 2005 AJ 1024, obs. Chevirer.

135 P. Mayer et V. Heuzé, *Droit international privé*, Domat Droit privé, 8ème édition, LGDJ, 2004.

concepts juridiques abstraits (justice commutative ou notion d'accessoire) ; Maurice Cozian considère que l'action directe est d'origine purement légale.

164. Il nous semble possible de concevoir l'action directe comme une compensation multilatérale légale. Un autre débat sur l'action directe concerne sa nature : alors que certains la considèrent comme une action contractuelle, d'autres la conçoivent comme une action délictuelle. L'analyse que nous avons fait de l'action directe nous mène à la considérer comme une action à base légale, mais à régime proche de l'action contractuelle, dans la mesure où les limitations contractuelles contenues à la fois dans le contrat du demandeur sont opposables au défendeur et vice-versa. Elle nous permet également de proposer une définition pour l'action directe, comme une action soumise au régime contractuel, dérogeant au droit commun, que la loi accorde à certaines personnes, envers d'autres avec lesquelles elles ne sont pas contractuellement liées.

Les chaînes de contrats ne constituent que l'une des formes que peuvent prendre les groupes de contrats. Ceux-ci peuvent aussi revêtir la forme d'un ensemble contractuel entre deux parties.

Chapitre II

Les ensembles contractuels entre deux parties

165. L'autre catégorie des groupes de contrat est celle de l'ensemble contractuel. Celui-ci peut exister à la fois entre deux parties ou entre plusieurs. Les ensembles contractuels multipartites sont naturellement plus complexes que les ensembles bipartites, notamment pour la définition du cercle des parties et l'applicabilité de l'effet relatif des contrats entre les membres de l'ensemble contractuel. Nous avons donc choisi de traiter dans ce chapitre les questions qui sont communes aux deux sous-catégories (ensembles bipartites, et multipartites), mais qui sont soit plus courante dans les relations bipartites, soit qui y reçoivent un traitement légèrement différent. Ainsi, la distinction entre le contrat complexe et l'ensemble contractuel autrement dit la distinction entre l'unicité et la multiplicité contractuelle (Section I) est un problème plus typique pour les ensembles bipartites. La terminologie et le fondement des liens qui unissent les contrats (Section II) posent les mêmes questions pour les ensembles bipartites que pour les ensembles multipartites, mais les réponses ne sont pas tout à fait les mêmes.

Section I

L'unicité ou la multiplicité contractuelle

166. La distinction entre contrat unique et contrats multiples n'est pas aussi évidente qu'elle ne paraît. La doctrine n'est pas très riche sur ce point et la jurisprudence n'y pose pas de critère précis. Cette question n'est pourtant pas exclusivement théorique, elle a des incidences assez importantes dans la pratique. Dans les relations internationales, la

reconnaissance de plusieurs contrats regroupés en une même opération permet de choisir une loi applicable différente pour chaque contrat. En outre, une fois qu'on a reconnu que deux obligations sont réciproques et qu'elles sont contenues dans le même contrat, on peut faire prévaloir l'exception d'inexécution. L'unicité du contrat peut servir enfin à l'interprétation des clauses : celles-ci doivent être interprétées les unes par rapports autres afin que le contrat soit cohérent en son ensemble¹³⁶.

167. Cette question n'est pas typique des relations bipartites. Les relations multipartites peuvent aussi prendre la forme d'un contrat unique ou d'une multiplicité de contrat. Cependant, les contrats uniques dans les relations multipartites représentent des hypothèses rares et bien définies, tel que le contrat de société ou les contrats d'assurance de groupe. Comme il s'agit de contrats nommés, ces hypothèses n posent en pratique peu de problèmes de qualification. La question est beaucoup plus délicate pour les relations bipartites. Il arrive en effet fort souvent que deux personnes concluent plusieurs contrats, que ce soit au même moment ou de manière échelonnée dans le temps ; et il va sans dire qu'il ya une infinité de contrats uniques – nommés et innommés – qui peuvent être conclus entre deux parties. C'est pour cela que nous avons choisi de traiter la question de l'unicité contractuelle sous le présent chapitre.

168. La doctrine est partagée quant à la question de l'unicité contractuelle, entre deux approches, subjective et objective. Partant de certaines idées présentées par nos prédécesseurs, nous avons mis en place une méthode qui pourrait permettre de distinguer, de façon fiable, entre l'unicité et la multiplicité contractuelle, tout en prenant en compte la volonté réelle des parties.

Sous-section I : Les différents fondements proposés par la doctrine comme critère d'unicité contractuelle

136 L'intérêt de la distinction entre l'unicité et la multiplicité contractuelle sur ce point serait moindre si l'avant-projet Catala est adopté. Le paragraphe 2 de l'art. 1137 de l'avant-projet prévoit en effet que « dans l'ensemble contractuel qu'ils forment, les contrats interdépendants s'interprètent en fonction de l'opération à laquelle ils sont ordonnés. »

169. Même si la doctrine et la jurisprudence sont très divergentes sur cette question, une chose est sûre : l'unicité du contrat ne dépend pas automatiquement de celle de l'*instrumentum*. Ainsi, peut-on trouver à la fois un seul *negotium* divisé en plusieurs *instrumentum* (c'est le cas des actes instrumentaires conjoints)¹³⁷, aussi bien que l'inverse (plusieurs *negotium* matérialisés en un seul *instrumentum*)¹³⁸. Au-delà de ce constat élémentaire, les critères retenus pour identifier une unité contractuelle sont tantôt volontaristes, tantôt objectifs.

I-Les critères subjectifs de l'unicité contractuelle

170. C'est M. Boulanger notamment qui nous invite à prendre en compte la volonté des parties¹³⁹. Pour lui, l'essentiel c'est de chercher l'opération voulue par les parties : le *negotium*. Afin de mener cette recherche, l'auteur nous propose un faisceau d'indices : la compatibilité des règles gouvernant les différentes parties de la/les convention(s), la divisibilité de l'opération d'un point de vue purement économique, la fixation ou la non fixation du prix¹⁴⁰. M. Boulanger accepte également de prendre en compte le nombre d'écrits comme simple indice (parmi d'autres) de la volonté des parties.

171. Cette approche est appuyée par un autre auteur pour les problèmes de nullité d'une clause au sein d'un contrat viable. Cet auteur invite la jurisprudence à interpréter la

137S. Bros, *L'interdépendance contractuelle*, thèse de Doctorat à Paris II Assas, 2001, p. 77. Il s'agit par exemple de l'hypothèse d'un contrat de garantie d'actif et de passif matérialisé dans un écrit, et d'un autre écrit qui en précise les modalités d'exécution. La jurisprudence ne reconnaît à travers ces deux écrits qu'un seul contrat. Com., 5 mars 1991 *Rev. arb.* 1992, p. 66 obs. L. Aynès.

138 Voir J. Ghestin, *Cause de l'engagement et validité du contrat*, LGDJ, 2006, p. 250s.

139S. Bros, op. cit, p. 75.

140 Cet indice est d'une importance particulière pour les contrats-cadres qui organisent une suite de contrats de ventes à long terme. En effet, pour surmonter la jurisprudence qui exige la déterminabilité du prix dans le contrat de vente, et pour assurer en même temps une certaine flexibilité, les parties conviennent souvent à créer un contrat-cadre qui prévoit les modalités de la vente : lieu de livraison, moyen de paiement, charge des taxes et impôts, etc..., mais de laisser la fixation du prix aux contrats d'application.

volonté des parties pour savoir si la clause litigieuse est divisible ou non de l'ensemble du contrat¹⁴¹.

172. Ce critère a été critiqué par Mme Bros¹⁴² à cause du caractère incertain et artificiel du critère volontariste. Cela suppose en effet, qu'au moment où les parties ont conclu le(s) contrat(s), elles s'étaient figuré le nombre de conventions qu'elles ont voulu conclure. Or, dans la majorité écrasante des cas les parties ne raisonnent pas en ces termes. Ce qui les préoccupe essentiellement, c'est le résultat économique envisagé par l'ensemble de l'opération. Essayer de chercher si leur intention commune était, à l'origine, de conclure un ou plusieurs contrats, nous mène à rechercher une volonté qui n'a jamais existé.

173. Il est vrai que le critère volontariste peut souvent mener à une extrapolation de la volonté des parties. La question de l'unicité ou de la multiplicité contractuelle est avant tout une question de technique juridique qui n'intéresse pas forcément les profanes. En outre, même à supposer que cette volonté existe, puisqu'elle n'est pas exprimée, il est tout à fait légitime de se demander si les deux parties s'étaient présentée l'opération de la même manière dès le début. Il est très possible que dans l'esprit de l'une des parties l'opération ne consistait que d'un contrat unique, tandis que pour l'autre il s'agissait de deux voire plusieurs conventions distinctes. Le critère volontariste ne nous paraît donc pas adéquat pour distinguer entre l'unicité et la multiplicité contractuelle. Une autre partie de la doctrine propose des critères objectifs basés sur les notions de cause, d'objet et le concept du « juste et utile ».

141 Anne Courrèges, « Une action en nullité contre une seule clause d'un contrat est-elle recevable si cette clause est indivisible de l'ensemble du contrat ? », *Bull.civ juridique des contrats publics*, octobre 2009, n°66, p. 411s..

142S. Bros, op. cit, p.82

II-Les critères objectifs de l'unicité contractuelle

174. Après avoir exprimé son objection contre le critère volontariste, Mme Bros nous propose de recourir à la cause comme critère d'unicité contractuelle¹⁴³. Un autre auteur, M. Marmayou, nous propose une autre construction plus complexe, prenant en compte la définition structurelle du contrat, l'objet, la cause et le concept du « juste et de l'utile »¹⁴⁴.

A-La cause comme fondement de l'unicité contractuelle

175. Après avoir exprimé son objection contre le critère volontariste, Mme Bros démontre aussi que l'objet du contrat ne peut pas servir d'assise pour distinguer entre l'unicité et la multiplicité contractuelle¹⁴⁵. Elle avance trois arguments. Premièrement, l'objet du contrat est analysé sans prise en compte des obligations corrélatives ; or un seul et même contrat peut contenir une obligation essentielle et plusieurs obligations corrélatives. Or, pour pouvoir dire qu'il s'agit d'un seul contrat, en se référant à l'objet du contrat, il faut pouvoir dire qu'il existe une seule obligation essentielle ; or, une même obligation peut être dans certain cas une obligation essentielle, dans d'autres cas une obligation corrélative. Le critère de l'objet n'est donc pas fiable en raison de la subjectivité de la distinction entre obligation essentielle et obligation corrélative. En outre, il ya un problème de terminologie quant au sens qu'il faut donner à l'objet du contrat. Une partie de la doctrine l'utilise pour désigner l'obligation caractéristique du contrat, tandis qu'une autre partie l'utilise pour désigner *l'objet* de l'obligation caractéristique, entendue comme la chose sur laquelle porte cette obligation. Un problème doctrinal surgit alors lorsqu'on est face à une obligation de même nature (ex : une obligation de donner) portant sur deux

143 Op. cit., p. 105.

144 J.-M. Marmayou, *L'unité et la pluralité contractuelle entre les mêmes parties (méthode de distinction)*, thèse à l'Université d'Aix-Marseille, 2002.

145 Op. cit p. 89

objets distincts. S'agit-il d'un objet unique ou de plusieurs objets ? En plus, même si la volonté ne peut servir de critère exclusif d'unicité contractuelle, le critère recherché doit quand même avoir une dimension volontariste, tout en donnant les moyens d'encadrer les pouvoirs des juges du fond.

176. Mme Bros avance ensuite un nouveau critère : la cause. L'auteur précise qu'il s'agit de la cause objective et non de la cause entendu au sens de « mobile ». Pour chaque cause objective, figure un contrat. En effet, l'essentiel c'est de déterminer le nombre de résultats économiques envisagés par les parties. Or, la meilleure traduction juridique du résultat économique envisagé par les parties est la cause objective. L'auteur ajoute que ce critère permet de contrôler le pouvoir souverain des juges du fond et permet aussi de prendre en compte, de façon médiate, la volonté des parties.

177. Utiliser la cause comme critère d'unicité contractuelle est une idée à priori séduisante, puisqu'elle permet de prendre en compte la nature de/des opérations(s) économique(s) envisagée(s) par les parties. Pourtant, à regarder de plus près, cette approche est plus discutable. En effet, l'auteur nous invite à prendre en considération

178. la cause objective, et non le mobile. Or, la cause objective n'est pas la même pour l'ensemble du contrat ; la cause objective de chaque obligation réside dans l'obligation réciproque pesant sur l'autre partie¹⁴⁶. Pour un même contrat existe donc une multitude de causes objectives. On pourrait répondre à cette objection par l'idée que seule la cause de l'obligation caractéristique est prise en compte. Dans ce cas, le nombre de contrats en réalité ne dépend pas du nombre de causes, mais du nombre d'obligations caractéristiques. Or, celle-ci dépend du type de contrat en question : pour un contrat d'entreprise, l'obligation caractéristique c'est l'obligation d'exécuter l'ouvrage, pour un contrat de prêt c'est l'obligation de restituer une somme d'argent, etc... Mais comment peut-on connaître la nature du contrat en cause, alors qu'on ne sait même pas s'il s'agit d'un seul ou de plusieurs contrat(s) ? Le critère de la cause risque donc de nous mener à un raisonnement circulaire.

146 M. Fabre-Magnon, *Droit des obligations I- Contrat et engagement unilatéral*, collection Thémis droit, Puf, 3ème édition, 2012, p. 428.

179. M. Marmayou propose une définition structurelle du contrat qui peut permettre une distinction plus fiable entre l'unicité et la multiplicité contractuelle.

B-Distinction entre l'unicité et la multiplicité contractuelle basée sur la définition structurelle du contrat

180. M. Marmayou commence par noter que la définition du contrat dans le code civil est une définition fonctionnelle : une convention par laquelle une ou plusieurs autres s'obligent envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou ne pas faire quelque chose (art. 1101). L'accent est donc mis sur les obligations qui découlent du contrat. L'auteur nous invite, afin de distinguer le contrat unique de la multiplicité contractuelle, à revenir à la définition structurelle du contrat : il s'agit d'un échange de consentement en vue de produire des effets de droits. A partir de là, l'auteur propose de considérer qu'*un* contrat est *un* accord de volonté portant sur *un* objet et sur *une* cause. Il ajoute qu'une fois cette première définition faite, le juge du fond dispose d'un pouvoir souverain de rectification, en fonction de ce qu'il estime « juste et utile » ; ce pouvoir devrait être utilisé à chaque fois que le juge estime que la qualification retenue mène à un résultat économiquement inopportun, abusif ou frauduleux¹⁴⁷.

181. Nous nous rallions à l'opinion de M. Marmayou pour la nécessité de retenir une fonction structurelle du contrat basée sur l'échange des consentements. Il est vrai que pour distinguer le contrat unique des contrats multiples, il faut revenir aux éléments de base qui composent le contrat. Mais nous pensons que le recours aux notions de cause et d'objet est

¹⁴⁷ L'hypothèse de la fraude découle généralement du fait que les parties essaient de diviser artificiellement un contrat unique, s'ils craignent qu'il soit annulé pour illicéité du mobile. Il en est ainsi d'un écrit entre deux parties comprenant contrat de bail d'habitation nu et d'un autre écrit portant achat de meubles par le locataire. Les juges du fond ont retenu qu'il ne s'agissait en réalité que d'un seul contrat de bail d'habitation meublé, et que les parties avaient eu recours à cette technique afin d'opérer une majoration illicite du loyer. La convention fut donc annulé pour cause illicite. La décision a été confirmée en cassation (Cass. Soc., 5 mars, 1959). Si on s'était contenté de la première qualification retenue par M. Marmayou, on aurait constaté deux contrats distincts : en effet, le contrat de bail a pour objet la mise à disposition des locaux, tandis que le contrat de vente des meubles a pour objet le transfert de propriété. Dans cet exemple, s'avère donc la nécessité de la deuxième étape de qualification retenue par l'auteur.

discutable pour les mêmes raisons exprimées plus haut : un contrat peut parfaitement avoir plusieurs objets et plusieurs causes ; et si l'on ne veut retenir que la cause et l'objet de l'obligation caractéristique, cela suppose qu'il faut savoir en amont s'il s'agit d'une seule ou de plusieurs conventions. De même, le pouvoir de rectification accordé au juge du fond nous semble inopportun dans la mesure où l'auteur ne nous offre pas d'éléments qui permettent de contrôler le pouvoir souverain des juges du fond. De plus, ce pouvoir de rectification ne nous paraît pas nécessaire si on trouve un moyen de déterminer avec précision le nombre d'échanges de consentement qui ont eu lieu entre les parties. A partir de ces constats, nous avons forgé une nouvelle construction qui permettra de distinguer entre l'unicité et la multiplicité contractuelle, en se fondant uniquement sur la définition structurelle du contrat.

Sous-section II : Qualification de l'unicité contractuelle basée sur l'échange des consentements entre les parties

Nous allons d'abord présenter l'idée de base de cette construction, pour en faire ensuite une démonstration plus détaillée.

I-Idee de base

182. Nous nous sommes inspirés pour cette construction de l'idée de M. Marmayou, selon laquelle, pour déterminer le nombre de contrats en cause, il faut revenir en amont à la définition structurelle du contrat. Nous nous sommes aussi inspirés du critère avancé par une partie de la doctrine pour distinguer entre, le contrat-cadre et les contrats d'applications d'une part, et le contrat à exécution successive d'autre part. En effet, la différence principale entre les deux réside dans le fait que dans le premier cas, un nouvel

échange de consentements est nécessaire pour chaque contrat d'application, tandis que dans le second, il n'y a qu'un seul échange de consentements au moment de la formation du contrat¹⁴⁸. Si on regarde de plus près, on constate que la différence entre les deux institutions est en réalité une opposition entre la multiplicité contractuelle (contrat-cadre et contrats d'application) et l'unicité contractuelle (contrat à exécution successive). Si ce critère est valable pour la distinction entre contrat-cadre et contrats d'application/ contrat à exécution successive, il est logique de le généraliser à la distinction entre l'unicité et la multiplicité contractuelle.

183. Pour chaque échange de consentement, figure un contrat. La question qu'il faut se poser est donc la suivante : combien de fois les parties ont-elles exprimé leurs consentements mutuels ? La question peut paraître ambiguë, mais la démonstration que nous allons faire permettra de poser des critères clairs et fiables pour y répondre.

II-Démonstration

184. Nous commencerons naturellement par exposer la méthode qu'il faudra suivre pour répondre à cette question, ensuite nous donnerons quelques exemples pour mieux illustrer cette construction ; finalement nous expliquerons en quoi cette méthode peut être meilleure que celles exposées par les auteurs précédents.

A-Méthode

185. Afin de déterminer le nombre de fois qu'il ya eu d'échanges de consentements entre les parties, il faut commencer par une approche chronologique. Il faut chercher, dans tous

148 F. Pollaud-Dulian, « Le contrat-cadre, par delà des paradoxes », *Revue trimestrielle de droit commercial*, 1996, p. 179.

les écrits qui matérialisent l'opération en question, la première fois que les parties ont échangé leurs consentements. Ensuite, il faut chercher s'il ya eu, à la même date, ou à une date très proche, d'autres expressions de consentement mutuels (matérialisées par une signature manuscrite, signature électronique, cachet, etc...). Dans l'affirmative, il faudra chercher s'il existe entre les deux actes une interdépendance contractuelle ou une relation de dépendance unilatérale¹⁴⁹. Tous actes conclus entre même parties, à la même date et entre lesquels existe une relation d'interdépendance ou de dépendance unilatérale ne constituent en réalité qu'un seul contrat. En effet dans ce cas, si les parties ont exprimé leurs consentements à être liées par certaines obligations, ce n'est qu'en connaissance de cause de l'existence d'un engagement, réciproque ou complémentaire, conclu simultanément. Pour dire les choses dans un langage profane, les parties n'ont voulu conclure qu'une seule et même « opération » ; traduite juridiquement, les parties ont voulu conclure un seul contrat. Il est évident que si les deux actes n'entretiennent aucun lien d'interdépendance ou de dépendance unilatérale, leur simultanéité n'est due qu'au pur hasard ; ils ne peuvent donc pas être considérés comme un seul contrat. Mais cette hypothèse devrait être rare en pratique.

186. Ensuite, si les actes en question n'ont pas été conclus en même temps, même s'ils présentent des liens de dépendance unilatérale ou d'interdépendance, ils doivent être présumés comme des actes distincts (même si ces liens peuvent produire certains effets, tel que nous allons voir dans la seconde section). Cette présomption ne peut être combattue que dans l'hypothèse où le contenu de l'acte antérieure se trouve altéré par le contrat postérieur. Il en est ainsi en cas de modification, de substitution par une nouvelle convention, d'abrogation partielle ou complète, etc....En dehors de cette hypothèse les actes restent autonomes en dépit de tout lien de dépendance. En effet, les parties quand elles ont conclu le premier acte, n'avaient probablement pas prémédité la conclusion d'un deuxième (hormis l'hypothèse des contrat-cadres), et n'avaient sûrement aucune idée précise du contenu des actes conclus postérieurement. En apposant leur signature à ce premier acte, les parties admettent logiquement que cet acte se suffit à lui-même et par lui-

149 Nous ne nous étendons pas sur la question de l'interdépendance ou de la dépendance unilatérale, qui sera abordée en profondeur dans la seconde section du présent chapitre.

même. Ce principe doit avoir une exception : le cas où les parties voudraient revenir sur leur volonté antérieure ; c'est le cas où le contenu du contrat antérieur se trouve altéré. Pour mieux mettre en lumière la mise en lumière de cette méthode, nous allons l'illustrer par quelques exemples.

187. La volonté expresse des parties (même si elle est rarement exprimée) ne doit pas être prise en compte dans la détermination de l'unicité ou de la multiplicité contractuelle, qu'à titre de présomption simple. Premièrement, en raison du risque de fraude qu'une telle volonté expresse peut créer. : selon M. Seube, il peut arriver qu'un contrat soit valable tout seul, mais qu'il soit contraire à l'ordre public s'il est uni à un autre contrat¹⁵⁰. Imaginons par exemple un patient qui conclut avec une autre personne un contrat de donation d'un organe humain. Ensuite, il conclut avec son donateur un autre contrat par lequel ce dernier vend au patient un bien meuble à un prix nettement supérieure à sa valeur réelle. Les deux contrats sont en eux-mêmes valables. En revanche, leur rapprochement peut révéler une opération de vente d'organe humain qui est interdite, aussi bien sur le plan civil que sur le plan pénal¹⁵¹. Deuxièmement, la jurisprudence n'admet pas la validité des clauses de divisibilité lorsqu'elles sont contraires à l'économie du contrat¹⁵² ; solution d'ailleurs que nous approuvons¹⁵³.

188. Nous pensons néanmoins que la volonté des parties de conclure un seul ou plusieurs contrats, si elle est exprimée, pourrait avoir valeur de présomption simple de l'existence ou de l'absence de liens de dépendance entre les contrats. Mais en tant que présomption simple, elle devrait succomber à la preuve contraire, tirée de l'économie du/ des contrat(s) en cause.

Nous donnerons quelques exemples afin de clarifier la mise en œuvre de notre méthode.

150 P. Mousseron, J. Raynard, J-B. Seube, op.cit., p.510.

151 D.Berthiau, *Droit de la santé*, Mémentos LMD, Gualino éditeur, 2007., p.232.

152 Com., 15 février 2000, *Bull.civ.*, 2000, IV, n°29, *D.*2000, p.364 obs. Ph.Delebecque, *JCPed.G* 2000, I, n°9, obs. A.Constnatin, Defrénois 2000, p.1118, obs. D.Mazeaud et Com., 24 avril 2007, *RDC* 2008, p.276, obs. D. Mazeaud ; Ch. Mixte, 17 mai 2013, n°11-22768 et 11-22927, *D.*2013, p.1658, note D. Mazeaud, *Gaz.Pal.*, 4 juillet 2013, p.18 obs. D. Houtcieff, *JCPed.G* 2013, note F. Buy et 674, note J.B.Seube, *RDC* 2013/3, p.1331, note Y.-M. Laithier, *JCP* ed.E 2013, 1403, note D.Mainguy

153 Voir *infra* n°975.

B-Illustration

189. Dans la première hypothèse, un particulier acquiert un crédit auprès d'une banque. En garantie, celle-ci lui demande de lui fournir un nantissement. Les deux actes sont conclus en même temps ; le deuxième présente un lien de dépendance unilatérale envers le premier puisque la convention de crédit lui sert de cause. Il s'agit alors d'un seul contrat.

190. Deuxième hypothèse : une personne conclut un contrat de travail. Un an après l'embauche, l'employeur décide d'expatrier le salarié, et lui fournit alors un logement par le biais d'un contrat de bail. Dans ce cas, le contrat de bail dépend évidemment du contrat de travail, mais la convention de bail a été conclue postérieurement ; le contrat de bail n'induit pas non plus d'altération au contenu de la convention de travail. Il s'agit donc de deux contrats distincts.

191. Troisième hypothèse : durant l'exécution d'un contrat d'entreprise, des difficultés surgissent. Les parties s'accordent alors pour étendre la durée de l'exécution. Les deux accords sont certes différés dans le temps, mais le second induit une modification dans le premier ; il s'agit alors d'un seul et même contrat.

192. Il est évident que si les deux accords conclus entre les deux parties ne manifestent aucun lien de dépendance ou d'interdépendance (tels deux conventions de vente successives), il s'agit de deux contrats distincts. Après avoir illustré notre méthode, nous allons expliquer en quoi nous pensons que cette approche peut être plus fructueuse que les méthodes antérieures.

C-Intérêts

193. Nous pensons que cette méthode a l'avantage de prendre en considération la volonté réelle des parties, tout en donnant les outils qui permettent de contrôler le pouvoir souverain des juges du fond.

Elle permet de prendre en considération la volonté réelle, puisqu'elle invite le juriste à se mettre à la place des contractants au(x) moment(s) où ceux-ci ont exprimé leur volonté de s'engager. En essayant de reconstruire les calculs économiques que les parties ont logiquement fait au moment où ils ont manifesté leur consentement, notre méthode évite une autre critique qui a été adressée à l'approche subjectiviste, à savoir qu'elle s'efforce de chercher la construction juridique voulue par les parties ; choix auquel les parties, généralement profanes, n'ont probablement jamais songé. De même, elle pose des règles précises pour dégager la volonté des parties et échappe ainsi à l'incertitude qui caractérise la méthode subjective. Enfin, en évitant de prendre en considération la volonté déclarée, cette nouvelle méthode permet d'éviter les montages frauduleux, qui visent notamment à diviser artificiellement une même convention en deux ou plusieurs, afin d'échapper aux dispositions d'ordre public.

Une fois qu'on a pu distinguer entre l'unicité et la multiplicité contractuelle, on pourrait envisager les différents liens qui peuvent exister entre deux ou plusieurs contrats distincts.

Section II

Les liens entre les contrats

194. Nous avons relevé, plus d'une fois l'hésitation de la jurisprudence et la doctrine quant à la terminologie à utiliser dans le domaine des imbrications contractuelles. Nous devons de notre part, pour le bon déroulement du présent travail, préciser le sens exact que nous

nous entendons des termes. D'autre part, la doctrine hésite aussi quand au fondement juridique qui permet d'unifier les contrats au sein d'un même ensemble contractuel, même si la doctrine majoritaire opte pour la cause.

Sous-section I : ensemble contractuel, interdépendance, et indivisibilité, quelques remarques de terminologie

195. L'incohérence terminologique qui touche la question des groupes de contrats(en doctrine aussi bien qu'en jurisprudence) est due, en grande partie, au fait que la matière n'est pas encore codifiée. La jurisprudence emploie, de façon plus ou moins aléatoire, les termes « ensemble contractuel », « contrats interdépendants », « ensemble indivisible », ou « contrats indivisibles ». La doctrine est extrêmement divergente sur la terminologie, même si les définitions posées par Bernard Teyssié dans son célèbre ouvrage *Les groupes de contrats*¹⁵⁴, servent de base pour un grand nombre d'auteurs.

Les ensembles contractuels notamment, n'ont pas de définition unitaire dans la doctrine ou la jurisprudence. D'autre part, les termes interdépendance et indivisibilité reçoivent des connotations différentes selon les auteurs.

I-La définition de l'ensemble contractuel

196. La jurisprudence évoque souvent la notion « d'ensemble contractuel » sans poser de critère précis qui permette de la cerner. Plusieurs auteurs ont tenté de poser une définition de « l'ensemble contractuel », sans parvenir à l'unifier. L'avant-projet Catala et le projet de la Chancellerie, par contre, ont adopté une même définition de l'ensemble contractuel.

154B. Teyssié, Op. cit

A-L'ensemble contractuel dans la jurisprudence

197. L'expression « ensemble contractuel » apparaît désormais assez régulièrement dans la jurisprudence. La Cour de Cassation emploie toujours cette expression accompagnée des termes « indivisibles », « indivisibilité » ou « indissociable »¹⁵⁵. Les juridictions d'appel préfèrent le terme « d'ensemble contractuel » tout court¹⁵⁶. Cette subtile différence de vocabulaire ne nous semble pas anodine. L'expression employée par la Cour de Cassation paraît indiquer qu'elle exige une relation d'interdépendance ou d'indivisibilité entre les contrats pour retenir la qualification d'ensemble contractuel¹⁵⁷, tandis que les juridictions d'appel semblent ne peut pas exiger une telle relation. Au-delà de ce constat élémentaire, la jurisprudence n'est pas très expressive sur la définition de l'ensemble contractuel. A notre connaissance, l'arrêt de la troisième chambre civile du 12 novembre 2003¹⁵⁸ est le seul qui apporte une ébauche de réponse. Selon l'arrêt, « *la cour d'appel a pu déduire que ces conventions interdépendantes conclues en vue de la même opération économique formaient un ensemble contractuel indivisible.* ». A partir de ce motif, nous pouvons déduire deux éléments appréciés par la jurisprudence pour caractériser l'ensemble contractuel : une relation d'interdépendance et une opération économique unique qui sert de cause à tous les contrats qui constituent cet ensemble. Mais ces éléments méritent plus d'éclaircissement. La doctrine nous offre des éléments supplémentaires pour nous y aider.

155 Voir par exemple Cass.1ère Civ., 28 octobre 2010 n°09-68-014, Civ 1ère, 12 novembre 2003, inédit , Com. 5 juin 2007, *Bull.civ.* 2007, IV, n° 156 et Com, 8 janvier 1991, *Bull.civ.* 1991 IV n° 20 p. 12.

156 CA Toulouse, 3 décembre 2002, CA Paris, 1ère ch. Suppl, 29 novembre 1991, *Soc Distribution Chardonnet contre soc Fiat Autofrance*, et CA Paris, 9 décembre 1987.

157 Ces deux notions sont employés dans la jurisprudence majoritaire comme synonymes. Voir *infra* n°197.

158 Précité note 155.

B-La définition de l'ensemble contractuel dans la doctrine

198. Mme Bacache-Gibeili propose une définition de l'ensemble contractuel. Pour elle, « Il s'agit d'un ensemble de contrats distincts portant sur le même bien et ayant en commun au moins deux obligations unies par une identité d'objet. »¹⁵⁹. Pour M. Veaux, « l'appellation d'ensemble contractuel repose sur une identité de but : les deux contrats tendent à réaliser une même opération économique. »¹⁶⁰. Pour M. Leborgne, Les ensembles contractuels sont des groupes de contrats à forme circulaire, qui regroupent à l'initiative du promoteur de l'opération, des conventions soudées entre elle par une identité au moins partielle de cause.¹⁶¹ Enfin, M. Mousseron, M. Raynard et M. Seube, définissent l'ensemble contractuel simplement comme « un groupe d'accord liés entre eux par une identité de cause ».¹⁶²

199. De toutes ces définitions, nous pouvons retenir que les auteurs s'accordent sur le critère de l'unité de but, ou de cause. Seule, Mme Bacache-Giebelli retient l'unité d'objet comme moyen de lier les contrats qui forment l'ensemble contractuel. Les auteurs semblent moins intéressés que la cour de cassation à l'indivisibilité ou l'interdépendance qui relie les contrats.

200. Afin de proposer une définition de l'ensemble contractuel, il convient de tenir compte de plusieurs éléments.

Premièrement, pour être cohérent avec la doctrine majoritaire qui oppose chaînes de contrats/ ensemble de contrats, nous devons revenir à la définition que nous avons proposée pour les chaînes de contrats. La chaîne de contrats est un groupe de contrats qui se succèdent dans le temps, qui est caractérisé par l'existence d'un contractant intermédiaire, et dans laquelle le contrat antérieur constitue la cause ou l'objet du contrat

159 M. Bacache-Gibeili, op. cit, p. 106.

160 D. Veaux, op. cit.

161 F. Leborgne, *L'action en responsabilité dans les groupes de contrats*, Etude de droit interne et de droit international privé, thèse pour le Doctorat à l'Université Rennes I, 1995, p. 7.

162 P. Mousseron, J. Raynard, J-B. Seube, *Technique contractuelle*, Francis Lefebvre, 3ème édition, 2005, p. 125.

postérieur. Nous ne pourrions donc adopter le critère posé par M. Mousseron, M. Raynard et M. Seube, selon lequel les chaînes de contrats seraient réunies par l'objet tandis que les ensembles contractuels seraient liés par la cause. Ceci reviendrait à nier l'existence des chaînes de contrats liées par la cause telles que la sous-traitance ou le sous-affrètement. Nous pensons que l'élément essentiel qui distingue ces deux catégories est l'existence d'une opération d'ensemble qui sert de mobile à tous les contrats du groupe. Contrairement aux chaînes de contrats liées par la cause, dans les ensembles contractuels c'est l'opération globale qui sert de cause à tous les contrats, tandis que dans la chaîne l'un des contrats constitue la cause d'un autre.

Deuxièmement, il convient de prendre en compte le type de relation qui unit les différents contrats de l'ensemble. Comme nous le verrons plus tard¹⁶³, les contrats peuvent être en relation d'interdépendance, c'est-à-dire que les causes des deux contrats se rencontrent, ou de dépendance unilatérale, ce qui signifie que l'un des contrats sert de cause à l'autre, tandis que l'inverse n'est pas vrai. Nous avons déjà démontré qu'il y avait une différence entre l'approche de la cour de cassation et celle des juridictions d'appel quant à cette question ; seule, la première exigeait une relation d'interdépendance pour apprécier l'existence d'un ensemble contractuel. Nous pensons que le concept d'ensemble contractuel a peu d'intérêt sans l'existence d'une relation de dépendance qui noue les contrats. Ce constat vaut aussi bien pour l'effet extinctif du groupe de contrats (disparition de tous les contrats du groupe suite à l'annulation ou la résolution d'un contrat)¹⁶⁴, que son effet pour l'appréciation de la lésion¹⁶⁵, que son rôle procédural dans l'unification du contentieux¹⁶⁶ et surtout, ce qui nous intéresse en particulier dans la présente thèse, pour l'extension de l'effet des clauses. Sans lien de dépendance entre les contrats, l'ensemble contractuel n'est qu'une coquille vide. Cependant, nous pensons qu'il n'est pas nécessaire que les liens qui unissent les contrats soient forcément des liens d'interdépendance. Il est

163 Voir *infra* n°261.

164 Voir par ex D. Mazeaud, *Les Groupes de Contrats, Petites affiches*, 5 mai 2000 numéro 90 et A. Foriers, *op. cit.*, p.97s.

165J-B. Seube, « Ensemble indivisible de contrats (bail à construction et vente) et appréciation de la lésion », *Revue des contrats* 2011 (1), p. 176.

166 Voir par ex S. Pellé, *op. cit.*, p. 484s et B.Fages, « Conséquences procédurales de l'existence de conventions indivisibles entre différentes parties », *Revue trimestrielle de droit civil*, 1/4/2012, n°2, p. 314.

tout à fait possible d'envisager des ensembles contractuels dans lesquels les contrats (ou certains d'entre eux) sont liés par des liens de dépendance unilatérale. Nous songeons particulièrement aux contrats constitutifs de sûretés personnelles, tels que les contrats de nantissement ou de cautionnement. Le plus souvent, les ensembles contractuels sont formés par un mélange de liens de dépendance unilatérale et d'interdépendance entre les contrats.

201. Pour revenir aux relations bipartites, selon la méthode que nous avons présentée pour distinguer entre l'unicité et la multiplicité contractuelle, deux actes interdépendants, conclus simultanément entre deux parties, cachent en réalité un seul contrat. Il est aussi logiquement difficile d'imaginer une relation d'interdépendance entre deux contrats conclus successivement. En effet, si la survie et /ou l'exécution de chaque contrat dépendent de l'autre, comment le premier contrat aurait-il pu survivre et produire ses effets tant que le second n'était pas encore né ? C'est là que nous rejoignons – du moins partiellement - la remarque de Mme Bros, selon laquelle les contrats interdépendants entre deux personnes ne seraient que des « contrats synallagmatiques élargis »¹⁶⁷. Les ensembles contractuels entre deux parties se réduisent donc en pratique à l'hypothèse du contrat-cadre et des contrats d'application, et à celle des contrats conclus successivement et liés par une relation de dépendance unilatérale (tel l'exemple du contrat de travail auquel vient s'ajouter un contrat de bail).

L'ensemble contractuel est donc défini dans la doctrine, principalement à partir de la notion de cause. L'avant-projet Catala et le projet de la Chancellerie ont adopté une même définition de l'ensemble contractuel qui est au carrefour entre l'approche de la Cour de Cassation et entre les définitions proposés par la majorité des auteurs.

C-La définition de l'ensemble contractuel dans les avant-projets de réforme du code civil

167 S. Bros, Op. cit, p. 436.

202. Dans l'avant-projet Catala Il n'ya pas de définition expresse de l'ensemble contractuel. Mais elle découle implicitement de l'article 1172 : « *Les contrats concomitants ou successifs nécessaire à la réalisation d'une opération d'ensemble à laquelle ils appartiennent sont regardés comme interdépendants dans la mesure ci-après déterminée.* » L'avant-projet fait donc une sorte de concomitance entre *ensemble* et *interdépendance*. Sur ce point, l'équipe du professeur Catala semble avoir opté pour la position de la cour de cassation plutôt que celle des juridictions d'appel. L'article précise aussi que les contrats interdépendants participent « *à la réalisation d'une opération d'ensemble* ». L'accent est ainsi mis sur l'opération complexe qui sert de cause à tous les contrats qui composent le groupe. L'avant-projet reprend donc aussi le critère avancé par la doctrine majoritaire.

Le projet de la Chancellerie reprend, à quelques mots près, la formule de l'avant-projet Catala . L'article 13 énonce que : « *Sont interdépendants les contrats concomitants ou successifs dont l'exécution est nécessaire à la réalisation d'une opération d'ensemble à laquelle ils appartiennent.* »

203. Nous pensons qu'il serait plus opportun d'inclure les groupes de contrats à dépendance unilatérale dans la définition des ensembles contractuels. D'un côté, cela permettrait de reconnaître des ensembles contractuels dans les relations bipartites et d'autre part ça permettrait d'éviter le dépeçage des ensembles contractuels. En effet, dans une grande partie des ensembles contractuels, il existe à la fois des contrats interdépendants et d'autres qui sont liés par des relations de dépendance unilatérale. La question qu'il faut se poser est de savoir si les deux articles précédents témoignent – sur ce point précis – de la volonté réelle des rédacteurs, ou d'une simple inadvertance. La réponse figure pour nous dans le terme *nécessaire* utilisé dans les deux articles : « ...nécessaire à la réalisation d'une opération d'ensemble... ». En effet, les contrats accessoires ou à dépendance unilatérale ne sont pas strictement nécessaire à la réalisation de l'opération. Ils sont conclus pour rendre l'opération moins risquée, plus avantageuse ou plus facile à exécuter ; mais ils restent accessoires. En limitant l'ensemble contractuel aux seuls contrats nécessaires à la réalisation de l'opération, les rédacteurs des deux avant-

projets ont volontairement choisi de réserver les ensembles contractuels aux contrats interdépendants.

Un autre point terminologique mérite d'être mis en lumière. Il s'agit de la concomitance entre les termes « interdépendance » et « indivisibilité ».

II-Indivisibilité et interdépendance : deux mots pour désigner un même concept

204. La distinction entre les deux termes doit essentiellement à Bernard Teyssié. Selon l'auteur, les ensembles contractuels peuvent être interdépendants indivisibles ou interdépendants divisibles ; la divisibilité n'étant ni un synonyme ni une condition indispensable à l'interdépendance. Cependant, la terminologie utilisée par la jurisprudence semble considérer les deux mots comme synonymes.

A-L'indivisibilité et l'interdépendance selon Bernard Teyssié

205. L'approche de B. Teyssié sur ce point n'a pas été suivie par la doctrine majoritaire ni par la jurisprudence. Nous pensons que cette distinction est basée sur une notion trop extensive de l'ensemble contractuel et de l'interdépendance.

1-Exposée de la distinction entre indivisibilité et interdépendance selon B. Teyssié

206. Selon l'auteur, les ensembles de contrats sont dits interdépendants lorsque les contrats qui le composent sont d'égale importance. Lorsque l'un d'entre eux est essentiel

et les autres lui servent d'accessoires, l'ensemble contractuel est dit à dépendance unilatérale. L'indivisibilité, en revanche, traduit le fait que l'opération envisagée par l'ensemble contractuel n'est pas susceptible d'exécution partielle. Les ensembles contractuels à dépendance unilatérale sont généralement divisibles puisque les contrats qui les composent sont formés d'un seul contrat essentiel, et d'autres qui ne lui servent que d'accessoires. En revanche, les ensembles contractuels interdépendants peuvent être divisibles ou indivisibles selon que l'opération qu'ils envisagent est susceptible, ou non, de division¹⁶⁸.

207. Cette distinction découle d'une conception trop large de l'ensemble contractuel et de l'interdépendance.

2-Objections contre la distinction entre indivisibilité et interdépendance

208. Cette distinction se comprend en effet, quand on aborde les exemples que l'auteur nous offre pour les ensembles interdépendants divisibles. Trois exemples sont fournis : la coassurance, les ensembles de contrats de concessions et les ensembles de contrats d'agence d'assurance¹⁶⁹.

La coassurance se forme par la jonction de plusieurs assureurs en vue de couvrir un même risque sur le même objet ; chacun d'entre eux devant assurer cette couverture suivant un quota déterminé. En pratique, le client contacte un seul assureur ; si ce dernier estime que le risque est trop important, il demande à ce premier de contracter d'autres assureurs. Une fois que d'autres assureurs sont appelés par le client, l'assureur contacté en premier joue généralement le rôle de mandataire dans leurs relations avec l'assuré. Il est indéniable que ces contrats tendent à la réalisation d'une même opération -en l'occurrence la couverture d'un certain risque – mais la relation d'interdépendance ne peut être caractérisée. En effet, l'interdépendance signifie que les causes des contrats composant

168 B. Teyssié, op. cit, p. 97s.

169idem, p. 108-117.

l'ensemble se croisent¹⁷⁰. Ceci n'est évidemment pas le cas en l'espèce, puisque tous les contrats puisent leur cause uniquement dans la couverture du risque. Il est à noter que Bernard Teyslié ne pose aucun critère précis pour l'interdépendance. Sa conception de l'interdépendance est donc beaucoup plus permissive que la doctrine majoritaire.

Les ensembles de contrats de concessions se forment par un réseau de contrats, conclus avec différents opérateurs, pour assurer la distribution de certains produits sur plusieurs zones géographiques. Les ensembles de contrats d'agence d'assurances se constituent d'un réseau de contrats de mandat conclus entre une société d'assurance générale, et une multitude de sociétés d'assurances à l'étranger. Plusieurs agents peuvent se trouver sur un même territoire, chacun d'entre eux spécialisé dans un domaine particulier (assurance incendie, assurance accidents, etc...). Dans ces deux hypothèses, non seulement, l'interdépendance ne peut être caractérisée, mais en plus la qualification même d'ensemble contractuel peut être douteuse. Il est difficile en effet de soutenir que ces contrats contribuent à la réalisation d'une même opération économique ; chaque contrat ayant pour objet la distribution de biens ou la réalisation de certaines prestations de services sur un territoire donné ou dans un domaine différent, indépendamment de l'autre. Afin de retenir la qualification d'ensemble contractuel, B. Teyslié a adopté une conception très extensive de l'opération économique. Parlant des ensembles de contrats de concessions, l'auteur dit : « Organisé autour d'un personnage central qui lui imprime ses caractères et assure son développement, ce groupe assure la structure circulaire caractéristique des ensembles »¹⁷¹. Puis il ajoute : « A défaut d'unité contractuelle, cet ensemble révèle une indéniable unité économique. Chaque contrat de concession, en plaçant le concessionnaire dans un état de subordination à l'égard d'un concédant, en fait une ramification de l'entreprise de ce de dernier. Si l'on considère l'ensemble contractuel, on constate la formation d'une unité économique entre les co-concessionnaires, liés entre eux par les obligations qui leur sont imposés et le concédant. »¹⁷². Pour apprécier l'unité de l'opération économique qui caractérise l'ensemble contractuel, Bernard Teyslié retient donc l'existence d'un seul personnage-clé, l'unité des règles applicables à tous les contrats

170 Voir *infra* n°261.

171 Op. cit, p.113

172 Idem p. 114.

et le lien de subordination qui unit les concessionnaires au concédant. Ces éléments nous paraissent caractériser non un ensemble contractuel, mais un *faisceau de contrats*, expression créée par MM. Mousseron, Raynard et Seube¹⁷³. Il s'agit selon ces auteurs de « systèmes organisés de contrats, quasi-identiques, passés par un opérateur commun avec des dizaines, voire des centaines d'autres. ». Cette définition s'applique parfaitement aux réseaux de concessions.

La distinction faite par Bernard Teyssié entre indivisibilité et interdépendance traduit donc une approche très extensive de l'ensemble contractuel et de l'interdépendance ; ce qui explique sans doute pourquoi elle n'a pas été suivie par la jurisprudence.

B-Interdépendance et indivisibilité en jurisprudence : deux synonymes

209. La jurisprudence a d'abord utilisé exclusivement le terme « indivisibilité » pour désigner le phénomène d'imbrication entre les contrats¹⁷⁴. En effet, la cour de cassation a cru dans un premier temps trouver le fondement de ce phénomène dans l'extension du champ d'application des articles 1217 et 1218 - relatifs à l'indivisibilité des obligations – aux relations inter-contractuelles¹⁷⁵.

210. Le terme d'interdépendance n'est apparu qu'ultérieurement¹⁷⁶. Pendant longtemps, la jurisprudence a utilisé les deux termes de façon concomitante¹⁷⁷. Les formules employées par la cour laissent comprendre qu'il s'agit, non de deux éléments distincts et complémentaires, mais bien de deux synonymes. Ainsi, dans l'arrêt de la chambre mixte

173P. Mousseron, J. Raynard, J-B. Seube,op. cit, p. 125.

174 Voir par exemple: Civ 1ère., 15 novembre 1994, *Bull.civ.* I, n°328, Com. 4 avril 1995, *Bull.civ* IV, n° 115 et 116 ;*JCP éd.G*1995, IV, 1391 et 1392 et Com, 15 juin 1999 *JCP éd.G* 2000, I, 215 et *JCP éd E*, 2000, p. 802s.

175 C. Aubert de Vincelles, « Ensembles contractuels: la cause encore et toujours », *JCP, édition entreprise et affaires*, n°16-17, 21 avril 2011.

176 Voir Com., 15 février 2000, n°97-19793, *Bull.civ.* 2000 IV n° 29 p. 23. A notre connaissance cet arrêt est le premier à avoir utilisé le terme « interdépendance » pour désigner les relations d'indissociabilité entre les contrats.

177 Voir par exemple : Cass. 1re, 3 avril 2001, N°: 98-18476, *Bull.civ.* 2001 I N° 94 p. 60, Civ 1re, 13 novembre 2008,n°: 06-12920, *Bull.civ.* 2008, I, n° 254 et Ch. Mixte, 17 mai 2013 n°11-22768.

du 17 mai 2013¹⁷⁸, le demandeur en cassation fait grief à l'arrêt de la cour d'appel d'avoir considéré que « *le contrat de location..... est **indivisible** du contrat de partenariat....* ». La cour de cassation répond au moyen comme suit : « *Mais attendu que les contrats concomitants ou successifs qui s'inscrivent dans une opération incluant une location financière, sont **interdépendants** ; que sont réputées non écrites les clauses des contrats inconciliables avec cette interdépendance.* ». L'arrêt du 1^{er} avril 2001, retient, de façon même plus claire que « *la cour d'appel a souverainement retenu **l'interdépendance** des contrats d'édition conclus par les coauteurs pour l'exploitation d'œuvres communes qui, à la fois par leur nature et par la volonté des parties, étaient **indivisibles**, paroles et musique étant indissociables ;* »¹⁷⁹.

Quelques arrêts récents, ont aussi utilisé exclusivement le terme « interdépendance » pour désigner les relations d'imbrication entre les contrats¹⁸⁰.

211. Ce qui confirme de plus notre compréhension de la terminologie employée par la jurisprudence, c'est qu'aucune décision de justice n'a reconnu, à notre connaissance, l'hypothèse d'un ensemble contractuel qui serait interdépendant mais divisible. Les deux termes sont donc bien considérés comme synonymes.

Une fois que nous avons passé la question de la terminologie des relations inter-contractuelles, il convient d'appréhender la question du fondement qui permet de tisser les liens entre les contrats.

Sous-section II : fondement des imbrications contractuelles

212. Plusieurs institutions juridiques ont été proposées par les différents auteurs comme fondement pour relier les contrats participants à un même ensemble. Certains auteurs ont voulu fonder ces liens sur la volonté des parties. Une partie de la doctrine a avancé la condition résolutoire, une autre encore la notion d'indivisibilité telle qu'elle est entendue

178Précité note 152.

179Précité, note 150.

180Voir par ex : Com., 16 octobre 2007, n° 05-20-39, inédit.

dans le code civil. La doctrine majoritaire, et nous partageons sa conception, fonde les relations de dépendance ou d'interdépendance entre les contrats sur la cause.

I-Les différents fondements avancés par la doctrine pour expliquer les liens inter-contractuels

213. L'indivisibilité subjective, l'indivisibilité objective et la condition résolutoire ont toutes été proposées par une partie de la doctrine, sans jamais pouvoir rassembler autant de consensus que la cause.

A-L'interdépendance contractuelle expliquée par la volonté des parties ou « l'indivisibilité subjective »

214. C'est la jurisprudence qui a été à l'origine de cette thèse. La doctrine est généralement peu favorable à l'indivisibilité subjective entre les contrats, au sens d'une interdépendance basée uniquement sur la volonté des parties. La majorité des auteurs exigent au moins qu'elle soit soutenue par des éléments objectifs. Il est vrai que l'idée de baser l'interdépendance contractuelle directement sur la volonté des parties est fort discutable.

1-L'indivisibilité subjective dans la jurisprudence

215. La Cour de Cassation semble, jusqu'à ce jour, hésitante à fonder l'indivisibilité entre les contrats sur la seule volonté des parties¹⁸¹. Les deux arrêts emblématiques qui retiennent l'interdépendance entre contrats basée sur la volonté des parties sont sans doute celui de l'affaire Sedri du 4 avril 1995¹⁸² et celui de la première chambre civile du 28 octobre 2010¹⁸³.

Dans la première espèce de l'affaire Sedri la Cour de Cassation avait confirmé l'arrêt de la cour d'appel qui avait considéré deux conventions comme indivisible : « *la cour d'appel, ayant fondé sa décision sur la considération de chacune d'entre elles par les parties comme une condition de l'existence des autres et non pas sur la nature spécifique de l'objet loués par rapport aux utilisations envisagées,...* ».

Dans la deuxième espèce, la cour de cassation a également confirmé l'arrêt de la cour d'appel qui avait considéré deux conventions – de location financière et de maintenance – divisible ; au motif que la cour d'appel « *en avait souverainement déduit que la commune intention des parties avait été de rendre divisibles les deux conventions,...* ».

Dans les deux affaires, la Cour de Cassation considère – implicitement dans la première affaire et explicitement dans la deuxième – que la question de la divisibilité ou de l'indivisibilité entre les contrats est une question d'interprétation de la volonté des parties et qu'elle relève donc du pouvoir souverain des juges du fond. Mais cette conception n'est pas tout à fait partagée par la majorité des auteurs.

2-L'indivisibilité subjective dans la doctrine

181 Pour les décisions en faveur de l'indivisibilité subjective voir notamment : Cass. com., 4 avril 1995, Sté Franfinance équipement/ Villette, *JCP* éd E1996, II, 792 note M -Ch Sordino, E. Tardieu-Guigues, ; *Constrats, conc., consom.*, 1995, n°105 obs. Leveneur et Civ 1re, 28 octobre 2010 n°09-68.114 *Bull.civ.*, 2010, I, n°213. Pour les décisions contre, voir par exemple Com., 12 juillet 2011, n°10-22.930 Sté Prodim c/ Sté Soderma, *LEDC*, 3 octobre 2011, n°9, p. 3 obs. C. Zolynski ; *Recueil Dalloz* 2012, p. 459 obs. S. Amrani-Mekki ; Com. , 15 février 2000, n° 97-19-793 D. 2000. 364, obs. Ph. Delebecque et Com., 24 avril 2007, n°06-12.443, *RDC* 2008. 276 obs. D. Mazeaud.

182 Com., 4 avril 1995 précité note 18.

183 Civ. 1^{ère}, 28 octobre 2010 précité note 155.

216. La doctrine n'est généralement pas très enthousiaste de baser les relations inter-contractuelles sur la seule volonté des parties. La majorité des auteurs exigent au moins que l'appréciation de l'interdépendance contractuelle repose également sur des critères objectifs. Ainsi, deux auteurs louent l'arrêt du 28 octobre 2010¹⁸⁴, au motif qu'il se fonde sur la volonté des parties appuyés par des éléments objectifs, même si l'appréciation de ces éléments restent du pouvoir souverain des juges du fond¹⁸⁵. Pour une lecture différente, un autre auteur critique le même arrêt parce que la cour de cassation se contente de l'appréciation subjective de l'indivisibilité, sans préciser les éléments à partir desquels la cour d'appel a pu légitimement se fonder pour retenir l'indivisibilité subjective¹⁸⁶. Ces éléments objectifs peuvent être à titre d'exemple la durée identique des contrats, la même date de conclusion, la stipulation d'un prix globale incluant les sommes dues au titre des deux contrats, le fait qu'un contrat ne peut être exécuté matériellement sans l'autre¹⁸⁷. Ces éléments ne suffisent pas à eux-mêmes à rendre les contrats indivisibles, mais ils peuvent servir d'indices de la volonté des parties de rendre l'opération indivisible.

Cependant, même si elle repose sur des éléments objectifs, la thèse de l'indivisibilité subjective ne résiste pas aux critiques.

3-Objections contre l'indivisibilité basée sur la volonté des parties

217. L'indivisibilité subjective est souvent critiquée pour son caractère flou et imprécis¹⁸⁸. Comme pour la question de l'unicité ou de la pluralité contractuelle, il s'agit de rechercher l'opération économique réellement voulue par les parties au moment de la conclusion des contrats. Cependant, si la volonté implicite est érigée en premier plan, il serait logiquement obligatoire de donner tout effet aux clauses de divisibilité : la volonté

184 Précité, note 155.

185N. Auroy et C. Creton, « Indivisibilité des contrats », *Recueil Dalloz*, 3 mars 2011, n°9, p. 628s.

186 C. Aubert de Vincelles, op. cit.

187 N. Auroy et C. Creton, op. cit.

188J-M. Bahans, *Théorie générale de l'acte juridique et droit économique*, thèse à Bordeaux IV, 1998, p. 693.

expresse l'emporte sur la volonté implicite. Or, l'admission de ces clauses peut avoir plusieurs effets néfastes, à la fois sur le plan juridique et sur le plan pratique¹⁸⁹.

218. D'un autre côté, faire reposer l'interdépendance entre les contrats sur une pure interprétation de la commune intention des parties revient à priver la Cour de Cassation de tout contrôle sur cette question. La thèse de l'indivisibilité subjective appuyée par des éléments objectifs, qui est soutenue par plusieurs auteurs, nous paraît en réalité rejoindre celle qui veut fonder l'interdépendance contractuelle sur la cause. La théorie moderne de la cause, comme nous le verrons ultérieurement, est une fusion entre l'économie du contrat et la volonté des parties.

De nombreux auteurs, soutenus par une partie de la jurisprudence, ont proposé de fonder l'indivisibilité entre les contrats sur la notion d'indivisibilité prévu par le code civil.

B-L'indivisibilité entre les contrats basée sur les articles 1217 et 1218 du code civil

219. Cette approche a été adoptée depuis longtemps par la jurisprudence, même si la doctrine est toujours hésitante quant au vrai fondement de cette indivisibilité objective. Comme l'indivisibilité subjective, l'indivisibilité objective suscite de nombreuses critiques.

1-Le développement prétorien de l'indivisibilité entre les contrats sur base des articles 1217 et 1218 du code civil

189 Voir *infra* n°977.

220. Les deux articles suscités donnent une définition de l'obligation indivisible. La jurisprudence a fait un glissement progressif de l'indivisibilité de l'objet de l'obligation à l'indivisibilité des différentes obligations au sein d'un même contrat, à l'indivisibilité entre contrats distincts¹⁹⁰. Ainsi, dans un arrêt du 23 octobre 2001, la chambre commerciale avait retenu l'indivisibilité entre plusieurs contrats de locations et de prestations de service, au motif que les circonstances de l'espèce traduisaient une « indivisibilité des relations contractuelles » au regard des articles 1217 et 1218 du code civil¹⁹¹. Dans une décision du 13 mars 2008, la première chambre civile a cassé, sous le visa de l'article 1218, la décision de la cour d'appel pour avoir méconnu l'indivisibilité entre un contrat de location et un contrat d'installation de matériel téléphonique, au motif que « *qu'en se déterminant par de tels motifs sans rechercher, ainsi que l'y invitaient les conclusions de M. X..., si n'était pas de nature à caractériser l'indivisibilité entre les deux contrats la clause du contrat d'abonnement de téléphonie prévoyant que..., la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision.* »¹⁹². De même, dans un arrêt du 28 mai 2008, la même chambre a cassé, sous le même visa, la décision de la cour d'appel, qui avait refusé de reconnaître l'indivisibilité entre un contrat de location et un autre de maintenance de matériel informatique au motif « *qu'il se déduisait de ses constatations que le crédit bail souscrit auprès de la société Grenke location n'avait aucun sens sans les prestations d'installation et de maintenance du matériel contractuellement dues à l'utilisateur par la société Protecnicom France, de sorte que le fait qu'un seul montant ait été stipulé à la convention passée avec la société Protecnicom, couvrant à la fois le prix des prestations de cette société et les loyers dus à la société Grenke location était de nature à caractériser l'indivisibilité entre les deux contrats.* »¹⁹³.

La doctrine est toujours divergente quant au fondement de ces décisions, au-delà de l'interprétation extensive des articles 1217 et 1218 du code civil.

190S. Amrani-Mekki, « Indivisibilité et ensembles contractuels : l'anéantissement en cascade des contrats », *Répertoire du Defrénois*, 2002, p. 355, art. 3505, p. 356.

191 Com., 23 octobre 2001, *Droit et patrimoine*, février 2002 J, p. 108, obs. P. Chauvel.

192 Civ 1re, 13 mars 2008, n°97-15.783, *SARL Loveco c/ SARL Gefiscope*, *Bull.civ.* 2008, I, n° 72.

193 Civ 1re, 28 mai 2008 n°07-10.786, inédit.

2-Explications doctrinales de l'indivisibilité objective des contrats

221. L'interprétation extensive des articles 1217 et 1218 aux relations inter-contractuelles traduit le mal de la jurisprudence pour expliquer l'indivisibilité entre les contrats, au-delà de la volonté des parties. Il a donc fallu la contribution de la doctrine pour donner une justification acceptable.

222. Bernard Teyssié a voulu distinguer entre les ensembles contractuels divisibles et les ensembles indivisibles¹⁹⁴ selon que l'opération envisagée par les contrats est susceptible ou non d'exécution partielle¹⁹⁵. Dit autrement, le célèbre auteur nous invite à adopter une conception de l'indivisibilité basée sur l'unité d'objet entre plusieurs conventions¹⁹⁶.

223. Selon un autre auteur, l'indivisibilité entre contrats doit reposer sur l'appréciation d'une unité objective et d'une interdépendance économique ; pour cet auteur, l'approche qu'il faut prendre serait la traduction du mouvement philosophique et sociologique de « l'utilitarisme » qui a commencé à reprendre de l'ampleur en Europe à la fin du XXème siècle¹⁹⁷. Cette philosophie éthico-juridique considère comme « juste » tout ce qui est utile pour la collectivité ou le groupe¹⁹⁸. Si elle est appliquée à l'ensemble contractuel, devrait être considéré comme tel tout groupe de contrats qu'il serait économiquement utile de les considérer comme juridiquement indivisibles. Cette conception est donc très proche de celle de Bernard Teyssié, mais elle met l'accent sur l'aspect économique de l'indivisibilité.

224. Selon Mme Amrani-Mekki, la jurisprudence sur l'indivisibilité des contrats, repose sur l'indivisibilité comme fondement autonome ; il ne s'agit donc pas de s'efforcer de

194 Voir *infra* n°205s nos remarques sur la différence entre la conception de M. Teyssié et celle de la jurisprudence contemporaine de l'indivisibilité.

195 B. Teyssié, *op. cit.*, p 97.

196 J-B. Seube, *L'indivisibilité et les actes juridiques*, Litec, 1999, p. 110.

197 J. El-Ahdab, *La clause compromissoire et les tiers*, thèse à Paris I, sous la direction de Y. Guyon, 2004, p. 657.

198 G. Del Vecchio, *Philosophie du droit*, traduction de J. Alexis d'Aynac, 1954, réédition Dalloz, 2004, p.417s.

chercher plus loin, mais de reconnaître un nouveau concept juridique forgé par la jurisprudence, qui est l'indivisibilité entre les contrats¹⁹⁹.

225. Enfin, un quatrième auteur, sans proposer de fondement pour l'indivisibilité objective, interprète la jurisprudence sur cette question comme un raisonnement par l'absurde. Ainsi, les juges concluent à la nécessité de résilier un contrat suite à la disparition d'un autre contrat dit indivisible, en raison de l'impossibilité d'exécuter ses prestations en l'absence de ce dernier contrat²⁰⁰.

Malgré les tentatives de plusieurs auteurs de justifier l'indivisibilité objective entre les contrats, celle-ci reste discutable pour plusieurs raisons.

3-Objections contre l'indivisibilité objective

226. L'hésitation de la doctrine quant au vrai fondement de l'indivisibilité objective est en soit une raison pour contester sa validité. Sa seule assise certaine est une interprétation très extensive des articles 1217 et 1218 du code civil. L'idée d'appliquer des dispositions conçues pour gérer l'exécution des prestations indivisibles prévues par une même obligation – l'idée de l'appliquer aux relations entre contrats distincts nous paraît une dénaturation du texte des deux articles.

227. D'autre part, si on reproche à l'indivisibilité subjective de reposer uniquement sur la volonté des parties, nous pouvons faire le reproche inverse pour l'indivisibilité objective. Le critère d'interdépendance entre les contrats doit laisser place à la fois à la volonté des parties et l'unité économique de l'opération.

228. Enfin, l'indivisibilité telle qu'elle est entendue, suppose une relation d'égal-à-égal entre les contrats, elle ne permet donc pas d'expliquer les relations de dépendance unilatérale dans les ensembles contractuels.

199 S. Amrani-Mekki, « Indivisibilité et ensembles contractuels : l'anéantissement en cascade des contrats », *Répertoire du Défrénois*, 2002, p. 355, art. 3505.

200B.May, « Financement de projets informatiques : l'indivisibilité des contrats à la rescousse », *JCP* ed. E, 19 mars 2009 n° 12 article 1277 p. 15s.

Insatisfaits des deux formes d'indivisibilité précédemment évoquées (subjective et objective), certains auteurs ont proposé d'adopter le mécanisme de la condition résolutoire comme fondement des imbrications contractuelles.

C-La condition résolutoire comme fondement des imbrications contractuelles

229. L'idée d'utiliser la condition comme fondement pour lier les contrats ne doit ni à la jurisprudence ni à la doctrine. C'est le législateur qui eu l'idée de recourir à ce mécanisme pour lier le sort du crédit à consommation et du contrat de vente conclu par le consommateur. Mais de nombreux auteurs ont contesté cette approche pour justifier les relations entre les contrats d'un même ensemble contractuel.

1-L'utilisation de la condition par le législateur pour relier le contrat de crédit à consommation et le contrat de vente

230. Ce mécanisme a été prévu par les deux lois Scrivener I et II, portant respectivement sur les crédits mobilier et immobilier de la consommation. L'objectif était de protéger le consommateur qui a conclu un contrat de prêt afin d'acheter un bien ou d'obtenir une prestation de service, et dont le contrat de vente (ou de prestation de service) se trouvait annulé ou résolu pour une raison ou une autre. Il fallait alors trouver un moyen pour relier le sort des deux contrats, de vente et de prêt, afin que ce dernier soit résolu de plein droit si le premier disparaissait et vice-versa; faute de quoi le consommateur pourrait se trouver lié par une convention de crédit sans aucun intérêt, ou par un contrat de vente ou de prestation de service qu'il est incapable d'honorer.

231. La loi Scrivener I²⁰¹, désormais modifiée par la loi n°2010-737 du 1^{er} juillet 2010, prévoyait deux conditions résolutoires dans l'objectif de protéger le consommateur. Premièrement, elle énonce que : « *celui-ci [le contrat de prêt] est résolu ou annulé de plein droit lorsque le contrat en vue duquel il a été conclu est lui-même judiciairement résolu ou annulé* »²⁰². La loi ajoute que : « *Le contrat de vente ou de prestation de services est résolu de plein droit sans indemnité : 1° 2° Si l'emprunteur a, dans les délais qui lui sont impartis, exercé son droit de rétractation.* »²⁰³. On peut voir dans ces deux articles une condition résolutoire implicite et d'ordre public, contenue dans le contrat de prêt pour le cas où le contrat de vente ou de prestation de service disparaissait judiciairement, et une autre contenue dans ce dernier contrat pour le cas où le contrat de prêt n'était pas conclu .

La loi Scrivener II sur le crédit immobilier a adopté le mécanisme de la condition résolutoire de façon explicite : « *L'offre est toujours acceptée sous la condition résolutoire de la non-conclusion, dans un délai de quatre mois à compter de son acceptation, du contrat pour lequel le prêt est demandé.....* »²⁰⁴.

Cette innovation législative a donné l'idée à certains auteurs que la condition résolutoire pourrait potentiellement jouer le rôle de connecteur entre les contrats dans un ensemble contractuel²⁰⁵. Cependant cette vision est contestée par la grande majorité des auteurs.

2-Critique de la condition résolutoire comme moyen de relier les contrats

232. Premièrement, la condition résolutoire permet d'expliquer la résolution d'un contrat suite à la disparition d'un autre appartenant au même ensemble contractuel. Mais les effets de l'ensemble contractuel ne se limitent pas à ça. Contrairement à l'indivisibilité

201 Loi n°78-22 du 10 janvier 1978.

202 Article L. 311-21 du code de la consommation.

203 Article L. 311-25 du code de la consommation.

204 Article L. 312-12 du code de la consommation modifié par la loi n°93-949 du 26 juillet 1993.

205 Parlant des anéantissements en cascade dans *les groupes de contrats*, M. Teyssié remarque que ce phénomène semble se passer « comme si chacun des contrats de l'ensemble était affecté d'une clause résolutoire. » (B. Teyssié, op. cit., p. 163). Mais l'auteur ajoute que cette explication est « insuffisante ».

subjective, à l'indivisibilité objective et à la cause, la condition résolutoire ne justifie pas de relations étroites qui survivent toute le long de l'existence des contrats. Elle ne permet notamment pas d'expliquer l'extension de certaines clauses entre les différents contrats de l'ensemble.

233. La condition résolutoire n'est pas non plus adaptée à remplir ce rôle de connecteur en raison de son caractère rétroactif ; ce qui cause un sérieux problème pour les restitutions, ainsi que pour la survie de certaines clauses qui auraient pu aménager la rupture (clause pénale, de garantie, etc...).²⁰⁶.

Devant l'inadéquation des trois fondements suscités, la doctrine majoritaire s'est accordée à adopter la cause comme base des imbrications contractuelles.

II-La cause comme fondement pour expliquer les liens inter-contractuels

234. La cause est souvent invoquée par la doctrine et la jurisprudence comme fondement d'unification de l'ensemble contractuel. Elle nous paraît également comme le fondement le plus adapté pour expliquer le phénomène des imbrications contractuelles.

Cependant, la doctrine n'est pas unanime sur le sens même qu'il faut donner à la cause. Il convient donc, en amont, d'essayer de la définir avec précision. Une fois que nous aurons bien défini la cause, nous proposerons une définition de l'ensemble contractuel basée sur la notion de cause.

A-Une redéfinition de la cause

206 S. Amrani-Mekki, « Indivisibilité et ensembles contractuels : l'anéantissement en cascade des contrats », op.cit.

235. La cause est l'une des notions les plus polysémiques en droit français. Dès son origine, en droit romain, la *causa* avait des significations très diverses²⁰⁷. La doctrine traditionnelle distingue entre la cause objective, notion utilisée pour apprécier la validité du contrat, de la cause subjective, à laquelle elle a recours pour apprécier la licéité du contrat. Un mouvement qui a commencé depuis plusieurs années en doctrine et en jurisprudence tend vers la « subjectivisation » de la cause. D'autre part, certains auteurs proposent de considérer la cause dans l'état permanent du contrat, et de ne pas se limiter à son appréciation au moment de la formation du contrat.

1-La classification traditionnelle de la doctrine entre cause subjective et cause objective

236. La cause dans le code civil, telle qu'elle était conçue par Domat, n'est que l'obligation réciproque qui sert de contrepartie à l'engagement. Pour un même type de contrats, elle est toujours la même. Par exemple, dans un contrat de vente, la cause de l'engagement de l'acheteur réside toujours dans l'acquisition du bien. De nos jours, cette conception est appelée « cause objective » ou « cause de l'obligation ».

237. La cause subjective ou « cause du contrat », notion plus moderne, a été forgée par la jurisprudence pour prendre en considération les finalités lointaines que les parties ont recherché par la conclusion du contrat. Elle s'apprécie au cas par cas. Par exemple, dans un contrat de vente d'un appartement, la cause subjective de l'acheteur peut être la recherche d'un logement, l'espoir de la revendre avec plus-value, l'utilisation de l'appartement comme local pour exercer une activité professionnelle, etc..

238. De nos jours, la jurisprudence accorde à chacune de ses conceptions un rôle différent : pour apprécier l'existence de la cause, elle a recours à la cause objective, pour apprécier sa licéité elle regarde la cause subjective²⁰⁸. Mais depuis plusieurs années un

207 R-M. Rampelberg, *Repères romains pour le droit européen des contrats*, LGDJ, 2005, p. 82.

208 A. Foriers, « Groupes de contrats et ensembles contractuels », *Contrat et Patrimoine*, 2006, p. 81s.

mouvement prétorien et doctrinal tend à briser cette dichotomie et de s'en tenir toujours à une conception subjective de la cause.

2-Le mouvement de subjectivisation de la cause ou l'économie du contrat

239. Ce mouvement a commencé avec le célèbre arrêt *Club vidéo* du 3 juillet 1996²⁰⁹, qui a suscité beaucoup de réaction de la part des auteurs. Quelques années après, est apparu en doctrine une nouvelle notion, *l'économie du contrat*, qui n'est autre que la conception moderne de la cause suite à ce mouvement de subjectivisation.

a-L'arrêt club vidéo

240. Il s'agissait en l'espèce d'un couple qui avait loué des cassettes vidéo à une société, afin de les exploiter dans le cadre d'un club vidéo, dans une petite agglomération de 1300 habitants. Découvrant l'impossibilité de mener une activité rentable dans une agglomération aussi petite, le couple a assigné la société en annulation du contrat pour absence de cause. La cour d'appel accueillit leur demande et la cour de cassation rejeta le pourvoi de la société au motif que « ...*ayant relevé que, ..., l'exécution du contrat selon l'économie voulue par les parties était impossible, la cour d'appel en a exactement déduit que le contrat était dépourvu de cause, dès lors qu'était ainsi constaté le défaut de toute contrepartie réelle à l'obligation de payer le prix de location des cassettes,...* »

241. Cet arrêt a suscité de nombreux commentaires, notamment pour avoir fait une appréciation *in concreto* de l'existence de la cause, contre l'approche traditionnelle qui se limitait à une appréciation *in abstracto*. A la base de ces commentaires est apparue, progressivement, la notion d'économie du contrat.

209 Civ 1re, 3 juillet 1996, *Bull.civ.*, I, n° 286 p. 200; *D.* 1997, jurispr. p. 500 note Reigné, *RTDCiv*, 1996, p. 903 obs. J. Mestre.

b-L'apparition de la notion d'économie du contrat dans la doctrine

242. Tout comme la cause, l'économie du contrat reçoit aussi des significations diverses. Selon M. Pellé, c'est une notion qui permet d'avoir « une vision globale de l'acte juridique qui ne se focalise pas uniquement sur ses éléments constitutifs, mais qui l'envisage comme un tout » ; elle exprime la complémentarité entre l'objet et la cause du contrat²¹⁰. Selon M. Moury, l'économie du contrat peut avoir deux sens. Elle peut d'abord signifier l'économie de la convention telle que réellement voulue par les parties. Elle peut, plus simplement, renvoyer à l'équilibre du contrat²¹¹. Pour MM Malaurie, Aynès et Stoffel-Munck, il ya également deux sens pour ce mot. Le premier désigne l'intérêt d'ordre économique que l'une des parties tire de l'exécution du contrat. Le deuxième signifie l'appréciation de la cause de l'obligation à l'échelle de l'ensemble contractuel²¹².

243. Nous pensons que l'économie du contrat n'est autre que la nouvelle conception de la cause à laquelle nous invite l'arrêt *Club vidéo*. L'arrêt nous donne deux apports principaux. Le premier est la prise en considération de la contrepartie réelle de l'engagement. L'existence d'une obligation réciproque ne suffit pas pour caractériser l'existence de la cause, il faut rechercher si le contractant a un intérêt réel à s'engager. Deuxièmement, il s'agit de prendre en considération la contrepartie envisagée par la partie qui s'engage, contrepartie qui peut se trouver ailleurs du contrat. Cette approche est confirmée par une jurisprudence qui refuse d'annuler pour absence de cause réelle et sérieuse, la vente d'un immeuble à un franc, si l'acheteur s'était engagé, par un autre contrat, à reprendre les dettes du vendeur²¹³. L'économie du contrat est donc la cause subjective du contrat – adoptée cette fois ci pour mesurer l'existence de la cause et non seulement sa licéité - appréciée dans son aspect réel et non dans un engagement abstrait.

210 S. Pellé, op. cit, p. 238.

211 J. Moury, Une embarrassante notion: l'économie du contr, *Recueil Dalloz*, 2000, Chronique p. 382s

212 Ph. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Droit civil, les obligations*, Defrénois, 4ème édition, 2009. P. 317.

213 Voir par exemple Civ 3ème, 3 mars 1993, n°90-21407, **inédit**. En l'espèce, la cause du contrat résidait dans l'engagement que l'acheteur avait fait de reprendre les dettes du vendeur.

244. Ainsi envisagée, l'économie du contrat est donc différente pour chaque partie au contrat. Chaque partie recherche une contrepartie différente du contrat. Dans un contrat de bail, par exemple, le bailleur peut chercher l'exploitation de son immeuble, tandis que le locataire peut chercher un local pour exercer son activité professionnelle. Il existe donc autant de conceptions de l'économie d'un contrat qu'il n'existe de parties contractantes. Ce point est crucial pour expliquer le rôle de l'économie du contrat dans l'unification de l'ensemble contractuel.

Une autre rénovation de la cause concerne le moment où il faut l'apprécier.

c-La permanence de la cause tout au long de la survie du contrat

245. Depuis la rédaction du code civil, la cause est classiquement enseignée dans les « conditions de formation du contrat ». L'appréciation de son existence ou de son absence doit donc en principe se faire au jour de la conclusion du contrat ; sa disparition ultérieure est sans effet²¹⁴.

Depuis près d'un siècle, Henri Capitant a proposé une conception différente de la cause. Selon l'auteur, la cause est une condition permanente qui doit perdurer pendant toute la durée d'exécution du contrat. Son absence lors de la formation du contrat entraîne la nullité du contrat, sa disparition ultérieure entraîne sa résolution²¹⁵.

Cette approche a été partiellement suivie par la jurisprudence. Pour les contrats à exécution instantanée, la cour de cassation tient toujours à la conception classique de la cause, comme élément de formation du contrat²¹⁶. Pour les contrats à exécution successive, certains arrêts retiennent la disparition ultérieure de la cause comme motif pour la résolution du contrat²¹⁷.

214 M. Fabre-Magnan, op. cit, p. 440s.

215 H. Capitant, *De la cause des obligations (contrats, engagements unilatéraux, legs)*, Dalloz, 1927, p.321s.

216 Voir par exemple Cass. Soc., 8 octobre 1996, *Bull.civ.* V, n°312, Civ 3ème, 17 juillet 1996, *Bull.civ.* III, n°193 ; Defrénois 1996. 1357, obs. Delebecque, Civ 3ème 8 mai 1974 *D.*1975. 305 note Larroumet et Com. 8 novembre 1972 *Gazz. Pal.* 1973. 1. 144, note D. Martin.

217 Civ Ire., 16 décembre 1986, *Bull.civ.* N°301 ; *RTD Civ* 1987. 750 obs. J. Mestre.

246. Pour synthétiser, l'économie du contrat n'est autre que la cause des engagements de chaque partie. Mais contrairement à la conception traditionnelle qui cherche cette cause dans l'existence d'un engagement réciproque, l'économie du contrat nous conduit à chercher le motif réellement envisagé par la partie contractante, motif qui doit exister à tout moment tout le long de l'exécution du contrat, et qui peut en outre se trouver en dehors du contrat. L'économie du contrat peut être différente pour chacune des parties contractantes.

Cette conception renouvelée de la cause – que ce soit son appréciation *in concreto* ou sa permanence tout le long de la survie du contrat – permet d'utiliser la cause comme fondement pour relier les contrats au sein de l'ensemble contractuel.

B-Le rôle de la cause comme moyen d'unifier l'ensemble contractuel

247. La cause est sans doute le fondement qui rassemble le plus grand nombre d'auteurs²¹⁸. La jurisprudence, également, lui accorde souvent un rôle dans les ensembles contractuel. Ce qui n'empêche qu'elle fasse l'objet d'un certain nombre de critiques ; critiques qu'il est facile de surmonter une fois que nous avons adopté la conception renouvelée de la cause.

1-Le rôle de la cause dans les ensembles contractuels selon la doctrine majoritaire

248. La majorité des auteurs s'accordent pour considérer la cause comme le fondement d'imbrication des contrats²¹⁹. La cause joue deux rôles dans ce domaine. Premièrement,

218 S. Amrani-Mekki, « Indivisibilité et ensembles contractuels : l'anéantissement en cascade des contrats », op.cit.

219 Voir notamment B. Teyssié, op. cit, p. 95 et 119, ;S. Amrani-Mekki, Indivisibilité et ensembles contractuels : l'anéantissement en cascade des contrats, op.cit ; D. Mazeaud, « Groupe de contrats : liberté contractuelle et réalité économique », *Recueil Dalloz Contrats et obligations*, 24 février 2011 n°8, p. 566; F.

elle assure la cohésion entre chaque contrat et entre l'opération d'ensemble. L'opération complexe envisagée par les parties sert de cause pour chaque contrat constitutif de l'ensemble contractuel²²⁰. D'autre part, elle assure un lien entre les différents contrats au sein de l'ensemble. Si les contrats entretiennent une relation d'interdépendance, les deux contrats partagent, partiellement ou totalement, une même cause. Si la relation entre les deux est une relation de dépendance unilatérale, l'un des deux contrats constitue la cause de l'autre mais l'inverse n'est pas vrai²²¹.

249. Nous mettrons l'accent sur la construction faite par M. Bahans, qui nous paraît particulièrement intéressante. L'auteur part de l'étude de l'acte collectif. Celui-ci peut être défini comme tout acte de volonté exprimant l'intérêt d'une collectivité et liant les membres de cette collectivité²²². Ce qui le caractérise c'est qu'il peut engager des personnes appartenant à la collectivité mais qui n'y ont pas exprimé leur consentement. Il en est ainsi par exemple dans l'acte constitutif d'une société²²³. A partir de la définition de l'acte collectif, l'auteur tire deux conclusions. La première c'est que la force obligatoire du contrat ne peut logiquement découler du consentement des parties. Elle peut découler de la cause de l'engagement. Mais pour que la cause puisse servir de fondement à la force obligatoire du contrat, il faut la définir avec beaucoup de précision. Selon l'auteur, c'est la considération, à la fois objective et subjective, d'ordre moral ou économique, qui détermine l'engagement du débiteur. M. Bahans remarque judicieusement que si l'on recherche le fondement de la force obligatoire du contrat dans la seule volonté des parties, on est limité aux parties contractantes. Si on voit dans la loi seule la justification de la force obligatoire du contrat, le cercle des parties aux contrats peut être étendu indéfiniment à toute personne concernée directement ou indirectement par le contrat. La cause, telle qu'elle est définie par l'auteur, permet de prendre à la fois la volonté des parties (de façon indirecte, par le prisme de la considération que celles-ci recherchent)

Leborgne, op. cit., p. 7s ; F. Nammour, R. Cabrillac, S. Cabrillac, H. Lecuyer, *Droit des obligations, Droit français-droit libanais, perspectives européennes et internationales*, préface Pierre Catala, Bruylant, DELTA, LGDJ, 2006, p. 201 ; S. Pellé, op. cit., p. 142s.

220 B. Teyssié, op. cit., p. 95.

221 Ibid p. 119.

222 J-M. Bahans, op. cit. p. 529.

223 Ibid, p.454.

ainsi que des éléments objectifs d'ordre économique ou moral²²⁴. Une telle approche permet d'étendre la sphère de la force obligatoire du contrat à des personnes qui se trouvent dans le même ensemble contractuel sans être parties au même contrat, si elles trouvent des considérations d'ordre économique ou moral d'y être liées.

Sans doute sous l'influence de la doctrine, la jurisprudence a souvent fait référence à la cause pour apprécier l'indivisibilité entre les contrats.

2-La cause comme fondement d'indivisibilité contractuelle dans la jurisprudence

250. Dans un arrêt du 13 juin 2006, la première chambre civile a cassé une décision de la cour d'appel qui avait annulé un contrat pour défaut de cause, au motif que celle-ci n'avait pas recherché si « *le contrat de cession ne s'inscrivait pas dans le cadre d'une opération économique constituant un ensemble contractuel indivisible, de sorte qu'il ne pouvait être annulé pour absence de cause,...* »²²⁵. Dans l'arrêt de la première chambre civile du 28 octobre 2010²²⁶, la cour de cassation a confirmé l'arrêt de la cour d'appel qui avait refusé de prononcer l'annulation d'un contrat de financement de matériel informatique pour absence de cause, suite à la liquidation de la société avec laquelle le client avait conclu un contrat de location financière, au motif que la cour d'appel avait « *souverainement déduit que la commune intention des parties avait été de rendre divisibles les deux conventions, de sorte que la disparition de l'une ne pouvait priver de cause les obligations nées de l'autre ;...* ». D'autres décisions concernant le sort d'un contrat suite à la disparition d'un autre contrat dans le même ensemble contractuel, sans se référer expressément à la cause, ont été rendues sous le visa de l'article 1131 du code civil²²⁷.

224 Ibid p. 606.

225 Civ 1re, 13 juin 2006, n°04-15.456, *Bull.civ.* 2006 I N° 306 p. 265, *D.* 2007, 277, note J. Ghestin.

226 Précité note 155.

227 Voir par exemple: Com. 5 juin 2007, n° 04-20.380, *Bull.civ* 2007, IV, N° 156, *D.* 2007. 1723 obs. X. Delpech ; *RTD Civ.* 2007. 569,

Adoptant la nouvelle conception de la cause, la jurisprudence est allée jusqu'à exclure une clause expresse de divisibilité qui allait contre « *l'économie générale du contrat.* »²²⁸.

Alors que la doctrine majoritaire et la jurisprudence s'accordent pour considérer la cause comme le fondement des relations inter-contractuelles, certains auteurs expriment leurs objections contre cette approche.

3-Critique de la cause comme fondement des imbrications contractuelle

251. L'un des critiques les plus imminents de l'utilisation de la cause comme ciment des ensembles contractuels est M. Ghestin. Les critiques du célèbre auteur découlent de son hostilité de principe à la notion de cause. M. Ghestin critique l'usage que la jurisprudence en fait, comme un passe-partout qui sert à la fois à protéger la partie contractante qui se trouve engagée sans contrepartie réelle, à contrôler la licéité de l'engagement, à lutter contre les clauses abusives, ou encore à assurer la cohésion de l'ensemble contractuel. En outre, la cause, du moins dans sa conception classique, est absente de la majorité des codifications récentes, nationales ou à vocation européennes ou internationales. Pour ces raisons, M. Ghestin avait même proposé de supprimer la cause du futur projet de réforme du code civil²²⁹.

252. Mme Aubert de Vincelles est également critique vis-à-vis de l'utilisation de la cause comme moyen d'unifier les ensembles contractuels. Sa critique porte sur l'approche subjective de la cause, là où il aurait fallu avoir recours à la cause objective. En effet, dans les arrêts relatifs aux anéantissements en cascade dans les ensembles contractuels, la question qu'il faut se poser est l'existence de la cause, Il faudrait donc, selon l'auteur, se

228 Com. 15 février 2000, n°97-19.973, *SA CMV Financement c/ Soulard* ; *Jurisdata* n°2000-000488 et Com., 24 avril 2007, n°06-12.443, *Sté Vecteur Plus c/ Sté KBC Lease France* ; *jurisdata* n°2007-038557 ; Ch. Mixte, 17 mai 2013, n°11-22768 et 11-22927, *D.*2013, p.1658, note D. Mazeaud, *Gaz.Pal.*, 4 juillet 2013, p.18 obs. D. Houtcieff, *JCPed.G* 2013, note F. Buy et 674, note J.B.Seube, *RDC* 2013/3, p.1331, note Y.-M. Laithier, *JCP ed.E* 2013, 1403, note D.Mainguy.

229 J. Ghestin, « Observations sur le projet de réforme du droit des contrats », *Petites affiches*, 12 février 2009, n°31, numéro spécial sur le projet de réforme du droit des contrats, p.5.

placer sur le terrain de la cause objective ; or pour reconnaître la cause de l'engagement dans un autre contrat, la jurisprudence considère la cause subjective²³⁰.

Néanmoins, nous pensons que toutes ces objections tombent une fois que nous avons adoptée la conception renouvelée de la cause.

4-Réponse aux critiques contre l'utilisation de la cause comme fondement pour l'unification de l'ensemble contractuel

253. L'objection de M. Ghestin est parfaitement légitime vu la polysémie de la cause et les débats doctrinaux dont elle fait l'objet. Cependant, une fois que nous avons choisi d'adopter la conception renouvelée de la cause et que nous l'avons bien définie, cette objection peut être surmontée. Nous proposons de nous fixer sur la définition de M. Bahans, qui est particulièrement adaptée pour les ensembles contractuels.

254. La critique de Mme Aubert de Vincelles tombe également une fois que nous avons adopté la conception renouvelée de la cause, ou *l'économie du contrat*. Cette notion permet en effet d'englober à la fois le mobile recherché par les parties contractantes, ainsi que la prestation ou le bien qui sert de contrepartie à l'engagement. Une fois que les critiques contre le recours à la cause dans l'imbrication contractuelle sont mis à l'écart, il convient ensuite de proposer une définition de l'ensemble contractuel à partir de la notion moderne de la cause, l'économie du contrat.

C-Proposition d'une définition de l'ensemble contractuel à partir de la cause

255. La cause est le mécanisme juridique le mieux adapté pour qualifier les ensembles contractuels, pour deux raisons principales. Premièrement, parce qu'elle permet de prendre en compte la volonté réelle des parties contractantes, tout en évitant les

230C. Aubert de Vincelles, op. cit

désavantages du recours à la volonté expresse des parties²³¹. Deuxièmement, le phénomène des ensembles contractuels est avant tout un phénomène d'ordre économique. La conception renouvelée de la cause, n'est en réalité qu'un suivi du raisonnement économique des parties, qui invite à rechercher la contrepartie qu'elles poursuivaient lorsqu'elles se sont engagées. Elle est donc la notion la plus apte à traduire la réalité économique du contrat.

256. Pour la définition de l'ensemble contractuel, nous reprendrons l'élément principal qui fait un quasi-consensus de la part des auteurs, à savoir l'existence d'une opération d'ensemble²³². Nous retiendrons aussi un autre élément qui nous paraît essentiel, les liens inter-contractuels. La synthèse de ces deux éléments nous permettra de proposer une définition de l'ensemble contractuel.

1-Le rôle de l'économie du contrat dans la reconnaissance d'une opération d'ensemble

257. L'existence d'une opération d'ensemble est le noyau dur de l'ensemble contractuel. Pour décider, dans une affaire donnée, si les contrats litigieux constituent, ou non, un ensemble contractuel, le premier réflexe du juriste doit être de chercher si ces contrats contribuent à l'élaboration d'une opération d'ensemble. Ce que nous entendons par opération d'ensemble, c'est un but unique recherché, par une ou plusieurs parties, et qui nécessite la conclusion de plus d'un contrat.

258. Or, pour faire cette recherche, nous pensons que l'économie du contrat doit être l'outil de base. Mais si l'économie d'un contrat s'apprécie différemment pour chacune des parties contractantes, il faut appréhender l'économie de chacun des contrats litigieux du côté de chacune des parties contractantes. Il s'agit de chercher, dans chacun de ces contrats, si pour l'une des parties contractantes, ce contrat s'intègre dans une opération d'ensemble. Par exemple, pour un contrat de bail conclu dans un pays étranger, l'économie du contrat, envisagé du côté du locataire peut être de travailler à l'étranger. Ce

231 Voir *infra* n°977.

232 Voir *supra* n°199.

but recherché par le locataire est une opération d'ensemble puisqu'il ne peut être atteint par le seul contrat de bail, il faut aussi – et surtout – un contrat de travail.

259. Après cette première étape du raisonnement, la deuxième étape serait de rechercher si les autres contrats contribuent à la réalisation de cette opération d'ensemble. Il n'est pas essentiel que la partie qui recherche à réaliser cette opération d'ensemble soit partie à tous ces contrats. Il suffit que ces contrats soient servent l'intérêt de cette partie à réaliser l'opération d'ensemble. Prenons l'exemple d'un particulier qui contracte un prêt auprès d'une banque pour financer l'achat d'une maison (pour l'utiliser comme résidence personnelle) et que la banque lui exige de lui procurer une caution. L'opération d'ensemble est d'acheter une résidence par crédit. Le particulier a conclu deux contrats pour réaliser cette opération : l'achat de la maison et le contrat de prêt. Et bien que l'acheteur de la maison soit tiers par rapport au contrat de cautionnement, ce contrat constitue néanmoins un élément nécessaire pour la réalisation de l'opération d'ensemble. Nous pouvons donc dire que les trois contrats (de vente, de prêt et de cautionnement) contribuent donc à une même opération d'ensemble. Mais ce constat suffit-il pour créer un ensemble contractuel ? Nous pensons qu'un autre élément est nécessaire : les liens entre les contrats.

2-Le rôle de l'économie du contrat dans la création de liens entre les contrats

260. Rappelons que le rôle de la notion d'ensemble contractuel est de traduire, sur le plan juridique, la réalité de l'enchevêtrement économique, social et procédural des contrats. La notion n'aurait donc aucun intérêt si cet enchevêtrement ne se réalise pas. Or, il peut arriver que plusieurs contrats contribuent, dans l'esprit de l'une des parties, à la création d'une opération d'ensemble, sans pour autant qu'il y ait une véritable interaction entre les parties de ces contrats, ou sans que chacun de ces contrats ait une influence sur le sort des autres. Ce cas de figure est envisageable lorsque dans l'esprit des autres parties de l'ensemble aucun lien ne peut être observé entre les contrats. Ca serait par exemple le cas d'une société qui a recours à la coassurance. Dans l'esprit de l'assuré, les contrats

d'assurance contribuent à une même opération d'ensemble : la couverture d'un certain risque, qui est d'une importance tel qu'il ne peut être couvert par un seul assureur. En revanche, pour chacun des assureurs, aucun lien n'existe entre leurs contrats. Pour chaque assureur, l'économie du contrat réside dans la réalisation d'une opération d'assurance qui constitue, avec des centaines ou des milliers d'autres opérations, son activité professionnelle. Il n'existe donc aucun croisement entre les causes des contrats. C'est pour cette raison que l'interaction entre les différents contrats d'assurance, que ce soit sur le plan du contentieux, sur le plan de la viabilité des contrats ou de l'extension des clauses, est nulle ou presque nulle. Nous pensons donc que la qualification d'ensemble contractuel dans ce cas serait sans intérêt.

261. Les liens qui peuvent se tisser entre les contrats peuvent être des liens de dépendance unilatérale ou d'interdépendance. Ces deux types de liens peuvent se former soit par l'intermédiaire de la cause objective, soit par l'économie du contrat. Le lien de dépendance unilatérale signifie que l'un des contrats constitue la cause objective de l'autre contrat ou sa raison d'être économique. Le lien d'interdépendance signifie qu'il existe une identité ou du moins un chevauchement entre les économies des deux contrats (il en est effet extrêmement difficile d'imaginer que la cause objective puisse jouer un rôle dans l'interdépendance contractuelle, puisqu'elle réside presque toujours dans la contrepartie prévue par le même contrat). Les deux liens ne sont pas de la même intensité : le lien de dépendance unilatérale est beaucoup plus fort que l'interdépendance, dans la mesure où l'un des deux contrats trouve entièrement sa raison d'être – du moins pour l'une des deux parties- dans l'autre contrat. En raison de cette différence d'intensité entre les deux liens, nous pensons qu'ils doivent être appréciés différemment. La dépendance unilatérale devrait suffire pour caractériser l'ensemble contractuel, même si ce lien de dépendance est apprécié de la part du contractant qui envisage l'opération d'ensemble. Le lien d'interdépendance par contre, ne devrait suffire pour qualifier l'ensemble contractuel que s'il est envisagé par les autres parties, afin que toutes les parties soient affectées d'une façon ou d'une autre par le groupe de contrats.

262. Pour reprendre l'exemple des trois contrats de vente, de prêt et de cautionnement, la cause objective du contrat de cautionnement se trouve dans la dette cautionnée²³³, donc dans le contrat de prêt. Il existe donc un lien de dépendance unilatérale entre ces deux contrats. Le contrat d'achat de la maison constitue, pour l'acheteur qui est aussi le promoteur de l'opération d'ensemble, l'économie du contrat de prêt. Il existe donc également un lien de dépendance unilatérale entre ces deux contrats. Les contrats contribuant à une opération d'ensemble, et les trois contrats étant liés, nous pouvons reconnaître, dans cet exemple, un ensemble contractuel.

263. Comme exemple de lien d'interdépendance, nous pouvons citer les contrats de bail commercial localisés dans un même centre commercial. Pour le propriétaire du centre, l'opération d'ensemble se réalise par l'exploitation de son immeuble. Tous les baux commerciaux qu'il conclut contribuent donc, pour lui, à la réalisation d'une opération d'ensemble. Pour chaque locataire, l'économie de son contrat réside dans l'exercice de sa profession et dans la volonté de profiter de la clientèle du centre commercial. C'est sur deuxième point qu'il existe un chevauchement entre les baux commerciaux d'un même centre commercial, les commerçants voulant tous profiter d'une même clientèle (c'est d'ailleurs ce qui explique la propagation des clauses d'exclusivité dans ce type de contrats). Cette superposition entre l'économie des contrats traduit un lien d'interdépendance entre les contrats.

Ayant ainsi exposé les deux éléments constitutifs de l'ensemble contractuel, il convient maintenant de faire un bref récapitulatif afin de proposer une définition de l'ensemble contractuel.

3-Récapitulatif et proposition d'une définition de l'ensemble contractuel

264. Nous avons retenu trois phases dans le raisonnement pour reconnaître l'ensemble contractuel. La première est de rechercher s'il existe une opération d'ensemble envisagée par l'une des parties contractantes. L'opération d'ensemble peut être définie comme un

233 M. Mignot, *Droit des sûretés*, éditions Montchrestien et Lextenso, 2010, p.115.

but recherché par une ou plusieurs parties, et nécessitant la conclusion de plus d'un contrat. La deuxième étape du raisonnement est de s'interroger si les contrats litigieux participent à la réalisation de cette opération d'ensemble. La troisième étape est de rechercher l'existence de lien de dépendance unilatérale ou d'interdépendance entre les contrats. L'interdépendance doit être appréciée par rapport aux autres parties contractantes (autre que celle qui envisage l'opération d'ensemble). L'économie du contrat est apparue essentielle pour caractériser l'opération d'ensemble ainsi que les liens entre les contrats. Néanmoins, le lien de dépendance unilatérale peut être caractérisé aussi bien par l'économie du contrat que par la cause objective du contrat.

265. A partir de ces éléments, nous pouvons proposer une définition pour l'ensemble contractuel : *Il s'agit d'un groupe de contrats qui contribuent à une même opération d'ensemble et qui sont liés par des liens de dépendance unilatérale ou d'interdépendance.*

Conclusion chapitre II

266. Les relations contractuelles bipartites posent deux séries de problèmes. La première, qui leur est propre, concerne la distinction entre l'unicité et la multiplicité contractuelle. La doctrine est divergente sur le critère à retenir : volonté des parties, objet et/ou cause. La construction que nous avons faite repose sur le nombre d'échanges de consentement qu'il y a eu entre les parties ; pour le savoir il faut tenir compte à la fois de la chronologie et de la relation de dépendance entre les actes.

267. La deuxième série de problèmes porte sur des questions partagées, partiellement du moins, avec les ensembles contractuels multipartites. Il s'agit d'abord du problème du fondement des imbrications contractuelles. Certains auteurs proposent l'indivisibilité subjective, d'autres l'indivisibilité objective, d'autres encore la condition résolutoire et enfin la doctrine majoritaire, dont nous partageons le point de vue, s'accorde pour voir ce fondement dans la cause. L'ensemble contractuel soulève également des problèmes de terminologie. Les mots indivisibilité et interdépendance sont tous les deux utilisés par la jurisprudence, mais il s'agit en réalité de deux synonymes. En outre, la doctrine est

divergente sur la définition de l'ensemble contractuel. Nous proposons de le définir de la manière suivante : un groupe de contrats qui contribuent à une même opération d'ensemble et qui sont liés par des liens de dépendance unilatérale ou d'interdépendance.

Chapitre III

Les ensembles contractuels entre plusieurs parties

268. Les ensembles contractuels multipartites présentent des problèmes communs avec les ensembles bipartites et d'autres qui leurs sont propres. Nous ne présenterons dans ce chapitre que les problèmes propres aux ensembles multipartites.

269. Pour les problèmes communs il s'agit notamment des problèmes de terminologie et de recherche du fondement juridiques, questions déjà évoqués dans la deuxième section du chapitre II du présent titre. Deux problèmes particuliers apparaissent dans les ensembles multipartites.

Le premier concerne la définition des relations entre les membres de l'ensemble ; c'est la question de savoir si ceux-ci doivent être considérés les uns par rapport aux autres comme des parties, des tiers ou une catégorie intermédiaire entre les deux.

Le second touche indirectement au fondement d'imbrication des relations contractuelles. Sans revenir sur la cause qui sert de fondement aux ensemble contractuels bipartites ou multipartites, il s'agit de protéger les membres de l'ensemble de se trouver opposer les effets d'un contrat dont ils ignorent l'existence, le contenu ou le lien qui les unit à leur propre contrat.

Section I

La définition des relations entre les membres de l'ensemble contractuel multipartite

270. Les ensembles contractuels multipartites présentent une problématique similaire à celle que présentent les chaînes de contrats, à savoir la délimitation de la sphère des « parties ». La jurisprudence est peu expressive sur cette question, mais semble plutôt considérer les membres de l'ensemble contractuel comme des tiers les uns par rapport aux autres. La doctrine est très divergente ; certains auteurs considérant les membres de l'ensemble contractuel comme parties au même groupe de contrats, d'autres les considèrent comme des tiers, d'autres encore avancent au cas par cas et certains enfin ont inventé des catégories intermédiaires entre les parties et les tiers.

Sous-section I : La sphère des parties dans les ensembles contractuelles selon la jurisprudence

271. Sans doute par un soin d'éviter de s'immiscer dans des débats doctrinaux lourds et sans portée pratique directe, la jurisprudence offre très peu d'éléments quant à la définition des parties dans le cadre de l'ensemble contractuel.

272. Un ancien arrêt de la chambre commerciale du 4 octobre 1961²³⁴ avait confirmé l'arrêt de la cour d'appel qui avait admis l'exception d'inexécution relevée par une société de publication dans un contrat de publication d'un ouvrage qu'elle avait conclu avec une SARL, à cause de l'inexécution des obligations de la gérante de cette SARL, qui étaient prévues par un autre contrat (de cession de droit d'auteurs). La Cour de Cassation motive ainsi sa décision en réponse au pourvoi: « Mais attendu, 'd'une part, que l'arrêt énonce « que les deux contrats se complètent pour réaliser un ensemble de dispositions tendant à un même objet qui est de régler au mieux des intérêts de l'auteur du dictionnaire de psychanalyse, les conditions de l'édition de cet ouvrage et sa publication, avant sa parution en librairie, dans la revue *Psyche*, dont l'auteur, Dame X,....., est la rédactrice en chef et l'animatrice » que l'arrêt exprime encore que si le contrat du 31 janvier impose à la société « L'Arche » la charge, sans contrepartie, des frais de compositions inhérents à la

234 Com., 4 octobre 1961, *Bull.civ.* III, n°341.

publication de l'ouvrage dans la revue, cette obligation trouve sa cause dans les avantages que « l'Arche » retire de l'exécution des engagements pris par dame X...au contrat du 1er février. » L'arrêt ne précise pas que la SARL doit être considérée comme partie au contrat de cession du droit d'auteur, mais elle fait référence à l'article 1165. Cette référence peut être comprise de deux manières. Soit, justement, que les liens qui unissent les deux contrats de publication et de cession de droits d'auteur sont suffisamment forts pour que la SARL soit considérée comme partie au contrat de cession. Soit que l'article 1165 doit être interprété de la manière suivante : Les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes et les membres d'un même ensemble contractuel. L'arrêt laisse – délibérément sans doute – à la doctrine le choix d'adopter l'interprétation qui lui convient le plus.

273. Contrairement aux chaînes de contrats, la jurisprudence n'a jamais admis d'action directe dans les ensembles contractuels²³⁵. Dans un arrêt du 28 mars 1995²³⁶, la chambre commerciale a cassé l'arrêt de la cour d'appel qui avait rejeté le recours délictuel du destinataire de marchandise contre une société qui était responsable de la manutention de cette marchandise jusqu'à livraison ; l'arrêt de la cour de cassation motive sa décision par le fait que les deux sociétés n'étaient pas liées contractuellement.

274. La cour de cassation a également refusé de reconnaître toute relation directe entre membres d'un même ensemble contractuel dans l'arrêt de la chambre commerciale du 9 mars 2010²³⁷. Il s'agissait en l'espèce d'une société d'industrie de boissons qui avait conclu avec un certain M. X un contrat de fourniture de boissons pour son fonds de commerce (un bar). Celui-ci s'était engagé envers la société par une clause d'appropriation exclusive assorti d'une clause pénale et s'était obligé de garantir le respect de cet engagement en cas de mise en gérance du fonds de commerce. En contrepartie, la société s'est engagée à cautionner un prêt bancaire conclu par M. Y, locataire gérant du fonds de commerce. M. X et M. Y ayant cessé l'appropriation auprès de la société, celle-ci les assigna en paiement de la cause pénale. La cour d'appel rejeta la demande de condamnation de M. Y au motif qu'il n'avait pas signé la convention

235 J. El-Ahdab, op. cit., p. 654.

236 Com., 28 mars 1995 n° 93-11.538, inédit.

237 Com., 9 mars 2010, n°09-11807, inédit.

d'apprivoisement en boissons. Le pourvoi souleva l'existence d'un ensemble contractuel et que l'effet relatif devait donc se trouver atténué, mais la cour de cassation rejeta le pourvoi pour le même motif que l'arrêt attaqué.

La cour de cassation paraît donc conservatrice dans la délimitation de la sphère des parties dans l'ensemble contractuel. La doctrine est plus hésitante.

Sous-section II : La sphère des parties dans les ensembles contractuelles selon la doctrine

275. Nous exposerons d'abord cette sous-section les différentes propositions des auteurs sur la qualité de partie contractante dans le contexte particulier des ensembles contractuels. Ensuite, nous expliquerons pourquoi nous pensons que les membres de l'ensemble contractuel doivent être considérés comme des tiers dans leurs rapports respectifs.

I-Les propositions des auteurs pour la qualification des membres de l'ensemble contractuel

276. M. El-Ahdab, juriste libanais, avait remarqué dans sa thèse que les ensembles contractuels différaient des chaînes de contrats par le fait que les premiers n'avaient qu'une forme linéaires, tandis que les seconds pouvaient prendre des formes très diverses selon les rapports qui peuvent exister entre les différents contrats au sein de l'ensemble²³⁸. Cette diversité et cette complexité expliquait – selon l'auteur – que la jurisprudence et la doctrine n'ont jamais pu poser une règle générale pour déterminer la sphère des parties

238 J. El-Ahdab, op. cit., p. 654s.

dans chaque contrat au sein de l'ensemble. L'appréciation devait donc de se faire au cas par cas et en tenant compte de la volonté des membres de l'ensemble contractuel.

277. Deux autres auteurs ont fait une proposition intéressante, en s'appuyant sur la notion de « communauté d'intérêts » en matière matrimoniale matière d'action oblique. Cette notion signifie, en droit matrimonial, que la disposition d'un bien de la communauté par l'un des époux requiert, non la participation active de son conjoint, mais son consentement, même si tacite et *a posteriori*. L'intervention ultérieure du conjoint ne fait pas de lui une partie au contrat, mais se justifie par la communauté d'intérêt qui existe entre lui et l'époux qui a contracté sur le bien appartenant à la communauté. De même, selon les auteurs, l'action oblique et l'action directe se justifient par l'existence d'une communauté d'intérêts entre le créancier extrême et le débiteur intermédiaire. L'idée selon les auteurs est alors de créer « une communauté contractuelle » fondée sur le « projet commun ». L'intérêt commun des membres de l'ensemble contractuel, concrétisé par l'opération d'ensemble, justifierait de considérer les membres de l'ensemble comme « parties au même groupe contractuel ». ²³⁹

278. La théorie de Mme Bacache-Gibeili que nous avons déjà abordée en détail²⁴⁰, distingue entre les parties contractantes (parties au même groupe et au même contrat) et les simples parties contractantes (parties au même groupe sans être parties au même contrat). Les deux peuvent agir les uns contre les autres sur le terrain contractuel, mais seuls les premiers disposent du droit d'annulation et de modification du contrat.

Nous pensons de notre part, que les membres d'un ensemble contractuel ne *peuvent* pas et ne *doivent* pas être considérés comme « parties contractantes » les uns par rapports aux autres.

239 C.Charbonneau et F.-J. Pansier, « Du renouveau de la notion de partie », *Répertoire du Notariat DeFrénois*, 2000, art. 37110, p. 284.

240 Voir *supra* n°57.

II-Notre point de vue : les membres de l'ensemble contractuel sont des tiers les uns par rapport aux autres

279. Nous avons déjà eu l'occasion, lors de notre analyse des chaînes de contrats, d'exposer notre conception de la distinction entre les parties et les tiers²⁴¹. Sur cette base, il faut rechercher si les membres de l'ensemble contractuel ont exprimé leur consentement de devenir parties aux autres contrats qui constituent l'ensemble.

Si la connaissance de l'existence de l'ensemble contractuel et des contrats qui le composent, comme nous le verrons²⁴², est essentielle pour que l'ensemble contractuel puisse produire ses effets, nous ne pensons pas que cette connaissance soit suffisante pour présumer l'acceptation des membres de l'ensemble de devenir partie aux autres contrats. Cette connaissance est en effet limitée à l'existence des autres contrats de l'ensemble et des liens qu'ils entretiennent avec le contrat du membre concerné. Mais elle ne porte pas sur le contenu des contrats. Il est très difficile de présumer que les membres de l'ensemble contractuel ont accepté de devenir parties à des contrats dont il n'est pas établi qu'ils connaissent le contenu.

280. Deuxièmement, comme le remarque très justement M. El-Ahdab, les ensembles contractuels peuvent prendre des physionomies très variables ; ils peuvent notamment englober un nombre très important de contrats, liés tantôt par des liens de dépendance unilatérale, tantôt par des liens d'interdépendance, de sorte que plusieurs contrats peuvent se trouver dans le même ensemble sans qu'il y ait entre eux aucun lien direct. Dans ce cas, il n'est pas utile d'admettre qu'un contractant soit considéré comme partie à un autre contrat avec lequel son propre contrat n'entretient aucun lien direct. L'influence entre les contrats dans ce cas est minime.

281. La conception de Mme Bachache-Gibeili qui repose sur la distinction entre « parties contractantes » et « simples parties contractantes » n'emporte pas notre conviction en raison des objections que nous avons déjà formulées contre les catégories hybrides (ni

241 Voir *supra* n°182s.

242 Voir *infra* n°292s.

tiers ni parties)²⁴³. En outre, en instituant des actions directes contractuelles entre les membres du groupe de contrats, cette conception n'est pas adaptée aux ensembles contractuels. Les actions directes ne s'exercent que dans les chaînes de contrats.

Une objection similaire peut être adressée à la thèse avancée par MM. Charbonneau et Pansier. Même si les deux auteurs ne le mentionnent pas expressément, l'idée de considérer les membres de l'ensemble contractuel comme membres d'un même groupe contractuel revient en réalité à créer une catégorie hybride qui n'est ni tiers ni partie au contrat. Nous ne reviendrons plus sur les objections contre les catégories hybrides.

282. L'intégration des membres de l'ensemble contractuel dans la sphère des parties n'est pas non plus opportune. En premier lieu, cela revient à élargir considérablement le nombre de personnes pouvant demander l'annulation judiciaire du contrat ou, dans certains cas, sa modification par voie judiciaire ; ce qui constitue un certain danger pour la sécurité juridique des contractants initiaux. En second lieu si les membres de l'ensemble contractuel sont tous des parties les uns par rapport aux autres, cela revient à effacer toute différence entre la structure de l'ensemble contractuel et celle du contrat multilatéral. Or, les deux structures correspondent à des logiques fondamentalement différentes. Dans l'ensemble contractuel, il s'agit de réaliser une opération d'ensemble par l'intermédiaire de plusieurs intervenants qui n'ont aucun lien direct entre eux, dont chacun joue un rôle précis et bien déterminé, distinct des autres. Dans le contrat multilatéral, il s'agit de coordonner une action qui nécessite la participation et la coopération de plusieurs personnes qui jouent des rôles, sinon identiques, du moins similaires ; il en est ainsi par exemple dans le contrat de société.

283. Nous pensons donc, aussi bien pour des raisons de logique juridique que pour des motifs d'opportunité, que les membres de l'ensemble contractuel doivent donc être regardés comme des tiers dans leurs relations réciproques. Autre question de base qui touche aux ensembles multipartites : la nécessité de protéger les droits des membres de l'ensemble contractuel en exigeant leur connaissance au moment de la formation du contrat.

243 Voir *supra* n°68.

Section II

La protection des droits des membres de l'ensemble par l'exigence d'une connaissance préalable

284. Le fondement juridique que nous avons adopté pour les ensembles contractuels entre deux parties – la cause – peut parfaitement servir pour les ensembles contractuels entre plusieurs parties. Il serait même illogique de rechercher une base juridique différente pour ces deux cas de figures, alors qu'il ne s'agit en réalité que d'une même institution juridique : l'ensemble contractuel. Cependant, dans les ensembles multipartites, on peut imaginer que l'un des membres de l'ensemble ignore l'existence d'un autre contrat du même ensemble dont il ne fait pas partie, ou qu'il ignore son contenu ou les liens qui unissent ce contrat au sien. Il faut donc protéger les membres de l'ensemble contractuel en exigeant, pour donner plein effet à l'ensemble contractuel, que le membre qui doit subir ces effets ait pleine connaissance des liens qui unissent son contrat aux autres.

Sous-section I : Nécessité de protection des droits du tiers

285. Les ensembles contractuels à plusieurs parties posent un problème quant à la protection des attentes légitimes du tiers. En effet, dans un ensemble contractuel, une personne peut trouver son contrat anéanti ou résilié ou prorogé comme conséquence à l'altération qu'a subi un autre contrat conclu entre son cocontractant et une tierce personne. De même, celui-ci peut, dans certains cas, subir l'effet des clauses contenu dans ce dernier contrat alors qu'il n'en a peut-être pas connaissance. Afin de protéger les droits du tiers, la jurisprudence vérifie toujours en amont la connaissance du tiers des liens qui unissent les contrats. Ce procédé n'est pas propre aux ensembles contractuels, la

jurisprudence le fait à chaque fois que le contrat est susceptible de produire des effets à l'égard d'un tiers.

I-Le rôle de la connaissance dans la protection des attentes légitimes du tiers

286. Les contrats peuvent notamment produire deux effets majeurs à l'égard des tiers : la transmission de la propriété et, éventuellement, la responsabilité délictuelle pour contribution à la violation des obligations contractuelles de l'une des parties. Dans ces deux cas, la jurisprudence ou la loi exige que le tiers auquel on veut opposer le contrat connaisse son existence ; un tiers peut en principe légitimement ignorer l'existence d'un contrat. Ces deux exemples illustrent bien le rôle de la connaissance dans la protection des attentes légitimes des tiers, rôle qui pourrait être repris dans les ensembles contractuels. Mais avant d'exposer ces deux hypothèses, nous ferons la présentation des trois cas de figure généraux conçues par MM. Ghestin, Jamin et Billiau pour démontrer, dans chaque cas, le rôle que doit jouer la connaissance du tiers afin de le protéger contre l'insécurité juridique.

A-Les trois cas de figures prévues par MM. Ghestin, Jamin et Billiau

287. La première hypothèse présentée par les trois auteurs est celle où le contrat est opposable au tiers sans opérer de changement dans sa situation juridique. Dans ce cas la connaissance du tiers n'est pas requise. Par exemple, la cession par bordereau Dailly est opposable *erga omnes*, sans besoin de prouver que les tiers en avaient connaissance.

288. La deuxième hypothèse concerne les cas où le contrat impose une obligation de ne pas faire à l'encontre du tiers. Il en est ainsi pour l'obligation incombant à tous de ne pas

contribuer à la violation du contrat. Dans ce cas, le tiers n'est sanctionné, sur le terrain délictuel bien sûr, que s'il avait connaissance de l'existence du contrat.

289. Enfin, un contrat ne peut imposer une obligation positive, obligation de faire ou de donner, à l'égard d'un tiers qu'à condition que celui-ci lui soit notifiée dans tous ces détails. La connaissance qui provient du pur hasard ou du bouche à oreille n'est pas suffisante dans ce cas. C'est le cas notamment de la cession de créance régie par les articles 1690s du code civil²⁴⁴.

La loi et la jurisprudence requièrent la connaissance effective du tiers dans deux hypothèses majeures : le transfert de propriété et la responsabilité délictuelle pour contribution à la violation d'un contrat.

B-La nécessité de la publicité pour le transfert de la propriété

290. Cette nécessité est prévue en matière immobilière (article 30-1 alinéa premier du décret du 4 janvier 1995) et pour certains biens meubles soumis à l'immatriculation tels que les voitures ou les navires. Mais pour la majorité des biens meubles (autres que ceux visés par les règles d'immatriculation), la publicité est remplacée par la possession. Celui qui est entré en possession du bien de bonne foi demeure propriétaire, même si le véritable propriétaire vient le lui revendiquer²⁴⁵.

L'objectif de la publicité foncière est de protéger des biens qui ont une valeur patrimoniale particulièrement importante. En matière de responsabilité délictuelle pour contribution à la violation d'un contrat, la loi n'a pas intervenue. C'est la jurisprudence qui exige que le tiers condamné ait connaissance du contrat qu'il a contribué à violer.

244J. Ghestin, C. Jamin, M. , op. cit., n°753s.

245W. Dross, *Droit des biens*, éditions Lextenso et Montchrestien, collection Domat droit privé, 13ème édition,+2012, p.240s.

C-La responsabilité délictuelle pour contribution à la violation d'une obligation contractuelle

291. Une jurisprudence ancienne et constante sanctionne, sur le terrain délictuel, le tiers qui aide autrui à violer ses obligations contractuelles ; la seule condition requise c'est que le tiers ait connaissance de l'existence et du contenu du contrat²⁴⁶. Cette sanction est une manifestation de l'opposabilité du contrat²⁴⁷. La jurisprudence ne se contente pas d'une connaissance présumée mais exige dans ce cas la preuve d'une connaissance effective²⁴⁸. Il s'agit en effet de protéger le tiers contre le risque de se voir opposer une convention qu'il peut parfaitement et légitimement ignorer.

Si l'exigence de la connaissance effective ou de la notification est un moyen de protection du tiers contre le risque de se voir opposer un contrat dont il ignore l'existence ou du moins le contenu, cette exigence est renforcée dans le cadre des ensembles contractuels afin de protéger les membres de l'ensemble contractuel contre les risques encourus par l'interdépendance.

II-Le rôle particulier de la connaissance dans le cadre de l'imbrication contractuelle

292. Nous avons déjà mentionné que le fondement de l'imbrication des ensembles contractuels multipartites est le même que celui des ensembles bipartites : il s'agit de la

246 Voir par exemple : Cass. Req., 8 novembre 1904, D. P., 1906.1.489 ; Com., 11 octobre 1971, *Bull.civ.* I, n°237, D., 1972, J. p. 120 ; Civ 1re., 26 janvier 1989, *Bull.civ.* I n°32 et Com., 21 mars 1995, *RJDA*, 1995, n°925 ; Civ. 1ère, 26 janvier 1999, *Bull.civ.* I n°32, D.1999, Somm. 263, obs. Delebecque, *RTD civ.* 1999.405, obs. Jourdain ; CA Versailles, 29 juin 2000, *D.* 2000, AJ 384, obs. A. Lienhard ; Ass.plén, 9 mai 2008, *Bull.ass.plén.* n°3, R., p.317, *BICC* 1er juillet 2008, , rapp. Foulquié, avis de Gouttes, *RLDC* 2008/51, n°3047, obs. Maugéri, *RTD civ.* 2008. 1151, obs. Carval.

247 Ph. Delmas Saint-Hilaire, *Le Tiers à l'Acte juridique*, thèse à l'Université de Montesquieu Bordeaux IV, LGDJ, 2000, p. 304.

248 El-Ahdab, op. cit., p. 75.

cause, entendue comme l'économie du contrat. Cependant, l'ensemble contractuel multipartite crée un risque que les membres de l'ensemble contractuel puissent ignorer que leur propre contrat est lié à d'autres contrats dans le cadre d'un même ensemble. Suivant le même raisonnement adopté dans les exemples précédents, l'ensemble contractuel ne peut produire d'effets à l'égard de ses membres sauf s'il est établi que ces derniers avaient connaissances des liens qui unissaient leurs contrats, au moment où ils ont contracté.

A-La volonté de protéger les attentes légitimes des membres de l'ensemble contractuel

293. Cette volonté se manifeste dans la jurisprudence relative à la portée des clauses de divisibilité au sein des ensembles contractuels. M. Mazeaud remarque que la cour de cassation, loin de se préoccuper du débat doctrinal qui oppose l'indivisibilité subjective à l'indivisibilité objective, s'en tient à des considérations beaucoup plus pragmatiques. Lorsqu'elle est confrontée à un problème d'anéantissements ou de résolutions en cascade, la Cour de cassation distingue selon que le contractant dont le contrat est menacé d'annulation ou de résolution par l'effet de l'annulation ou la résolution d'un autre contrat, est partie à tous les contrats de l'ensemble ou à ce seul contrat. Dans le premier cas, il est informé de l'existence de l'ensemble contractuel, il n'a donc pas besoin de protection particulière. Dans le deuxième cas il faut prouver qu'il était informé de l'interdépendance contractuelle²⁴⁹.

294. A la différence des ensembles contractuels bipartites dans lesquels les deux parties connaissent forcément l'existence de l'ensemble, dans les ensembles multipartites, il ya un risque que l'un ou plusieurs de ses membres potentiels ignorent que leur contrat est relié à d'autres. On peut facilement imaginer qu'une personne qui se trouve partie à un contrat de l'ensemble sans être partie à l'autre, ignore l'existence de ces autres conventions qui

249D. Mazeaud, « Groupe de contrats, liberté contractuelle et réalité économique », op. cit.

forment l'ensemble ; ou du moins qu'elle ignore les liens qui unissent son propre contrat aux autres. Le danger est donc que cette personne subisse tous les effets de l'ensemble contractuel -notamment le plus dangereux, le risque de voir son contrat éteint suite à l'extinction d'un autre – alors qu'il n'en était pas averti au moment de la conclusion du contrat. Sans aller jusqu'à exiger une notification officielle, nous pensons que l'ensemble contractuel multipartite peut produire ses pleins effets que s'il est établi tous les membres concernés, au moment où ils ont contracté, avait une connaissance effective de l'existence de cet ensemble. Nous rejoignons dans ce cadre M. Pellé, qui reprend l'argument tiré du régime d'opposabilité des actes juridiques pour dire que « la sécurité juridique des tiers » exige la connaissance préalable de ceux-ci de la situation concernée²⁵⁰. La question se pose ensuite de savoir si la connaissance doit être considérée comme une condition de validité ou comme une simple condition d'efficacité de l'ensemble contractuel.

B-La connaissance, une condition d'efficacité et non pas de validité de l'ensemble contractuel

295. Nous ne pensons pas que la connaissance des membres de l'ensemble contractuel doit être érigée en condition d'existence ou de validité de l'ensemble contractuel, mais simplement en condition d'efficacité de l'ensemble contractuel à l'égard de l'un de ses membres. Si la connaissance est une condition de validité, il faudrait établir, à chaque fois que l'ensemble contractuel serait susceptible de produire certains de ses effets, que tous les membres connaissent l'existence d'un ensemble contractuel au moment où ils ont conclu leur contrat. Si l'un des membres n'avait pas connu l'existence de l'ensemble, celui-ci n'aurait même pas existé. Une telle démonstration serait, non seulement extrêmement difficile, mais en plus inutile. Si l'ensemble, à un moment donné, est susceptible d'affecter la situation juridique de l'un de ses membres, il est plus logique de se contenter de vérifier que ce membre en particulier avait connaissance de l'existence de l'ensemble contractuel, afin de le protéger contre le risque d'ignorance légitime. La

250 S. Pellé, op. cit., p. 305.

connaissance des autres membres est indifférente et il est donc vain de l'exiger. C'est pour cette raison que nous pensons que la connaissance doit être appréciée individuellement au cas par cas, en tant que condition d'efficacité et non pas en tant que condition d'existence. Si la connaissance par les membres de l'ensemble contractuel doit être érigée en condition d'efficacité de celui-ci, il convient ensuite de définir le contenu exact de cette connaissance.

Sous-section II : Le contenu exact de la connaissance

296. La connaissance que nous exigeons est en réalité la connaissance de l'existence d'une opération d'ensemble, et des liens qui unissent le contrat litigieux à d'autres contrats de l'ensemble. Nous avons en effet déjà démontré que l'ensemble contractuel se compose d'un nombre de contrats concourant à une opération d'ensemble dont les uns constituent la cause des autres (ou qui partagent une cause commune s'il s'agit de lien d'interdépendance). Mais au-delà de ce constat, plusieurs questions se posent. D'abord quelle est l'étendue de cette connaissance ? Le membre de l'ensemble contractuel qui est affecté par ses effets doit-il également connaître le contenu des contrats qu'on lui oppose ? Deuxièmement, la connaissance ultérieure de l'ensemble contractuel est-elle suffisante ou la connaissance doit-elle être établie au moment de la conclusion du contrat ? Troisièmement, la question se pose aussi de savoir si cette connaissance est suffisante à elle-même, ou si elle ne sert que de présomption d'acceptation de l'ensemble contractuel. Enfin, au-delà de ces questions, la preuve de la connaissance n'est pas toujours facile ; la jurisprudence peut alors se servir de présomptions ou de certains mécanismes classiques qui permettent d'établir cette connaissance dans un contexte donné.

I-Etendue et moment d'appréciation de la connaissance

297. Il serait en toute logique inutile d'exiger la preuve que le membre affecté par une clause d'un autre contrat de l'ensemble, connaissait tout le contenu de ce contrat. La seule preuve de la clause litigieuse serait plus que suffisante pour protéger les attentes légitimes de ce membre. En outre, exiger que les membres de l'ensemble contractuel connaissent tout le contenu des contrats formant l'ensemble serait une *probatia diabolica* et aurait pour conséquence de priver l'ensemble contractuel de toute efficacité. Mais est-il nécessaire de prouver que le membre affecté connaissait l'existence de la clause qui va porter atteinte à sa situation juridique, ou la seule connaissance de l'existence d'un ensemble contractuel est-elle suffisante ?

Nous pensons qu'il est seulement nécessaire d'établir que le membre concerné par les effets de l'ensemble connaisse trois éléments. La première, c'est l'existence d'une opération d'ensemble, à laquelle son contrat participe. La deuxième c'est l'existence du contrat qu'on veut lui opposer. La troisième c'est les liens qui unissent son propre contrat au contrat litigieux. La connaissance de l'ensemble contractuel a en effet pour but d'établir que le membre concerné connaissait ce « risque juridique » inhérent à l'ensemble contractuel. Si le membre a contracté en connaissant ces trois éléments, on peut valablement présumer qu'il avait su, au moment où il a contracté, que le contrat qu'il était sur le point de conclure s'inscrit dans un ensemble contractuel qui est susceptible de l'affecter, et que le contrat litigieux en faisait partie. S'il s'agit d'un professionnel, ou d'une personne suffisamment expérimenté dans le domaine, il pourrait demander de lire les autres contrats avant de contracter. Sinon, il conclut le contrat en sachant qu'il accepte un certain risque juridique inhérent à l'ensemble dans lequel son contrat s'inscrit. On pourrait rapprocher cette idée de la notion « d'acceptation des risques » créée par la jurisprudence en matière délictuelle²⁵¹.

298. En revanche, il serait difficile d'exiger la preuve que le membre concerné connaissait l'existence de la clause litigieuse. Une telle condition risque de vider l'ensemble contractuel d'une grande partie de ses effets. Mais comme nous le verrons ultérieurement,

251 Civ. 2ème, 24 janvier 1964, *Gaz. Pal.* 1964. 1. 384.

dans certains cas exceptionnel l'effet de l'ensemble contractuel est d'une gravité telle, qu'on exige la connaissance de la clause litigieuse²⁵².

299. La notion d'acceptation du risque juridique, comme fondement pour exiger la connaissance de l'ensemble contractuel, nous mène à conclure que cette connaissance ne peut être appréciée qu'au moment de la conclusion du contrat. Toute connaissance ultérieure ne devrait avoir aucun effet. Ce n'est qu'au moment de la conclusion que le membre de l'ensemble contractuel est libre d'accepter ou de rejeter le risque juridique inhérent à l'ensemble contractuel.

La troisième question qui se pose est celle de savoir si cette connaissance est une présomption simple d'acceptation des effets de l'ensemble contractuel, ou si elle est suffisante en tant que telle.

II-Connnaissance ou acceptation ?

300. La jurisprudence et la doctrine considèrent souvent la connaissance comme une présomption d'acceptation. En droit maritime par exemple, la réception de la marchandise et l'acceptation du connaissement font présumer la connaissance de toutes les clauses qu'il contient, et à partir de là, permet de présumer leur acceptation (notamment les clauses compromissoires ou attributive de juridiction)²⁵³. De même, pour M. Pellé, lors de la prolongation d'un ensemble contractuel la connaissance des membres de l'ensemble contractuel n'est pas suffisante pour faire prolonger le contrat ; néanmoins elle sert de présomption d'acceptation de cette prolongation²⁵⁴. La question qu'il faut se poser dans la présente thèse est de déterminer le rôle exact de la connaissance. Si celle-ci ne sert que de présomption d'acceptation, elle peut être combattue par la preuve que la partie concernée avait exprimé son refus de lier le sort de son contrat à un autre. Si la connaissance est autosuffisante, cette preuve est sans effet.

252 Voir *infra* n°835.

253 J. El-Ahdab, op. cit., p. 554.

254 S. Pellé, op. cit., p. 368.

301. Nous pensons que la simple connaissance est suffisante pour donner toute effectivité à l'ensemble contractuel. Plusieurs arguments militent en faveur de cette position.

Premièrement, comme nous allons le démontrer ultérieurement, la majorité des effets de l'ensemble contractuel ne sont que des manifestations de l'opposabilité. Or, la doctrine majoritaire exige, pour que le contrat soit opposable, que l'acte soit publié²⁵⁵ ou du moins qu'il soit connu par la personne contre qui on l'oppose²⁵⁶. Mais par définition même, l'opposabilité ne requiert pas l'acceptation de la personne à laquelle on oppose l'acte concerné.

Deuxièmement, exiger l'acceptation des membres de l'ensemble contractuel revient à donner tout effet aux clauses de divisibilité, avec tous les dangers juridiques et pratiques qui peuvent en résulter²⁵⁷.

Troisièmement l'exigence du consentement de tous les membres de l'ensemble contractuel risque de priver l'ensemble de tout effet, surtout pour les ensembles de taille importante.

Quatrièmement, dire qu'on exige l'acceptation des membres de l'ensemble contractuel risque de créer une confusion entre deux notions : d'une part l'acceptation du mobile contractuel, autrement dit l'économie du contrat ; d'autre part l'acceptation des effets de l'ensemble contractuel. La première résulte forcément de la connaissance de ce mobile : si le contractant avait refusé l'économie du contrat telle qu'elle est, il aurait refusé de conclure le contrat. La seconde ne doit pas être une condition d'imbrication des contrats, sinon on reviendrait à admettre l'indivisibilité subjective comme fondement des ensembles contractuels, notion dont nous avons déjà exposé les points faibles. En outre, les effets de l'ensemble contractuel ne sont pas toujours favorables à tous ses membres ; ils résultent plus d'un « bon sens juridique » plus que de la volonté des parties contractantes. Il n'est donc pas possible ni logique de soumettre tous leurs effets à la volonté du membre qui s'en trouve concerné.

255 Voir par exemple Y. Buffelon-Lanoreet V. Larribau-Terneyre, *Droit civil Deuxième année*, Dalloz 2006, p.387

256 Voir par exemple R. Wintgen, op. cit., p. 87s.

257 Voir *infra* n°977.

La connaissance du mobile contractuel est donc suffisante pour établir les liens qui forment l'ensemble contractuel. Mais la preuve de cette connaissance n'étant pas toujours facile, la doctrine propose à la jurisprudence le recours à des présomptions ou à des mécanismes classiques tels que le mandat tacite et l'action de concert.

III-Modes particuliers de preuve de la connaissance

302. La connaissance de l'existence de l'ensemble contractuels et des contrats qui le composent peut être facilement prouvée lorsque les contrats renvoient expressément l'un à l'autre ; ce renvoi se fait – comme il est souvent le cas – dans le préambule, ou dans certains cas dans le corps du contrat qui peut faire référence à certaines clauses d'un autre contrat. Mais à défaut de renvoi expresse, cette preuve peut être difficile. La jurisprudence pourrait donc avoir recours à des présomptions, ou peut se servir de certains mécanismes juridiques classiques comme moyen d'établir cette connaissance.

A-Le recours aux présomptions pour établir la connaissance de l'existence de l'ensemble contractuel

303. Un membre de l'ensemble contractuel peut être présumé avoir connu l'existence de cet ensemble dans plusieurs hypothèses. D'abord s'il est établi qu'il était entré en contact avec un autre membre de l'ensemble (autre que son cocontractant bien entendu) au moment de la conclusion du contrat. Cette situation est envisageable lorsqu'il y a des négociations communes qui impliquent tous les opérateurs qui contribuent au même projet. Ensuite, cette présomption pourrait être établie également s'il s'agit d'un professionnel, et que dans l'usage du métier, plusieurs contrats sont nécessaires pour réaliser l'opération voulue. Il en serait ainsi par exemple pour l'assureur en matière

d'assurance de groupe²⁵⁸. Ironiquement, cette présomption pourrait aussi être déduite lorsque le contrat auquel le membre concerné est partie, contient une clause de divisibilité²⁵⁹. L'existence de cette clause n'aurait en effet aucun intérêt si le contrat n'était pas économiquement lié au contrat litigieux.

En plus de ces présomptions, la doctrine propose le recours à certains mécanismes classiques pour établir la connaissance de l'ensemble contractuel.

B-Le recours à des mécanismes juridiques de droit commun pour établir la connaissance de l'ensemble contractuel

304. La jurisprudence, appuyée par la doctrine, considère que l'existence d'un mandataire commun dans les opérations « clé en main » permet de relier les contrats au sein de l'ensemble. De même l'action de concert sert d'indice de connaissance de l'économie du contrat. Ces deux indices particuliers n'excluent évidemment pas d'autres moyens de preuve.

1-Le mandat comme moyen de preuve de la connaissance dans les opérations « clé en main »

305. Avant de montrer comment le mandat peut servir de preuve dans ce cadre, il convient d'exposer le concept d'opération « clé en main ».

a-La notion d'opération “clé en main”

258 Voir *infra* n°499.

259 Sur la définition des clauses de divisibilité, voir *infra* n°964 .

Cette notion recouvre un type d'opérations multipartites qui constitue sans doute la forme la plus répandue des ensembles contractuels. Il s'agit de projets économiquement uniques, qui sont mis en place par une personne au moyen de plusieurs contrats passés avec des parties distinctes, tous les participants acceptant d'agir conjointement dans le même but et donc de lier les contrats entre eux²⁶⁰. Ce qui caractérise ce type d'opération c'est l'existence d'un promoteur, qui est en contact avec tous les membres de l'ensemble contractuel et qui conclut toute une série de contrats au profit du destinataire. M. Boubli en distingue deux catégories. La première est celle de la pyramide, dans laquelle le promoteur offre au client la prestation finale après avoir conclu toutes les démarches et les contrats nécessaires. La deuxième est celle de l'éventail dans laquelle le promoteur est lui-même le destinataire ; concluant tout un ensemble de contrats à son profit²⁶¹. Afin de prouver la connaissance de tous les intervenants du mobile final de leur propre contrat (l'opération d'ensemble) il est possible de se servir de la technique du mandat tacite.

b-Le recours au mandat tacite dans les opérations « clé en main »

306. La jurisprudence a souvent recours à la notion de mandat tacite au profit du promoteur de l'opération pour caractériser l'existence d'un ensemble contractuel. Ainsi, selon une terminologie variable, elle constate que les contrats en cause avaient été conclus par « l'intermédiaire du même représentant »²⁶², par « un interlocuteur unique »²⁶³ ou encore par « l'intermédiaire d'un préposé unique pour négocier les différents contrats »²⁶⁴. Mais le rôle exact de ce mandat tacite n'est pas précisé. Ceci n'est pas étonnant quand on rappelle l'hésitation de la jurisprudence quant au fondement des ensembles contractuels.

260 Bros, op.cit., p. 116.

261 B.Boubli, *La responsabilité et l'assurance des architectes, entrepreneurs et autres constructeurs*, éd du J.N.A., 1991, n°11 et 12 p. 190, in S. Pellé, op. cit, p. 319.

262 Com., 28 mai 1996, *Bull.civ.*, IV, n°146; *RJDA*, 1996, n°1289.

263 Com., 16 décembre 1997, *D. aff.*, 1998, p. 290

264 Com., 16 novembre 1999, *RJDA* 2000, n°1.

Nous nous rallions avec M. Pellé²⁶⁵ pour voir ce rôle comme preuve de connaissance de tous les membres de l'opération de l'existence d'une opération d'ensemble, et donc de l'économie de leurs propres contrats. D'un côté, le promoteur, en tant que mandataire commun pour tous les contrats, connaît forcément l'existence de l'opération d'ensemble. D'un autre côté, le destinataire, à le supposer distinct de la personne du promoteur, en tant que mandant, doit avoir connaissance des autres contrats en cause. Les autres contractants peuvent hypothétiquement poser problème, mais la pratique des opérations « clé en main » veut que le promoteur de l'opération s'accorde préalablement avec tous les intervenants avant de proposer la prestation finale au destinataire²⁶⁶. Il s'ensuit que tous les membres de l'opération ont connaissance que leur propre contrat est inséré dans un ensemble contractuel.

Dans un autre cas de figure, dans les relations contractuelles à dépendance unilatérales, la doctrine a aussi proposé d'utiliser l'action de concert comme moyen d'établir la connaissance de l'ensemble contractuel.

2-L'action de concert comme moyen de preuve de connaissance de l'ensemble contractuel

307. L'action de concert est une notion de droit boursier pour désigner un accord entre actionnaires en vue d'acquiescer ou de céder des droits de votes pour mettre en œuvre une politique commune vis-à-vis de la société²⁶⁷. Il s'ensuit un certain nombre d'obligations de déclarations²⁶⁸. Le droit traite dans ce cas les actionnaires concertant comme s'ils formaient une seule personne. Cette notion est apparue pour la première fois en droit français dans la loi du 2 août 1989 suite à la directive européenne du 12 décembre 1988.

265 S.Pellé, op. cit., p. 325.

266 Ibid p. 329.

267 *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 10ème édition, 1995.

268 Articles L. 233-7 à L. 233-10 du code de commerce.

308. Mme Amrani-Mekki propose de considérer l'action de concert comme preuve que le cocontractant du second contrat connaissait l'existence du premier contrat et des liens qui l'unissent au premier contrat²⁶⁹. Nous pensons aussi que l'action de concert est en soi une preuve de l'existence d'une opération d'ensemble recherché par plusieurs parties, les actionnaires concertants. Si on peut aussi prouver, comme le propose l'auteur, que le cocontractant du second contrat connaissait l'opération d'ensemble et les liens qui unissait les contrats, l'effet du premier contrat peuvent s'étendre vers lui.

Conclusion chapitre III

309. La jurisprudence offre peu d'indices quant à la détermination des parties et des tiers au sein de l'ensemble contractuel, mais semble plutôt conservatrice. Nous pensons que les membres de l'ensemble contractuel doivent être considérés comme des tiers les uns par rapport aux autres. Ceci est plus compatible avec la logique juridique et plus opportun d'un point de vue de sécurité juridique ; en outre l'élargissement de la sphère des parties n'est pas nécessaire puisque la jurisprudence ne reconnaît pas d'action directe au sein des ensembles contractuels.

310. Le fondement des ensembles contractuels multipartites n'est pas différent de celui des ensembles bipartites, il s'agit toujours de la cause. La seule particularité qui les distingue c'est la nécessité de protéger les membres de l'ensemble contractuel de se voir opposer les effets d'autres contrats de l'ensemble dont ils ignoraient peut-être l'existence. la doctrine majoritaire exige que les membres de l'ensemble contractuel aient connaissance de l'existence de l'ensemble contractuel pour que l'ensemble puisse produire ses effets à leur égard. Nous pensons que la connaissance, au moment de la conclusion du contrat, de l'existence de l'ensemble contractuel, doit être considérée comme condition d'efficacité de l'ensemble contractuel, mais non comme une condition de validité. La connaissance de l'existence de l'ensemble et des contrats qui le composent

269S. Amrani-Mekki, « Indivisibilité et ensembles contractuels : l'anéantissement en cascade des contrats », *Répertoire du Defrénois*, op. cit.

–sans la connaissance du contenu de ces contrats - suffit en principe pour donner efficacité à l'ensemble.

311. La connaissance est une condition suffisante en elle-même pour assurer son efficacité, elle n'est pas une simple présomption d'acceptation des effets de l'ensemble contractuel. Afin d'établir la connaissance, la jurisprudence peut avoir recours à des présomptions, ou à des mécanismes juridiques classiques tels que l'action de concert ou, dans les opérations « clé en main », au mandat tacite.

Conclusion titre I

312. Selon la classification traditionnelle proposée par Bernard Teyssié, les groupes de contrats se divisent en deux catégories : les chaînes de contrats et les ensembles contractuels. Ces derniers peuvent avoir lieu entre deux ou entre plusieurs personnes.

313. L'analyse des relations entre les membres extrêmes de la chaîne de contrats ou de l'ensemble contractuel multipartite montre qu'ils ne peuvent être considérés que comme des tiers dans leurs rapports respectifs.

314. L'action directe n'est admise que dans le cadre des chaînes de contrats. La doctrine hésite beaucoup quant à sa nature ou son fondement. Nous pensons qu'il s'agit d'un mécanisme de compensation multilatérale qui ne peut avoir d'autre source que la loi.

315. Les ensembles contractuels, bipartites et multipartites, présentent des problématiques communes, relatives notamment à leur fondement et à leur terminologie. Le fondement de l'ensemble contractuel se trouve dans la cause, redéfinie à travers le concept d'économie du contrat. A partir de là, nous proposons de le définir de la manière suivante : *un groupe de contrats qui contribuent à une même opération d'ensemble et qui sont liés par des liens de dépendance unilatérale ou d'interdépendance*. Bernard Teyssié considère l'indivisibilité contractuelle et l'interdépendance comme deux notions distinctes ; nous pensons qu'il ne s'agit que d'un seul et même concept.

316. Les ensembles contractuels bipartites posent un problème particulier, à savoir la distinction entre le contrat complexe et la multiplicité de contrats. Afin de distinguer entre les deux situations, nous avons proposé une construction qui repose sur le nombre d'échanges de consentement qu'il ya eu entre les parties ; pour le savoir il faut tenir compte à la fois de la chronologie et de la relation de dépendance entre les actes.

317. Les ensembles multipartites posent la question de la protection du tiers contre l'ignorance légitime. Pour que l'ensemble contractuel produise ses effets contre l'un de ses membres, il faut prouver préalablement que celui-ci avait connaissance du lien de dépendance qui l'unit aux autres contrats et à l'opération d'ensemble.

Titre II

Les différentes hypothèses d'extension de l'effet des clauses au sein d'un groupe de contrats

318. Dans ce titre nous exposerons différents cas de figure dans lesquels la jurisprudence a été confrontée à des groupes de contrats, et dans lesquels s'est posé la question de l'extension ou de la transmission²⁷⁰ d'une clause. L'extension d'une clause au sein d'un groupe de contrats peut se faire sur deux axes : *rationae materiae*, c'est-à-dire d'un contrat à un autre, et *rationae personae*, à une personne non signataire du contrat contenant la clause. Les deux axes se cumulent souvent.

319. L'extension d'une clause peut se rencontrer à l'occasion d'une action directe dans les chaînes de contrats (section I) ou dans un ensemble de contrats, sans action directe pour la soutenir (section II). La transmission de la clause, par contre, est un phénomène lié exclusivement aux chaînes de contrats.

320. Différentes clauses ont fait l'objet de contentieux à l'échelle des groupes de contrats : clause compromissoire, clause limitative de responsabilité, clause de non-concurrence, clause de renonciation à recours, pour n'en citer que quelques-unes. Mais les clauses de compétence (clause compromissoire et clause attributive de juridiction) règnent de loin sur ce domaine.

321. Nous ne discuterons pas dans ce titre de la justification et la légitimité de telles extensions ou transmissions, question qui fera l'objet du titre suivant. Nous essaieront de

²⁷⁰ Rappelons ce que nous avons dit dans l'introduction sur la différenciation entre l'extension d'une clause et sa transmission. Il existe une différence subtile mais importante entre les deux notions d'extension et de transmission d'une clause. La première signifie que l'effet de la clause s'étend à une personne qui n'était pas partie au contrat, tout en continuant à lier les parties. La deuxième signifie que la clause ne lie désormais que ce tiers concerné, l'une des parties contractantes se trouvant alors déchargée ; c'est donc une sorte de mécanisme de substitution. Cependant, la jurisprudence utilise souvent indistinctement ces deux termes.

suivre le raisonnement de la jurisprudence, tâche qui ne s'avère pas toujours facile, vu le laconisme qui caractérise la plupart des décisions impliquant un groupe de contrats. Nous essaieront aussi de déterminer la nature de telles extensions ou transmissions, s'il s'agit – pour les cas de figure impliquant une extension *rationae personae*, d'une extension de l'effet obligatoire du contrat - ou d'une simple opposabilité.

Chapitre I

Extension et transmission de l'effet d'une clause dans une chaîne de contrats

323. La problématique de l'extension des clauses dans les chaînes de contrats se pose au moment où surgit l'aspect dynamique de ces chaînes, c'est-à-dire, au moment où un membre extrême de la chaîne exerce contre un autre une action directe. Même si certaines actions directes sont prévues par la loi²⁷¹, celle -ci reste muette sur les conditions d'exercice de l'action. Même les avant-projets Catala et Terré qui consacrent pourtant chacun un texte à vocation générale pour les actions directes, ne disent rien sur leur régime. C'est donc à la jurisprudence qu'il faut s'adresser pour savoir si certaines clauses peuvent être étendues à l'occasion d'une action directe dans une chaîne de contrats. En plus de ces hypothèses d'extension, certaines clauses sont transmises²⁷² dans les chaînes de contrat, conférant ainsi une action directe au profit du sous-contractant à l'encontre du contractant principal (section I). Pour que notre travail de recherche soit consistant, il faut qu'il y ait une cohérence entre, d'une part, l'analyse que nous avons fait, dans le premier titre, de la chaîne de contrats et de l'action directe et d'autre part la justification (ou la non justification) que nous allons donner à l'extension ou cette transmission de la clause. Nous avons déjà démontré que les membres extrêmes de la chaîne sont des tiers les uns par rapport aux autres. Ce constat nous ramène à une question préalable. Avant d'examiner le fondement juridique qui sert de base à l'extension ou à la transmission – question qui fera l'objet de développements ultérieure dans la deuxième partie de cette thèse – il convient

271 Ex : l'action du bailleur contre son sous-locataire (article 1753 du code civil), l'action du mandant contre le sous-mandataire (article 1994 alinéa 2 du code civil), l'action du maître de l'ouvrage contre le sous-traitant (loi du 31 décembre 1975).

272 Sur la distinction entre l'extension et la transmission, voir *supra* n°13.

de se demander si ce prolongement de l'effet d'une clause à un tiers au sein d'une chaîne de contrats constitue une dérogation à l'article 1165 du code civil (section II).

Section I

Les hésitations de la jurisprudence

324. La question de la transmission ou de l'extension de l'effet d'une clause au sein d'une chaîne de contrat s'est souvent posée devant les juges à l'occasion d'actions directes exercées entre les membres extrêmes de la chaîne. Animée par des considérations pragmatiques beaucoup plus que par les débats doctrinaux, la réponse que la jurisprudence apporte à ces questions est souvent peu expressive sur le raisonnement juridique qui l'a conduit à de telles solutions ; au point qu'on peut avoir l'impression qu'elle procède cas par cas. Les juges se servent de fondements juridiques très divers, parfois même quand il s'agit de justifier l'extension d'un même type de clause.

325. Les clauses de compétences (clauses compromissoires et clauses attributives de juridiction) sont sans aucun doute celles qui alimentent le plus ce débat ; sans doute parce que la question de la compétence qu'elles ont pour objet de régler est une question préalable qui peut se poser dans tout litige quel que soit sa nature (action en indemnité, action en exécution de contrat, action en résolution, action en annulation, ...). D'autres clauses, notamment les clauses de non-concurrence et de garantie de passif, engendrent parfois un contentieux relatif à leur transmission dans les chaînes de contrats.

Sous-section I : Extension de l'effet des clauses de compétence

326. Les questions soulevées devant le juge concernent souvent l'opposabilité d'une clause attributive de juridiction ou d'une clause compromissoire par le défendeur à l'action, mais c'est parfois aussi le demandeur qui revendique la mise en œuvre de la clause. Pour les deux types de clauses de compétence clause attributive de juridiction et clause compromissoire - les solutions adoptées par la jurisprudence sont hésitantes, et surtout extrêmement hétérogènes par rapport à leur fondement.

327. Autre problème à soulever, propre aux clauses de compétence : le conflit entre plusieurs clauses inconciliables. Il arrive en effet que chaque contrat au sein de la chaîne comporte une clause compromissoire ou une clause attributive de juridiction. Quelle clause faudrait-il appliquer en cas de litige entre les membres de la chaîne ? Le juge devra faire le choix soit de tenter de concilier les clauses, si la conciliation paraît possible, soit de trouver une raison valable d'appliquer une clause plutôt que l'autre.

I-L'extension de la clause compromissoire à l'occasion d'une action directe

328. Dans les chaînes de contrats translatives de propriété, la jurisprudence s'est d'abord montrée réticente pour admettre l'extension de la clause compromissoire²⁷³. La cour de cassation et les juridictions d'appel relevaient que la clause n'était pas opposable au sous-acquéreur, faute de « transmission contractuelle », ou « d'acceptation expresse » de sa part. Ces arrêts étaient d'autant plus notables que la jurisprudence considérait, à cette date, que l'action directe du sous-acquéreur contre le vendeur originaire était de nature contractuelle²⁷⁴. Mais cette jurisprudence est abandonnée depuis un certain temps. Une jurisprudence constante considère que l'effet de la clause compromissoire est étendu de façon « automatique » dans les chaînes de contrats translatifs de propriété comme

273 Voir notamment : Com., 6 novembre 1990, Fraser, *Rev. arb.* 1991, p. 19 note Ph. Delebecque, et CA Paris, 26 octobre 1995, *Rev. arb.* 1997.553.

274 Voir notamment Ass. Plén., 7 février 1986,, précité note 55.

accessoire de la chose²⁷⁵. Selon un auteur, l'emploi du terme « automatique » par la cour de cassation dans ce cadre démontre clairement l'indifférence du consentement du défendeur à la clause compromissoire : l'extension de la clause est indépendante de toute manifestation de volonté de sa part²⁷⁶.

329. Dans les chaînes non translatives de propriété, la jurisprudence admet parfois la transmission de la clause compromissoire au sous-contractant au double motif que la connaissance de celui-ci de l'existence et de la portée de la clause (au moment de la conclusion du contrat) peut être établie ou présumée à partir d'éléments de fait, et que le sous-contractant avait participé à l'exécution du contrat²⁷⁷. La formulation de ces arrêts laissent comprendre que ce deuxième critère (la participation à l'exécution) est indépendant du premier (la présomption de connaissance) ; il ne doit donc pas être entendu comme un simple élément de fait qui sert de présomption de connaissance de la clause, mais comme un critère cumulatif.

330. Dans les affaires impliquant un arbitrage international, la cour d'appel de Paris reconnaît, selon une formule désormais classique, que la clause compromissoire a « une validité et une efficacité propres » qui commandent d'en étendre l'application à toute personne qui a participé à l'exécution du contrat²⁷⁸. La cour ajoute parfois à ce fondement que le défendeur est présumé avoir connaissance de l'existence et de la portée de la clause²⁷⁹.

331. Certains arrêts se réfèrent aussi à la volonté commune implicite des parties à l'instance²⁸⁰. Mais la jurisprudence n'est pas très stricte quant à l'appréciation de cette

275 Civ 1ère, 6 février 2001, n°98-20.776, *JCP éd.G*, 2001, 1 jurisprudence, p. 1390 note C. Legros, *La Gazette du Palais, Revue de jurisprudence*, 12 décembre 2001, n°346, note M.-L. Niboyet, *RTD. Com.*, juillet-sept 2001, p. 54 (3), note B. Bouloc ; Civ 1ère, 27 mars 2007, *Alcatel Business Systems*, n°04-20.842 ; Civ 1ère, 17 novembre 2010 n°09-12442, Civ 1ère, 9 janvier 2008, *Rev. critique de droit international privé*, 2008, 1, p. 129, note H. Muir Watt.

276 B. Dupont-Legrand, « La transmission des accessoires du droit d'action dans les chaînes de contrats translatifs, un exemple de la tendance à l'objectivisation en matière contractuelle », *Revue de recherche juridique et de droit prospectif*, 2011, n°4, p. 1847.

277 Civ 1ère, 26 octobre 2011, n°10-17708, RDC, p. 545, note X. Boucobza et Y.-M. Serniet, CA Paris, 30 novembre 1988, *Rev. arb.* 1989.691 1ère espèce, note Goutal.

278 CA Paris, 7 décembre 1994, *Rev. arb.* 1996. 68 CA Paris, 22 mars 1995: *Rev. arb.* 1997, p. 550, CA Paris 8 octobre 1997 : *D.* 1997, IR, p. 233 ; CA Paris, 17 décembre 1997, *RJDA* 1998, p. 374. et CA Paris, 7 mai 2009, n°08/02025 : *LPA* 2009, p. 10 obs. J. Barbet.

279 CA Paris 22 mars 1995 et CA Paris 8 octobre 1997 précités note 278.

280 Voir par ex : CA Paris 1ère ch. C, 26 avril 2007, *RG*, n°05.18.277 : *Jurisdata* n°2007-334776.

« volonté implicite » puisqu'elle admet dans certains cas, que la simple participation à l'exécution du contrat contenant la clause compromissoire peut servir de fondement de consentement à la clause²⁸¹.

332. Dans un arrêt du 8 février 2000²⁸², la première chambre civile a considéré que la clause compromissoire contenue dans un contrat entre un mandant et son mandataire était opposable au sous-mandataire lors de l'action directe en réédiction des compte exercée par ce premier contre ce dernier. La cour de cassation fait prévaloir, de façon laconique, que « *la clause d'arbitrage international s'impose à toute personne venant aux droits de l'un des contractants* ». Cette motivation, bien qu'elle se rapproche du fondement de « la validité et de l'efficacité propre » retenu par la cour d'appel de Paris s'en distingue pourtant sur un point. Alors que le fondement avancé par la Cour d'appel de Paris est valable pour toute personne ayant participé à l'exécution du contrat contenant la clause (ce qui pourrait couvrir les actions délictuelles exercées au sein des ensembles contractuels), l'expression « venants aux droits de l'un des contractants » employée par la Cour de cassation laisse entendre que la cour de cassation a voulu limiter sa solution aux actions directes exercées au sein d'une chaîne de contrats. En effet, la nature contractuelle se l'action directe est la seule à pouvoir expliquer qu'un tiers « vienne aux droits de l'un des cocontractants ».

La clause attributive de juridiction pose devant le juge une problématique semblable dans les actions directes.

II-L'extension de la clause attributive de juridiction dans l'action directe

281 Ph.Delebecque, « La transmission de la clause compromissoire (à propos de l'arrêt Cass. Civ. 1re, 6 novembre 1990) », *Revue de l'arbitrage*, 1991, p. 19.

282 Civ 1ère, 8 février 2000, *Sté Taurus Films Gmbh Co et a.c / SARL Les films du Jeudi* (arrêt n°239P), *Jurisdata*, n°000510 ; *GCP* 2001, II, 10570, *JCP éd.E*, 2001, n°31-35, 2 août 2001, p. 1336.

333. Dans un arrêt du 17 décembre 1985²⁸³, la première chambre civile avait étendu l'effet d'une clause attributive de juridiction contenue dans un contrat d'entreprise principal au sous-traitant. Mais il est vrai que dans cette hypothèse, il était assez facile de déduire la volonté du sous-traitant de soumettre son litige à la clause attributive de juridiction contenue dans le contrat principal. Le contrat de sous-traitance prévoyait en effet que le sort du marché conclu entre les deux sociétés était « lié au sort du marché principal. » droit de l'Union européenne

334. Dans les chaînes translatives de propriété, la cour de cassation traitait de façon différentes les chaînes soumises au droit de l'Union européenne et celles qui sont soumises au droit interne. La Cour de cassation considérait que la clause attributive de juridiction était opposable au sous-acquéreur dans les chaînes de droit interne²⁸⁴, mais pas dans les chaînes soumises au droit de l'Union européenne²⁸⁵. Cette distinction s'expliquait par la fidélité de la cour de cassation à la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union Européenne qui considère l'action directe en réparation des vices cachés ou pour non-conformité de la chose vendue comme délictuelle²⁸⁶. La doctrine a été très critique de cette opposition entre le sort réservé aux clauses attributives de juridiction en droit interne et en²⁸⁷. La solution était d'autant plus critiquable qu'en droit maritime, la Cour de justice admet que la clause attributive de juridiction insérée dans un connaissance peut être invoquée à l'égard du tiers porteur du connaissance²⁸⁸.

335. La cour de cassation a récemment posé deux questions préjudicielles à la Cour de justice de l'Union européenne concernant le sort des clauses attributives de juridiction au

283 Civ 1ère, 17 décembre 1985, n°84-16.338.

284 Civ. 3ème, 30 octobre 1991, *Bull. civ.*, II I, n°251, *Contrats, conc. Consom.*, 1992, comm. 25, obs. L. Leveneur ; *JCPed.G* 1992, I, 3570, obs. C. Jamin ; CA Bordeaux, 1ère ch.civ., sect B, 14 octobre 2010, *RG* n°10/00896, *Jurisdata* n°2010-022755 ; CA Toulouse 1ère ch.civ., 24 janvier 2011, *RG* n°09/05133 ; CA Orléans, ch.com., 22 septembre 2011, *RG* n°11/0011.

285 Com., 23 mars 1993, n° 97-11884, inédit ; CA Versailles, ch.3, 17 novembre 2006, *RG* n°05/04923 ; Civ. 1ère, 4 juin 2009, n°08-12.482, inédit ; CA Angers, ch.1 A, 30 août 2011, *RG* n°10/02708.

286 CJCE, 17 juin 1992, aff. C-26/91, *Jakob Handte et Co GmbH c/ Traitement mécano-chimiques des surfaces SA* et CJCE, 27 octobre 1998 aff. C-51/97, *Réunion européenne c/ Spliethoff's Bevrachtungskantoor BV et Capitaine commandant le navire « AL blasgracht V002 ».*

287 L.Charbonnel, « Brèves réflexions sur le fondement de l'opposabilité des clauses de différends dans les chaînes de contrats », *Petites affiches.*, 29 juin 2011, n°128, p. 11.

288 CJCE, 19 juin 1984, aff. C-71/83, *Partenrederei Ms. Tilly Russ et Ernest Russ c/ NV Haven Vervoerbedrijf Nova et NV Goeminne Hout.*

sein des chaînes communautaires²⁸⁹. La première question est de savoir si une clause attributive de juridiction contenue dans une chaîne communautaire de contrats entre un fabricant et un acheteur peut produire des effets à l'égard du sous-acquéreur et dans l'affirmative, sous quelles conditions. La deuxième est de savoir si une telle clause peut produire ses effets à l'égard du sous-acquéreur et de ses assureurs subrogés alors même que l'action du sous-acquéreur contre le fabricant est délictuelle au regard la jurisprudence *Handte* de la Cour de justice.

336. La Cour de justice a répondu dans son arrêt du 7 février 2013²⁹⁰ : « *L'article 23 du règlement (CE) n°44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000,,doit être interprété en ce sens qu'une clause attributive de juridiction convenue dans le contrat conclu entre le fabricant d'un bien et l'acquéreur de celui-ci ne peut pas être opposé au tiers sous-acquéreur, sauf s'il est établi que ce tiers a donné son consentement effectif à l'égard de ladite clause dans les conditions énoncées dans cet article* ». Suite à cette réponse, la divergence entre les solutions retenues pour la transmission de la clause attributive de juridiction dans les chaînes de droit interne et les solutions retenues en droit communautaire, devrait persister. Suite à la réponse de la Cour de justice, la Cour de cassation a, comme prévu, rendu un second arrêt dans lequel elle a consacré la solution retenue par la Cour de justice²⁹¹.

Le problème posé devant le juge est plus complexe lorsqu'il est confronté à plusieurs clauses de compétence au sein d'une même chaîne de contrats.

III-Conflicts entre clauses de compétence au sein d'une chaîne de contrats

289 Civ 1ère, 17 novembre 2010, n°09-12442.

290 CJUE, 7 février 2013, aff. C-543/10, Refcomp SPA, *Revue de jurisprudence commerciale*, novembre/décembre 2013, n°6, p.498, note P.Berlioz.

291 Civ 1ère, 11 septembre 2013, n°09-12.442, *Revue de jurisprudence commerciale*, novembre/décembre 2013, n°6, p.498, note P.Berlioz.

337. Dans l'arrêt précité du 17 novembre 2010, la première chambre civile était confrontée à une chaîne de contrats translatrice de propriété dans laquelle l'un des contrats comportait une clause compromissoire et l'autre une clause attributive de juridiction. La cour de cassation a admis le transfert de la clause compromissoire comme accessoire du droit d'action lui-même accessoire de la chose transmise. La question de l'opposabilité de la clause attributive de juridiction, qui a été renvoyée à la Cour de justice de l'Union européenne, a été traitée sous un angle différent. Dans l'arrêt du 11 septembre 2013 (celui qui a été rendu après l'arrêt de la Cour de justice), la Cour de cassation a considéré qu'à défaut d'opposabilité de la clause attributive de juridiction, le tribunal de grande instance de Paris était compétent. L'arrêt peut être interprété comme voulant donner une valeur subsidiaire à la clause attributive de juridiction par rapport à la clause compromissoire : si les deux clauses se trouvent dans une même chaîne, la compétence doit relever au tribunal arbitral ; la clause attributive de juridiction, si elle est opposable aux autres membres de la chaîne (encore qu'elle ne l'est pas dans les chaînes communautaires) ne désigne que le tribunal qui serait compétent pour les recours en annulation contre la sentence arbitrale.

Cet arrêt est à notre connaissance le seul arrêt récent qui traite de la question de conflit de clause de compétence au sein d'une chaîne de contrats. Mais la tendance générale de la jurisprudence, en cas de conflit entre les deux clauses, est de favoriser la clause compromissoire²⁹². Cette tendance se voit bien dans les litiges impliquant un seul contrat contenant les deux types de clauses : la Cour de cassation considère dans ce cas que la concomitance des deux clauses ne fait pas obstacle au principe compétence-compétence ; ce qui signifie en pratique que les parties devront en tout état de cause se soumettre en premier lieu à l'arbitrage²⁹³.

338. Selon un auteur, le juge prend en vue plusieurs considérations pour résoudre le conflit entre les deux clauses: Premièrement des considérations propres à la portée de chaque clause, de son étendue exacte et de son objet. Deuxièmement, le contexte

292 C.Derache, « La transmission des clauses de règlement des litiges dans *les groupes de contrats* », *JCPed.E*, 19 janvier 2012, n°3, p. 29 ; G. Blanc, « Clause compromissoire et clause attributive de juridiction dans un même ensemble contractuel, de la concurrence à la subsidiarité des tribunaux étatiques », *JCP cahiers de l'entreprise*, 1997 n° 47, étude n° 707 et S. Pellé, op. cit. p. 480.

293 Civ 2ème, 18 décembre 2003, n°02-120410, *Bull.civ.* 2003 II N° 393 p. 325.

contractuel dans lequel se trouvent les clauses en conflit. Ya-t-il une indivisibilité entre les contrats ? ya-t-il un groupe de société (ça serait notamment, l'hypothèse d'une société-mère et de sa filiale impliquées dans une chaîne de contrats) impliqué dans l'affaire ? Troisièmement, le juge doit également sanctionner la mauvaise foi potentielle de celui qui invoque la clause compromissoire. La jurisprudence a en effet posé un principe important en matière d'arbitrage qui se rapproche de la notion *d'estoppel* en droit anglais : nul ne peut se contredire au détriment d'autrui, notamment en niant l'existence de la clause compromissoire dans un stade de la procédure, puis en l'invoquant à un autre stade²⁹⁴. Enfin, l'auteur soutient la possibilité de recourir à la notion de *connexité* en droit judiciaire privé pour unifier l'ensemble du litige devant le tribunal arbitral désigné par la clause compromissoire²⁹⁵²⁹⁶.

339. En cas de conflit entre deux clauses de même nature (deux clauses attributives de juridiction ou deux clauses compromissoires), la solution est généralement l'annulation mutuelle des deux clauses, et le retour aux règles de compétence de droit commun²⁹⁷.

340. Les clauses de compétence ne sont pas les seules à avoir entamé le débat de l'extension au sein des chaînes de contrats. D'autres clauses, notamment les clauses de non-garantie ou limitatives de garantie, les clauses limitatives de responsabilité, les clauses de non-concurrence et les clauses de garantie de passif ont également fait l'objet d'un certain nombre de questions soulevées devant la jurisprudence.

294 Civ 1ère, 6 juillet 2005, *Bull.civ.*, 2005, I, n°302, *Rev. arb.* 2005, p. 993, obs. P. Pincolle; Civ1ère, 26 octobre 2011 précité note 277.

295 G. Blanc, op. cit ; Pour l'opinion défavorable à l'application de la notion de connexité devant le tribunal arbitral voir : D. Cohen, « Arbitrage et groupes de contrats », *Revue de l'arbitrage* 1997 p. 471 et Patrick Wautelet, "Confidentiality and third party agreements in *international commercial arbitration*" in *L'arbitrage et les tiers*, Bruylant, 2008, p. 152.

297 Com., 20 novembre 1984, n°83-15.956 et Civ. 1ère, 28 mars 1995, n°93-13.237.

Sous-section II : L'extension et la transmission des autres clauses au sein d'une chaîne de contrats

341. Outre les clauses de compétence, d'autres clauses font l'objet d'une extension lors de l'action directe. Dans une hypothèse différente, certaines clauses sont transmises dans les chaînes de contrats, engendrant ainsi un droit au sous-contractant d'agir directement sur le plan contractuel, contre le contractant principal.

I-L'extension des autres clauses lors de l'action directe

342. La jurisprudence a admis, plus d'une fois, que la clause de non-garantie contenue dans le contrat conclu entre le vendeur originaire et le vendeur intermédiaire est opposable au sous-acquéreur lorsque celui-ci exerce une action directe contre le vendeur originaire²⁹⁸. La même solution s'applique à la clause limitative de garantie²⁹⁹. Curieusement, la cour de cassation refuse systématiquement de faire obstacle à l'action directe du sous-acquéreur lorsque son propre contrat contient une clause de non-garantie³⁰⁰. Dans l'arrêt du 16 novembre 2005³⁰¹ l'arrêt ajoute même qu'une telle clause ne peut faire obstacle à l'action directe du sous-acquéreur « *dès lors qu'aucune clause de non-garantie n'a été stipulée lors de la première vente* » ; ce qui exclut toute possibilité que cet arrêt traduise un revirement par rapport à la jurisprudence antérieure.

343. Cette divergence d'approche entre les clauses de non-garantie contenue dans le contrat du sous-acquéreur et celle contenue dans le contrat du vendeur originaire peut

298 Civ 1ère, 7 juin 1995D. 1996, jurispr. p. 395, note D. Mazeaud, D. 1996, Somm.Comm, p. 14, obs. Tournafond ; CA Aix-en-Provence, 2ème ch.com., 27 mars 2002, *Jurisdata* n°2002-174488, *Rev. commun.com.électronique*, n°11, novembre 2011, p. 31, note Ph. Stoffel-Munck.

299 Civ.3ème, 26 mai 1992, *Bull.civ.III* n°175, *Gaz.Pal.* 1993.2.427, note D.Mazeaud ; Com., 26 mai 2010, *Bull.civ.IV* n°100, D.2010. Actu.1484, obs. Gallmeister, *RDC* 2010. 1262, obs. Carval

300 Civ 3ème, 16 novembre 2005, n°04-10.824, *Jurisdata* n°2005-030737 ; D 2006, p. 971 note R.

Cabrillac, *JCPed.* G 2006, II, 10069, note F.-G. Trébulle ; Civ 3ème, 22 juin 2011, n°08-21.804, *Jurisdata* n°2011-012390.

301Civ 3ème, 16 novembre 2005, précité note 73.

s'expliquer par le souci de la jurisprudence de respecter les prévisibilités légitimes des parties. Le respect des prévisibilités est en effet au cœur de la problématique d'extension des clauses au sein des actions directes et notamment les clauses de non-garantie³⁰². Le vendeur ne doit pas être tenu au-delà de ce qu'il a prévu dans son propre contrat. Mais il ne peut pas revendiquer une clause de non-garantie contenue dans un autre contrat, clause qui dépasse ses propres prévisibilités lorsqu'il a contracté.

344. Dans un arrêt du 22 mai 2002³⁰³, la chambre commerciale a admis, pour la transmission de la clause limitative de responsabilité, une solution identique³⁰⁴ : Dans une action directe du maître d'ouvrage contre le fournisseur de son entrepreneur, celui-ci ne peut opposer que la clause limitative de responsabilité contenue dans le contrat qui le lie à l'entrepreneur; à l'exclusion de celle qui figure dans le contrat entre le maître d'ouvrage et l'entrepreneur. Même solution, même explication. Cet arrêt pourrait donc être également justifié par un souci de respecter les prévisibilités légitimes des parties. Mais cet arrêt se démarque de la jurisprudence majoritaire par le fait qu'il a fondé sa solution sur l'absence de lien contractuel entre le fournisseur et le maître d'ouvrage (« *Attendu, d'autre part, que, si le maître de l'ouvrage qui agit contre le sous-traitant exerce l'action que le vendeur intermédiaire lui a transmise avec la propriété de la chose livrée, le sous-traitant, qui n'est pas lié contractuellement au maître de l'ouvrage, ...* »). Or, il s'agit en l'espèce d'une chaîne translative de propriété, et l'on sait que la jurisprudence majoritaire considère depuis l'arrêt Besse³⁰⁵ que l'action directe dans ce type de chaîne est toujours contractuelle³⁰⁶. En l'absence d'action de nature contractuelle, on peut même contester la qualification *d'action directe*. La problématique est différente s'agissant des clauses qui sont transmises dans les chaînes de contrats.

302 Ph. Stoffel-Munck, « Contrats informatiques, petits montages pour échapper à bon compte à la garantie des vices infectant le logiciel créé », *Revue de communication, commerce électronique*, novembre 2002, p. 31 et J. Rochfield, *Les grandes notions du droit privé*, collection Thémis, PUF, 2011, p. 455.

303 Com., 22 mai 2002, n°99-11113, *Bull.civ.*2002 IV n°89 p. 95, *RJDA* 2002, n°1025, D. 2002, Somm. 2843 obs. Delebecque.

304 Voir *supra* n°342.

305 Ass. Plén. 12 juillet 1991, Besse, précité note 71.

306 Voir *supra* n°100.

II-La transmission de certaines clauses dans les chaînes de contrats

345. Un long débat a été entamé à propos de la transmission de la clause de non concurrence contenue dans un contrat de cession de fonds de commerce, lorsque le fonds est encore cédé par l'acquéreur à un sous-acquéreur. Le propriétaire originaire du fonds serait-il tenu de la clause à l'encontre du sous-acquéreur ? Une jurisprudence ancienne³⁰⁷ avait admis qu'une telle clause était transmise au sous-acquéreur et qu'il pouvait donc en profiter. La jurisprudence se référait alors à la théorie de l'accessoire forgée par Aubry et Rau selon laquelle l'accessoire de la chose vendue ou cédée se transmet avec elle de plein droit³⁰⁸. Cette jurisprudence a été confirmée par un arrêt relativement récent de la cour d'appel de Versailles³⁰⁹. La jurisprudence refuse pourtant constamment la transmission de l'obligation de non-concurrence incombant au cédant sans acceptation de la part du cessionnaire³¹⁰. La doctrine approuve généralement ces deux solutions³¹¹.

346. La même solution a été retenue à propos d'une clause de non-concurrence insérée dans un acte de cession de clientèle civile : la créance de la clause est transmise de plein droit au cessionnaire de la clientèle³¹².

347. Une solution identique a été retenue à propos de la clause de garantie de passif, dans les chaînes de cessions de parts sociales : la clause est transmise de plein droit avec la

307 CA Rouen., 15 novembre 1938, S. 1939.2.151.

308 J.-H. du Garreau de la Méchenie, « La vocation de l'ayant cause à titre particulier aux droits et obligations de son auteur », *Revue trimestrielle de droit civil*, 1944, p. 219.

309 CA Versailles, 1er juillet 1999, D. Somm., p.318, obs. Y. Picod.

310 CA Poitiers, 25 mai 1936, S. 1936, 2, 137, *RTD civ.* 1936, 690, obs. R. Demogue, Req., 18 novembre 1946, *JCP* 1947, II, n°3854, note Bastian, CA Chambéry, 26 novembre 1962, *RTD com.*, 1964, p.63, obs. Jauffret, Com. 1er avril, 1997, *RJDA* 1997, n°1005, *RTD com.*, 98, 135, obs. Derruppé, *D.* 1998, SC 111, obs. R. Libchaber.

311 Voir par exemple, F. Mélin, *Droit des obligations*, LGDJ, 2006, p. 127.

312 Civ 1er, 3 décembre 1996, *Defrénois* 1997, 327, obs. Ph. Delebecque, *JCP éd.N* 1998 p.202 note C. Youego, *D. aff.* 1997, 219, note Vogel et Enhard, *JCP éd.E*, n°16, avril 1997, jurisprudence p.85, note J.-J. Daigre.

cession des titres³¹³. Pourtant, la jurisprudence³¹⁴ rejette, dans le même contexte, l'idée d'une transmission de plein droit de la clause de révision du prix³¹⁵.

348. Après avoir fait un état des lieux de l'extension et de la transmission des clauses à l'occasion d'une action directe dans la jurisprudence actuelle, il convient d'apprécier la nature et la portée d'une telle extension. S'agit-il d'une exception au principe de l'effet relatif des contrats ou simplement d'une mise en œuvre de l'opposabilité des conventions envers les tiers ?

Section II

L'extension d'une clause au sein d'une chaîne de contrats au regard de l'article 1165 du code civil

349. La question de savoir si l'extension ou la transmission d'une clause à l'occasion d'une action directe est dérogatoire au principe de l'effet relatif des contrats est étroitement liée à l'analyse des liens qui unissent les membres d'une chaîne de contrats. Nous avons déjà démontré que les membres extrêmes d'une chaîne de contrats ne peuvent être considérés, les uns par rapports aux autres, que comme des tiers. La question se pose alors dans ces termes : l'extension ou la transmission des clauses évoquées précédemment (la clause compromissoire, la clause attributive de juridiction, la clause de non-garantie ou limitative de garantie, la clause limitative de responsabilité, la clause de garantie de passif

313Com., 12 février 2008, n°06-15951, *BSJ* 2008, n°6, p.472, note P. Mousseron.

314 Com., 3 avril 2007, *Dr. Sociétés* 2007, comm n°147, p.12 note H. Cuyet. et Com. 11 mars 2008, *D.* 2008, p.1801, note O. Deshayes, *RTD com.* 2008, p.798, obs. B. Dondero.

315 La clause de révision de prix prévoit que le prix de la cession des parts sociales peut être révisé à la baisse si le cessionnaire découvre des dettes non déclarées dans le passif de la société. Elle se distingue de la clause de garantie de passif sur deux plans. D'abord la clause de garantie de passif prend la forme d'une stipulation pour autrui au profit de la société dont les titres sont cédés ou au profit des créanciers ; tandis que la clause de révision de prix a pour seul bénéficiaire le cessionnaire des titres. Ensuite, la clause de garantie de passif oblige le cédant à prendre en charge les dettes de la société, le cédant peut donc éventuellement être obligé à payer une somme qui dépasse le prix auquel les titres ont été vendus (Voir W. Dross, *Clausier, Dictionnaire des clauses ordinaires et extraordinaires des contrats de droit privé interne*, Litec, 2ème édition, 2011, p. 273s).

et la clause de non-concurrence), leur extension ou leur transmission à un tiers constitue-t-elle une violation de l'article 1165 du code civil ? La réponse à cette question nécessite d'abord de déterminer la nature de ces clauses, c'est-à-dire de savoir si ces clauses sont créatrices ou non créatrices d'obligations. Ensuite, nous essaieront, comme de nombreux auteurs l'ont fait, de déterminer le sens exact de l'article 1165. Le résultat combiné de ces deux démarches nous conduira à la réponse.

Sous-section I : La nature des clauses qui font l'objet d'une extension

350. Le contrat est l'une des notions les plus fondamentales du droit civil, pour ne pas dire *la* plus fondamentale. Et pourtant sa définition dans le code civil est loin d'être parfaite. L'article 1101 essaye, tant bien que mal, de le définir comme une convention par laquelle on « s'oblige » envers autrui. Le code civil a choisi donc de définir le contrat par ses effets principaux³¹⁶. Même si on se contente de cette définition partielle, on constate que le code civil ne définit pas non plus l'obligation³¹⁷. La doctrine moderne s'accorde pour dire que le contrat ne produit pas que des obligations et qu'il peut avoir d'autres effets non « obligationnels ».

351. La question qu'il faut se poser dans cette thèse est alors de savoir si les clauses dont la jurisprudence a admis l'extension ou la transmission dans une chaîne de contrats, sont

316 Cette définition du contrat à partir des obligations qu'il engendre n'est pas typique du code civil. Elle figure aussi dans de nombreuses autres législations. Ainsi par exemple, l'article 1101 des codes civils belges et luxembourgeois reprennent exactement la même formule que le code civil français. L'article 1378 du Code civil québécois définit également le contrat par son effet obligationnel. On peut observer une définition semblable en droit néerlandais, dans l'article 6.213 NBW. L'avant-projet Catala adopte dans son article 1102 la même méthode de définition du contrat. Par contre, l'avant-projet dirigé par François terré (article 7) et le projet de la Chancellerie (article 2) définissent le contrat de manière plus large, comme une convention qui produit des effets de droit, ce qui peut se comprendre de manière beaucoup plus large que la génération d'obligations. Ca pourrait aussi inclure la transmission d'obligation, la révocation d'un contrat, l'établissement de règles générales à observer dans les relations futures entre les parties, etc...

317 J. Carbonnier, *Flexible droit, pour une sociologie du droit sans rigueur*, 10ème édition, LGDJ, 2001, p. 324.

des clauses génératrices d'obligations ou si elles relèvent du contenu « non obligationnel » du contrat .

I-Distinction entre la force obligatoire du contrat et son contenu « obligationnel »

352. On doit cette distinction au célèbre article de Pascal Ancel « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat »³¹⁸. Cette distinction se révèle capitale pour distinguer entre ce qui relève de l'opposabilité du contrat et ce qui constitue une dérogation au principe de l'effet relatif des contrats. Une fois que nous aurons exposé cette distinction, nous retiendrons les critères qui permettent de distinguer entre ce qui constitue une obligation, et ce qui relève du contenu « non obligationnel » du contrat.

A-Exposé de la thèse de M. Ancel

353. L'auteur reprend la conception de Kelsen, selon laquelle le contrat est un acte créateur de « normes ». La norme est une notion beaucoup plus large que l'obligation. Par exemple, le contrat de vente porte transfert immédiat de propriété (article 1583 du code civil). Le transfert de propriété relève alors du contenu normatif du contrat, sans qu'une « obligation de transfert de propriété » incombe au vendeur. Le contrat peut aussi transférer un droit, éteindre un droit ou créer un droit. Il peut aussi créer une situation juridique nouvelle ne se ramenant pas à une relation entre un créancier et un débiteur, il en est ainsi par exemple dans le contra-cadre. L'auteur remarque aussi que certaines des dispositions prévues par le code civil régissant les contrats, telle que le devoir d'exécuter le contrat de bonne foi, ne créent pas d'obligation à proprement dit, puisque leur inobservation n'est pas toujours corrigée par les sanctions contractuelles traditionnelles

318 P. Ancel, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *RTD droit civil*, 1999 p. 771.

(exécution forcée, dommages-intérêts ou résiliation). Le manquement au devoir de bonne foi notamment, est souvent utilisé par la jurisprudence pour refuser de donner droit à une demande (si ce manquement provient du créancier) ou à refuser de mettre en œuvre une clause contractuelle³¹⁹. La liste des dispositions contractuelles non créatrices d'obligation n'est pas exhaustive. Pascal Ancel considère que ces dispositions relèvent de la force obligatoire du contrat mais pas de son contenu « obligationnel ». Il en déduit que la force obligatoire du contrat est une notion plus large que l'ensemble des obligations qu'il a créé.

Afin de cerner ce qui relève et ce qui ne relève pas du contenu obligationnel du contrat, il faut bien définir ce que c'est qu'une obligation.

B-Critères de qualification de l'obligation

354. Nous commencerons par un exposé des principales thèses qui proposent des critères pour la qualification de l'obligation, ensuite nous retiendrons les éléments principaux qui caractérisent l'obligation.

1-Exposé des principales thèses

355. Dans son ouvrage paru en 1821, « Traité des obligations », Pothier ne propose pas de définition de l'obligation. Mais il précise plusieurs éléments importants. D'abord, l'auteur rappelle que seules les choses dans le commerce peuvent faire l'objet d'une obligation. Il s'ensuit que la chose ou la prestation qui fait l'objet d'une obligation doit être soit déterminé, soit déterminable. Sinon, on ne pourrait pas lui assigner une valeur dans le commerce. Deuxièmement, pour qu'un fait puisse faire l'objet d'une obligation, il doit être possible ; sinon, la promesse ne pourrait être tenue. Un fait contraire à l'ordre public

319 Voir par exemple pour un refus d'appliquer une clause résolutoire invoquée de mauvaise foi : Civ.1ère, 31 juin 1995, *D.* 1995. Somm. 230, obs. D. Mazeaud, *Defrénois* 1995.749. Obs. Delebecque, *RTD civ.* 1995.623, obs. J. Mestre et Civ. 1ère, 16 février 1999, *D.*1999 IR.75.

ou aux bonnes mœurs devrait être assimilé à un fait impossible. Enfin, l'auteur ajoute que le créancier doit avoir intérêt à exécuter l'obligation. Sinon, ce dernier ne serait pas incité à forcer le débiteur, par la voie judiciaire et/ou la voie de l'exécution forcée, à respecter ses engagements ; et il va sans dire qu'une obligation sans force obligatoire n'en est pas une³²⁰.

356. Selon une thèse classique créée par un juriste allemand du XIX^{ème} siècle³²¹, l'obligation se compose de deux éléments : le *debitum*, qui est le rapport entre le créancier et le débiteur en lui-même, envisagé à l'état pacifique, et l'*obligatio*, qui est le pouvoir d'assujettir ses créanciers par le recours à la force publique³²². Selon François Chabas, on peut diviser l'obligation en trois éléments : la créance (à l'état pacifique, et avant son exigibilité), la responsabilité en cas d'inexécution et enfin l'exécution forcée. L'auteur ajoute deux caractéristiques importantes de l'obligation : elle est de nature patrimoniale, dans le sens où elle peut toujours être évaluée en argent, ce qui permet de la distinguer des droits de la personne. Deuxièmement, l'obligation est un lien de droit entre deux personnes déterminés, un créancier et un débiteur ; ce qui permet de la distinguer du droit réel qui est un droit à l'encontre de tout le monde³²³. Un autre auteur, M. Rouvière propose une distinction entre les engagements contractuels basée sur leur contribution à la réalisation du projet contractuel commun des parties, le *negotium*. Il en distingue trois catégories : les engagements essentiels sont ceux qui sont nécessaires pour réaliser le *negotium*.. Les engagements accessoires sont ceux qui augmentent la possibilité de la réalisation du *negotium* sans y être indispensables. Les engagements qui ne poursuivent pas directement cette finalité ne sont que des « devoirs contractuels » qui s'apparentent à des devoirs légaux ; l'auteur remet même en question leur appartenance à la convention³²⁴.

357. Un auteur libanais a fait une classification intéressante des droits patrimoniaux qui pourrait nous éclairer sur la définition de l'obligation. L'auteur distingue d'abord les droits à réalisation médiate qui ne peuvent être réalisés que par l'intermédiaire d'une personne

320 *Traité des obligations*, préface J.- L. Halpérin, réédition de la Bibliothèque Dalloz, 2011, p.57s.

321 Alois Von Brinz (1820-1887).

322 J. Carbonnier, op. cit, p. 326.

323 F. Chabas, *Leçons de droit civil, tome II/ premier volume, Obligations théorie générale*, 8^{ème} édition, 1991, p.6.

324 F.Rouvière, *Le contenu du contrat : essai sur la notion d'inexécution*, PUF, 2005. P. 191.

(obligation de faire, ne pas faire ou donner), et les droits à réalisation immédiate qui se réalisent sans la médiation d'une personne (exemple : droit de contracter ou de ne pas contracter, le droit de résilier un contrat indéterminé, le droit de renoncer à un droit par acte unilatéral, etc...). Au sein de la première catégorie, l'auteur distingue trois sous-catégories de droits: le lien d'assujettissement patrimonial qui correspond à la forme classique de la créance ; le lien de sujétion qui oblige une personne à subir l'empiètement d'une autre personne sur ses propres droits (exemple : usufruit, servitude) et enfin le lien de charge qui oblige une personne d'accomplir une certaine formalité ou charge sous peine de perdre un droit (exemple : obligation de l'assuré d'aviser l'assureur de la survenance du sinistre sous un certain délai, faute de quoi il perd son droit à l'indemnité d'assurance)³²⁵.

A partir de ce bref exposé de quelque uns des travaux les plus remarquables de nos prédécesseurs, il est possible de dégager cinq éléments caractéristiques de l'obligation.

2-Les cinq éléments caractéristiques de l'obligation

358. Afin de faciliter la référence ultérieure à ces cinq éléments dans notre étude, nous désignerons, dorénavant, ces éléments selon le même ordre que nous présentons ici.

359. Premièrement, l'obligation est un droit de nature patrimoniale. Il est évident que la notion d'obligation ne se réduit pas à une créance de somme d'argent, mais ça signifie que l'objet de l'obligation puisse être évalué en une somme d'argent. Ce premier élément est d'ailleurs repris implicitement par l'article 1128 du code civil, selon lequel « *seules les choses dans le commerce peuvent être l'objet des conventions* ». Ce premier élément justifie la condition exigée par Pothier, selon laquelle l'objet de l'obligation doit être déterminée ou déterminable.

360. Deuxièmement, l'obligation est un lien droit entre deux personnes déterminée, un débiteur et un créancier. L'obligation se distingue donc des devoirs à vocation générale,

325 F. Hague-Chahine, « Essai d'une nouvelle classification des droits privés », *Revue trimestrielle des droits privés*, 1982, p. 705.

tel que le devoir de bonne foi, qui s'appliquent uniformément aux deux parties contractantes. Pour pouvoir trancher si une clause a un créancier et un débiteur définis, nous pouvons nous référer à la notion d'intérêt avancée par Pothier : le créancier serait la personne qui a intérêt à l'exécution de la clause. Si la clause présente un même intérêt pour les deux contractants, elle ne pourrait être qualifiée d'obligation ; elle ne serait qu'un devoir contractuel à vocation générale.

361. Troisièmement, l'obligation correspond à un droit qui passe par l'intermédiaire d'une personne, le débiteur. Celui-ci doit donc pouvoir jouer un rôle actif dans son exécution ; ce qui exclut les droits qui se réalisent de plein droit par le seul effet de la convention, tel que le transfert de propriété. Pour apprécier la présence ou l'absence de cet élément dans une clause donnée, il faut se projeter dans l'avenir pour imaginer si, au regard de la nature de la clause, le débiteur peut, matériellement, s'abstenir d'exécuter la prestation. Dans l'affirmative, nous pouvons déduire que le débiteur joue un rôle actif dans l'exécution, dans la négative, il s'agit d'une clause à effet automatique qui ne peut donc point générer d'obligation.

362. Quatrièmement, la créance doit être susceptible d'exécution forcée. La notion d'exécution forcée comprend plusieurs échelons, qui vont de la pression sous astreinte, en passant par l'exécution en équivalent, jusqu'à l'exécution forcée en nature³²⁶. Il est évident qu'une clause qui n'est pas susceptible d'exécution forcée ne peut pas être considérée comme ayant un effet obligationnel.

363. Cinquièmement, l'obligation doit contribuer, de façon essentielle ou accessoire, à la réalisation de l'objet du contrat, le *negotium*. Ce critère, proposé par M. Rouvière, se justifie parfaitement par un souci de donner une certaine cohérence à la définition même du contrat³²⁷.

A partir de ces cinq éléments, nous pouvons vérifier si les clauses dont la jurisprudence a admis l'extension ou la transmission à l'occasion d'une action directe, sont des clauses génératrices d'obligations.

326 Voir *infra* n°826.

327 Voir *infra* n°884s.

II-Qualification des clauses qui font l'objet de transmission ou d'extension à l'occasion d'une action directe

364. Dans l'état des lieux que nous avons dressé de la jurisprudence actuelle, nous avons vu que la jurisprudence admet généralement l'extension de la clause compromissoire dans les chaînes de contrats, ainsi que l'extension de la clause attributive de juridiction dans les chaînes internes de contrats. Les clauses de non-garantie, les clauses limitatives de garanties et les clauses limitatives de responsabilité sont traitées des mêmes manières, dans le sens où la jurisprudence admet l'extension de la clause contenue dans le contrat conclu entre le défendeur et le membre intermédiaire de la chaîne, à l'exclusion de celle contenue dans le contrat conclu entre le demandeur et ce dernier. La transmission de la clause de non-concurrence, dans les chaînes de cession de fonds de commerce et de clientèles civiles, a été admise par une jurisprudence établie. La même solution a été admise à propos de la clause de garantie de passif dans les chaînes de cessions de parts sociales. Il s'agit alors de vérifier si les cinq éléments caractéristiques de l'obligation, que nous avons déjà dégagés, s'appliquent à ces clauses.

A-Confrontation des éléments caractéristiques de l'obligation et des clauses de compétence

365. Sur les cinq éléments, seul le troisième s'applique sans problème aux clauses de compétence : celles-ci requièrent du débiteur de jouer un rôle actif dans l'exécution. La partie qui intente une action contre son cocontractant doit en effet respecter les règles de compétence prévues par la clause compromissoire ou la clause attributive de juridiction.

366. Le premier élément est difficile à concevoir, surtout pour la clause compromissoire. Pour la clause attributive de juridiction, on pourrait considérer – à la limite – que la valeur pécuniaire de la clause s'apprécie par rapport aux frais supplémentaires que le

« créancier » de la clause aurait dû supporter si la compétence était attribué selon les règles de droit commun (transport, séjour des avocats, embauche d'un conseiller juridique local, etc.,,). Mais pour la clause compromissoire, l'arbitrage est même plus couteux que le recours à la justice étatique. Le choix de l'arbitrage peut sans doute être motivé par la recherche d'une justice plus rapide, plus discrète et de meilleure qualité, en choisissant un spécialiste dans le domaine particulier du litige³²⁸. Mais il est quasiment impossible de donner une valeur pécuniaire à la rapidité, à la discrétion et à la qualité d'une justice (encore faut-il que les juges acceptent l'idée que l'arbitrage soit une justice de meilleure qualité !).

367. Sur le deuxième élément : il est vrai que la clause de compétence est conçue essentiellement pour régir les relations entre les parties contractantes, mais il faut se méfier de sauter à la conclusion qu'elle jouit ainsi d'un créancier et d'un débiteur déterminés. Il est en effet impossible de préciser lequel des deux parties est le créancier et lequel est le débiteur de la clause. Cette qualité peut changer d'un litige à l'autre, le créancier étant alors la partie qui revendique la mise en œuvre de la clause.

368. Le troisième élément peut être caractérisé par le fait que les parties contractantes, lorsqu'elles intentent une action relevant du champ d'application de la clause de compétence, doivent respecter la juridiction désignée par la clause, qu'elle soit une juridiction étatique ou arbitrale. Un certain comportement – l'assignation du défendeur devant la juridiction compétente selon la clause - est donc requis de la part des parties contractantes pour l'exécution de la clause.

369. Le quatrième élément peut poser des interrogations ; on peut à la rigueur considérer que la décision d'incompétence prononcée par le juge, en cas de non respect de la clause de compétence, correspond à l'exécution en nature de « l'obligation » de recourir à l'arbitrage ou « l'obligation » d'aller devant tel ou tel tribunal. Mais ça serait une conception extrêmement large de l'exécution en nature.

370. Le cinquième élément, par contre fait certainement défaut. La clause de compétence n'a point pour objet de réaliser ou de contribuer à réaliser le projet du contrat. Ces clauses

328 Y. Guyon, *L'Arbitrage*, Economica, 1995, p.8 et9.

n'ont d'ailleurs pas de rôle à jouer tant que l'exécution du contrat se déroule de façon normale ; leur importance n'apparaît qu'en cas de litige.

371. Les clauses de compétence ne peuvent donc être considérées comme des clauses créatrices d'obligations, notamment à défaut du deuxième et du cinquième éléments (le premier faisant également défaut pour la clause compromissaire). L'analyse des clauses de non-garantie ou limitatives de garantie et des clauses limitatives de responsabilité se trouve quelque peu différente, mais mène au même résultat.

B-Confrontation des éléments caractéristiques de l'obligation et des clauses de non-garantie, des clauses limitatives de garantie et des clauses limitatives de responsabilité

372. Le premier élément se réalise sans problème pour ces différents types de clauses. La clause de non-garantie ou limitative de garantie peut facilement être évaluée en argent, par référence au prix de la chose vendue. La clause limitative de responsabilité est certes plus difficile à évaluer, mais sa valeur pécuniaire peut être déterminée une fois que le dommage est survenu et qu'on a pu le quantifier.

373. Le deuxième élément ne cause pas de problème particulier non plus, puisqu'il est facile de déterminer qui est le créancier et qui est le débiteur pour ce type de clause. Le créancier, au sens de la personne qui a intérêt à la mise en œuvre de la clause, est, pour la clause de non-garantie ou limitative de garantie, l'acheteur; pour la clause limitative de responsabilité, c'est la partie dont la responsabilité est atténuée. L'autre partie contractante est le débiteur, puisque c'est lui qui en subit les effets.

374. Le troisième élément par contre fait défaut. Ces deux clauses ne se réalisent pas, et ne peuvent se réaliser par l'intermédiaire du débiteur. Il s'agit de clauses adressées au juge pour apprécier la quotité de l'indemnité que la partie responsable doit payer à la victime du dommage. Au meilleur des cas, si lors de la survenance du dommage, les parties s'entendent pour le réparer à l'amiable, le débiteur de la clause (la victime du dommage)

ne va pas jouer un rôle quelconque. C'est le créancier (la personne responsable du dommage) qui va profiter directement de la clause en limitant le montant de l'indemnité qu'il va payer à la victime.

375. Quatrièmement, on peut admettre que ces clauses sont susceptibles d'exécution forcée, dans la mesure où elles sont sanctionnées par le juge. Cependant, le fait qu'elles ne requièrent pas un acte quelconque de la part du débiteur, fait que l'intervention du juge pour ces clauses ne prend pas la forme d'une exécution forcée, mais simplement d'une mise en œuvre des limitations de responsabilité convenues entre les parties. L'applicabilité du quatrième élément aux clauses de non-garantie et aux clauses limitatives de responsabilité est donc – pour le moins qu'on puisse dire – douteuse.

376. Le cinquième élément, comme pour les clauses de compétence, fait complètement défaut. De même que les clauses de compétences n'ont d'effet qu'en cas de litige, le rôle des clauses de non-garantie, limitatives de garantie ou limitatives de responsabilité n'apparaît qu'en cas de dommage subi par l'une des parties contractantes. Ces clauses ne réalisent et ne contribuent donc pas à la réalisation du *negotium*.

377. Nous pouvons en conclure que les clauses de non-garantie ou limitatives de garantie et les clauses limitatives de responsabilité ne peuvent être considérées comme des clauses génératrices d'obligations, notamment à défaut du troisième et du cinquième élément. Les cinq éléments s'appliquent par contre parfaitement à la clause de non-concurrence.

C-Confrontation des éléments caractéristiques de l'obligation et des clauses de non-concurrence

378. En premier lieu la clause de non-concurrence insérée dans un acte de cession du fond de commerce ou de la clientèle civile peut être évaluée pécuniairement. Sa valeur correspond à la perte potentielle du cessionnaire du fond en cas de concurrence déloyale de la part du commerçant cédant.

379. La clause a également un créancier (le cessionnaire du fonds ou de la clientèle) et un débiteur (le cédant) bien définis.

380. La clause nécessite aussi un rôle actif de la part du débiteur. Il s'agit d'une obligation *de ne pas faire* (de ne pas faire de concurrence au cessionnaire du fond ou de la clientèle), le rôle du débiteur étant alors négatif dans le sens où il doit s'abstenir de commettre un certain acte. Il ne reste pas moins que la clause est mise en œuvre par l'intermédiaire du débiteur, et non pas par un effet de plein droit. Il suffit d'imaginer qu'un débiteur récalcitrant, pourrait bien violer cette clause, en exerçant une activité concurrente au créancier dans l'espace et le temps déterminés par la clause.

381. L'engagement prévu par la clause est aussi susceptible d'exécution forcée. Le juge peut ordonner la fermeture du commerce ou du cabinet qui fait concurrence au cessionnaire du fond ou de la clientèle civile, ou condamner le cédant à des dommages-intérêts en réparation du dommage subi par le cessionnaire.

382. Enfin, la clause de non-concurrence est au cœur même de la cession du fonds de commerce ou de la clientèle. Un fonds sans clientèle serait un fonds sans objet. Le même constat s'applique à plus forte raison à la cession de clientèle civile. La clause participe donc directement à la réalisation du *negotium*.

383. La clause de non-concurrence est donc une clause génératrice d'obligation. Les éléments caractéristiques de l'obligation sont aussi remplies pour la clause de garantie de passif.

D- Confrontation des éléments caractéristiques de l'obligation et des clauses de garantie de passif

384. La clause de garantie de passif a pour objet de faire supporter au cédant les dettes éventuelles de la société qui n'aurait pas été déclarées. Sa valeur pécuniaire ne peut donc être déterminée au jour de la cession, mais elle est déterminable en fonction des dettes qui pourraient éventuellement apparaître. La clause a donc une valeur pécuniaire déterminable.

385. La clause a un débiteur bien défini : le cédant. S'agissant d'une stipulation pour autrui, la clause n'a pas un seul créancier mais deux : le bénéficiaire (qui est la société ou les créanciers) et le cessionnaire. En tant que stipulant, celui-ci peut agir contre le cédant. La clause a donc un débiteur et deux créanciers définis.

386. La clause de garantie de passif requiert également un comportement positif de la part du débiteur, puisqu'il doit prendre à sa charge les dettes éventuelles de la société. Le troisième élément caractéristique de l'obligation est donc rempli.

387. La clause de garantie de passif prévoyant, *in fine*, le paiement éventuel d'une somme d'argent par le cédant (le paiement des dettes de la société), son exécution forcée ne devrait pas soulever de problèmes particuliers.

388. Pour le dernier élément, la participation au *negotium*, nous pensons qu'il est également rempli. Le passif de la société est un élément essentiel dans le calcul du prix des parts sociales. En garantissant que ce passif ne va pas excéder un certain montant, la clause de garantie de passif participe, même de façon accessoire, à la réalisation du *negotium*.

389. Les cinq éléments caractéristiques de l'obligation étant remplis pour la clause de garantie de passif, cette clause est une clause à contenu obligationnel. Il convient de voir ensuite si la transmission ou l'extension des clauses étudiées constituent une violation de l'effet relatif des contrats.

Sous-section II : L'extension et la transmission des clauses confrontées à la relativité de l'effet obligatoire du contrat

390. Afin de pouvoir trancher si l'extension ou la transmission des clauses évoquées précédemment constitue une violation de l'effet relatif des contrats, il convient d'abord de déterminer le sens exact de l'effet relatif des contrats. Ensuite il faudra se poser la question de savoir si une telle extension ou transmission constitue une dérogation au

principe de l'effet relatif des conventions ou s'il s'agit d'une simple illustration de l'opposabilité des conventions.

I-Sens et portée de l'effet relatif des contrats

391. Le principe de l'effet relatif des conventions remonte au droit romain³²⁹, même si la question paraissait alors plus une question de bon sens qu'un vrai principe juridique. Depuis sa codification dans le célèbre article 1165 du code civil, l'effet relatif du contrat est entendu de plusieurs façons. La jurisprudence et la doctrine majoritaires du XIX^{ème} siècle prenaient l'article à la lettre : le contrat ne pouvait apporter aucun avantage ou désavantage aux tiers. La jurisprudence moderne, appuyée par la doctrine, adopte une conception beaucoup plus stricte de l'effet relatif des contrats. L'article 1165 interdit aux parties contractantes de créer des obligations au profit des tiers ou de leur conférer des droits en dehors de l'hypothèse de la stipulation pour autrui. Mais rien n'empêche que le contrat puisse produire des effets indirects au profit ou à l'encontre des tiers.

392. Malgré le rapprochement apparent de la doctrine moderne quant à l'interprétation du principe de l'effet relatif des contrats, les divergences restent importantes. Nous pensons que l'article 1165 du code civil doit être entendu dans le sens d'une double limite, une limite aux parties contractantes, une autre posée au législateur au sens large.

A-L'article 1165 dans la doctrine moderne

393. Selon Yvonne Flour, l'effet relatif des contrats ne se limite pas aux obligations. Il ne signifie pas uniquement qu'on ne puisse pas devenir créancier ou débiteur sans être partie à la convention. Cet article concerne tous les effets directs du contrat, au sens des effets

329 J. Duclos, *L'opposabilité, essai d'une théorie générale*, LGDJ, 1984, p. 46.

recherchés par les parties, qu'il s'agisse de créer, de modifier ou d'éteindre un droit quelconque³³⁰.

394. Jean Duclos partage cette idée selon laquelle l'effet relatif des contrats concerne tous ses effets directs, à l'exclusion des effets indirects (les effets que la loi fait produire au contrat mais qui ne sont pas directement recherchés par les parties). L'auteur ajoute que le premier énoncé de l'article 1165 doit être appréhendé comme une conséquence logique de l'article 1134 : les conventions tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. L'article 1165 viendrait donc préciser qu'elles ne tiennent lieu de loi *qu'à* ceux qui les ont faites. Dans ce sens, l'article 1165 serait aussi une reformulation de l'article 1119 : « *On ne peut, en général, s'engager ni stipuler en son propre nom que pour soi-même.* ». Le deuxième énoncé signifie – toujours selon l'auteur - que les parties ne peuvent créer d'obligations à la charge d'autrui, ni conférer directement de droits à un tiers (exception faite de la stipulation pour autrui)³³¹. La deuxième partie concernerait donc les effets obligationnels du contrat, la première partie le reste de ses effets.

395. Mme Fabre-Magnan adopte une conception plus restrictive de l'article 1165. Seul, l'effet obligatoire du contrat, serait concerné par l'article. L'auteur précise ce qu'elle entend par effet obligatoire du contrat en ajoutant : que seules les personnes qui ont conclu le contrat peuvent être obligés de l'exécuter ou autorisés à en réclamer le bénéfice³³². La conception de Mme Fabre-Magnan de la force obligatoire du contrat correspond donc à ce que M. Ancel nomme « le contenu obligationnel » du contrat. Mme Fabre-Magnan entend donc limiter la portée de l'article 1165 à l'interdiction de créer des obligations à la charge ou au profit des tiers. Cette approche réductrice de l'article 1165 est partagée par M. Mélin³³³ et par M. Larroumet, pour qui l'effet relatif des contrats signifie que « *seules les parties contractantes et les personnes qui leur sont assimilées par l'article 1122 du code civil [les ayants cause] deviennent créancières et débitrices en vertu du contrat.* »³³⁴.

330 Y. Flour, *L'effet des contrats à l'égard des tiers en droit international*, thèse pour le Doctorat d'Etat, Université Paris II, 1977.

331 J. Duclos, op. cit., p. 52.

332 M. Fabre-Magnan, op. cit., p. 527.

333 F. Mélin, *Droit des obligations*, LGDJ, 2006, p. 125.

334 C. Larroumet, *Droit civil, tome III, les obligations, le contrat*, Economica, 6ème édition, 2007, p. 877.

396. M. Aubert et M. Flour ont adopté une conception très stricte de l'article 1165. Pour eux, cet article serait d'abord le texte d'un moment : celui de la formation du contrat. Ensuite, l'objet de l'article serait aussi immédiat, dans le sens où il interdit aux parties de faire naître des obligations sur la tête d'un tiers par le *seul* effet de leur volonté. La seule limite posée par l'article 1165 serait donc qu'au moment de la formation du contrat, un tiers ne peut être obligé par le contrat par la seule volonté des parties contractantes.³³⁵ L'effet relatif des contrats n'empêcherait pas l'évolution de la sphère des personnes obligées par le contrat au cours de la vie du contrat. Il n'empêcherait pas non plus que certains tiers se trouvent liés par le contrat par l'intermédiaire des liens de droits qui les unissent à l'une des parties contractantes, et possiblement (comme c'est le cas pour la stipulation pour autrui), par le concours de la volonté des parties contractantes et de la loi. La volonté des parties pourrait donc toujours jouer un rôle dans la création de droits ou d'obligations à l'égard des tiers, mais ce rôle ne peut être que *médiat*, c'est-à-dire qu'il doit d'abord être justifié par la loi ou par des liens droits suffisamment étroits pour permettre une telle extension.

397. Nous avons déjà exposé la distinction de M. Ancel entre les effets obligationnels et les effets non obligationnels du contrat³³⁶. Selon l'auteur, les deux types d'effets relèvent de la force obligatoire du contrat. Mais seuls les premiers sont limités aux parties. Les seconds peuvent produire des effets au profit ou à l'encontre des tiers ; selon M. Ancel, c'est les effets obligatoires non obligationnels du contrat qui constituent son opposabilité aux tiers. La conception de M. Ancel se rapproche donc de celles de Mme Fabre-Magnan, de M. Mélin, de M. Larroumet et de Jean Duclos

398. On peut remarquer que le débat sur l'interprétation de l'article 1165 du code civil se déroule autour de deux axes. Le premier c'est de déterminer les dispositions du contrat qui seraient visées par l'article 1165 et lesquelles ne le seraient pas: la portée de cet article se limite-t-elle aux obligations engendrées par le contrat ou englobe-t-elle l'ensemble de

335 J. Flour, J-L. Aubert, *Les obligations, 1-l'acte juridiques*, édition Colon, 1998, p. 309.

336 Voir *supra* n°352s.

l'effet obligatoire du contrat au sens large du terme (que les auteurs désignent parfois sous l'appellation des « effets directs ») ?

399. Le deuxième axe, plus subtil sans doute, se rapporte au destinataire de la règle : l'article 1165 s'adresse-t-il au législateur (au sens large du terme, ce qui inclut aussi la jurisprudence) ou s'adresse-t-il aux parties contractantes en leur interdisant d'imposer des obligations aux tiers par leur pure volonté ? Autrement dit, ce texte est-il adressé exclusivement aux parties en leur interdisant de prévoir dans le contrat des dispositions portant préjudice ou bénéfice à des tiers ? Dans ce cas, rien n'interdirait à la loi ou à la jurisprudence, dans certains cas, de décider d'étendre les effets du contrat à un tiers si cette extension est justifiée par des impératifs d'ordre juridique ou économique. Ou ce texte est-il adressé également au législateur – au sens large du terme – en interdisant formellement toute extension de l'effet du contrat à un tiers ?

En réponse à ces deux questions, nous pensons que l'article 1165 pose deux limites bien distinctes qu'il faut différencier.

B-La double limite de l'article 1165 du code civil

400. Nous exposerons d'abord notre interprétation de l'article 1165, avant de démontrer les intérêts de cette interprétation.

1-Exposé de l'interprétation de l'article 1165

401. Dans une première lecture, l'article 1165 – comme le dit Jean Duclos – n'est qu'une reformulation de l'article 1134. L'article 1165 souligne le caractère individuel du contrat. Quand je m'engage à louer mon appartement à une personne X, c'est évident que je ne m'engage pas envers le reste du monde ; mon engagement n'est dû qu'à la personne qui a contracté avec moi. Ça va sans dire, mais ça va encore mieux en le disant. Mais il est

évident que l'apport d'un article aussi fondamental que l'article 1165 ne se limite pas à cela. Une deuxième lecture permet de dégager deux limites bien précises.

402. La première affirmation de l'article 1165 « *Les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes* » est destinée aux parties contractantes. Et uniquement aux parties contractantes. Celles-ci ne peuvent pas prévoir des effets juridiques destinées à s'appliquer à des tiers. Et là nous rejoignons partiellement M. Aubert et M. Flour pour dire que cette première affirmation n'interdit pas à la loi ou la jurisprudence, de reconnaître certains effets du contrats à l'égard de certains tiers en considération des liens de droits qui les unissent à l'une ou à l'autre des parties. Nous rejoignons aussi Jean Duclos pour dire que ce premier énoncé est une reformulation de l'article 1119 du code civil. Cette première partie concerne tout l'effet obligatoire du contrat, obligationnel et non obligationnel. Pour récapituler nous dirons que la première affirmation de l'article 1165 interdit aux parties contractantes, de prévoir dans leur contrat toute disposition qui serait destinée à produire des effets à l'égard des tiers.

403. La deuxième affirmation « *elles ne nuisent point au tiers, et elles ne lui profitent que dans le cas prévu par l'article 1121* » doit être comprise comme une limite posée au législateur au sens large du terme. Ni la loi, ni la jurisprudence, ni un règlement administratif ne peuvent faire en sorte de créer des obligations à la charge des tiers, ni de leur faire profiter de créances contractuelles que par le moyen de la stipulation pour autrui. Cette limite posée au législateur ne concerne que la création d'obligations ou de créances à l'égard ou au profit des tiers. Mais rien ne l'empêche d'étendre les autres effets non obligationnels des contrats aux tiers. Il s'agit ici d'un principe quasiment supra-juridique, une sorte de garantie donnée aux justiciables qu'ils ne pourraient jamais se trouver obligés par un contrat auquel ils ne sont pas partie, et que les contrats qu'ils concluent ne pourra produire de créance au profit d'un tiers que par le moyen et sous les conditions de la stipulation pour autrui³³⁷. Ce texte est sans doute mal placé dans le code civil, il aurait conservé toute sa valeur s'il avait figuré dans la constitution. Mais il semble que le

337 Nous verrons ultérieurement, qu'il existe une autre exception dans le code civil, qui est présentée comme une application de la stipulation pour autrui mais qui présente en réalité un mécanisme dérogatoire différent : il s'agit de la transmission de la créance à titre d'accessoire prévue à l'article 1122 du code civil. Voir *infra* n°659.

législateur l'ait « intuitivement » compris comme tel ; preuve en est que, malgré les nombreuses modifications du code civile, le législateur (au sens étroit du terme) n'a jamais introduit de véritables exceptions au principe de l'effet relatif des contrats, au-delà des articles 1121 et 1122, qui demeurent inchangé depuis la rédaction du code civil.

404. Il faut noter ici une remarque importante à propos du second énoncé de l'article 1165. Si ce texte interdit au législateur et à la jurisprudence d'imposer des obligations à la tête d'un tiers, ou de lui faire profiter d'une créance en dehors de l'hypothèse des articles 1121 et 1122, cette interdiction doit être entendue dans un sens « matériel » et non pas « personnel ». Autrement dit, rien n'interdit, en principe, à un débiteur de payer sa propre dette à un créancier autre que son propre contractant, et inversement, rien n'interdit qu'un créancier d'obtenir satisfaction de sa créance d'une personne autre que son cocontractant. Sauf pour les contrats conclus *intuitu personae*, la personne de celui qui paie la créance ou qui reçoit le paiement est indifférente. La limite posée par le second énoncé de l'article 1165 ne concerne que la création d'une dette ou d'une créance non contractée par le débiteur ou le créancier (exception faite, encore une fois, de l'article 1121 et de l'article 1122). Cette remarque permet d'abord de justifier l'action directe au regard de l'article 1165. S'il s'agit d'une compensation multilatérale comme nous l'avons proposé³³⁸, le débiteur extrême ne paie que sa propre dette – même s'il la paie à une personne autre que son propre cocontractant – et le créancier extrême ne perçoit que sa propre créance – même si elle est payée par une personne autre que son cocontractant. Cette dernière remarque permet aussi de justifier certains mécanismes de transmission reconnus en droit positif tels que la cession de créance, la cession de contrat et la transmission par fusion-acquisition.

405. La stipulation pour autrui doit alors être comprise comme une exception, à la fois au premier énoncé de l'article 1165 (puisque le législateur permet exceptionnellement aux parties de prévoir des effets juridiques au profit d'un tiers) et au deuxième énoncé, puisque le législateur prévoit la création de créances au profit des tiers.

338 Voir *supra* n°139s.

Il convient ensuite de démontrer les intérêts de l'interprétation que nous proposons pour l'article 1165.

2-Intérêts de l'interprétation proposée de l'article 1165

406. Premièrement, l'intérêt est de consacrer une limite au pouvoir des parties, et une limite plus étendue au législateur et à la jurisprudence. La première tient du bon sens commun (il n'est pas logique de permettre à deux personnes de décider ensemble du sort d'une troisième personne), la seconde tient au respect de la liberté individuelle qui constitue toujours –malgré le dépassement du dogme de l'autonomie de la volonté – un principe fondamental du droit des contrats. Ainsi, l'opposabilité du contrat à l'égard des tiers n'est pas niée, mais elle relève du pouvoir de la loi (au sens large) et non pas de celui des parties, ce qui paraît plus rationnel.

407. Deuxièmement, cette interprétation laisse place au phénomène d'opposabilité du contrat sous ses différentes formes: responsabilité délictuelle du tiers complice de violation contractuelle, responsabilité délictuelle invoquée par un tiers qui se trouve victime d'une inexécution contractuelle, l'utilisation du contrat par un tiers comme moyen de preuve, etc... Elle justifie aussi, et surtout, le phénomène d'extension des clauses dans les groupes de contrats.

408. Troisièmement, la limite posée dans le second énoncé, par rapport à la création de dettes ou de créances, permet d'encadrer la liberté croissante que la jurisprudence se reconnaît dans l'extension des effets du contrat à l'égard des tiers.

Cette analyse détaillée de l'article 1165 nous permettra de trancher si l'extension ou la transmission des clauses évoquées précédemment l'occasion d'une action directe constituent une violation de l'effet relatif des contrats, ou s'il s'agit d'une simple illustration de l'opposabilité des conventions.

II-L'extension et la transmission de clauses dans une chaîne de contrats : violation de l'effet relatif des contrats ou opposabilité des conventions ?

409. La clause de non-concurrence et la clause de garantie de passif, étant toutes les deux des clauses génératrices d'obligations, leur transmission constitue une violation de l'effet relatif des contrats. Par contre, l'extension des clauses non génératrices d'obligations (clauses de compétence, clause de non-garantie, clauses limitatives de garantie et clauses limitatives de responsabilité) ne constitue qu'une mise en œuvre de l'opposabilité des conventions.

A-La violation de l'effet relatif des contrats par la transmission de la clause de non-concurrence et de la clause de garantie de passif

410. La transmission et l'extension des clauses au sein d'une chaîne de contrats se fait indépendamment de toute stipulation contractuelle. Les parties au contrat originaire contenant la clause n'ont pas consenti à étendre ou transmettre son effet à un tiers. C'est la jurisprudence qui décide d'une telle extension ou transmission. La question qui se pose devant nous concerne donc la deuxième partie de l'article 1165, celle qui est adressée au législateur et à la jurisprudence. L'extension ou la transmission de ces clauses constitue-t-elle une violation du deuxième énoncé de cet article ? Nous avons déjà démontré que ce texte interdit, à la jurisprudence notamment, d'imposer des obligations contractuelles à un tiers, ou de lui faire profiter d'une créance contractuelle en dehors de l'hypothèse de la stipulation pour autrui. Et nous avons également démontré que seules, la clause de non-concurrence et la clause de garantie de passif, transmises dans une chaîne de contrats, génèrent une obligation. La transmission de ces deux clauses constitue donc une dérogation à l'effet relatif des contrats. Nous reviendrons plus tard sur le fondement de cette dérogation.

L'extension des autres clauses n'est en réalité qu'une mise en œuvre de l'opposabilité des conventions aux tiers.

B-L'extension des clauses de compétence, des clauses de non-garantie et des clauses limitatives de responsabilité : une illustration du principe d'opposabilité des conventions aux tiers

411. Il convient d'abord de bien cerner la notion, encore floue de l'opposabilité, pour démontrer ensuite que l'extension de ces clauses relève de l'opposabilité du contrat.

1-Définition de l'opposabilité

412. L'opposabilité est une notion plutôt floue, non seulement dans la doctrine, mais également dans la jurisprudence qui utilise souvent indistinctement les mots « effet obligatoire » et « opposabilité »³³⁹. Cela n'a rien d'étonnant, puisque l'opposabilité est le revers du principe de l'effet relatif, qui fait lui-même l'objet de beaucoup de controverses.

413. L'opposabilité est en réalité plus un phénomène, qu'un vrai principe juridique³⁴⁰. Elle couvre des situations juridiques aussi diverses que la responsabilité du tiers envers une partie pour contribution à la violation du contrat³⁴¹, la responsabilité d'une partie envers un tiers envers qui l'inexécution du contrat lui a causé un dommage³⁴², l'utilisation du contrat

339 J. Duclos, op. cit., p. 86.

340 J. Ghestin, Ch. Jamin, M. Biliau, *Traité de droit civil, Les effets du contrat*, LgdJ, p. 767.

341 Civ 1ère, 26 janvier 1999, *Bull.civ.* I, n°32; D 1999 Somm. 263 obs. Delebecque; *Petites affiches* 23 juin 2000, note Arcaute-Descazeaux; Civ 1ère, 17 octobre 2000, *Bull.civ* I, n°246 ; D 2001. 952, note Billiau et Moury ; Civ 3ème, 8 juillet 1975, *Gaz. Pal.* 1975.2. 781, note Plancqueel.

342 Civ 1ère, 15 décembre 1998, *Bull.civ.*, I n°368, Defrénois 1999, 745 obs. D. Mazeaud ; *Contr. Conc. Conscum*, 1999, n°37, note Leveneur ; *RTD Civ*, 1999. 623, obs. Mestre ; Civ 1ère, 18 juillet 2000, *Bull.civ* I, n°221, *RTD Civ*, 2001. 146, obs. Jourdian

comme mode preuve par un tiers ou contre un tiers³⁴³, le droit du juge de rechercher des renseignements propres à éclairer sa décision dans un acte juridique étranger à l'une des parties au litige³⁴⁴, etc...

414. Certains auteurs ont voulu cerner la notion d'opposabilité en se basant sur l'idée que les effets du contrat ne peuvent être étendus envers les tiers que si cette extension est nécessaire pour le respect de la force obligatoire du contrat³⁴⁵. Ainsi, si un tiers peut-être condamné pour contribution à la violation du contrat, c'est que cette sanction est nécessaire pour que le contrat conserve toute son effectivité entre les parties contractantes. Mais cette justification ne touche en réalité qu'à un seul aspect, parmi les nombreux aspects de l'opposabilité. Mais que dire de l'autre facette de l'opposabilité, lorsqu'une partie contractante est condamnée sur le terrain délictuel envers un tiers pour inexécution préjudiciable du contrat ? Ou lorsque l'opposabilité permet à un tiers de se prévaloir du contrat comme moyen de preuve ? L'opposabilité n'est pas un principe juridique puisqu'elle ne nous dit pas à quel moment, pour quelles raisons et selon quel régime les effets du contrat seraient étendu à un tiers (et à quel tiers ?). L'opposabilité n'est qu'un terme générique pour décrire un ensemble d'hypothèses où le contrat peut produire certains effets à l'égard des tiers, sans pour autant déroger à l'article 1165. Si la doctrine majoritaire s'accorde aujourd'hui pour dire que la loi peut dans certains cas étendre la force obligatoire du contrat au-delà du cercle des parties contractantes³⁴⁶, la deuxième partie de l'article 1165 – comme nous l'avons déjà démontré – pose les limites du pouvoir de la loi dans ce cadre. Au-delà de ces limites, la jurisprudence peut, pour diverses raisons et par divers mécanismes, étendre l'effet non obligationnel du contrat. L'opposabilité ne constitue donc pas une justification ou un fondement pour l'extension ou la transmission de l'effet obligatoire du contrat vers les tiers. Ce n'est qu'un terme descriptif qui recouvre

343 Civ 3ème, 2 juillet 1997, *Bull.civ*, III, n°161, *Defrénois* 1997,1420, obs. Atias

344 Civ 1ère, 3 janvier 1996, *Bull.civ* I n°7, *Defrénois*, 1996, 1022, obs. Delebecque, *RTD Civ*, 1996, obs. Mestre.

345345 J. Ghestin, C. Jamin, M. Biliau, op. cit. , p. 768.

346 Voir par ex: Mme Bacache-Gibeili, op. cit. , p246 et M. Fabre-Magnan, op. cit., p. 66 ;Ch. Larroumet, *Droit civil, tome III, les obligations, le contrat*, Economica, 6ème édition ,2007, p.127 ; Ph.Malinvaut et D.Fenouillet,*Droit des obligations*, Litec 11ème édition, 2010, p.66.

les cas où l'effet du contrat, hors des limites posées par l'article 1165, est étendu ou transmis à un tiers. La justification doit être recherchée ailleurs.

415. L'opposabilité des conventions doit être distinguée de l'opposabilité des droits, réels ou personnels³⁴⁷. Certes, l'opposabilité d'un droit qui découle d'un contrat, un droit de propriété par exemple, dépend de l'opposabilité de la convention ; mais l'inverse n'est pas vrai. La convention peut parfaitement être opposable en elle-même, en dehors de toute opposabilité de droit réel ou personnel. Il en est ainsi par exemple de la convention extinctive ou translatrice d'un droit³⁴⁸.

416. L'opposabilité des conventions se présente sous trois aspects principaux : l'opposabilité probatoire tend à faire bénéficier un tiers de la convention comme moyen de preuve. L'opposabilité crée aussi une obligation passive universelle de ne pas contribuer à la violation du contrat. Enfin, elle a pour effet de transmettre ou d'étendre, dans certains cas, l'effet du contrat à un tiers³⁴⁹. Seule, cette troisième forme de l'opposabilité nous intéresse ici. Nous rappelons que seul l'effet non obligationnel du contrat peut faire l'objet d'une telle transmission ou extension (en dehors, bien entendu, de l'hypothèse de la stipulation pour autrui qui a pour effet de faire bénéficier un tiers d'une créance contractuelle, et de l'article 1122). L'extension de toutes les clauses mentionnées plus haut – à l'exception de la clause de non-concurrence et de la clause de garantie de passif bien – relève donc de cette forme d'opposabilité.

2-L'opposabilité des clauses de compétence, des clauses de non-garantie et des clauses limitatives de responsabilité dans les chaînes de contrats

417. Nous avons déjà démontré que ces clauses ne sont pas génératrices d'obligations, et que l'article 1165 n'interdit pas à la jurisprudence d'étendre ou de transmettre l'effet non

347P Ancel, " Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat", op. cit.

348 J. Duclos, op. cit., p. 73.

349L. Bertrand, *L'opposabilité du contrat aux tiers*, thèse pour le Doctorat d'Etat, université de Paris II, 1979 sous la direction de Ph. Malinvaud., p. 169.

obligationnel d'une clause à un tiers. L'extension de ces clauses dans le cadre d'une action directe relève donc de l'opposabilité des conventions et ne constitue pas une atteinte à l'effet relatif des contrats. Nous reviendrons plus tard sur le fondement juridique qui explique une telle extension.

418. Cependant, un problème se pose si l'on considère que l'extension des clauses au sein des chaînes de contrats relève de l'opposabilité des contrats. En effet certains auteurs considèrent, compte tenu de l'atteinte à la sécurité juridique des transactions qui résulte de l'opposabilité, que celle-ci ne peut produire d'effet que si le tiers auquel on oppose la convention en avait connaissance³⁵⁰. Cependant, la jurisprudence relative à l'extension des clauses à l'occasion d'une action directe n'est pas très claire sur cette question. Elle exige parfois expressément la connaissance du tiers pour que la clause lui soit opposable³⁵¹, ou elle pose une réserve pour le cas où le tiers serait dans « l'ignorance raisonnable » de l'existence et de la portée de la clause³⁵². Mais dans la majorité des cas, la motivation des arrêts est silencieuse sur la connaissance du tiers de l'existence et de la portée de la clause. En outre, ces quelques décisions qui font référence à la « *présomption de connaissance* » du tiers, ou qui font réserve de l'hypothèse de son « *ignorance raisonnable* » de la clause, ont été rendus à propos de la clause compromissoire ; en sachant encore qu'une grande partie de la jurisprudence considère que la clause compromissoire s'étend « *de façon automatique* » dans une chaîne de contrats et donc sans condition de connaissance de la part du tiers³⁵³. Il est vrai aussi que la plupart, sinon toutes ces décisions ont été rendues à propos d'un contentieux impliquant à la fois les deux membres extrêmes de la chaîne, mais également le cocontractant intermédiaire. Dans ce cas, exiger la connaissance du tiers de l'existence et de la portée de la clause semble être plus une condition pour étendre l'effet de la clause au litige qui surgit entre ce tiers et le cocontractant intermédiaire ; la connaissance serait donc une condition pour étendre l'effet de la clause *rationae materiae*

350 Y. Flour, *L'effet des contrats à l'égard des tiers en droit international*, thèse pour le Doctorat d'Etat, Université Paris II, 1977, p.341.

351 Voir par exemple : Civ 1ère, 26 octobre 2011, précité note 277, CA Paris, 22 mars 1995, précité note 278 et CA Paris, 22 mars 1995, précité note 278.

352 Civ 1ère, 6 février 2001 précité note 275 et Civ 1ère, 17 novembre 2010, précité note 275.

353 Voir par exemple : Civ 1ère, 27 mars 2007 précité note 75, CA Paris, 7 décembre 1994 précité note 277 et CA Paris, 7 mai 2009 précité note 278.

à d'autres litiges par litispendance et non pas pour étendre son effet *rationae personae* contre le défendeur de l'action directe. Autrement dit, selon la jurisprudence, la connaissance n'est pas exigé pour que la clause compromissoire (ou autre) soit opposable par le demandeur de l'action direct au défendeur ou vice-versa. Mais la jurisprudence exigerait cette connaissance pour étendre l'effet *rationae materiae* de la clause à un litige nouveau, qui est l'action en paiement ou en responsabilité engagée par le cocontractant intermédiaire contre le défendeur à l'action directe.

419. Nous pensons qu'il est impossible de poser une règle générale pour les conditions d'opposabilité du contrat aux tiers. Le fait que l'opposabilité est un terme descriptif plus qu'un véritable principe juridique, fait que les conditions de son application doivent être recherchées au cas par cas, selon le fondement juridique qui justifie l'extension de l'effet de la convention au tiers. A titre d'exemple, la connaissance préalable du tiers est certes une condition pour engager sa responsabilité pour contribution à la violation d'un contrat³⁵⁴, cependant elle n'est pas nécessaire pour l'opposabilité de la délégation envers les tiers³⁵⁵. Dans le premier cas, la connaissance du tiers est nécessaire pour caractériser sa faute au regard de l'article 1382 du code civil, tandis que dans le deuxième cas sa connaissance est indifférente puisque elle n'opère aucune altération de sa situation juridique, mais une réduction du patrimoine de son débiteur.

420. Nous pensons que l'opposabilité des clauses dans les chaînes de contrats ne doit pas être soumise à la condition préalable de la connaissance par le membre extrême de la chaîne de l'existence et de la portée de ces clauses.

S'il s'agit d'étendre au demandeur de l'action directe l'effet d'une clause contenu dans le contrat du défendeur, la situation juridique du demandeur n'est pas altérée par l'existence d'une telle clause. L'action directe n'est en effet qu'un moyen supplémentaire que la loi accorde au membre extrême de la chaîne de contrats pour obtenir paiement de sa créance. Il dispose toujours de son action originaire contre le cocontractant intermédiaire. Deuxièmement, dans la grande majorité des cas le demandeur à l'action n'aurait pas connaissance des clauses prévues par le contrat conclu entre les deux autres membres de la

354 N. Dissaux, « Précisions sur les conditions de responsabilité d'un tiers pour violation d'un contrat », *La semaine juridique édition générale*, n°41, 5 octobre 2009.

355 J. Ghestin, Ch. Jamin, M. Biliau, op. cit., p. 797.

chaîne, ou du moins il serait impossible d'établir sa connaissance. Exiger sa connaissance de l'existence et de la portée de la clause pour qu'elle lui soit opposable lors de l'action directe revient à rendre l'inopposabilité des exceptions de principe dans les actions directes. Or l'inopposabilité des clauses dans l'action directe aurait pour effet de porter atteinte aux droits du défendeur à l'action ; il ne pourra opposer au membre extrême de la chaîne les mêmes exceptions qu'il aurait pu opposer à son cocontractant direct.

S'il s'agit, inversement, d'étendre au défendeur de l'action directe une clause contenue dans le contrat qui lie le demandeur au contractant intermédiaire, la solution devrait être aussi la même que dans la première hypothèse. Exiger la connaissance préalable du défendeur de cette clause n'aurait aucune incidence sur la protection de ses droits. En tant que défendeur, donc « partie passive » dans l'action, la connaissance préalable de l'existence d'une clause particulière dans le contrat du demandeur ne lui est d'aucune importance. Puisque de toute façon ce n'est pas lui qui prend la décision d'engager l'action et ce n'est pas lui qui supporte en premier les frais du procès, la connaissance préalable de la clause litigieuse ne lui permet pas, de toute manière, de changer sa stratégie. Nous pensons donc que pour le défendeur, comme pour le demandeur à l'action directe, exiger la connaissance préalable des clauses pour qu'elle leur soit opposable, est à la fois inutile et inopportun.

Conclusion Chapitre I

421. La jurisprudence admet de façon générale l'extension de la clause compromissoire dans le cadre des actions directes dans les chaînes de contrats. La même solution est adoptée pour les clauses attributives de juridictions dans les chaînes de contrats internes, à l'exclusion des chaînes communautaires. A propos des clauses de non-garantie ou limitatives de garantie et des clauses limitatives de responsabilité, la jurisprudence admet l'extension de la clause contenue dans le contrat qui relie le défendeur au cocontractant intermédiaire, à l'exclusion de celle contenue dans le contrat qui relie ce dernier au

demandeur. Cette approche peut être expliquée par le souci de respecter les prévisibilités légitimes des parties. Enfin, une jurisprudence établie admet la transmission de la clause de non-concurrence dans les chaînes de cession de fonds de commerce de clientèle civile. La même solution a été retenue à propos de la clause de garantie de passif dans les chaînes de cessions de parts sociales.

422. Les quatre premières clauses ne créent pas d'obligations à la charge de l'une ou l'autre des parties. Par contre, la clause de non-concurrence et la clause de garantie de passif créent une obligation de ne pas faire. Or, une relecture de l'article 1165 nous conduit à constater qu'il interdit à la jurisprudence d'étendre l'effet des obligations contractuelles aux tiers. Par contre, aucune limite n'est posée quant à l'extension, par l'effet de la loi ou de la jurisprudence, de l'effet non obligationnel du contrat. Il en résulte que seule, la transmission de la clause de non-concurrence et de la clause de garantie de passif, constitue une dérogation au principe de l'effet relatif des contrats. L'extension des quatre premières clauses relève de l'opposabilité des conventions.

L'extension de l'effet des clauses au sein des ensembles contractuels pose des problématiques différentes de celles qui se posent pour les chaînes de contrats.

Chapitre II

L'extension des clauses dans un ensemble contractuel

423. Si l'action directe est le moteur de la chaîne de contrats, il arrive qu'une clause contractuelle voit son champ d'application élargi, dans un ensemble contractuel, sans qu'il y ait une action directe en question. Cette extension se rencontre à la fois dans les ensembles bipartites, il s'agit alors d'une extension purement *rationae materiae* (section I), et dans les ensembles multipartites, il s'agit alors d'une extension à la fois *rationae personae*, et *rationae materiae* (section II) avec des problématiques différentes dans chaque cas.

Section I

L'extension des clauses *rationae materiae*

424. L'extension *rationae materiae* désigne l'élargissement du champ d'application d'une clause par l'addition de nouveaux contrats, autres que celui ou ceux qu'elle était prévu régir. Ce phénomène se rencontre aussi bien dans les ensembles contractuels bipartites que dans les ensembles contractuels à parties multiples. Cependant, afin d'éviter toute confusion possible avec l'extension *rationae personae*, nous n'évoquerons dans cette section que des exemples d'extension au sein d'ensembles bipartites.

425. Quand nous parlons de l'extension d'une clause, nous voulons mettre l'accent sur un phénomène juridique exceptionnel, dérogeant de droit commun. Or, dans certaines structures contractuelles, tel que le contrat complexe ou l'ensemble formé d'un contrat-cadre et de contrats d'application, la mise en œuvre d'une clause dans son champ

d'application « normal » peut donner une fausse impression d'extension dérogatoire au droit commun. Il s'agit donc d'abord d'éliminer ces fausses hypothèses d'extension.

Comme c'est le cas pour les chaînes de contrats, les clauses de compétence sont les championnes de l'extension au sein des ensembles contractuels bipartites. L'extension *rationae materiae* de la clause compromissoire suscite un contentieux assez abondant. La jurisprudence se trouve aussi souvent confrontée à un conflit entre plusieurs clauses de compétence insérées dans un même ensemble contractuel.

Sous-section I : Elimination des faux cas d'extension

426. Afin de pouvoir bien cerner notre sujet, nous devons d'abord définir ce que nous entendons par *l'extension* d'une clause. L'extension signifie qu'une clause trouve à s'appliquer au-delà de ce que le contrat qui la contient n'était initialement prévu régir ; donc au-delà de ce que les parties ont prévu comme champ d'application pour le contrat et pour les clauses qu'il contient.

427. Les auteurs parlent souvent « d'extension » d'une clause au sein « d'un groupe de contrats » conclu entre deux parties, alors qu'il ne s'agit en réalité que d'un seul et même contrat. Cette confusion se comprend au regard de l'hésitation de la jurisprudence et de la doctrine quant au critère de l'unité et de la multiplicité contractuelle. Dans cette hypothèse, même si la clause litigieuse est rédigée dans un *instrumentum* différent de celui qui contient le reste du contrat, il est normal qu'elle s'applique à tout le contrat. Il ne s'agit pas dans ce cas d'une extension de l'effet de la clause.

428. Une autre source de confusion se trouve dans les contrats-cadres dont les clauses s'appliquent naturellement aux contrats d'application sans qu'il s'agisse d'un véritable cas « d'extension » de la clause.

I-L'extension d'une clause au sein d'un groupe de contrats suppose une multiplicité contractuelle

429. Nous avons déjà exposé les propositions de la doctrine pour la méthode de distinction entre le contrat unique complexe et les contrats multiples imbriqués. Nous ne reprendrons donc pas ce débat. Afin de distinguer entre les cas de figure qui relèvent du contrat unique et ceux qui relèvent d'une multiplicité contractuelle, nous adopterons la méthode chronologique que nous avons suggérée. Nous exposerons deux exemples dans lesquels la jurisprudence a « étendu » l'application d'une clause à un acte contenu dans un autre *instrumentum*, mais qui constitue en réalité un même contrat avec celui qui contenait la clause. Ces cas de figures ne constituent donc pas de véritables hypothèses d'extension, même si certains d'entre eux sont traités comme tels dans les ouvrages.

430. Dans un premier exemple deux sociétés multinationales, dans l'objectif d'une collaboration étroite sur le marché italien, ont conclu trois contrats à la même date (le 1^{er} septembre 1999) : un contrat de services commerciaux, un contrat de services administratif et un contrat de sous-location. Les deux contrats de service contenaient des clauses compromissoires. En complément de ces deux contrats, des mandats croisés ont été conclus dans le but de permettre aux directeurs généraux de chacune des deux sociétés d'accomplir le service qui lui est dû au nom de l'autre. Un litige survint, concernant la violation des contrats de service par l'une des parties. La société qui avait allégué cette violation saisit le tribunal arbitral en vertu des clauses compromissoires contenues dans les deux contrats de service. La société défenderesse souleva une exception d'incompétence pour la partie du litige qui concernait les mandats réciproques. Le tribunal arbitral rejeta l'exception d'incompétence au motif que ces mandats étaient associés aux contrats de services et qu'ils étaient nécessaires à la réalisation de leurs objectifs, et donc qu'ils entraient dans le champ d'application des clauses compromissoires³⁵⁶. S'agit-il ici d'une extension du champ des clauses compromissoires ? Vérifions si chacun de ces contrats de

356 CCI n°7305, sentence finale (1993), inédite (Rome, droit italien).

mandat est séparable du contrat de service respectif. Premier constat : les deux actes sont conclus entre les mêmes parties. Deuxième constat : les deux actes (le contrat de service et le mandat) sont conclus à la même date. Troisième constat : les deux actes sont liés par un lien d'interdépendance, dans la mesure où les deux puisent leur cause(au sens moderne de la cause, donc l'économie du contrat) dans l'opération globale de coopération entre les deux sociétés. D'après ces trois constats nous pouvons déduire qu'il ne s'agit en réalité que d'un seul et même contrat. L'intégration du mandat dans le champ de la clause compromissoire ne constitue donc pas une extension de la clause, mais une simple application de la clause là où elle devrait normalement s'appliquer.

431. Un autre exemple, portant toujours sur « l'extension » de la clause compromissoire. Un contrat de vente de riz entre un acheteur domicilié au Congo et une société venderesse française. Le contrat contenait une clause compromissoire. La marchandise fut livrée au Congo et l'acheteur paya intégralement le prix. La guerre civile qui éclata à Brazzaville en 1997 empêcha l'acheteur de stocker la marchandise. Les parties conclurent alors une convention qui prévoyait la reprise de la marchandise contre restitution du prix. Un litige survint suite au refus de l'acheteur de restituer la marchandise, et la société venderesse saisit alors le tribunal arbitral. Le tribunal se déclara compétent et donna droit à la société. L'acheteur fit alors un recours en annulation contre la sentence, en alléguant que la convention de reprise de la marchandise ne comportait pas de clause compromissoire et que le tribunal arbitral n'était donc pas compétent pour statuer sur les restitutions de marchandise et d'argent. La cour d'appel de Paris rejeta le recours³⁵⁷. Reprenons notre analyse. Les deux contrats (de vente et de reprise) sont conclus entre les mêmes parties mais à des dates différentes. Donc *a priori*, même s'ils sont liés, ces deux actes demeurent séparés. Cependant, rappelons la deuxième étape du raisonnement de notre méthode. Si l'acte antérieur emporte altération ou révocation du premier, les deux sont considérés comme formant un même contrat. Or, c'est précisément le cas en l'espèce, la deuxième convention pouvant s'analyser en une résolution pure et simple de la vente. Nous pouvons donc en conclure que les deux actes ne constituent qu'un seul contrat et que la mise en

357 CA Paris, 23 novembre 1999, Glencore, *Rev. Arb.*, 2000, p. 501, note X.-Y. Li Kotovtchikhine, *RTD Com.*, 2001, 59, obs. E. Loquin.

œuvre de la clause compromissoire contenue dans le contrat de vente pour régler un litige relatif à la reprise de la marchandise ne constitue pas une extension de la clause.

Un autre cas de figure dans lequel une clause peut trouver à s'appliquer sans qu'il s'agisse véritablement d'une extension : le contrat-cadre et les contrats d'application.

II-La mise en œuvre des clauses contenues dans un contrat-cadre pour régir les contrats d'application

432. Selon François-Xavier Train, le contrat-cadre a trois fonctions : une première fonction de préparation, qui concerne la négociation des contrats d'application, l'échange d'information, les obligations de transparence, de bonne foi, etc... Une deuxième fonction de standardiser les relations futures entre les parties, fonction qu'on ne peut trouver que dans le cas où les parties ont l'intention de conclure une multitude de marchés instantanés et échelonnés dans le temps. Le rôle du contrat-cadre est alors de prévoir les modalités accessoires du contrat (mode de paiement, charge des frais, etc...). Une troisième fonction de coordination est nécessaire lorsque les parties ont l'intention de collaborer pour l'exécution d'une opération unique de grande envergure, nécessitant la conclusion de plusieurs contrats. Le rôle du contrat-cadre est alors de coordonner tous les éléments en un ensemble cohérent³⁵⁸. Nous précisons de notre part que dans ce dernier cas de figure l'opération d'ensemble forme un seul contrat, puisque les contrats sont tous conclus entre même parties, à la même date et sont liés par une cause unique, à savoir la réalisation de l'opération d'ensemble. Nous ne retiendrons donc que les deux premières fonctions du contrat-cadre.

433. L'auteur se base sur les différentes fonctions pour distinguer différents types de contrats-cadre. Ainsi, le contrat-cadre préparatoire se limite à une fonction de préparation. Le contrat-cadre de standardisation a une double fonction de préparation et de

358F.-X. Train, *Les contrats liés devant l'arbitre du commerce international*, LGDJ, 2003, paragraphe 107s.

standardisation³⁵⁹. Nous ajoutons que le contrat-cadre de standardisation a aussi une fonction supplétive par rapport aux contrats d'application. Certaines clauses du contrat-cadre ont en effet pour rôle de combler les lacunes des contrats d'application. En revanche, si le contrat d'application prévoit une clause contraire, elle prévaut sur la clause contenue dans le contrat-cadre. Il en est ainsi par exemple pour les clauses d'indexation du prix³⁶⁰, des clauses de non-concurrence³⁶¹ ou de la clause compromissoire³⁶². C'est ce type de clauses qui nous intéresse. Dans ce cas, l'application de la clause supplétive contenue dans le contrat-cadre à un litige impliquant l'un des contrats d'application ne constitue pas une extension de son domaine mais une simple mise en œuvre de la clause dans son champ d'application prévu par le contrat-cadre.

434. Un débat avait surgi à propos de la clause de réserve de propriété contenue dans un contrat-cadre prévoyant la conclusion d'une série de contrats de vente. La loi n° 85-98 du 25 janvier 1985 avait en effet prévu dans son article 121 la nécessité de prévoir cette clause par écrit, faute de quoi elle ne serait opposable ni à l'acheteur ni aux autres créanciers. La jurisprudence a appliqué ce texte de façon extrêmement stricte, exigeant que la clause de réserve de propriété figure dans chaque contrat de vente³⁶³. Cette solution a été fortement critiquée, car il est inconcevable d'admettre d'une part que le contrat-cadre puisse prévoir toutes les modalités de passation des contrats d'application (transfert de risque, transport de marchandise, modalité de paiement, etc...) et de refuser de l'autre côté qu'il prévoit le retard du transfert de propriété³⁶⁴. Devant la divergence entre la jurisprudence et de la doctrine majoritaire sur l'interprétation de l'article 121, le législateur est intervenu par la loi du 10 juin 1994³⁶⁵ pour trancher la controverse en faveur de l'opposabilité de la clause de réserve de propriété contenue dans le contrat-cadre. Désormais, l'alinéa 2 de l'article L.624-16 du code de commerce précise que la clause de réserve de propriété peut figurer

359 Idem, paragraphe 110s.

360 Pour un résumé du débat sur la nécessité de détermination du prix dans le contrat-cadre de distribution, voir Ph. Malaurie et L. Aynès, *Lescontrats spéciaux*. Defrénois, 2004 p. 530.

361 Cass.Com., 1er décembre 1992, n°91-11482, inédit.

362 CCI n°567, sentence finale (1988), inédite (Ludwigshafen, droit allemande).

363 Com., 3 novembre 1992, *Bull.civ. Iv*, n°346, p.247-248.

364 F. Pollaud-Dulian, op. cit.

365 Article 59 de la loi no 94-475 du 10 juin 1994 relative à la prévention et au traitement des difficultés des entreprises.

dans un écrit « *régissant un ensemble d'opérations commerciales convenues entre les parties* ».

435. La mise en œuvre d'une clause contenue dans un contrat-cadre dans un litige impliquant un contrat d'application ne constitue pas en principe - pas plus que la clause qui s'applique à un acte rédigé dans un *instrumentum* différent mais qui constitue un même contrat – une extension du champ d'application de la clause. Cependant, ce constat doit faire l'objet de plusieurs réserves. Premièrement, cela ne concerne que les contrats-cadre de standardisation (qui font quand même la grande majorité des contrats-cadre). En revanche, si une clause contenue dans un contrat-cadre de préparation s'étend à un contrat d'application, on pourrait effectivement parler d'extension. Dans ce cas, en effet, la clause n'avait pour objet de régir que le contrat-cadre et rien de plus. En outre, comme l'exprime François-Xavier Train, on pourrait penser, théoriquement du moins, qu'une clause contenue dans un contrat d'application soit étendue à un autre contrat d'application sur la base de l'ensemble contractuel qui unit les deux conventions³⁶⁶. Dans ce cas également il s'agirait d'une véritable extension. Enfin, il arrive qu'un contrat-cadre prévoit la nécessité que l'une des parties conclut un contrat auxiliaire avec un tiers (une police d'assurance par exemple)³⁶⁷. La mise en œuvre d'une clause supplétive contenue dans le contrat-cadre, dans le contexte du contrat conclu avec le tiers, serait dans ce cas dérogatoire au droit commun puisque le tiers n'y a pas consenti. Il s'agit alors d'un véritable cas d'extension *rationae personae*.

Après avoir ainsi écarté les sources possibles de confusion, abordons les « vrais » cas d'extension des clauses *rationae materiae*.

366 F.-X. Train, op. cit., p. 135

367 Op. cit., p. 93.

Sous-section II : L'extension rationae materiae dans la jurisprudence

436. Cette extension se rencontre notamment dans l'hypothèse d'une clause compromissoire contenue dans un contrat, qui s'étend à un autre contrat formant avec le premier un ensemble contractuel.

437. Un cas de figure intéressant apparaît lorsque le juge est confronté, au sein d'un même ensemble contractuel, à plusieurs clauses de compétences (clause compromissoire ou attributive de juridiction).

I-Extension d'une clause compromissoire dans un ensemble contractuel entre deux parties

438. La jurisprudence étatique et arbitrale est généralement moins réservée pour l'extension d'une clause compromissoire dans un ensemble contractuel bipartite que dans un ensemble contractuel multipartite. La raison est évidente : dans le premier cas il ne s'agit que d'une extension du champ d'application de la clause. Dans le deuxième cas, outre l'élargissement du champ d'application de la clause, il y a une atteinte potentielle au principe d'effet relatif des conventions. En dehors même de tout ensemble contractuel, certaines décisions ont considéré que l'existence « *d'un mouvement d'affaires régulier et d'une pratique des parties en ce sens* » est suffisant pour justifier l'extension d'une clause compromissoire standard, contenue dans une série de contrats conclus entre les deux parties³⁶⁸ ; même si cette jurisprudence ne semble pas établie³⁶⁹.

439. Dans un arrêt du 14 novembre 1996, la Cour de Cassation avait admis qu'une clause compromissoire contenue dans un contrat antérieur était applicable à un litige né à propos d'un contrat postérieur conclu entre les mêmes parties, au motif que ce dernier « *trouvait*

368 Sentence CCIn°5117/1986, *JDI* 1986.1113 obs. Y. Derains

369 Voir en sens inverse: sentence CCI n°7154/1993, *JDI* 1994.1059, obs. Y. Derains.

son origine dans l'inobservation » du premier accord³⁷⁰. Il s'agissait en l'espèce d'une société qui avait concédé à une autre, en 1977, la distribution exclusive de ses produits sur le territoire français, par un contrat qui contenait une clause compromissoire. Douze ans après, en 1989, un litige est survenu entre les deux sociétés, ce qui les a conduites à conclure un second contrat en vertu duquel la société fournisseuse s'engageait à payer une commission sur toutes les ventes exceptionnelles faites hors la concession prévue par le premier contrat. Un deuxième litige est survenu, cette fois-ci à propos de la mise en œuvre de l'accord de 1989. La concessionnaire a assigné sa cocontractante devant le tribunal de commerce. Celle-ci a soulevé une exception d'irrecevabilité en se basant sur la clause compromissoire contenue dans l'accord de 1977. La cour d'appel a rejeté cette exception d'irrecevabilité au motif que le deuxième contrat n'était pas l'accessoire du second, et qu'il n'y avait aucune référence explicite à la clause compromissoire contenue dans le premier. La cour de cassation cassa l'arrêt, en relevant que le contrat de 1989 « *trouvait son origine dans l'inobservation* » du contrat de distribution.

440. Cette solution a été confirmée par un autre arrêt plus récent, même si la motivation est quelque peu différente. Un couple avait conclu un contrat d'adhésion avec une société afin d'intégrer un réseau commercial. Ensuite, un autre contrat a été conclu entre les deux parties en vue de créer une enseigne publicitaire pour le compte d'une société tierce, ce contrat comprenant une clause compromissoire. Un litige concernant l'ensemble de l'exploitation commerciale a surgi entre les deux parties. Le couple a alors assigné la société devant le tribunal de commerce. Le tribunal, confirmé par la cour d'appel prononça l'irrecevabilité de la demande en se fondant sur la clause compromissoire contenue dans le contrat d'enseigne. Le couple forma un pourvoi en cassation, en soulevant que le litige trouvait son origine dans le contrat d'adhésion qui ne comportait pas de clause compromissoire. La cour de cassation rejeta le pourvoi, en se fondant sur le pouvoir souverain des juges du fond dans l'interprétation du contrat d'adhésion. Cette interprétation avait en effet conduit la cour à considérer le contrat d'adhésion comme un accord qui se limitait à poser des principes généraux, sans qu'il soit lui-même créateur de droits ou d'obligations ; on pourrait dire – même si l'expression n'est pas employée par

370 Civ 1ère, 14 mai 1996, n°93-15138, *Bull.civ.*1996 I, n° 198 p. 138

l'arrêt – que c'était une forme de contrat-cadre. La cour en a déduit que le litige en question trouvait son origine directe dans la mise en œuvre du contrat d'enseigne qui contenait la clause compromissoire³⁷¹. Cette solution trouve généralement un écho favorable dans la jurisprudence arbitrale³⁷², sans pour autant qu'elle y soit pas unanime³⁷³.

441. Pour certains auteurs la question de l'extension *rationae materiae* relève de l'interprétation de la volonté des parties³⁷⁴ ; pour d'autres la question doit être recherchée plutôt dans l'unité économique des contrats³⁷⁵. D'après les deux arrêts de la cour de cassation mentionnés plus haut, malgré la différence de formulation entre les deux décisions, nous pouvons souligner deux points communs. Premièrement, la cour ne se soucie pas tellement d'interpréter la clause compromissoire pour dégager sa portée, toute sa préoccupation porte sur le contrat qui ne contient pas la clause compromissoire. Quel lien entretient-il avec le contrat contenant la clause compromissoire ? Et avec le litige ? En effet l'imbrication des contrats au sein de l'ensemble contractuel - surtout quand il s'agit d'un ensemble bipartite – est souvent tellement forte qu'il devient difficile de préciser le contrat dans lequel le litige a trouvé son origine (comme c'était le cas dans l'arrêt du 13 décembre 2011). Le lien de complémentarité du contrat postérieur au contrat antérieur (arrêt du 14 novembre 1996), ainsi que le caractère général et abstrait de l'accord qui ne contient pas la clause compromissoire (arrêt du 13 décembre 2011) permettent de justifier que le litige s'intègre dans le champ d'application de la clause. Autrement dit, il ne s'agit pas d'étendre artificiellement la portée de la clause compromissoire au-delà de sa sphère normale, mais inversement de démontrer que le litige entre dans son champ d'application naturel.

442. Le deuxième point qu'on peut dégager de ces deux arrêts c'est que l'existence d'un ensemble contractuel ne suffit pas à lui seul à justifier l'extension de la clause

371 Com., 13 décembre 2011, n°10-27897, inédit.

372 Voir par ex: CCI n°7105 sentence finale (1993), extraits in *JDI* 2000, p. 1062 obs. D. Hascher (Paris, droit d'un pays africain francophone) ; CCI, n°122/85, 2 juillet 198, yearbook 1989 p. 189 ; CIRDI, 25 février 1988, *aff. Soabi c/République du Sénégal* *JDI* 1990.193 obs. E. Gaillard, yearbook, 1992, p.428 ; sentence n°60/1980 du 1er octobre 1980, Cour d'arbitrage près de la chambre de commerce et d'industrie de Bulgarie, yearbook, vol. XII, p. 84.

373 Voir en sens contraire: CCI n°8420 sentence partielle (1996) inédite, (Genève, dt suisse), extraits du yearbook, vol, XXV p. 328.

374 D. Cohen, op. cit.

375 F.-X. Train, op. cit., paragraphe 42.

compromissoire *rationae materiae*. Un autre élément est nécessaire pour que le litige soit considéré dans la sphère de la clause compromissoire : soit un lien de complémentarité entre les contrats³⁷⁶, soit le caractère général des dispositions du contrat ne contenant pas la clause. L'approche de la jurisprudence est différente lorsque plusieurs clauses de compétence se trouvent dans un même ensemble.

II-La présence de plusieurs clauses de compétence au sein d'un ensemble contractuel bipartite

443. Le conflit entre les clauses de compétence dans l'ensemble contractuel est intimement lié à la problématique de l'extension. En effet si les litiges émanant des contrats ne sont pas suffisamment liés pour qu'il soit utile des les joindre en une seule procédure, chaque clause ne s'applique que dans la sphère du contrat pour lequel elle est prévue. Il n'existe donc pas de conflit entre les champs d'application des différentes clauses. C'est lorsque des liens suffisamment forts apparaissent entre les litiges résultant des différents contrats, que se pose la question de l'unification du litige. Pour unifier le litige, le juge peut soit étendre l'effet d'une clause de compétence au détriment des autres, soit consolider le litige. Si aucune de ces deux solutions n'apparaît satisfaisante, la seule solution est alors la fragmentation du litige.

444. Le juge peut être confronté à trois cas de figures distincts : un ensemble contractuel bipartite contenant deux ou plusieurs clauses compromissoires, un ensemble contenant deux ou plusieurs clauses attributives de juridiction et un ensemble comprenant à la fois une clause compromissoire et une clause attributive de juridiction.

³⁷⁶ Nous avons déjà évoqué la structure des ensembles contractuels. Ceux-ci peuvent être composés d'une multitude de contrats, chaque contrat de l'ensemble pouvant entretenir un lien d'interdépendance ou de dépendance unilatérale avec un ou plusieurs autres. Les éléments de l'ensemble ne sont donc pas tous directement liés, il se peut donc que deux contrats soient dans un même ensemble sans pour autant être considérés comme complémentaires. De même, il se peut que le contrat contenant la clause compromissoire soit dépendant unilatéralement d'un autre contrat ne contenant pas une telle clause. Dans ce cas, le deuxième contrat n'est pas le « complément » du premier. Suivant la jurisprudence que nous venons d'étudier, la clause compromissoire ne pourra pas être applicable dans ce cas au deuxième contrat.

A-Conflit entre deux clauses compromissoires dans un même ensemble contractuel

445. La majorité des auteurs s'accordent pour dire que la consolidation de procès arbitraux connexes ou indivisibles n'est pas possible sans l'accord préalable des parties³⁷⁷ ; ce qui est rarement le cas en pratique. Le caractère contractuel de l'arbitrage, et donc le respect qu'il commande de la volonté des parties, serait en effet un obstacle à l'application des dispositions du nouveau code de procédure civile relative à la consolidation. Certains auteurs pourtant sont favorables à la consolidation au nom d'une bonne administration de la justice³⁷⁸. Cette procédure est prévue par les règlements de plusieurs institutions arbitrales, telles que le règlement CEPANI³⁷⁹ (article 13) et le règlement CCI (article 10). Le premier accorde ce pouvoir au Comité de désignation [des arbitres] et au président du CEPANI, sur demande de l'une des parties ou du tribunal arbitral, ou même d'office. Le deuxième accorde ce pouvoir au tribunal arbitral, sur demande de l'une des parties, et à condition que les deux litiges en question soient entre les mêmes parties. La jurisprudence américaine connaît également ce mécanisme³⁸⁰.

446. Sur la base du règlement d'arbitrage de la CCI, la jurisprudence arbitrale différencie entre deux hypothèses : la première c'est lorsque les deux clauses compromissoires sont identiques ou compatibles. La deuxième c'est lorsque ces clauses sont incompatibles. Dans le premier cas la reproduction d'une même clause compromissoire, ou l'existence de deux ou plusieurs clauses compatibles, doit guider l'interprétation de la volonté des parties

377 Voir par exemple : D. Cohen, op. cit ; J. El-Ahdab, op. cit., b p. 681 ; H. Boularbah, « Les procédures parallèles et les tiers » in *international commercial arbitration in L'arbitrage et les tiers*, Bruylant, 2008 ; D. Matray et G. Matray, « La rédaction de la convention d'arbitrage » in *La Convention d'Arbitrage groupes de sociétés et groupe de contrats*, Bruylant 2007.

378 J. Rubellin-Devichi, « L'arbitrage et les tiers III- Le Droit de l'Arbitrage, Les solutions juridictionnelles », *Revue de l'arbitrage*, 1998. p. 515.

379 Centre belge d'arbitrage et de médiation fondé en 1969.

380 Rubellin-Devichi, op.cit.

dans le sens d'une consolidation du contentieux³⁸¹. L'arbitre considère donc la coexistence de ces clauses dans l'ensemble contractuel comme témoignant d'un accord implicite entre les parties de consolider le contentieux. Dans le deuxième cas, lorsque les clauses compromissaires contenues dans l'ensemble contractuel sont incompatibles, on doit interpréter la volonté des parties dans le sens d'un contentieux fractionné, chaque contrat donnant lieu à un procès arbitral distinct³⁸².

M. Train précise ce qu'il faut entendre par « compatibilité » entre les clauses. Celle-ci n'est pas exclue du seul fait que les clauses soient différentes. Pour qu'elles soient compatibles, elles ne doivent pas contenir des dispositions différentes pour tout ce qui touche à la compétence et la composition du tribunal arbitral. En revanche, les différences relatives au tranchement du litige (droit applicable, procédure préalable de conciliation, etc...) ne rendent pas les clauses incompatibles³⁸³. Nous ne partageons pas cette vision. Premièrement, pour que les clauses soient compatibles, et donc qu'on puisse interpréter la volonté des parties dans le sens d'une consolidation de l'arbitrage, il faut que les différences soient minimales. Or, certaines différences relatives au tranchement du litige - notamment la différence de loi applicable - sont importantes. Deuxièmement, comme il s'agit d'interpréter la volonté des parties, il est impossible de poser un principe général pour différencier les cas où les parties ont voulu un seul procès arbitral consolidé et les cas où elles ont voulu des procès fractionnés. L'appréciation doit se faire *in concreto*, en prenant en compte plusieurs éléments, notamment les liens entre les contrats en cause, la personne qui a rédigé les clauses (s'il s'agit de contrats d'adhésion), le degré de détail des deux clauses et - s'il y a lieu - la pratique habituelle des parties.

Autre cas de figure possible : un ensemble contractuel regroupant deux clauses attributives de juridiction.

381 Sentence CCI n°5989, yearbook, 1990, Vol. XV, p. 74, JDI, 1997, p. 1046.

382 CCI n°7325 sentence finale (1993) inédite (Bruxelles, droit belge) ; CCI n°74/77, Court of arbitration at the polish chamber of the foreign trade, sentence du 21 avril 1978, yearbook, yearbook, vol VIII, p. 162.

383 F.-X. Train, op. cit., p. 329s.

B-Conflit entre deux ou plusieurs clauses attributives de juridiction au sein d'un même ensemble contractuel

447. Dans une affaire mettant en cause deux contrats liés contenant chacun une clause attributive de juridiction différente, la Cour de Cassation a choisi d'écarter les deux clauses et d'appliquer les règles de compétence de droit commun. Il s'agissait en l'espèce d'un particulier qui s'était porté caution de cinq sociétés civiles immobilières envers une banque monégasque. Les cinq actes de cautionnement contenaient des clauses attributives de juridiction au profit des tribunaux de la Principauté de Monaco. Un deuxième contrat fut conclu ultérieurement entre les deux parties, portant acte d'affectation hypothécaire, et comprenant une clause attributive de juridiction attribuant compétence aux tribunaux de Paris. La banque l'assigna en paiement devant un tribunal parisien. La caution interjeta appel, soulevant une exception d'incompétence au profit des tribunaux monégasque, en vertu de la clause attributive de juridiction contenue dans les contrats de cautionnement. L'appel fut rejeté, ainsi que le pourvoi en cassation. La cour souleva qu'en présence de deux clauses attributives de juridiction contradictoires ou inconciliables, il convient d'écarter l'application des deux clauses et de déterminer la compétence selon les règles de droit commun³⁸⁴.

448. Cette même solution avait adopté dans une affaire où figuraient deux clauses attributives de juridiction sur deux documents différents qui avaient servi à une même opération de ventes³⁸⁵.

Il est assez difficile de trouver un fondement pour cette solution. Il ne s'agit certainement pas de mettre en œuvre la volonté implicite des parties, car si les parties ont prévu deux clauses attributives de juridiction, il est évident que leur volonté n'était surtout pas de se soumettre au droit commun de la compétence ! On pourrait peut être l'expliquer par le « principe de la cohérence ». Il s'agit d'un principe supra-juridique, qui ne figure dans

384 Civ 1ère, 28 mars 1995, n°93-13237 *Bull.civ* 1995 I n° 140 p. 100.

385 Com., 20 novembre 1984, n°83-15.956 *Bull.civ* 1984 IV n° 313.

aucun texte, qui a été déduit par M. Célice³⁸⁶ et développé par M. Houtcieff³⁸⁷. Ce principe sanctionne, entre autres, la contradiction dans le contenu du contrat. Nous y reviendrons plus en détail³⁸⁸.

449. Si les deux clauses attributives de juridiction attribuent compétence à la même juridiction, il est évident que le juge doit la respecter. Le problème de la compatibilité entre les clauses serait en outre moins délicat que pour les clauses compromissoires. Les clauses attributives de juridiction ne font que désigner un tribunal compétent, contrairement aux clauses compromissoires qui prévoient les modalités de désignation des arbitres, le siège de l'arbitrage, le mode de déroulement du procès, la loi applicable à la procédure, la loi applicable au fond, etc... Il est donc beaucoup plus facile de dire si deux clauses attributives de juridiction sont conciliables ou non : si elles désignent le même tribunal elles le sont, si elles désignent des tribunaux différents elles ne le sont pas. En revanche, il n'est pas nécessaire de rechercher, comme c'est le cas pour la clause compromissoire, si le fait que la clause soit reprise dans les mêmes termes dans les deux contrats traduit une volonté de « consolider le litige ». En effet dans ce cas la consolidation judiciaire peut se faire indépendamment de la volonté commune des parties si tel est « l'intérêt d'une bonne justice »³⁸⁹ Le problème est plus compliqué quand il s'agit de résoudre un conflit entre une clause attributive de juridiction et une clause de compétence contenues dans un même ensemble contractuel.

C- Conflit entre une clause attributive de juridiction et une clause compromissoire contenues dans un même ensemble contractuel

386 B. Célice, *Les réserves et le non-vouloir dans les actes juridiques*, préface J. Carbonnier, LGDJ, 1968, in D. Houtcieff, *Le principe de cohérence en matière contractuelle*, tome 1, préface H. Muir Watt, thèse à l'Université de Paris XI, Presse universitaire d'Aix-Marseille, 2001.

387 D. Houtcieff, *Le principe de cohérence en matière contractuelle*, tome 1, préface H. Muir Watt, thèse à l'Université de Paris XI, Presse universitaire d'Aix-Marseille, 2001.

388 Voir *infra* n°770s.

389 Article 367 du Nouveau code de procédure civile.

450. Confrontée par un tel conflit dans le cadre d'un ensemble contractuel bipartite, la jurisprudence semble opter pour la même solution qu'elle adopte à dans les différentes structures juridiques : primauté de la clause compromissoire à la clause attributive de juridiction³⁹⁰. Mais ce qui caractérise sa jurisprudence dans le cadre des ensembles bipartites, c'est une motivation différente. Certains arrêts se basent sur le principe compétence-compétence³⁹¹, selon lequel il revient à l'arbitre de décider s'il est compétent ou pas ; d'autres arrêts considèrent que la clause compromissoire a une portée plus générale que la clause attributive de juridiction³⁹². Cette idée découle de ce que la clause attributive de juridiction ne porte que sur le juge territorialement compétent, tandis que la clause compromissoire extrait le litige entièrement de la justice étatique et pose les règles applicables au procès.

451. Nous pensons que seul le principe compétence-compétence est à même de justifier la « primauté » de la clause compromissoire à la clause attributive de juridiction. Il est difficile de soutenir que la clause compromissoire ait un contenu plus général que la clause attributive de juridiction, surtout lorsqu'il la clause attributive de juridiction se trouve dans un contrat à portée générale (tel qu'un contrat-cadre) et que l'autre se trouve dans un contrat à contenu plus spécial (tel qu'un contrat d'application).

452. Si le dernier mot est laissé aux arbitres, il convient de consulter la jurisprudence arbitrale pour chercher une solution à ce conflit. Celle-ci ne retient pas de hiérarchie entre les clauses. Elle recherche la volonté implicite au cas par cas ; recherche qui peut la mener à diverse solutions possibles : fractionnement du litige³⁹³, extension de l'effet de la clause compromissoire à l'ensemble du litige³⁹⁴, ou potentiellement incompétence du tribunal arbitral pour l'ensemble du litige.

390CA Paris, 1ère ch. Civ., 1er décembre 1995, *Min. Agriculture d'Irak c/Sté Hochtief*, Rev. Arb.,1996, p.456s. ; CA Paris, 11 janvier 1995, *Sté Brigif c/Sté ITM entreprises et a.*, inédit ; CA Paris, 29 novembre 1991, *Rev. arb.* 1993, p.617s, note L. Aynès

391Civ.2^{ème}, 11 janvier 1995, *Bull.civ.* II, n°2 .

392CA Paris, 1ère ch. Civ.,1er décembre 1995, précité note 390; CA Paris, 29 novembre 1991, précité note 390.

393 CCI n°6839, sentence finale 1992 (Luxembourg, droit luxembourgeois), Yearbook, Vol XIX, p. 167, Rec. Sent. CCI, Vol III p. 282

394 CCI n°5488, 199,3 inédite.

453. Cette approche au cas par cas devrait en principe interdire les tribunaux étatiques de recevoir tout litige portant l'applicabilité de la clause compromissoire à un ensemble contractuel bipartite dans lequel figure une clause attributive de juridiction. Les juridictions étatiques ne peuvent en effet écarter la clause compromissoire que si celle-ci était *manifestement* nulle ou inapplicable³⁹⁵. Or, le fait que les arbitres – confrontés à des ensembles contractuels contenant une clause compromissoire et une clause attributive de juridiction - procèdent au cas par cas pour décider si la clause compromissoire devrait trouver à s'appliquer, cette démarche de la part des tribunaux arbitraux écarte la possibilité que la clause soit manifestement inapplicable.

454. L'extension des clauses peut se rencontrer également dans les ensembles contractuels multipartites.

Section II

L'extension des clauses *rationae personae* dans les ensembles contractuels

455. L'extension d'une clause au sein d'un ensemble contractuel multipartite est plus problématique que son extension dans les ensembles bipartites, en raison de l'obstacle posé par le principe d'effet relatif des conventions. Dans ce cas, il ne s'agit pas uniquement d'une extension *rationae materiae*, mais également d'une extension *rationae personae*.

456. A côté de la question de l'extension proprement dite, qui fait l'objet d'un important contentieux, figure également la question classique du conflit entre différentes clauses de compétence dans un même ensemble contractuel.

³⁹⁵ Civ 2ème, 26 novembre 1997, n°95-12686 inédit ; Civ 1ère, 26 octobre 2011, n°10-17708, *Bull.civ.*, 2011, I, n° 175.

Sous-section I : L'extension *rationae personae* dans la jurisprudence

457. Le contentieux de l'extension *rationae personae* dans les ensembles contractuels est beaucoup plus riche et plus varié que celui de l'extension *rationae materiae*. Il peut se rencontrer dans une infinité de cas de figures possibles. Néanmoins, certains domaines, notamment le droit du transport, le droit de l'assurance et les sûretés personnelles forment des terrains particulièrement fertiles pour l'extension de certaines clauses au sein d'un ensemble contractuel.

I-L'extension *rationae personae* en droit du transport

458. Ce contentieux se présente, à quelques différences près, de la même façon dans les opérations de transport routier et de transport maritime. Afin de bien comprendre les données du problème dans ces deux types de transport, il convient d'abord d'évoquer le débat sur les liens qui unissent les différentes parties prenantes dans l'opération de transport. Nous exposerons ensuite les solutions adoptées par la jurisprudence sur l'extension des différentes clauses, notamment la clause attributive de juridiction, dans le cadre de l'ensemble contractuel de transport.

A-Le débat sur les liens entre les parties prenantes de l'opération de transport

459. Nous avons délibérément choisi l'expression « parties prenantes de l'opération de transport » à celle de « membres de l'ensemble contractuel de transport », car sa

qualification même d'ensemble contractuel est encore à prouver. Le débat se pose dans des termes semblables mais pas identiques pour le transport maritime d'une part et le transport routier d'autre part.

1-Le débat sur la nature des liens entre les parties prenantes de l'opération de transport maritime

460. Le transport maritime se fait par le moyen d'un contrat de transport conclu entre le chargeur et le transporteur. Ce contrat est doublé par un écrit, le connaissement, qui relate toutes les conditions du contrat de transport et qui est livré par le capitaine du navire au chargeur lors de la réception de la marchandise. Ce document sert de titre représentatif de la marchandise et peut circuler comme un effet de commerce³⁹⁶. Le chargeur peut garder le connaissement et recevoir lui-même la marchandise à son arrivée au port, mais le plus souvent le contrat de transport est lié à un contrat de ventre entre le chargeur et un tiers au contrat de transport. C'est donc l'acheteur qui, le plus souvent, prend possession du connaissement et reçoit la marchandise. Il arrive également souvent que l'acheteur transmette le connaissement à un tiers moyennant rémunération, le connaissement étant dans ce cas utilisé comme instrument de crédit³⁹⁷.

461. Depuis longtemps, la jurisprudence admet que le destinataire dispose d'une action en livraison de marchandise contre le transporteur³⁹⁸, et le cas échéant, d'une action en dommages-intérêts³⁹⁹; ce qui provoque un débat doctrinal incessant pour déterminer le

396 A. M. Elfeky, *Al-nakl al-bahari lel-badae' fi zel kanoun al-tegara al-bahareyya rakam 8 li sanet 1990 wa etefakeyyet al-omam al-motaheda li nakl al-badae' li 'am 1979* (qawa'ed Hambourg 1978), « Le transport maritime des marchandises, sous l'empire des lois maritimes numéro 8 pour l'année 1990 et le Pacte de Nations-Unies pour le transport maritime des marchandises de 1978 (les Règles de Humberg) », Dar al-nahda al-'arabeyya, 2008, p. 48s.

397 A.Kpoahoun Amouso, *Les clauses attributives de juridictions dans le transport maritime de marchandises*, thèse à Aix-Marseille III, PUF, 2002, p. 293

398 Com., 12 février 1955, D. 1956.338, note P. Durand ; *JCP* 1055. II.8772 ; Com., 7 juillet 1992, *navire Renée Delmas*, *DMF* 1992.672, obs. P. Bonassies ; Com., 21 février 2006, *DMF* 2006. 601, rapp. G. de Monteynard, obs. Y. Tassel.

399 Com., 23 mai 1989, *Bull.civ.* IV, n°164 ; *RTD Civ.* 1990.72, obs. J. Mestre ; CA Rouen, 13 décembre 2001, *DMF* 2002. 522, obs. P.Pestel Debors ; TGI Marseille, 7 mars 2008, *Navire MSC Jeanne*,

fondement de cette action. Ce débat a évidemment une portée directe sur la possibilité d'étendre l'effet de certaines clauses au destinataire. Nous pensons que l'action du destinataire contre le transporteur se justifie par une cession de créance implicite, consentie par le chargeur. Cette convention de cession de créance constitue, avec le contrat de vente et le contrat de transport, un même ensemble contractuel.

a-Le débat doctrinal sur la nature de l'action du destinataire contre le transporteur

462. Une grande partie des auteurs considèrent le destinataire comme bénéficiaire d'une stipulation pour autrui implicite prévue par le contrat de transport. Le transporteur serait alors le promettant (d'une obligation de livrer la marchandise) et le chargeur serait le stipulant⁴⁰⁰. Cette analyse est reprise par une jurisprudence établie depuis longtemps⁴⁰¹. Dans ce schéma, le destinataire reste un tiers au contrat de transport, mais il profite d'une action contractuelle envers le transporteur. Aujourd'hui nul ne conteste que l'action du destinataire envers le transporteur est une action contractuelle et qu'elle trouve son origine dans le contrat de transport⁴⁰². Cependant, la qualification de stipulation pour autrui est contestée par une partie de la doctrine. Certaines objections portent sur certaines des solutions adoptées par la jurisprudence dans ce domaine qui ne peuvent trouver de justification par la stipulation pour autrui. Par exemple, s'il est acquis dans la doctrine et dans la jurisprudence que le promettant peut opposer au bénéficiaire de la stipulation pour autrui toutes les exceptions qu'il aurait pu opposer au stipulant⁴⁰³, comment expliquer que le transporteur ne puisse profiter de la prescription abrégée prévue par l'article 1108 du

n°2006F05595, *DMF* 2008. 1021, obs.S. Miribel; Com., 19 juin 2012, n°11-18.490, *Navire Contship London*, *DMF* 2012, n°743, p.40s.

400 Voir Ph. Delebecque, « Le destinataire de la marchandise : tiers ou partie au contrat de transport ? », *Recueil Dalloz Affaires*, n°9, 30 novembre 1995, p. 189; E.Chevrier, « La clause attributive de compétence ne se transporte pas...sans acceptation du destinataire », *Recueil Dalloz Sirey*, 2005 (1), p. 214 ; M. Remond-Gouilloud, « Ballade en règlement 44/2001 : de la détermination de la nature du contrat de transport aux conditions d'opposabilité de la clause de juridiction », *DMF*, 1er septembre 2012, n°736, p. 722 .

401 Com., 12 février 1955, précité; Com., 18 octobre 1994, *Bull.civ.* IV, n°308 ; JCP 1995, I, 3.

402 Ph. Delebecque, « Le destinataire de la marchandise : tiers ou partie au contrat de transport ? », op. cit.

403 Civ.1ère, 7 mars 1989, *D.* 1989, *IR* 101, *JCP* 1989 IV. 170; Civ 1ère, 29 novembre 1994, *Bull.civ.* I, n°353, *RJDA*. 1995, n°396, *RTD civ.* 1995. 622, obs. J. Mestre ; *Deffrénois* 1995. 1405, obs. Delebecque ; Civ. 1ère, 20 février 2001, *D.*2001, *Somm.* 3321, obs. Groutel.

code de commerce⁴⁰⁴, alors qu'il aurait pu en profiter à l'encontre du stipulant ? Une autre objection plus fondamentale, souligne le fait que le destinataire est tenu de certaines obligations envers le promettant, notamment l'obligation de payer le prix. Même la stipulation pour autrui avec charge ne peut que justifier, la création d'obligations secondaires sur la tête du bénéficiaire, à condition qu'il exprime son acceptation de la stipulation qui lui est faite⁴⁰⁵, et à condition que ces obligations soient la contrepartie de sa créance. Or, il est évident que l'obligation de payer le prix du transport n'est pas une obligation secondaire ; la stipulation pour autrui ne peut donc point la justifier⁴⁰⁶.

463. D'autres auteurs ont proposé de considérer que le destinataire, en recevant le connaissement ou en prenant livraison de la marchandise, adhère implicitement au contrat de transport⁴⁰⁷. Il a même été proposé que le destinataire est une partie au contrat de transport dès sa conclusion⁴⁰⁸. Toutefois, si l'on considère le destinataire comme partie au contrat de transport, comment expliquer que certaines clauses contenues dans ce contrat - telle que la clause attributive de juridiction - ne lui soient pas applicables ?⁴⁰⁹

464. Selon Ripert, le droit du destinataire peut se justifier si on considère le connaissement comme l'instrument de la possession de la marchandise. Selon la théorie de la possession, l'élément corporel de la possession, le *corpus*, peut se dissocier de son élément psychologique, l'*animus*. Si le transporteur dispose du *corpus*, le destinataire, muni du connaissement, dispose de l'*animus*⁴¹⁰. Cependant cette explication devrait avoir pour résultat de rendre l'action du destinataire contre le transporteur en livraison de la marchandise une action réelle ; ce qui est en contradiction avec une jurisprudence constante qui considère que l'action du destinataire contre le transporteur est une action contractuelle qui trouve son origine dans le contrat de transport⁴¹¹.

404 Com., 6 octobre 1992, *Bull.civ.* IV n°300.

405 A.La-Rizza, *L'assurance et les tiers, variations sur le thème de la complexité des relations contractuelles*, thèse de Doctorat en Droit à l'Université Lyon III Jean Moulin, 2002, p. 519.

406 Ph. Delebecque, « Le destinataire de la marchandise : tiers ou partie au contrat de transport ? », op. cit.

407 Voir par exemple: El-Ahdab, op. cit., p. 530s.; A.Kpoahoun Amouso, op. cit., p. 294.

408 M. Remond-Gouilloud, « Ballade en règlement 44/2001 : de la détermination de la nature du contrat de transport aux conditions d'opposabilité de la clause de juridiction », *DMF*, 1er septembre 2012, n°736, p. 722.

409 Ph. Delebecque, « Le destinataire de la marchandise : tiers ou partie au contrat de transport ? », op. cit.

410 M. Remond-Gouilloud, *Droit Maritime*, Editions A. Pedone, 2ème édition, 1993, p. 355.

411 Civ 1ère, 12 juillet 2001, n°98-21591, *Bull.civ.* 2001, I, n° 224 p. 140, Com., 1er février 1955, précité.

465. Les trois explications avancées par la doctrine ne sont donc pas satisfaisantes pour justifier l'action du destinataire contre le transporteur. Nous pensons que cette action peut trouver son fondement dans une convention, implicite mais nécessaire, occultée par la doctrine et la jurisprudence : la cession de créance consentie par le chargeur au destinataire.

b-L'action du destinataire contre le transporteur expliquée par une cession de créance qui lui est consentie par le chargeur

466. Selon Mme Remond-Gouilloud, le connaissement remplit trois fonctions : premièrement, il s'agit d'un document qui sert de preuve de l'existence et du contenu du contrat de transport. Deuxièmement, lorsqu'il est émis par le transporteur et qu'il le donne au chargeur, il sert de preuve que ce premier a reçu la marchandise, telle qu'elle est décrite dans le connaissement. Troisièmement, il sert de titre représentatif de la marchandise⁴¹². C'est sur ce troisième point que nous voulons nous attarder. Rappelons l'objection que nous avons formulée contre la thèse de Ripert : l'action du destinataire contre le transporteur est une action contractuelle et non pas réelle⁴¹³. Il s'ensuit qu'on ne peut pas baser l'action du destinataire sur la seule possession de la marchandise. Pour être plus exact, nous devons donc reformuler cette troisième fonction : le connaissement emporte un engagement contractuel incombant au transporteur de livrer la marchandise. En transmettant le connaissement au destinataire, le chargeur cède cette « créance de livraison » au destinataire. Dans le cadre de cette fonction, le connaissement se rapproche de la lettre de change dans la mesure où il constitue un titre négociable servant à transmettre une créance. Il s'en distingue pourtant par plusieurs points fondamentaux, le plus important étant que la lettre de change, comme tous les effets de commerce, ne peut

412M. Remond-Gouilloud, *DMF* op. cit., p. 350s.

413 Voir *supra* n°464.

porter que sur une obligation de somme d'argent⁴¹⁴, tandis que le connaissement comporte dans notre hypothèse la transmission d'une obligation de faire au profit du cessionnaire.

467. Cette cession de créance est à même de justifier le droit du destinataire d'agir contre le transporteur maritime. Elle permet aussi d'expliquer que cette créance trouve sa source dans le contrat du transport et que l'action du destinataire soit donc contractuelle. Cette notion justifie également que certaines clauses du contrat de transport soient transmises au destinataire ou au tiers porteur du connaissement, d'autres non : celles qui servent d'accessoire à la créance sont transmises, les autres ne le sont pas⁴¹⁵. La cession de créance pourrait aussi justifier la jurisprudence qui refuse d'étendre l'effet de la clause attributive de juridiction au destinataire au motif qu'elle n'avait pas été signée par le chargeur⁴¹⁶ : en toute logique si cette clause n'a jamais intégré le « patrimoine » du chargeur, elle ne pourrait être cédée par lui au destinataire. Enfin, le mécanisme de la cession de créance est, de notre point de vue, le plus adapté au connaissement en tant qu'instrument négociable.

468. Nous préférons la notion de cession de créance à celle de cession de contrat⁴¹⁷ pour trois raisons. Premièrement, la cession de créance n'interdit pas la survie de certains des effets contractuels entre le transporteur et le chargeur, notamment l'obligation de payer la rémunération du transporteur, si elle n'a pas été payée intégralement à l'avance. Deuxièmement, la survie du contrat de transport entre les mains du chargeur est à même d'expliquer la jurisprudence qui admet que ce dernier peut toujours agir contre le transporteur s'il a supporté les frais de réparation du matériel endommagé⁴¹⁸. Troisièmement, et c'est là le point essentiel, c'est que la cession de créance – contrairement à la cession de contrat – permet de justifier que la clause attributive de

414M. Jeantin, P. Le Cannu, *Droit commercial, Instruments de paiement et de crédit, Entreprises en difficulté*, Dalloz, 5^{ème} édition, 1999., p. 139.

415E. Cashin-Ranieri, *Les cessions contractuelles de créances de sommes d'argent dans les relations civiles et commerciales franco-allemandes*, LGDJ, 2001, p.339s.

416 CA Aix-en-Provence, 10 janvier 2001, navire An He, DMF, 2001.

417 Pascal Ancel distingue nettement entre la cession d'une créance et la cession d'un contrat. Pour lui, la cession de contrat n'est pas une simple addition de cessions de créances et de dettes. Elle comporte aussi transfert de toute la force obligatoire du contrat, et pas seulement ses effets obligationnels.

418 Cass. Ass. Plén., 22 décembre 1989, n°88-10979, *Bull.civ.* 1989 A.P. n° 4 p. 9, DMF, 90, 29 note Bonassies ; *B.T.* 90, 155, obs.Remond-Gouilloud.

juridiction contenue dans le contrat de transport ne soit pas opposable au tiers porteur du connaissement⁴¹⁹.

469. Nous réservons pourtant la qualification de cession de contrat dans une hypothèse : lorsque le destinataire prend à sa charge l'obligation de payer le transporteur. Dans ce cas en effet la qualification de cession de créance ne pourrait pas donner de fondement juridique à cette obligation. Pour donner une base légale à l'obligation de payer le transporteur, on devrait considérer que le contrat de transport a été cédé au destinataire. Mais pour que la solution soit cohérente, il faut que la clause attributive de juridiction (et toute autre clause contenue dans le connaissement) soit dans ce cas opposable au destinataire, à condition bien entendu qu'il ait signé le connaissement.

Une fois que nous avons admis l'existence de cette cession implicite de la créance de livraison (ou d'une cession de contrat), nous pouvons en déduire que l'opération de transport maritime constitue un ensemble contractuel.

c-L'ensemble contractuel formé par l'opération de transport maritime

470. Afin de trancher si l'opération de transport maritime forme un ensemble contractuel, il convient de mettre en œuvre les trois étapes du raisonnement que nous avons retenu pour la qualification de l'ensemble contractuel.

Sur l'existence d'une opération d'ensemble, cette opération peut être caractérisée, de la part du vendeur, par l'exportation d'un bien. L'économie des trois conventions, le contrat de vente, le contrat de transport et la convention de cession de créance(ou cession de contrat selon les cas) résident, pour le vendeur, dans la réalisation de cette opération d'ensemble. Enfin, pour l'acheteur, ces trois mêmes contrats ont une même raison d'être économique : l'importation du bien. Les trois contrats, appréciés du côté de l'acheteur, sont donc interdépendants. Si les trois contrats participent, au regard du vendeur, à une même opération d'ensemble et qu'ils sont interdépendants du côté de l'acheteur, nous pouvons en conclure qu'ils forment un ensemble contractuel

419 Voir *infra* n°714.

L'analyse du contrat de transport routier présente de grandes similitudes avec le contrat de transport maritime.

2-Le lien contractuel entre toutes les parties prenantes dans le transport routier

471. On peut parfaitement faire le parallèle entre la structure de l'opération de transport routier et celle du transport maritime. L'expéditeur – ou comme il arrive souvent en pratique son commissionnaire - a recours au service du voiturier pour transporter la marchandise à un destinataire (qui peut être aussi l'expéditeur lui-même). Le connaissement est remplacé par un autre document intitulé *lettre de voiture*. Mais à la différence du droit maritime, le législateur a coupé court à tout débat doctrinal pour le transport routier, puisqu'il prévu expressément que le destinataire est contractuellement lié au voiturier⁴²⁰. Malgré cette différence entre le traitement que le législateur a accordé au transport maritime et à celui qu'il a donné au transport routier, les solutions jurisprudentielles dans les deux domaines sont identiques.

B-Exposé de la jurisprudence sur l'extension des clauses du contrat de transport au destinataire

472. Un contentieux classique du droit du transport touche à l'extension d'une clause attributive de juridiction contenue dans un connaissement au destinataire en droit maritime. Mais d'autres clauses font aussi parfois l'objet d'une extension au destinataire, aussi bien dans l'opération de transport routier que dans celui du transport maritime.

420 L'article L. 132-8 du code de commerce dispose que : « La lettre de voiture forme un contrat entre l'expéditeur, le voiturier et le destinataire ou entre l'expéditeur, le voiturier, le commissionnaire et le destinataire. ».

1-Le contentieux de l'extension de la clause attributive de juridiction contenue dans un connaissement au destinataire de la marchandise

473. Il est très courant dans la pratique du droit maritime d'insérer des clauses désignant le for compétent à l'échelle internationale. Mais il arrive aussi, surtout lorsque les opérateurs sont tous de même nationalité, que les connaissements contiennent des clauses désignant la juridiction compétente à l'échelle nationale. Dans les deux cas se pose la question de savoir si la clause est opposable au destinataire de la marchandise.

a-L'inopposabilité de la clause attributive de juridiction interne au destinataire

474. Le commerce maritime étant essentiellement un domaine d'échanges internationaux, la clause attributive de juridiction interne est une hypothèse relativement rare en pratique. Néanmoins, quand la jurisprudence est confrontée à une telle clause dans le connaissement, elle refuse de le rendre opposable au destinataire, même si celui-ci a signé le connaissement⁴²¹. Sous le visa de l'article 1134, la Cour de cassation refuse d'admettre que le destinataire soit lié par la clause tant qu'il n'y pas spécialement consenti.

475. Cette même solution a été adoptée dans le domaine du transport routier⁴²². L'adoption de la même solution en droit du transport routier est curieuse, dans la mesure où le destinataire est considéré par la loi comme partie à la lettre de voiture. La motivation est semblable à celle des arrêts rendus en matière de transport maritime, mais la cour y ajoute que la clause attributive de juridiction ne fait pas partie de « l'économie du contrat » de transport : « *Mais attendu que le consentement du destinataire au contrat de transport ne*

421 Com., 8 décembre 1998, n°96-17913, inédit et Com., 25 juin 2002, n° 99-14761, *Bull.civ.* IV n°111 p.119.

422 Com., 4 janvier 2005, n°03-17677, *Bull.civ.* 2005 IV n° 5 p. 4.

s'étend pas à la clause attributive de compétence qui, insérée dans la lettre de voiture, ne fait pas partie de l'économie du contrat et doit être acceptée par lui ;»⁴²³.

Malgré que le texte applicable pour la clause attributive de juridiction internationale soit différent, la solution est toujours la même.

b-L'hésitation de la jurisprudence à propos de l'opposabilité de la clause attributive de juridiction internationale

476. Le premier réflexe du juge quand il est confronté à une clause attributive de juridiction internationale est de vérifier quelle est la loi applicable au regard de la Convention de Rome du 19 juin 1980. Si la loi française ou la loi d'un autre Etat membre de l'Union européenne est applicable, le juge français applique l'article 23 du règlement n° 44/2001 DU Conseil de l'Europe du 22 décembre 2000, dit règlement Bruxelles I. Par souci d'assurer un véritable consentement à la clause attributive de juridiction de la part des deux parties, le premier paragraphe de l'article définit les différentes formes que peuvent prendre l'expression de l'acceptation de la clause attributive de juridiction:

« Si les parties, dont l'une au moins a son domicile sur le territoire d'un Etat membre pour connaître des différends nés ou à naître à l'occasion d'un rapport de droit déterminé, ce tribunal ou les tribunaux de cet Etat membre sont compétents. Cette compétence est exclusive, sauf convention contraire des parties. Cette convention attributive de juridiction est conclue :

a) par écrit ou verbalement avec confirmation écrite, ou

b) sous une forme qui soit conforme aux habitudes que les parties ont établies entre elles, ou

c) dans le commerce international, sous une forme qui soit conforme à un usage dont les parties avaient connaissance ou étaient censées avoir connaissance et qui est largement

423Com., 4 janvier 2005, précité note précédente.

connu et régulièrement observé dans ce type de commerce par les parties à des contrats du même type dans la branche commerciale considérée.. »

Sur la base de cet article, la Cour de cassation applique une solution identique à celle qu'elle applique pour la clause attributive de juridiction interne⁴²⁴.

477. La jurisprudence est également assez stricte quant à l'appréciation du consentement du chargeur d'être lié par une clause attributive de juridiction contenue dans le connaissement, exigeant que sa signature apparaisse sur le connaissement⁴²⁵, malgré que le Règlement Bruxelles I n'exige pas cette condition pour établir l'acceptation de la clause par le chargeur⁴²⁶.

478. La Cour de justice des communautés européennes a interprété l'article 23 dans son fameux arrêt *Coreck Maritime* du 9 novembre 2000⁴²⁷ : «.....c'est au droit national applicable qu'il revient de déterminer si le tiers au contrat initial, à l'encontre duquel est invoquée une clause attributive de juridiction, a succédé à l'une des parties originaires dans ses droits et obligations. Si tel est le cas, le consentement du tiers à la clause attributive de juridiction insérée dans le contrat initial n'a pas à être vérifié. En effet, dans cette hypothèse, l'acquisition du connaissement ne saurait conférer au tiers porteur davantage de droits que n'en détenait le chargeur. Le tiers porteur devient ainsi titulaire à la fois de tous les droits et de toutes les obligations figurant dans le connaissement, y compris celles relatives à la prorogation de compétence (arrêt *Tilly Russ*, précité, point 25). En revanche, si, en vertu du droit national applicable, le tiers au contrat initial n'a pas succédé à l'une des parties originaires dans ses droits et obligations, il appartient à la juridiction saisie de vérifier, au regard des exigences énoncées par l'article 17, premier alinéa, de la convention, la réalité de son consentement à la clause attributive de juridiction invoquée à son encontre. »

424 Cass.Com., 26 mai 1992, n° 90-17352, *Bull.civ.*1992 IV n° 210 p. 146 ; Com., 29 novembre 1994, n°92-19987, *DMF* 1994 p. 209 note Bonassies ; Com., 16 octobre 2001 n°98-13062 ; inédit ; Com., 4 mars 2003, n°01-01043, *Bull.civ.* 2003 IV, n° 33 p. 39, *JCP* 2004, II, 10071 note Sinay-Citermann

425 Com., 9 juillet 1991, n°89-21.680, navire *Gina's*, NPT, *DMF* 1992, 665 ; Com., 7 juillet 1992, n°90-13.721, navire *Westerland*, *Bull.civ.* IV n°267, CA Versailles, 31 mai 2001, *BTL* 2001.728 ; CA Rouen, 13 novembre 2001, navire *Nicole*, *DMF* 2002, 522, note P. Pestel-Debord.

426 Voir *supra* n°476.

427 CJCE, 9 novembre 2000, *Coreck Maritime*, aff. C-387/98, *Rev. crit. DIP* 2001, p. 374, note 23, obs. Delebecque, *RTD com.*, 2001, p. 307, note Lagarde p. 291.

La doctrine a pu tirer de cet arrêt deux étapes que le juge doit suivre lorsqu'il est saisi d'une question d'opposabilité d'une clause attributive de juridiction à un destinataire : D'abord, le juge doit trancher si, en application de la loi régissant le contrat de transport, la clause a été transmise au destinataire. Si c'est le cas, il devient inutile de vérifier le consentement du destinataire. Sinon, le juge doit vérifier si le destinataire a exprimé son consentement à la clause par l'un des moyens prévus par l'article 23 du règlement Bruxelles I⁴²⁸. Cette approche à deux échelons ne cause pas de difficulté particulière à l'opposabilité de la clause attributive de juridiction – les méthodes d'appréciation du consentement sont même caractérisées par certains auteurs comme très souples⁴²⁹ - elle est néanmoins critiquée pour sa complexité qui se trouve, au demeurant, difficile à justifier⁴³⁰.

479. Malgré ces critiques, la jurisprudence de la première chambre civile⁴³¹, suivie par les juridictions d'appel⁴³², a suivi, à la lettre près, la méthode de la Cour de justice de l'Union européenne. Pendant un certain temps, la chambre commerciale, plus sensible aux critiques de la doctrine, avait opté à trancher la question de l'opposabilité de la clause attributive de juridiction par la méthode de la règle matérielle⁴³³. Mais cette divergence entre les deux chambres a pris fin depuis l'arrêt de la chambre commerciale du 4 décembre 2003⁴³⁴ qui a consacré la méthode de la Cour de justice des communautés européennes. Ce dernier arrêt semble désormais tracer la ligne de la jurisprudence de la chambre commerciale, puisqu'il a été suivi par un autre arrêt dans le même sens⁴³⁵.

428 C.Legros, « Opposabilité au tiers des clauses attributives de juridiction contenues dans des connaissements maritimes », *JCP ed. E*, 15 octobre 2009, n°42.

429 C. Legros, op.cit ; Ph. Delebecque, « Opposabilité des clauses de compétence au destinataire : la cause semble entendue », *DMF*, mars 2012, p. 246 ;

430 Op. cit.

431 Civ 1ère, 16 décembre 2008, n°07-18 834, *DMF*, 2009, p. 124 rapport conseiller Protocoki, obs. Ph. Delebecque ; Civ 1ère, 12 juillet 2001., n°98-21591, *Bull.civ.* 2001 I n° 224 p. 140.

432 CA Aix-en-Provence (2ème ch.), 9 novembre 2011, n°10.22956 et 10.22960 (deux arrêts identiques), *DMF* mars 2012, p.246 obs. Delebecque ; CA Aix-en-Provence (8ème ch.), 7 septembre 2011, Navire Delmas Mascareignes, *DMF* mars 2012, p.252obs. Delebecque .

433 Com., 18 octobre 1994, *Bull.civ.*, IV, n°308.; Com., 27 mai 1997, *JCP ed. G* 1997, IV n°1525 ; *DMF* 1997, p. 723, note Nicolas ; Com, 25 novembre 1997, *Bull.civ* IV n°310 , *Rev. crit. DIP* 1998, p. 98, rapp. Rémy ; Com. 8 décembre 1998, *Rev. crit. DIP* 1999, p. 536 note Pataut , *DMF* 1999, p. 1007, rapp. Rémy, note Nicolas.

434 Cass.Com., 4 mars 2003, Société Hapag Lioyd Container Linie GmbH c/ Compagnie La Réunion Européenne, *Bull.civ.*, IV, n°33 ; *JCP ed.G* 2003, IV, n°1786 ; *Rev. Crit. DIP*, 2003, p. 285, obs. Lagarde, *Petites affiches*, , 28 octobre 2003, n°215 p. 8, note Legros.

435 Com., 16 décembre 2008, n°08-1 0460, *Bull.civ* 2008, IV, n° 215, *DMF* 2001. 197.

480. Cette approche démontre que dans l'esprit de la CJCE et de la Cour de cassation, l'opposabilité de la clause attributive de juridiction au destinataire ne peut résulter que de l'une des deux raisons : soit que la clause attributive de juridiction lui soit transmise par un mécanisme de succession légale, soit que celui-ci a adhéré, expressément ou implicitement à la clause attributive de juridiction (pour dire les choses selon le schéma que nous avons dessiné pour l'opération du transport maritime, dans ce cas la clause attributive de juridiction serait intégrée, par l'acceptation du destinataire, dans la cession de créance que le chargeur lui a consenti avec le connaissement). Dans les deux cas (transmission de plein droit ou adhésion), l'existence d'un ensemble contractuel en droit maritime semble indifférente pour les deux cours. Cette indifférence est encore accentuée par le fait que la question de l'opposabilité de la clause attributive de juridiction soit réglée de la même manière pour le destinataire direct, cocontractant du chargeur (qui est membre de l'ensemble contractuel formé par le contrat de vente, le contrat de transport et la cession de créance) et pour le tiers auquel le destinataire originaire a transmis le connaissement (qui n'est pas membre de cet ensemble contractuel).

L'analyse de la jurisprudence sur l'opposabilité des clauses attributives de juridiction interne et internationale nous conduit à déduire des remarques générales qui sont valides pour le sort de ces deux types de clauses en droit maritime.

c-Remarques générales sur le sort des clauses attributives de juridiction interne et internationale en droit maritime

481. L'adoption d'une solution identique en droit du transport routier, ainsi que l'appréciation stricte du consentement du chargeur, nous laissent penser que la question de l'opposabilité de la clause attributive de juridiction contenue dans le connaissement, qu'elle soit interne ou internationale, ne relève pas uniquement du problème d'extension *rationae personae* au destinataire. En réalité, la question de l'opposabilité de la clause attributive de juridiction au destinataire est particulièrement complexe parce qu'elle recouvre deux problèmes distincts. Le premier concerne la vérification de l'acceptation des clauses du connaissement, de la part, non seulement du destinataire, mais également

du chargeur (et dans le transport routier, une question semblable se pose pour le destinataire qui est pourtant bel et bien partie au contrat de transport). Le contrat de transport est un contrat caractérisé par un fort déséquilibre économique au profit du transporteur⁴³⁶, et c'est lui qui rédige presque toujours le connaissement (ou la lettre de voiture). La jurisprudence est donc particulièrement exigeante quant à l'appréciation du consentement du chargeur et du destinataire aux différentes clauses du connaissement ou de la lettre de voiture, surtout lorsqu'ils sont profanes⁴³⁷. Les situations du chargeur et du destinataire se distinguent pourtant par le fait que pour le premier la clause attributive de juridiction ne lui est opposable que s'il a signé le connaissement, ou s'il est un professionnel et qu'il connaît l'usage des clauses attributives de juridiction en droit maritime⁴³⁸. Pour le deuxième, la clause ne lui est opposable que s'il y a exprimé un consentement spécial de la clause, qui ne se limite pas à la signature en bas du connaissement. Cette distinction nous conduit au deuxième problème, qui ne concerne que le destinataire en transport maritime à l'exclusion du chargeur et du destinataire en transport routier. Même si l'on peut assumer que le destinataire a bien connu la clause et qu'il y a exprimé son consentement, on doit se demander à quel titre la clause peut lui être opposable puisqu'il reste tiers au contrat de transport. Nous reviendrons sur cette question dans la deuxième partie.

D'autres clauses font parfois l'objet d'une extension (ou d'un refus d'extension) au sein des contrats de transport, routiers et maritimes.

2-Autres cas d'extension de clauses au sein des contrats de transport

482. Dans un arrêt du 3 octobre 2002, la Cour d'appel de Paris a admis que la clause limitative de responsabilité était opposable au destinataire de la marchandise agissant –

436A. Vialard, *Droit maritime*, PUF, 1997, p. 374.

437 Voir par contre les arrêts de la Cour d'appel de Paris (pôle 5, ch.1), 12 septembre 2012, *Navire Humbolt Express*, n°10-24770, *DMF* 2012 n°743 p.26, obs. Ch.Bernardot et de la Cour d'appel de Versailles du 27 janvier 2011, *DMF* mai 2012. 736, qui admettent que la clause attributive de juridiction contenue dans le connaissement est applicable au chargeur lorsque celui-ci est un professionnel et qu'il a connaissance de l'usage des clauses attributives de juridiction dans les connaissements, cette clause lui est opposable.

438 Voir note précitée.

dans le cadre d'un transport routier - contre le voiturier, au motif que le destinataire était « partie au contrat de transport global dès l'origine »⁴³⁹. Cette solution se justifie parfaitement en droit du transport routier, la loi prévoyant expressément que le destinataire est partie à la lettre de voiture. Mais il n'est pas sûr qu'elle puisse être transposée en droit maritime, vu que la qualité du destinataire (tiers ou partie au contrat de transport ?) fait toujours l'objet d'un débat.

483. La chambre commerciale de la Cour de cassation a également été confrontée à la question de « l'opposabilité » de la clause limitative de responsabilité, mais à deux différences près. Premièrement, il s'agissait d'un litige de droit maritime. Deuxièmement, la question posée devant la cour était de déterminer l'effet de la clause limitative de responsabilité contenue dans un connaissement à l'égard du chargeur. La cour refusa d'appliquer la clause à son égard au motif que le chargeur n'avait pas signé le connaissement et qu'il n'avait donc pas accepté la clause⁴⁴⁰. On peut voir ici la même problématique que la jurisprudence rencontre à l'occasion de l'extension de l'effet de la clause attributive de juridiction : la difficulté de prouver l'acceptation des clauses qui se trouvent dans le connaissement.

484. Dans un arrêt ultérieur, la jurisprudence a pourtant admis qu'une clause limitative de prescription prévue dans les conditions générales du transporteur était applicable au chargeur⁴⁴¹. Il est difficile d'admettre que les clauses figurant au connaissement ne soient pas acceptées par le chargeur, tandis que les clauses figurant aux conditions générales – dont il n'en a probablement pas connaissance – soient considérées comme consenties par le chargeur.

485. Dans un litige relatif à l'opposabilité de la clause attributive de juridiction à l'encontre du destinataire, la Cour de cassation a décidé d'appliquer la loi de Singapour, qui était prévue comme loi applicable par une clause du connaissement⁴⁴². La Cour motive

439 CA Paris, 3 octobre 2002, (RG n°2000/10863) cité par Erice Chevrier dans son article « La clause attributive de compétence ne se transporte pas...sans acceptation du destinataire », *Recueil Dalloz Sirey*, 2005 (1), p. 214.

440 Com., 9 novembre 1993, n° 91-11643, *Bull.civ.* 1993 IV n° 397 p. 288 ; *DMF*, 1994.116, note A. Lebayon.

441 Com., 12 juillet 2004, n°03-10547 03-10891, *Bull.civ.* 2004 IV n° 162 p. 174

442 Civ 1ère, 12 juillet 2001, précité note 411.

simplement sa décision par le fait que « *la détermination des effets du connaissement à l'égard du destinataire de la marchandise s'effectuait selon la loi applicable au contrat de transport.* ». La cour rend ainsi, implicitement mais nécessairement, la clause de choix de loi opposable à l'égard du destinataire.

486. Trois arrêts ont été rendus à propos de l'opposabilité de la clause compromissoire dans le cadre du transport maritime. Dans un premier arrêt, la cour d'appel de Rouen a refusé d'appliquer une clause compromissoire contenue dans un connaissement au chargeur, alors même que celui-ci avait rempli les rubriques du connaissement⁴⁴³. La cour justifie sa décision en relevant que cet élément de fait permet de présumer que le chargeur avait connaissance de la clause compromissoire contenue dans le connaissement, mais non pas qu'il l'ait acceptée. Nous pensons qu'une telle solution est excessivement protectrice du chargeur. Si celui-ci a pris connaissance de l'existence d'une clause compromissoire au sein du connaissement, il pouvait, s'il n'y avait pas consentie, marquer sa réserve par écrit sur le document, ou la barrer tout simplement. Dans une autre affaire, la Cour de cassation a confirmé l'arrêt de la cour d'appel en ce qu'il a fait application du principe compétence de la compétence pour la question de l'opposabilité de la clause compromissoire au destinataire. L'arrêt souligne les éléments retenus par la cour d'appel pour faire application à ce principe : l'arrêt d'appel retient que les connaissements⁴⁴⁴ « permettent de déterminer le pays, la ville, la procédure de désignation et le droit applicable concernant l'arbitrage » et que « les destinataires ont pu avoir connaissance de la clause dès le déchargement et les expertises contradictoires »⁴⁴⁵. Il s'ensuit que la Cour de cassation ne considère pas que la clause compromissoire soit « manifestement inapplicable » à l'égard du destinataire.

443 CA Rouen, 12 octobre 1992, navire Hyundai-commander, DMF 1993.480, cité par M. .Kpoahoun Amouso dans son ouvrage *Les clauses attributives de juridictions dans le transport maritime de marchandises*, précité, p.273.

444 Il s'agissait en l'espèce d'un contrat de transport à plusieurs destinations, chaque destination de transport nécessitant un connaissement différent.

445 Civ 1ère, 22 novembre 2005, n°03-10087, *Bull.civ.* 2005 I n° 420 p. 351.

487. Dans une troisième affaire, concernant un contrat mixte, comportant affrètement à l'égard de l'affréteur⁴⁴⁶ et transport maritime à l'égard du destinataire⁴⁴⁷, la Cour de cassation a été confrontée à une situation très particulière. Suite à des avaries ayant apparu dans la marchandise, le destinataire avait cédé ses droits sur la marchandise à l'affréteur. Celui-ci cumulait donc à la fois la qualité d'affréteur et de cessionnaire de la créance de livraison de la marchandise. La charte-partie contenait une clause compromissoire. L'affréteur assigna le transporteur en dommage-intérêt devant le tribunal de commerce de Boulogne. Le transporteur souleva naturellement l'exception d'incompétence sur la base de la clause compromissoire contenue dans la charte-partie. Le tribunal de commerce rejeta l'exception, mais la cour d'appel de Douai infirma l'arrêt et accueillit l'exception d'incompétence. L'affréteur forma un pourvoi en cassation, en soutenant notamment que la clause compromissoire était inopposable au destinataire faute d'avoir été acceptée par lui, et qu'il en résultait qu'elle ne pouvait être opposée à son cessionnaire, qui était en l'occurrence l'affréteur. La Cour de cassation rejeta le pourvoi au motif que « seul le tiers porteur du connaissement pouvant se prévaloir de l'inopposabilité des exceptions »⁴⁴⁸. Plusieurs remarques peuvent être faites à propos de cet arrêt. Premièrement, la cour aurait pu se contenter de retenir le principe de compétence de la compétence. Puisqu'une clause compromissoire figure dans la charte-partie à laquelle l'affréteur est partie, on peut

446 Le contrat d'affrètement se distingue du contrat de transport maritime par le fait que le propriétaire du navire (appelé fréteur) met à la disposition d'une autre personne (appelée affréteur) une partie du navire afin que ce dernier puisse y transporter des marchandises. Le contrat est constaté par un document appelé charte-partie qui joue quasiment le même rôle que le connaissement dans le contrat de transport maritime. La distinction entre les deux contrats (d'affrètement et de transport maritime) n'est pas évidente. La doctrine s'accorde à reconnaître deux critères principaux. Premièrement, que le contrat de transport porte sur une marchandise tandis que le contrat d'affrètement porte sur un navire. Le deuxième critère, celui qui nous intéresse dans la présente étude, porte sur la négociabilité du contrat et le rapport de force qui en découle. Tandis que le contrat de transport maritime est un contrat d'adhésion (le transporteur étant bien entendu la partie forte), le contrat d'affrètement est un contrat de gré à gré. Il est donc normal que la jurisprudence soit plus souple quant à l'appréciation du consentement de l'affréteur aux clauses du contrat d'affrètement, que du consentement du chargeur dans le contrat de transport maritime.

447 Il arrive dans certains cas, comme en l'espèce, qu'un affréteur conclut un contrat d'affrètement avec le propriétaire du navire incorporé par une charte-partie, mais que celui-ci émette également un connaissement, qui pourra être transmise ultérieurement au destinataire. Dans ce cas les relations entre le fréteur et l'affréteur seront gouvernées par les règles qui régissent le contrat d'affrètement, et les relations entre l'affréteur (qui est alors aussi un chargeur) et le destinataire seront régies par les règles applicables au contrat de transport maritime.

448 Civ 1ère, 16 mars 2004, n°01-12493, *Bull.civ.*, n°2004 I n° 82 p. 66, *Revue de droit commercial, maritime, aérien et des transports*, juillet-août-septembre 2003, n°3, p. 101 obs. O. Cachard.

déduire du moins qu'il n'y a pas d'inapplicabilité manifeste de la clause compromissoire. L'arrêt ne l'a curieusement pas relevé, préférant trancher au fond la question de l'extension de la clause compromissoire. Deuxièmement, l'arrêt retient expressément que le destinataire porteur de connaissance est un tiers par rapport au contrat conclu entre le chargeur et le propriétaire du navire. La solution serait-elle différente s'il s'agissait d'un contrat de transport et non d'une charte-partie ? Autrement dit, peut-on considérer que le destinataire de la marchandise ait la qualité de partie en présence d'un contrat de transport, et tiers en présence d'un contrat d'affrètement ? Il n'est pas illégitime de le penser. En effet, en présence d'un contrat de transport, l'ensemble des dispositions du contrat sont écrites dans le connaissance, tandis qu'en présence d'un contrat d'affrètement, les dispositions du contrat sont écrites dans la charte-partie, le connaissance ne devient qu'un document servant de titre pour recevoir la marchandise. Il s'ensuit que la qualification donnée au destinataire par cet arrêt ne s'applique pas forcément pour le destinataire au contrat de transport maritime⁴⁴⁹. L'arrêt peut être interprété de deux manières différentes : soit qu'on considère que l'action du chargeur/ affréteur est basée sur la charte-partie et donc que la clause compromissoire lui est opposable en sa qualité d'affréteur et non en sa qualité de cessionnaire ; dans ce cas l'arrêt n'apporterait rien de nouveau : le destinataire ne se trouvait pas lié par la clause compromissoire (comme il ne se trouvait pas lié par la clause attributive de juridiction dans le contrat de transport classique). Soit que l'action du chargeur/ affréteur est basée sur le contrat de transport, dont le destinataire de la marchandise a cédé la créance de livraison de la marchandise. Dans ce cas, la seule différence entre le chargeur/affréteur et le destinataire réside de l'appréciation de la connaissance de la clause. Le fait que le cessionnaire ait participé à la conclusion de la charte-partie fait qu'il lui est impossible de nier qu'il connaissait l'existence et la portée de la clause compromissoire qu'il contient. Cette dernière interprétation aurait nécessairement pour corollaire que la clause compromissoire contenue dans un contrat de transport est de principe opposable au destinataire, une fois que sa connaissance de cette clause est établie. L'apport de l'arrêt dépend donc de l'interprétation qu'on veut lui donner.

449 Pour le débat sur la qualité du destinataire au contrat de transport maritime, voir *supra* n°460s..

488. Le droit des assurances illustre aussi la problématique de l'extension des clauses au sein d'un ensemble contractuel.

II-L'extension *rationae personae* en droit des assurances

489. Le procès des assurances soulève la question de l'extension *rationae personae* des clauses aussi bien dans les litiges invoquant des contrats d'assurances individuels que les litiges d'assurances de groupes.

A-L'extension des clauses au sein d'ensemble contractuel impliquant un contrat d'assurance individuelle

490. Le contrat d'assurance individuelle forme parfois un ensemble contractuel avec d'autres contrats. Il en est ainsi par exemple de l'assurance habitation, qui constitue avec le contrat de location un même ensemble contractuel. Dans l'esprit du locataire, le contrat d'assurance habitation n'a généralement d'autre sens que de lui permettre à louer un appartement ; le contrat de location constitue donc la cause du contrat d'assurance. La jurisprudence du droit des assurances se réfère rarement, sinon jamais, à cet ensemble contractuel, mais certaines de ses décisions peuvent être expliquées par cette notion.

491. L'arrêt du 17 février 1987 de la première chambre civile nous en fournit un exemple⁴⁵⁰. Il s'agissait en l'espèce d'un locataire qui avait conclu un contrat d'assurance dit « multirisque des locaux d'habitation. » qui le garantissait contre le dégât des eaux. Suite à une rupture des canalisations d'eau chaude, l'assuré assigna l'assureur en paiement. Celui-ci souleva l'exception prévue par l'alinéa 2 l'article L. 121-12 alinéa 2 du

450 Civ 1ère, 17 février 1987 n°85-14568, *Bull.civ.* 1987 I n° 57 p. 42..

codes des assurances⁴⁵¹. Le locataire avait en effet consenti dans son contrat de bail une clause qui exonérait le bailleur de toutes réparations autres que les grosses réparations prévues par l'article 606 du code civil ; de cette manière le locataire avait privé l'assureur de tout recours subrogatoire contre le bailleur. La Cour de cassation rejeta ce pourvoi, en relevant que le contrat de bail comportant la clause litigieuse avait été conclu antérieurement au contrat d'assurance et que l'assureur était présumé en avoir pris connaissance. Nous pensons que cette solution ne peut être expliquée par les dispositions du code des assurances. On pourrait sans doute le justifier par l'obligation d'exécuter les conventions de bonne foi, même si l'arrêt ne vise pas l'article 1134 du code civil. Mais on peut voir aussi l'effet, indirect sans doute mais non moins déterminant, de l'ensemble contractuel. Rappelons la condition-clé de l'opposabilité des effets de l'ensemble contractuel à l'égard de ses membres : la connaissance du mobile contractuel lors de la conclusion du contrat. L'ensemble contractuel ne produit d'effets à l'égard de chacun de ses membres que si celui-ci en avait connaissance, lors de la conclusion de son contrat, qu'il trouvait sa cause dans un autre contrat ou dans une opération complexe. Or, c'est précisément cela que retient la Cour de cassation dans son attendu. L'assureur était présumé avoir connaissance du contrat de bail au jour où il a conclu le contrat d'assurances. Il devrait donc s'attendre à ce que son contrat soit influencé par ce contrat de bail, et c'est donc à lui qu'il incombait de connaître les clauses potentiellement problématiques du contrat.

492. Dans une autre affaire, une personne avait loué un chariot élévateur auprès d'une société. Suite à des dommages ayant survenu sur l'engin, la société saisit son assureur qui l'indemnisait du coût des réparations. L'assureur assigna ensuite le locataire qu'il prétendait avoir causé le dommage par un mauvais usage de l'engin. Ce dernier lui opposa une clause contenue dans le contrat d'assurance par laquelle l'assureur avait renoncé à tout recours contre les locataires des engins. L'assureur avança comme défense que le locataire ne pouvait se prévaloir d'une clause contenue dans le contrat d'assurance auquel il n'était

451 « L'assureur peut être déchargé, en tout ou en partie, de sa responsabilité envers l'assuré, quand la subrogation ne peut plus, par le fait de l'assuré, s'opérer en faveur de l'assureur. »

pas partie. La Cour de cassation accueille l'exception soulevée par le locataire⁴⁵². Mais le plus frappant dans cet arrêt c'est qu'au lieu de viser expressément la stipulation pour autrui comme le fait l'arrêt de la cour d'appel, la cour s'est retranchée derrière le principe que les contrats doivent être exécutés de bonne foi. On pourrait sans doute comprendre l'approche de la Cour de cassation par la difficulté de caractériser l'intérêt de la part de l'assuré à prévoir une telle stipulation. Rappelons les limites que nous avons dégagées de l'article 1165 du code civil. Les parties ne peuvent convenir d'office de produire des effets contractuels à l'égard des tiers, que par le mécanisme de la stipulation pour autrui⁴⁵³. Autrement, le contrat ne peut avoir d'effet – positif ou négatif – à l'égard des tiers que par l'intervention du législateur ou de la jurisprudence. Et là encore, l'article 1165 pose une limite : le législateur et la jurisprudence ne peuvent faire incomber d'obligations⁴⁵⁴ à l'égard du tiers. Ils ne peuvent que rendre le contrat *opposable* à l'égard de celui-ci. Maintenant, revenons à notre cas d'espèce. L'arrêt admet que le contrat d'assurance puisse produire des effets à l'égard du locataire qui est tiers par rapport au contrat. Le contrat ne pouvait produire cet effet d'office, c'est donc la jurisprudence qui le lui a reconnu. Ensuite il convient de vérifier si cette stipulation (la renonciation au recours) constitue ou non une obligation. Sur les cinq éléments caractéristiques de l'obligation que nous avons déjà évoqué⁴⁵⁵, il ya un qui fait défaut : la clause de renonciation à recours n'est pas susceptible d'exécution forcée ; elle est sanctionnée par une fin de non-recevoir, qui ne peut être assimilée à l'exécution forcée⁴⁵⁶. La renonciation au recours contre les locataires ne constitue donc pas une obligation ; il s'ensuit que la jurisprudence peut valablement étendre son effet à un tiers puisqu'il ne s'agit là que d'opposabilité.

493. Mais si cette opposabilité est valable, il convient ensuite de se demander sur quel fondement ; l'opposabilité n'étant qu'une notion descriptive comme nous l'avons déjà

452Civ 1ère, 27 février 1990, n° 87-20017, *Rev.gen.ass.terr.* 1990, p. 334 note R. Maurice.

453 Voir *supra* n°402s.

454 Voir *supra* sur le sens précis du terme « obligation » n°355s.

455 Voir *supra* n°358s.

456 Voir *infra* n°867.

démontré⁴⁵⁷. C'est là que vient le rôle de la notion de « bonne foi » visée par l'arrêt, ainsi que de l'ensemble contractuel. Nous pensons que les deux notions, de bonne foi et d'ensemble contractuel sont complémentaires pour aboutir à l'opposabilité d'une certaine disposition du contrat d'assurance au locataire de l'engin.

494. Pour caractériser l'ensemble contractuel en l'espèce, il convient d'abord de se placer du côté de la société qui loue les chariots. La société exploite une activité de location des chariots élévateurs. Voici donc l'opération d'ensemble. Le contrat de location conclu avec le particulier fait partie de l'exercice cette activité. De même, le contrat d'assurance a pour objectif de permettre à la société d'exercer cette activité. Les deux contrats contribuent donc, pour la société, à la réalisation d'une même opération d'ensemble. Un lien de dépendance peut également être observé au regard de l'assureur, entre le contrat d'assurance et les contrats de location conclus par la société. Si ce lien n'était pas constaté, la clause de renonciation de recours n'aurait aucune raison d'être. La clause prouve que le risque que l'assureur avait l'intention de couvrir dans le contrat est celui qui provient de l'usage des locataires, sinon il n'aurait pas été utile de prévoir que l'assureur renonce à son droit d'action contre ces derniers. Dans l'esprit de l'assureur, le contrat d'assurance et les contrats de location sont donc indissociables. Si les deux contrats forment une opération d'ensemble pour l'un des membres, et qu'ils sont liés au regard d'un autre membre de l'ensemble, nous pouvons donc retenir l'existence d'un ensemble contractuel en l'espèce.

495. . La « bonne foi » est certainement en question dans cette affaire – l'assureur ne peut pas prévoir une telle stipulation dans le contrat et refuser ensuite de la mettre en œuvre sans être de mauvaise foi - mais c'est une notion qui n'a pas de contours bien précis. L'ensemble contractuel formé par les deux contrats permet de préciser le sens qu'il faut donner à la « bonne foi » en l'espèce. L'assureur, en prévoyant une telle stipulation dans son contrat d'assurance, devait savoir que son assuré avait l'intention de louer son matériel à des tiers. Pour être de bonne foi, il devrait s'attendre à ce que son contrat produise des effets envers les autres membres de l'ensemble contractuel.

457 Voir *supra* n°414.

496. Dans ces deux arrêts, nous avons eu l'occasion de voir le rôle complémentaire de l'ensemble contractuel et de l'obligation de bonne foi. La notion de bonne foi permet de donner une base légale à la solution (article 1134 alinéa 3), mais elle souffre de son imprécision. L'ensemble contractuel, notion qu'on peut définir avec plus de précision, permet de tracer les contours de la bonne foi. Ces deux concepts justifient ensemble l'opposabilité de certaines clauses.

L'assurance de groupe constitue aussi l'un des domaines où l'on retrouve souvent la question de l'extension *rationae personae* de certaines clauses.

B-L'extension de clauses au sein d'un ensemble contractuel dans l'assurance de groupe

497. Avant d'aborder quelques arrêts relatifs à l'extension *rationae personae* au sein des ensembles contractuels d'assurance de groupe, nous mettrons d'abord le doigt sur la complexité de ces ensembles contractuels.

1-La complexité des ensembles contractuels d'assurance de groupe

498. L'assurance de groupe est une opération par laquelle un souscripteur, généralement un professionnel, conclut un contrat avec une société d'assurance, en vue d'assurer ses clients contre les risques inhérents au service qui leur est offert par le souscripteur. Le souscripteur offre ensuite à ses clients d'adhérer à ce contrat d'assurance. Si le client accepte, le souscripteur lui remet une notice d'information comprenant toutes les données nécessaires quant aux droits et aux obligations du client adhérent.

499. L'article L. 141-6 instaure un mandat de plein droit de l'assureur au profit du souscripteur, afin de le représenter auprès des adhérents dans les opérations d'adhésion et dans l'exécution du contrat d'assurance. Suivant l'alinéa 2 du même article, ces dispositions ne sont pas applicables aux assurances de groupes souscrits par les établissements de crédits, ou ayant pour objet de garantir le remboursement de l'emprunt. Mais ce second alinéa ne change pas grand chose au régime applicable aux assurances de

groupe mentionnées à l'alinéa 2. Un autre texte prévoit en effet un schéma quasiment identique, qui s'applique pour ce type d'opérations : selon l'article 8 de la loi n°89-1009 du 31 décembre 1989, dite loi Evin « *pour les opérations autres que celles mentionnées à l'alinéa 2 de la présente loi [l'assurance de groupe proposée par l'employeur à ses salariés], le souscripteur est, pour l'exécution du contrat ou de la convention, réputé agir à l'égard de l'assuré ou de l'adhérent pour le compte de l'organisme qui délivre sa garantie.* »

500. L'assurance de groupe est réalisée par l'intermédiaire d'une stipulation pour autrui au profit de l'adhérent⁴⁵⁸. Pourtant, la jurisprudence considère que l'adhésion au contrat d'assurance de groupe crée un lien contractuel direct entre l'assureur et l'adhérent⁴⁵⁹. Mais comment justifier ce lien contractuel alors que le bénéficiaire d'une stipulation pour autrui est en principe un tiers par rapport au contrat passé entre le stipulant et le promettant ?

501. Pour les assurances de groupes conclues par les établissements de crédits – celles qui nous intéressent dans cette étude – on pourrait penser que la présomption de représentation prévue à l'article 8 de la loi Evin donne une explication suffisante. Mais en réalité cet article n'est pas un même de justifier le lien direct entre l'assureur et l'adhérent. Cette représentation soulève en effet un problème de conflit d'intérêt, le souscripteur étant à la fois le cocontractant de l'adhérent (donc il recherche ses intérêts propres) et son représentant de l'adhérent (donc il doit veiller aux intérêts de ce dernier)⁴⁶⁰. Ce conflit d'intérêts a rendu certains auteurs à constater que cette présomption de représentation ne concerne que la l'exécution du contrat et non pas sa conclusion⁴⁶¹. Pour cette même raison, la doctrine majoritaire s'accorde à ne voir dans cette présomption de représentation qu'un simple moyen de simplifier les procédures à accomplir par les adhérents dans le cadre de l'assurance de groupe, mais pas pour expliquer le lien direct qui se noue entre ces derniers

J. Landel, « L'assurance de groupe à la lumière de la jurisprudence récente », *Revue générale de l'assurance terrestre*, 1991, p. 9s.

459 Civ 1ère, 7 juin 1989, n°87-14648, *Bull.civ.* 1989, I, n°233 et Civ 1ère, 22 mai 2008, *Bull.civ.* 2008, I, n°145 (cassation partielle).

460 M.Bigot-Goncalves, *Les assurances de groupe*, préface G. Wiederkehr, thèse à l'Université de Strasbourg, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2009, n°323.

461 Idem et H. Groutel, « Le projet de loi portant diverses mesures relatives aux assurances », *Resp.civ. et assur.*, 1989, chr. 15 in M.Bigot-Goncalves, op.cit.

et l'assureur⁴⁶². Mais si la présomption de représentation prévue par la loi ne permet pas d'expliquer les liens directs qui s'instaurent entre l'adhérent et l'assureur, comment peut-on alors justifier ces liens ?

502. Mme La-Rizza explique brillamment ce paradoxe par le notion de *stipulation de contrat pour autrui*. Ce concept a été développé par une thèse soutenue à l'Université de Paris en 1950⁴⁶³. Il permet de justifier que la stipulation pour autrui peut, une fois consentie par le bénéficiaire, rendre celui-ci débiteur. L'idée est que le contrat conclu entre le promettant et le stipulant aurait simplement pour objet d'obliger le promettant à présenter une offre de contrat au bénéficiaire. Une fois que ce dernier accepte cette offre, un nouveau contrat, distinct du contrat entre le promettant et le stipulant, se forme entre le bénéficiaire et le promettant. Mme La-Rizza, et nous partageons parfaitement son opinion, a proposé d'utiliser ce concept pour justifier le lien contractuel entre l'adhérent et l'assureur dans l'assurance de groupe⁴⁶⁴. Cette théorie est sans doute aussi la seule qui est à même de donner une base légale à l'obligation de l'adhérent de payer les primes de l'assureur⁴⁶⁵.

503. Le contrat d'assurance de groupe constitue par excellence le bastion des ensembles, parce que la préexistence d'un rapport entre le souscripteur et l'adhérent est une condition pour la qualification même d'assurance de groupe⁴⁶⁶. Les contrats sont donc, par la nature même de l'opération, inter liés.

504. L'opération d'ensemble peut être envisagée du côté de l'assureur. Elle consiste, simplement, dans la réalisation de l'opération d'assurance de groupe. Pour réaliser cette opération, une convention avec l'organisme de crédit est nécessaire, ainsi que les contrats d'assurance conclus ultérieurement avec chacun des adhérents. La préexistence d'un rapport entre le souscripteur et les adhérents étant un préalable pour la qualification de cette opération comme nous l'avons déjà mentionné, les contrats d'ouverture de compte

462 Voir en plus des deux auteurs précités, Ch.Goldie-Genicon, « L'assurance de groupe à l'épreuve de la législation sur les clauses abusives », *Recueil Dalloz*, 2008, p.2447 et V. Bourdon, *La distribution de l'assurance par les associations*, préface de J.Kullmann thèse à l'Université de Paris I, LGDJ, 2001, p.181s.

463 G. Flattet, *Les contrats pour compte d'autrui*, thèse à Paris, n°106.

464 A.La-Rizza, *L'assurance et les tiers, variations sur le thème de la complexité des relations contractuelles*, thèse de Doctorat en Droit à l'Université Lyon III Jean Moulin, p. 514s.

465 Sur l'inadaptabilité de la stipulation pour autrui avec charge, voir *supra* n°462..

466J. Landel, op. cit..

conclus entre l'organisme de crédit et les adhérents participe donc également à l'opération d'ensemble. Un lien d'interdépendance peut être constaté au regard de l'organisme de crédit, entre les contrats d'ouverture de compte et la convention d'assurance de groupe conclue avec l'assureur. L'économie des deux contrats - pour l'organisme de crédit - ont pour objectif l'exercice de son activité professionnelle. Un autre lien, de dépendance unilatérale cette fois-ci, peut être constaté, au regard des adhérents, entre le contrat d'assurance qu'il a conclu avec l'assureur et la convention d'ouverture de compte ; le premier trouvant sa cause dans le second. Les trois contrats participent donc à une même opération d'ensemble et sont liés par des liens d'interdépendance et de dépendance unilatérale ; ils constituent donc un ensemble contractuel.

2-L'extension rationae personae au sein des ensembles d'assurance de groupe

505. Dans une première affaire, la jurisprudence était confrontée à deux questions : premièrement il s'agissait de déterminer la responsabilité du souscripteur pour l'imprécision de la notice. Deuxièmement, la question s'était posée – cette fois-ci devant la juridiction d'appel mais non pas devant la Cour de cassation – de savoir si l'assureur était tenu par une telle notice ou s'il pouvait se prévaloir des dispositions de la police d'assurance. Il s'agissait en l'espèce d'un couple qui avait contracté un prêt auprès d'un organisme de crédit afin de construire leur maison. Ils avaient simultanément adhéré, par l'intermédiaire de cet organisme, à une assurance pour décès et invalidité totale. Suite à un accident médical, l'époux adhérent, fut apparemment dans l'impossibilité d'exercer toute activité professionnelle. L'assureur refusa de prendre en charge les mensualités de l'emprunt en se fondant sur l'article 7 de la police d'assurance qui définissait le seul cas d'invalidité couvert par la police, qui est celui définie par l'ancien article L. 310 du code de sécurité sociale. L'adhérent assigna en justice l'assureur et l'organisme de crédit, inculquant à ce dernier de ne pas l'avoir informé, de façon suffisamment précise, dans la notice d'information, sur la nature des risques couverts par l'assurance. La cour d'appel mit l'assureur hors de cause, mais accueillit l'appel en garantie formé contre l'organisme de crédit, au motif que l'organisme de crédit était le mandataire des époux pour la

conclusion du contrat d'assurance⁴⁶⁷ ; les juges du fond s'appuyaient évidemment sur la présomption de représentation prévue par l'article 8 de la loi Evin. L'organisme de crédit forma un pourvoi en cassation, contestant notamment la qualification de « mandataire des époux » que lui a attribué la cour d'appel, Par une substitution de motifs, la Cour de cassation – tout en confirmant les critiques du pourvoi contre une telle qualification - rejeta le pourvoi en retenant qu'en vertu de l'article R.140-5 de l'ancien code des assurances, la notice qui doit être remise à l'adhérent par le souscripteur, doit résumer de façon très précise ses droits et ses obligations découlant du contrat d'assurance⁴⁶⁸.

506. La décision de la cour d'appel de mettre l'assureur hors de cause peut se justifier dans les faits de l'espèce. En effet, la notice qui a été présentée aux adhérents ne comportait pas de fausses informations, on lui reprochait simplement de faire à l'adhérent une présentation « trop rassurante » du contrat d'assurance, sans attirer son attention que la définition de l'invalidité visée par l'article L.310 du code de sécurité sociale, dont la référence était d'ailleurs reprise par la notice, est très stricte. La cour ajoute que « *rien n'incitait l'adhérent, bien au contraire, à vérifier les dispositions de cet article* ». Or, selon la théorie de la stipulation de contrat pour autrui, l'assureur est tenu envers l'adhérent en vertu du contrat d'assurance consenti par ce dernier et qui est matérialisé par la notice d'information. En l'espèce, la notice n'avait fait que reprendre fidèlement la clause litigieuse du contrat d'assurance. Il est donc normal que cette clause soit opposable à l'adhérent.

507. Sur la question de la responsabilité de l'organisme de crédit envers l'adhérent, il convient d'abord de reprendre le texte de l'alinéa 2 de l'article R.140-5 de l'ancien code des assurances – le seul article visé par la Cour de cassation - qui imposait⁴⁶⁹ au souscripteur l'obligation de rédiger la notice : « *La police doit comporter une clause prévoyant que le souscripteur tient à la disposition des assurés une notice résumant d'une manière très précise leurs droits et obligations.* » L'obligation de rédiger la notice se

467 CA Colmar (2ème ch. Civ.) ,3 décembre 1982.

468 Civ 1ère, 6 mai 1985, n°83-11024, *Bull.civ.* 1985 I n° 137 p. 127,*Rev. gen. assur. terr.*, 1985.563.

469 L'article est désormais abrogé, par le décret n°90-827 du 20 septembre 1990. Mais nous prenons cet exemple afin de pouvoir suivre le raisonnement de la jurisprudence sur l'extension de certaines clauses dans les ensembles contractuels.

trouvait donc à la fois dans le code des assurances et dans le contrat d'assurance liant l'assureur au souscripteur. Mais comment l'adhérent pourrait-il s'en prévaloir alors qu'il est tiers à ce contrat ? Trois interprétations sont possibles. La première est de considérer que cette stipulation contenue dans le contrat d'assurance constitue une stipulation pour autrui au profit de l'adhérent. Mais s'agissant d'un mécanisme exceptionnel, la cour aurait certainement visé l'article 1121 si elle entendait fonder sa solution de cette manière ; ce qu'elle n'a pas fait. La deuxième interprétation possible est que le caractère règlementaire de l'obligation de rédiger la notice pourrait déclencher la responsabilité délictuelle du souscripteur envers l'adhérent. Or, d'une part l'arrêt ne cite pas l'article 1382 ; d'autre part, la sanction appliquée ne correspond pas à celle qui aurait dû être adoptée si la responsabilité de l'organisme de crédit était engagée sur le plan délictuel. En effet, si la faute consistait en une violation de l'article R.140-5 de l'ancien code des assurances, le dommage de l'adhérent résulterait en une *perte de chance* de s'assurer auprès d'un autre établissement. Pourtant l'arrêt ne condamne pas l'organisme de crédit de réparer le préjudice de l'adhérent de cette perte de chance ; il rend l'organisme de crédit responsable de prendre en charge toutes les obligations qui auraient incombé à l'assureur. La responsabilité délictuelle ne nous paraît donc pas donner une justification adéquate à la solution retenue par la Cour de cassation. La troisième interprétation, qui nous semble la seule valable, est de raisonner par rapport à l'ensemble contractuel formé de trois contrats : un premier contrat qui lie le souscripteur à l'assureur, un deuxième entre l'assureur et l'adhérent et un troisième, un contrat de prêt, entre l'adhérent et le souscripteur. Dans un arrêt plus ancien, la Cour de cassation avait retenu la responsabilité d'une caisse d'épargne qui n'avait pas informé son client du refus de l'assureur quant à sa demande d'adhésion. Pour retenir cette solution, la cour avait soutenu que si la mandataire n'est pas personnellement responsable envers son cocontractant des fautes commises dans le cadre de son mandat (le pourvoi invoquait en effet la représentation de plein droit prévue à l'article 8 de la loi Evin), le souscripteur était tenu d'une obligation d'information et de conseil envers son client, obligation qui trouvait sa source dans le contrat de base qui le liait à celui-ci⁴⁷⁰. Nous pensons qu'en l'espèce, l'obligation

470 Civ 1ère, 22 février 1980, *Rev. gen. assur. Terr.*, 1985.278.

d'information incombant au souscripteur trouve également sa source dans le contrat originaire de prêt qui le lie à l'adhérent. La clause prévoyant l'obligation de rédiger la notice d'information, figurant dans le contrat d'assurance, a servi à interpréter le contenu de cette obligation de conseil, qui constitue une clause du contrat de prêt⁴⁷¹. C'est un parfait exemple du rôle que peut jouer l'ensemble contractuel, en permettant de donner un sens à chacun des contrats qui le composent par référence aux clauses d'un autre contrat de l'ensemble.

508. Dans une autre affaire beaucoup plus récente, la Cour de cassation a rejeté la demande de l'adhérent contre le souscripteur en vue de l'exécution d'une prestation prévue par le contrat d'assurance. Les héritiers d'un ancien client d'une banque avaient agi contre la banque afin de restitution de plusieurs sommes, dont certaines créances qu'ils prétendaient leur être dues à en vertu d'un contrat d'assurance-vie qui avait été souscrit par l'intermédiaire de la banque. La cour d'appel rejeta leur demande concernant le contrat d'assurance-vie en soutenant que si la banque avait un devoir de conseil et d'information envers ses clients, ce devoir ne pouvait aller jusqu'à obliger la banque de la rendre débitrice des obligations contractées par l'assureur auprès des adhérents⁴⁷². La solution démontre bien les limites des effets de l'ensemble contractuel. Si ce concept peut permettre d'interpréter les clauses de chacun des contrats qui le composent en référence aux clauses des autres contrats, il ne peut néanmoins pas avoir pour effet de rendre l'un de ses membres débiteur d'une créance prévue par un contrat auquel il n'est pas partie. L'ensemble contractuel ne peut pas, à lui seul, justifier une dérogation au principe de l'effet relatif des conventions.

Les ensembles contractuels formés d'un contrat principal et d'un autre contrat prévoyant une sûreté personnelle font aussi l'objet d'une extension *rationae personae* de certaines clauses.

471 Voir *supra* n°14s notre définition de la clause

472Com., 13 avril 2010, n°09-13712, *Bull.civ.* 2010, IV, n° 76, *Gaz.Pal.* 2010, p.34, note X. Leduc.

III-L'extension rationae personae dans les ensembles contractuels comportant une sûreté personnelle

509. Le droit français connaît deux types de sûretés personnelles : le cautionnement et la garantie autonome. Le premier, soumis au principe de l'accessoire, est caractérisé par le principe de l'opposabilité des exceptions du contrat principal à la caution (article 2313 du code civil) sauf, nous dit l'alinéa 2 de l'article 2313 du code civil, les exceptions purement personnelles au débiteur. La garantie à première demande, autonome par rapport au contrat principal, se caractérise par le principe d'inopposabilité des exceptions⁴⁷³.

510. Notre objectif dans ce chapitre est d'examiner le phénomène d'extension des clauses lié à l'existence d'un ensemble contractuel. Or, dans le cautionnement, certaines clauses sont étendues du contrat principal à la caution en application du principe de l'accessoire⁴⁷⁴. Ces extensions se justifient donc par le principe d'opposabilité des exceptions prévu à l'article 2313 du code civil, et non pas par l'effet de l'ensemble contractuel. Nous ne traiterons pas ici de ces hypothèses. Nous n'exposerons que des exemples d'extension de clauses qui ne peuvent pas s'expliquer au regard de l'article 2313 du code civil, et qui résultent donc des liens qui unissent les contrats au sein de l'ensemble contractuel.

511. La jurisprudence est hésitante est admettre l'opposabilité des clauses attributives de compétence à la caution. L'autonomie de la garantie à première demande fait en principe obstacle à l'opposabilité de telles clauses, mais la jurisprudence admet, dans quelques cas exceptionnels, l'extension de la clause compromissoire.

473 L.Aynès et Ph. Malaurie, *Droit civil, Les sûretés, La publicité foncière*, Defrénois, 2004, p. 13s.

474 Voir par exemple pour l'extension de l'opposabilité de la condition suspensive par la caution : Civ. 1ère, 29 avril 1197, *D. Affaires* 1997. 732

A-L'hésitation de la jurisprudence quant à l'opposabilité des clauses attributives de compétence à la caution

512. Dans un arrêt du 22 novembre 1977, la Cour de cassation a refusé d'étendre l'effet de la clause compromissoire contenue dans un contrat principal à la caution en relevant simplement que le contrat de cautionnement ne comportait pas de clause compromissoire « même implicite »⁴⁷⁵. Un auteur retient un point important dans cette décision : l'engagement de la caution était antérieur à celui du débiteur, portant sur « *toutes les pertes et tous les soldes débiteurs* » futurs envers le créancier. La solution pourrait sans doute –selon ce même auteur – s'expliquer par le fait que dans les circonstances de l'espèce, la caution n'avait pas donc pas connaissance de l'existence d'une telle clause dans le contrat principal lorsque qu'elle a conclu le contrat de cautionnement⁴⁷⁶.

513. La Cour de cassation avait pourtant admis l'extension d'une clause attributive de juridiction contenue dans le contrat principal au contrat de cautionnement⁴⁷⁷. Mais la motivation de l'arrêt peut donner une lumière sur les raisons du refus de la Cour d'étendre l'effet de la clause compromissoire dans l'arrêt du 22 novembre 1977. L'attendu de principe énonce en effet « *qu'en principe, et à défaut d'intention contraire clairement manifeste, le cautionnement est soumis à la loi applicable au contrat principal, qu'il en est de même de celle régissant la compétence* ». Afin de bien comprendre la portée de cet arrêt, il faut se rappeler l'essence du principe de l'accessoire. Selon la doctrine majoritaire, ce principe est inhérent au cautionnement, il le distingue de la garantie à première demande. On ne peut y renoncer par la commune volonté des parties, faute de quoi on finirait par une sûreté de type *sui generis*, qui n'est ni véritablement un cautionnement, ni une garantie à première demande ; chose qui n'est pas reconnue par le droit français⁴⁷⁸. Il est donc notable qu'en l'espèce, la cour ait fait reposer l'extension de la clause attributive de juridiction contenue dans le contrat principal au contrat de cautionnement à l'absence

475 Com., 22 novembre 1977, n° 76-13145, *Bull.com.* n° 273 P. 231 *Rev. arb.*1978. 461s.

476 C. Schroeder, *L'arbitrage international et le cautionnement*, mémoire sous la direction de M. Cohen, Université de Paris II Panthéon-Assas, 2002, p. 18.

477 Cass. Soc., 14 janvier 1976, n°74-13518, *Bull. Soc.* 1976 n°25 p. 21.

478 Ph. Dupichot, *Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés*, LGDJ, 2005, p. 270s ; A.-S. Barthez et D. Houtcieff, *Traité de droit civil, Les sûretés personnelles*, LGDJ, 2010, p. 61.

de volonté contraire. On ne peut pas justifier cette solution, comme le retient un auteur, en qualifiant la clause attributive de juridiction « d'exception purement personnelle au débiteur », et donc exclue du principe d'opposabilité des exceptions par les dispositions de l'article 213 du code civil⁴⁷⁹. Premièrement, la nature même de la clause attributive de juridiction ne s'y prête pas. Deuxièmement, le critère de distinction des exceptions purement personnelles ne peut pas dépendre exclusivement de la volonté des parties, sinon il perdrait tout son sens. Nous pensons que la clause attributive de juridiction n'est pas une exception au sens de l'article 2313 du code civil. Afin de bien saisir le sens de « l'exception » au sens de l'article 2313, il faut avoir en tête l'essence du principe de l'accessoire qui sert de fondement pour l'opposabilité des exceptions à la caution. Si l'engagement de la caution est de payer la dette de son débiteur, le rôle du principe de l'accessoire est tout simplement de garantir que l'objet de l'obligation de la caution soit calqué sur ce que doit le débiteur principal⁴⁸⁰. Or, la clause attributive de juridiction n'affecte en rien la dette principale ; elle ne constitue donc pas une « exception » et n'est pas visée par l'article 2313. Le fondement de cette solution doit donc être cherché ailleurs.

514. Il est clair que la cour a retenu une volonté implicite de la part de la caution à se soumettre aux dispositions du contrat principal. Mais qu'est-ce qui permet à la cour de dégager cette volonté implicite ? Si la notion d'accessoire n'est d'aucun secours, en revanche le lien dépendance unilatérale qui relie le contrat de cautionnement au contrat principal au sein d'un même ensemble contractuel pourrait sans doute le justifier.

515. L'ensemble contractuel peut être qualifié facilement dans l'hypothèse du contrat principal et du cautionnement. D'abord, une opération d'ensemble peut être retenue du côté du créancier. Si nous prenons l'arrêt du 22 novembre 1977 comme exemple, l'opération d'ensemble consiste dans la conclusion de ventes d'un montant assez important pour qu'elles ne puissent être réalisées sans cautionnement. Ensuite, puisque le contrat principal constitue la cause objective du contrat de cautionnement, un lien de dépendance unilatérale peut être constaté, du contrat de cautionnement vers le contrat principal.

479 C .Schroeder, op. cit., p.9.

480 A.-S. Barthez et D. Houtcieff, op. cit, 2010, p. 58.

516. En raison des liens de dépendance unilatérale entre ces deux contrats, il est logique de présumer que la caution a voulu s'engager dans les mêmes termes que le débiteur principal. Mais contrairement au principe de l'accessoire qui est d'ordre public, il s'agit ici d'une présomption simple, qui ne résiste pas devant une stipulation contraire, comme le retient la Cour de cassation.

517. Une fois que nous avons pu comprendre le fondement de cet arrêt, revenons à l'arrêt du 22 novembre 1977 relatif au refus d'extension de la clause compromissoire à la caution. L'analyse qui en est faite par M. Schroeder nous paraît exacte. En effet, puisque la clause litigieuse en l'espèce avait été stipulée après l'engagement de la caution, on ne pourrait pas déduire sa volonté implicite d'inclure une telle clause à son contrat.

La question de l'opposabilité de la clause compromissoire se pose dans des termes différents dans la garantie à première demande.

B-Le refus de principe d'étendre la clause compromissoire à la garantie autonome

518. L'autonomie de la garantie à première demande fait en principe obstacle à l'extension de la clause compromissoire contenue dans le contrat principal au litige qui surgit entre le créancier et le garant à première demande. C'est la position de la jurisprudence judiciaire⁴⁸¹ et arbitrale⁴⁸². Mais la motivation de la jurisprudence ne se rapporte pas toujours au principe d'autonomie. Ainsi, l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 7 juillet 1994⁴⁸³ refuse d'étendre la clause compromissoire au garant au motif que la volonté des parties à la lettre de garantie à se soumettre à cette clause n'était pas démontrée. Inversement, la jurisprudence a refusé d'étendre la clause compromissoire⁴⁸⁴ ou la clause attributive de juridiction⁴⁸⁵ contenue dans le contrat de garantie au débiteur

481 Com., 20 décembre 1982, *D.* 1983.365, note M. Vasseur ; *Rev. arb.*, 1984.477 note B. Moreau ; CA Paris, 7 juillet 1994, *Rev. arb.* 1995.107 note S. Jarvin.

482 CCI 412, 6/1984 cité par J. El-ahdab, op. cit., p. 620.

483 Précité note 481.

484 CA Paris, 25 février 1988 in EL-ahdab

485 CA Paris 1ere Ch, 13 mars 1997 cité par J.El-ahdab, op. cit., p.623.

principal, ce qui peut signifier que l'autonomie de la garantie à première demande s'entend dans les deux sens.

519. L'approche de la jurisprudence à propos de l'extension des clauses de compétence au garant à première demande ne nous paraît pas si différente du cautionnement. Si le principe de l'accessoire n'est pas à même de justifier l'extension de ces clauses à la caution, il est naturel que l'autonomie de la garantie à première demande ne soit pas en soit un obstacle à son extension. Dans un cas comme dans l'autre, la jurisprudence procède avant tout par une interprétation de la volonté des parties au contrat qui constitue la cible de l'extension de la clause. En effet, tout comme le cautionnement la garantie autonomie est reliée par un lien de dépendance unilatérale au contrat principal⁴⁸⁶. Les deux contrats forment également un ensemble contractuel. Les liens unissant les contrats facilitent donc la preuve que le garant à première demande a accepté la clause compromissoire. Mais alors que pour la caution cette volonté semble être présumée par les seuls liens qui unissent les contrats, des éléments supplémentaires semblent nécessaires pour établir cette présomption au garant à première demande.

En plus de ces cas particuliers d'ensembles contractuels en droit du transport, en droit des assurances et dans le cadre des sûretés personnelles, le contentieux de l'extension des clauses dans les ensembles contractuels se rencontre aussi dans d'autres hypothèses.

IV-Autres hypothèses d'extension *rationae personae* au sein d'ensembles contractuels

520. Dans l'une des rares affaires où la jurisprudence a permis de donner à un ensemble contractuel un pouvoir véritablement dérogoire à l'article 1165 du code civil, un arrêt relativement récent a admis l'extension d'une clause d'exclusivité contenue dans un bail commercial à un autre locataire. Dans un autre arrêt, la chambre commerciale de la Cour

486 Voir *infra* n°742.

de cassation a admis qu'une clause limitative de responsabilité insérée entre la gestionnaire du marché financier et un membre du marché, était opposable à un tiers investisseur.

A-L'extension d'une clause d'exclusivité contenue dans un bail commercial à un autre locataire

521. Cette solution a été adoptée par l'arrêt de la troisième chambre civile de la Cour de cassation du 4 mai 2006⁴⁸⁷. Il s'agissait en l'espèce d'une commerçante qui avait loué un local dans un immeuble appartenant à l'Etat français afin d'y exercer son activité. Le bail contenait une clause d'exclusivité au profit de la commerçante. Ce même organisme avait ensuite consenti un bail commercial, ne contenant pas une telle clause, à une société au sein du même immeuble. La commerçante assigna l'Etat français et cette société locatrice pour demander la cessation de cette activité en violation de la clause d'exclusivité. La cour d'appel rejette la demande en retenant d'une part que la société n'a commis aucune faute délictuelle en exerçant une telle activité, et d'autre part que la commerçante ne pouvait demander l'extension de l'effet obligatoire d'exclusivité à cette société, qui n'était que tiers au premier contrat de bail. La Cour de cassation cassa l'arrêt d'appel au motif que *« le locataire bénéficiaire d'une clause d'exclusivité qui lui a été consentie par son bailleur est en droit d'exiger que ce dernier fasse respecter cette clause par ses autres locataires »*.

522. Cet arrêt est notable sur deux points. Premièrement, c'est sans doute l'un des rares arrêts qui « légitiment » une dérogation claire et nette au principe de l'effet relatif des contrats, même dans le cadre des groupes de contrats. La clause d'exclusivité est une clause par laquelle un opérateur, débiteur d'exclusivité, est tenu de n'affecter une prestation déterminée qu'auprès d'un autre opérateur, créancier d'exclusivité⁴⁸⁸. Elle est donc extrêmement proche de la clause d'exclusivité. La seule différence réside dans le fait

487 Civ 3ème, 4 mai 2006, n°04-10051, *Bull.civ.* III, n° 67 *RTD Civ.* 2006, p. 554, obs. J. Mestre et B. Fages, *RDC* 2007, p. 267 obs. Mazeaud, *D.* p. 295 obs. Viney G.

488P. Mousseron, J. Raynard, J-B. Seube, *Technique contractuelle*, Francis Lefebvre, 3ème édition, 2005, p. 280.

dont le débiteur de la clause s'engage à s'abstenir. Alors que dans la clause de non-concurrence, le débiteur de la clause s'abstient d'exercer lui-même toute activité concurrente au créancier de la clause. Tandis que pour la clause d'exclusivité, le débiteur d'abstient de contracter avec les concurrents du créancier de la clause. Pour le reste, les deux clauses sont identiques ou quasi-identiques. La même analyse que nous avons menée pour la clause de non-concurrence selon laquelle cette clause aurait un contenu obligationnel, s'appliquerait donc à la clause d'exclusivité. Il s'ensuit que dans l'espèce étudiée, la clause d'exclusivité ne pouvait produire d'effets à l'égard des tiers sans porter atteinte au principe de l'effet relatif des conventions. Deuxièmement, pour contourner cette violation de l'effet relatif des conventions, la Cour de cassation procède par un raisonnement indirect : la commerçante ne peut sans doute pas obliger la société locatrice à respecter la clause, mais elle peut obliger son cocontractant – le bailleur – à faire respecter cette clause d'exclusivité par les autres locataires de l'immeuble, ce qui revient pourtant au même.

523. Cette solution avait déjà adoptée par la Cour de cassation en 1976⁴⁸⁹, mais la cour n'avait pas motivé sa solution en l'espèce au regard de l'article 1165. La cour d'appel, dans l'affaire de 1976, avait en effet refusé de donner effet à la clause d'exclusivité pour des raisons tenant à la nature de l'activité exercée par le deuxième locataire. Les termes du débat entamé devant la Cour de cassation dans cette affaire n'avait donc pas inclus l'article 1165.

524. Dans ces deux affaires, la cour se trouvait un peu entre le marteau et l'enclume. D'une part, la cour est confrontée au principe de l'effet relatif des contrats. De l'autre, elle doit donner effet à la clause d'exclusivité pour le respect même de la force obligatoire du contrat de bail commercial du premier locataire. Même la sanction des dommages-intérêts – que la commerçante en l'espèce n'a même pas demandée - ne peut pas donner satisfaction au locataire. Si la jurisprudence sanctionne constamment, sur le plan délictuel, le tiers complice de violation contractuelle⁴⁹⁰, la sanction des dommages –intérêts prévue

489 Civ 3ème, 9 novembre 1976, n°74-11578, *Bull.civ.III*,n°397 p. 301.

490 Com., 11 octobre 1971, *D.* 1972.120 ; Com., 13 mars 1979, *D.* 1980.1, note Serra ; Com., 23 avril 1985, *Bull.civ IV* n°124 ; Com., 4 mai 1993, *Bull.civ. IV* n°173, Civ 1ère, 26 janvier 1999, *Bull.civ I* n°32, *D.* 1999 somm. 263 ; obs. Delebecque ; *LPA*, 23 juin 2000, Note Arcaute-Descazeaux, *RTD Civ* 1999.405, obs.

par l'article 1382 est mal adaptée à la clause d'exclusivité. Outre la difficulté d'évaluer le préjudice, cette solution n'empêche pas le tiers de continuer à exercer son activité en violation de la clause. La seule solution satisfaisante est donc l'extension de l'effet de la clause d'exclusivité.

525. Avant de chercher le véritable fondement de cette jurisprudence, il convient d'abord de mettre de côté toute confusion possible entre la solution retenue dans l'arrêt étudiée, et entre la responsabilité du tiers complice de la violation d'un contrat. Premièrement, pour que la responsabilité du tiers complice d'inexécution soit retenue, il faut que le comportement du tiers constitue une faute délictuelle indépendamment de la violation de l'engagement contractuel (la jurisprudence retient notamment une atteinte au devoir général de ne pas nuire à autrui). Or, en l'espèce la cour d'appel avait retenu que la société n'avait commis aucune faute délictuelle en exerçant son activité commerciale au sein de l'immeuble, argument qui n'est pas démenti par la Cour de cassation. Deuxièmement, la jurisprudence exige toujours que ce tiers ait connaissance de l'existence de l'engagement contractuel qu'il a contribué à violer⁴⁹¹, ce qui n'est pas relevé en l'espèce. Troisièmement, la sanction appliquée n'est pas celle de la responsabilité délictuelle ; la société locatrice n'est pas condamnée à indemniser la commerçante dont la clause d'exclusivité a été violée, elle est condamnée à cesser toute activité. Il s'agit donc d'une exécution en nature de la clause d'exclusivité.

Mais si la solution retenue dans les deux arrêts – de 1976 et de 2006 -ne relève pas de la responsabilité délictuelle, comment justifier cette solution au regard de l'article 1165 ?

526. On peut sans doute trouver le fondement de cette solution dans la nécessité de respecter la force obligatoire du contrat. Nous rejoignons sur ce point Mme Bacache-Gibeili pour dire que dans certains cas, le respect de la force obligatoire du contrat commande que l'effet du contrat soit étendu à des tiers⁴⁹². Mais le respect de la force obligatoire du contrat ne permet pas à lui seul d'engager n'importe quel tiers par les dispositions du contrat. Il faut une institution juridique qui puisse marquer cette situation

Jourdain ; Ass. Plén, 9 mai 2008, *Bull. ass. Plén*, n°3, *Gaz. Pal.* 2008.1867, avis de Gouttes ; *RDC* 2008/51, n°3047, obs. Maugeri ; *RTD Civ*, 2008, obs. Fages.

491 N. Dissaux, op. cit.

492M. Bacache-Gibeili, op. cit., p. 254s.

exceptionnelle, où la force obligatoire du contrat est en danger d'être lettre morte. Cette institution doit aussi délimiter le contour dans lequel l'effet du contrat peut être étendu, tout tiers ne pouvant se trouver menacé de tomber sous l'emprise du contrat au nom du respect de sa force obligatoire. Nous pensons que l'ensemble contractuel peut remplir ce rôle.

527. En l'espèce, l'opération d'ensemble peut être caractérisée par l'exploitation du centre commercial de la part de l'Etat. Les deux contrats de bail, celui de la commerçante et celui de la société, contribuent à la réalisation de cette opération d'ensemble. Le lien de dépendance entre les contrats est un plus délicat à qualifier, mais on peut tout de même le retenir. La commerçante, en concluant ce bail commercial, avait visiblement en vue de profiter de la clientèle qui visitait l'immeuble à usage commercial approprié par l'Etat, sinon la clause d'exclusivité n'aurait aucune raison d'être. L'économie du contrat de bail, pour la commerçante, ne se limitait donc pas à utiliser le local qu'elle avait loué, mais à profiter de l'ensemble de l'immeuble. L'engagement de la société avait pour cause l'exploitation de l'ensemble de l'immeuble (si elle avait le même projet que la commerçante) ou du moins une partie de l'immeuble (le local qu'elle a loué). Il ya donc – au moins – une identité partielle de cause entre les deux contrats. D'où il suit que les deux contrats sont interdépendants. L'opération d'ensemble et les liens entre les contrats étant qualifiés, nous pouvons dire que les deux contrats litigieux forment – avec les autres contrats de bail au sein du centre commercial – un ensemble contractuel.

528. Le rôle de l'ensemble contractuel est alors de donner un champ d'application plus large à certaines dispositions du premier contrat de bail, afin que sa force obligatoire soit respectée. Mais rappelons la condition que nous avons posée pour que l'ensemble contractuel puisse produire des effets à l'égard de ses membres. Il faut que le membre qui va en subir les effets, ait connaissance des liens de dépendance qui grèvent son contrat⁴⁹³. Nous pensons donc que la solution de la Cour de cassation ne peut être approuvée que si la connaissance de la société locatrice est établie. D'un point de vue plus concret, c'est le minimum qu'on puisse exiger pour respecter des attentes légitimes que la société a pu espérer de son contrat.

493 Voir *supra* n°292s.

529. Supposons, pour le but du raisonnement, que la société connaissait en l'espèce l'existence de la clause d'exclusivité contenue dans le contrat de la commerçante. Dans ce cas, la situation de la société se trouverait identique à celle du tiers complice de violation contractuelle. Puisque la société connaît le contenu de l'engagement qu'elle a contribué à violer, elle serait susceptible d'engager sa responsabilité pour « complicité » à la violation d'un contrat, sur le terrain de l'article 1382 du code civil. Mais pourtant, la Cour de cassation retient en l'espèce une solution différente : elle admet l'extension de l'effet obligationnel de la clause. Mais si la Cour de cassation retient en principe la solution des dommages-intérêts sur la base de l'article 1382, lorsqu'il est établi que le tiers coresponsable de la violation du contrat, connaissait l'existence de l'engagement qu'il a contribué à méconnaître, la cour aurait normalement dû, *a fortiori*, en l'espèce se contenter des dommages-intérêts et ne pas exiger la cessation de l'activité. Comment alors expliquer la solution retenue dans l'affaire étudiée au regard de la jurisprudence antérieure ?

530. En réalité, les liens entre les contrats dans l'ensemble contractuel peuvent faire en sorte, comme en l'espèce, que la force obligatoire d'une clause d'un contrat ne peut être respectée que par extension à un autre membre de l'ensemble. L'ensemble contractuel permet dans cette hypothèse alors, exceptionnellement, une dérogation à l'article 1165. Il permet aussi de déroger à la responsabilité délictuelle classique du tiers complice de violation contractuelle, en appliquant une sanction plus lourde, qui est l'exécution en nature de la clause méconnue. Cette dérogation se justifie donc à la fois par l'ensemble contractuel et par la nécessité de respecter la force obligatoire de la clause d'exclusivité.

531. Dans une autre affaire, la Cour de cassation a approuvé la résolution d'une clause de non-concurrence contenue dans un contrat de bail commercial, devenue sans cause par l'effet des contrats de bail ultérieure. Il s'agissait d'une commerçante qui avait pris un local en location à une société depuis les années quatre-vingt, le contrat de bail contenant une clause de non-concurrence au profit de la société. La société bailleuse a ensuite conclu plusieurs contrats de bail commercial dans le même immeuble, les contrats ultérieurs ne comportant pas de clause de non-concurrence. La commerçante assigna la société en résolution de la clause de non-concurrence contenue dans son contrat, en

alléguant que puisque les contrats de bail ultérieurs ne comportaient pas une telle clause, celle-ci avait perdu sa cause. La cour d'appel, approuvée par la Cour de cassation accueillit sa demande⁴⁹⁴. Cette affaire ne comporte pas véritablement d'extension de clauses, c'est plutôt l'absence de clauses qui est opposable au tiers. Mais c'est un exemple qui traduit bien l'enchevêtrement des ensembles contractuels formés par plusieurs contrats de bail commercial dans un même immeuble, et unifié par les clauses d'exclusivité et/ou de non-concurrence.

La jurisprudence a encore admis qu'une clause limitative de responsabilité insérée dans le contrat conclu entre la gestionnaire du marché financier et un membre du marché, était opposable à un tiers qui investissait sur le marché.

B-L'opposabilité de la clause limitative de responsabilité aux tiers en matière de marchés financiers

532. Dans un jugement du 6 avril 2001, le tribunal de commerce de Paris a considéré qu'une clause limitative de responsabilité contenue dans la convention liant l'entreprise de marché et un prestataire de service d'investissement était opposable à un investisseur agissant en responsabilité contre l'entreprise de marché. Les faits de l'espèce étaient les suivants : un investisseur avait envoyé un ordre de vente sur six contrats par l'intermédiaire de son prestataire de service. L'ordre fut enregistré avec deux heures de retard à cause d'une panne informatique. Estimant qu'il avait subi un préjudice en raison de ce retard, l'investisseur agit contre l'entreprise de marché. Celle-ci lui opposa la clause limitative de responsabilité contenue dans la convention qui la liait au prestataire de service d'investissement. Le tribunal de commerce de Paris souligna d'abord qu'il n'y avait aucun lien contractuel entre l'investisseur et l'entreprise de marché, et rejeta ensuite la demande de l'investisseur en se fondant sur cette clause limitative de responsabilité⁴⁹⁵. Selon M. Bonneau, cette affaire n'est qu'une hypothèse classique de responsabilité délictuelle d'un contractant envers un tiers pour inexécution du contrat, lorsque cette

494 Civ 3ème, 3 mai 2007, n°06-11591, *Bull.civ.* 2007, III, n° 67, *RDC* 2008, p. 272s.

495 T. Com. Paris, 6 avril 2001, *Revue de droit bancaire et financier*, 2002, n°2, p.97, obs. T. Bonneau.

inexécution lui a causé un dommage⁴⁹⁶. L'auteur ajoute que dans ce cas, l'opposabilité de la clause limitative de responsabilité à l'investisseur paraît tout à fait dans l'ordre des choses, puisque le contrat d'adhésion liant l'entreprise de marché et le prestataire de service d'investissement « sert de référence pour apprécier l'existence de la faute délictuelle ». Nous ne partageons pas l'avis de l'auteur. Il s'agit de distinguer entre l'effet des clauses limitatives de responsabilité et celui des clauses exclusives ou limitatives d'obligations⁴⁹⁷. Les premières portent un allègement des conditions de responsabilité encourue ou une limitation du montant de l'indemnité à payer en cas d'inexécution ; tandis que les secondes portent sur l'appréciation même de l'existence de la faute, elle permet donc de dire s'il ya eu, ou non, une inexécution⁴⁹⁸. La distinction entre les deux clauses est un peu subtile, mais elle a certaines conséquences pratiques⁴⁹⁹. Dans cette affaire, la distinction entre les deux clauses s'avère capitale. S'agissant en l'occurrence d'une clause limitative de responsabilité, rien ne permet de dire que l'entreprise de marché n'était pas coupable d'inexécution contractuelle. L'investisseur, invoquant un préjudice résultant de cette inexécution, pourrait donc très bien agir sur le plan délictuel contre l'entreprise de marché. L'investisseur, restant un tiers par rapport au contrat d'adhésion, l'entreprise de marché ne pourrait en principe pas lui opposer la clause limitative de responsabilité afin de limiter les dommages-intérêts qu'elle lui doit. Seul, l'ensemble contractuel est à même de justifier l'opposabilité de la clause limitative de responsabilité à l'investisseur en l'espèce. Celui-ci n'est en effet pas dans la situation d'un tiers *penitus extranei* demandant réparation pour inexécution contractuelle.

533. En l'espèce, deux contrats forment un ensemble : le contrat de commission qui lie l'investisseur au prestataire de service et la convention qui lie prestataire de service à l'entreprise de marché. L'opération d'ensemble est envisagée par l'entreprise du marché

496 T. Bonneau, « De la responsabilité de l'entreprise de marché en raison d'une panne de système informatique (à propos du jugement du Tribunal de commerce de Paris en date du 6 avril 2001) », *Revue de droit bancaire et financier*, n°2, mars/avril 2002, p. 97.

497 Pour la distinction entre les deux clauses voir *infra* n°909.

498 W. Dross, *Clausier, Dictionnaire des clauses ordinaires et extraordinaires des contrats de droit privé interne*, Litec, 2ème édition, 2011, p. 245.

499 Ex : une clause limitative ou exonératoire de responsabilité ne devrait pas empêcher le créancier victime d'inexécution de profiter de l'exception de l'inexécution, tandis que la clause limitative ou exonératoire d'obligation devrait l'interdire.

qui vise à exercer l'activité de gestion du marché. Pour réaliser cette opération, il faut sûrement conclure une convention avec chacun des prestataires d'investissement, mais il faut aussi que ces derniers concluent des contrats de commission avec leur client. Sinon, les investisseurs ne pourraient pas exercer sur le marché, et il n'existe pas de marché financier sans investisseurs ! Le lien de dépendance entre les deux contrats peut être caractérisé pour le prestataire de service d'investissement. La convention conclue avec l'entreprise de marché lui permet d'exercer son activité sur le marché, et le contrat de commission lui permet d'exercer cette même activité avec un certain client. Les causes de deux contrats se rencontrent donc en un point commun. Si les deux contrats contribuent à une opération d'ensemble et qu'ils sont liés par un lien d'interdépendance, nous pouvons déduire qu'ils forment un ensemble contractuel.

534. Il est lié contractuellement – par un contrat de commission - à un membre du marché, lui-même lié contractuellement à l'entreprise de marché. Envisagé du côté du membre du marché, les deux contrats ont une même cause : l'exercice de l'activité de prestation de service d'investissement. Cet ensemble contractuel ne crée pas de lien contractuel comme le souligne l'arrêt ; ce qui confirme d'ailleurs ce que nous avons déjà démontré : les membres de l'ensemble contractuel sont des tiers les uns par rapport aux autres. Mais lorsqu'un tiers, dont le contrat forme un ensemble contractuel avec le contrat qui a fait l'objet d'une inexécution, exerce une action délictuelle contre l'un des cocontractants, l'ensemble contractuel justifie que la clause limitative de responsabilité lui soit opposable.

Par ailleurs, la jurisprudence se trouve parfois confrontée à un ensemble contractuel comportant plusieurs clauses de compétence.

Sous-section II : Le conflit de clauses de compétence dans un ensemble contractuel multipartite

535. Dans les ensembles contractuels multipartites, il arrive qu'il y ait deux ou plusieurs clauses compromissaires. Il peut arriver aussi qu'il y ait une clause compromissoire et une clause attributive de juridiction. La troisième hypothèse envisageable, à savoir le conflit

entre deux ou plusieurs clauses attributives de juridiction, n'est jamais apparue, à notre connaissance, devant la jurisprudence.

I-Conflit entre deux ou plusieurs clauses compromissaires au sein d'un ensemble contractuel multipartite

536. Ce conflit se résout de façon différente si les parties l'ont prévu dès le début, notamment par le mécanisme de la clause d'arbitrage multipartite. Si les parties n'ont rien prévu, certains auteurs proposent de résoudre ce conflit par la consolidation de la procédure arbitrale. La jurisprudence considère parfois que l'existence de deux clauses compromissaires identiques dans deux contrats formant un même ensemble contractuel permet d'étendre l'effet de l'une de ces clauses aux autres membres de l'ensemble contractuel.

A-Le cas où les parties ont prévu une clause d'arbitrage multipartite

537. La clause d'arbitrage multipartite est une clause qui est rédigée dans l'un des contrats de l'ensemble, ou dans un protocole qui encadre l'ensemble de l'opération, et à laquelle chacun des contrats de l'ensemble fait référence⁵⁰⁰. Mais à la différence de la simple clause compromissoire par référence, la clause d'arbitrage multipartite doit prévoir expressément la possibilité de recourir à un arbitrage multipartite⁵⁰¹, en mettant en place notamment un moyen de désigner les arbitres (cette question s'avérant particulièrement problématique dans l'arbitrage multipartite, vu la nécessité de respecter le principe d'égalité des parties dans la nomination des arbitres⁵⁰²). Même si ces clauses sont assez rares en pratique, la jurisprudence a déjà eu l'occasion de reconnaître leur validité dans l'hypothèse d'un

500 Sur la validité de la clause compromissoire par référence en droit français, voir El-ahdab, op. cit., p.692.

501 Bernard Hanotiau, *Complex Arbitrations multiparty, multicontract, multiissure and class actions*, Kluwer Law International, 2005, p. 101.

502 A. Sharaf Eldeen, « B.O.T. package and settlement of their disputes (an Egyptian perspective) », *Magalet al-tahkim al-arabi*, n°4, août 2001, p.13.

contrat unique multilatéral⁵⁰³. Nous ne pensons pas qu'il y ait un obstacle quelconque à admettre des clauses dans le cadre des ensembles contractuels multipartites. En effet, ces clauses n'appellent point d'extension, chaque membre de l'ensemble contractuel étant lié par les dispositions de son propre contrat qui renvoient à la clause compromissoire multilatérale. Mais il faut que les parties soient particulièrement prévoyantes pour anticiper un litige multipartite à l'échelle de l'ensemble contractuel. La question s'avère plus délicate lorsque les parties n'ont rien prévu, comme il est souvent le cas.

B-Le cas où les parties n'ont rien prévu

538. Le juge a dans ce cas – théoriquement du moins – trois possibilités : soit il procède au dépècement du litige, solution qui n'est évident pas l'idéale ; soit, si les clauses compromissoires contenues dans les contrats de l'ensemble sont identiques ou du moins compatibles le juge en déduit parfois la possibilité d'étendre l'effet de l'une de ces clauses au tiers dont le contrat contient une même clause ; enfin, certains auteurs proposent de consolider les litiges arbitraux entre différentes parties, lorsqu'ils présentent des liens suffisants.

1-L'extension d'une clause compromissoire à un tiers dont le contrat contient une clause compatible

539. Cette solution a été adoptée par une décision relativement récente de la Cour d'appel de Paris. Une société d'activité agricole, nommée société Pujol, avait conclu un contrat avec une autre société nommée Suba France en vue de produire et de multiplier des semences potagères pour le compte de cette dernière. Ce contrat comprenait une clause compromissoire ISF⁵⁰⁴. Un mois avant la conclusion de ce contrat, Suba France avait conclu un autre contrat avec sa société-mère, Suba et Unico, dans lequel cette dernière

503 Civ 1ère, 7 janvier 1992, n° 89-18708 89-18726, *Bull.civ.*1992 I n° 2 p. 2, *Rev. Arb.* 1992, p. 470, note P. Bellet, *JDI* 1992, p. 707, 2ème arrêt, concl. Flipo, note Ch. Jarrosson.

504 Règles de procédure d'arbitrage pour le commerce international des graines de semences.

l'autorisait à conclure des contrats de multiplication avec d'autres producteurs de semences ; ce contrat comportait également une clause d'arbitrage ISF. Suite à un litige survenu entre les deux parties, la société Pujol saisit la chambre d'arbitrage de Paris conformément aux dispositions de la clause compromissoire contenue dans son contrat. Elle demanda que y soient attrait, non seulement Suba France mais également sa société-mère. Le tribunal arbitral condamna Suba France et Suba et Unico, et les deux formèrent un recours contre la décision devant la Cour d'appel de Paris. Suba et Unico contesta l'incompétence du tribunal arbitral à son égard puisqu'elle n'était pas partie à la clause compromissoire contenue dans le contrat liant Suba France et la société Pujol. La cour d'appel rejeta ce moyen de défense, en soulevant deux arguments. Le premier, repris à la lettre de la jurisprudence sur les chaînes de contrats⁵⁰⁵, met en avant le principe de « validité et d'efficacité » propres de la clause compromissoire internationale, et en déduit qu'elle devrait s'appliquer à toute personne « *impliquée dans la négociation et l'exécution du contrat et dans les litiges qui peuvent en résulter* ». La société Suba et Unico avait en effet procédé à des travaux de vérification d'échantillons, de livraison et de facturation des produits. Le second argument fait valoir que le contrat conclu entre la société-mère et sa filiale comprenait également une clause d'arbitrage ISF⁵⁰⁶. Le premier argument tient à une vision classique de la Cour d'appel de Paris qui n'est pas partagée par la Cour de cassation. Le second est nouveau et mérite quelques réflexions.

540. Selon un auteur, la solution adoptée dans cet arrêt doit se comprendre au regard du principe de bonne foi selon lequel on ne peut pas se contredire au détriment d'autrui. En effet, le tiers qui participe aux négociations et à l'exécution du contrat (en l'occurrence la société Suba et Unico), se serait « comporté comme une partie au contrat », ce qui aurait suscité des attentes légitimes chez l'une des parties contractantes (en l'occurrence la société Pujol) que ce tiers serait lié par les effets du contrat, dont la clause compromissoire. L'extension de la clause compromissoire aurait pour objet de respecter

505 Voir *supra* n°330.

506 CA Paris (1ère ch. C), 7 mai 2009, RG n°08/02025, *Petites affiches*, La loi, 11-12 août 2009, p.10, note J. Barbet.

les attentes légitimes de la société Pujol⁵⁰⁷. Nous ne partageons pas cette analyse pour deux raisons. D'abord, parce que, s'agissant de contrats conclus entre professionnels, la partie contractante qui demande l'extension de l'effet de la clause (la société Pujol en l'espèce) pouvait très bien savoir que la société-mère et sa filiale étaient deux parties bien distinctes, même si cette première était intervenue dans la négociation et l'exécution du contrat. On ne peut donc pas vraiment parler « d'attentes légitimes » de la part de la société Pujol. En outre, cette justification ne prend pas en compte le second argument de l'arrêt, à savoir que le contrat conclu entre la société-mère et sa filiale comprenait également une clause d'arbitrage ISF.

541. Pour bien comprendre la portée de cet arrêt, nous pensons qu'il faut en amont y noter plusieurs points. Premièrement, il faut bien préciser qu'il ne s'agit pas ici d'une consolidation. La consolidation suppose l'existence de deux litiges connexes qu'il s'agit de joindre en une seule procédure⁵⁰⁸, ce qui n'est pas le cas en l'espèce. Il n'y a point de litige entre Suba France et Suba et Unico, qui aurait pu faire l'objet d'une consolidation avec un autre litige. Ce dont il s'agit en l'espèce c'est d'étendre l'effet de la clause compromissoire contenue dans le contrat Pujol-Suba France en se fondant sur l'existence d'une clause compromissoire identique (ou du moins semblable) dans le contrat Suba France-Suba et Unico. Deuxièmement, cette approche signifie que la cour ne regarde pas la clause compromissoire comme une convention conclue *intuitu personae*, puisqu'une fois qu'on y a consentie – semble nous dire l'arrêt- on est censé y avoir consentie de façon générale, indépendamment de la personne du cocontractant. Cette thèse est d'ailleurs soutenue par de nombreux auteurs⁵⁰⁹. Il suffit alors que le tiers auquel on veut étendre l'effet de la clause compromissoire ait déjà exprimé son consentement à se soumettre à l'arbitrage, dans les mêmes conditions, ou du moins dans des conditions

507 J. Barbet, « Extension des effets de la clause compromissoire à des parties non signataires du contrat : les juridictions françaises persistent...et signent », *Petites affiches*, 11 août 2009, p.10.

508 Voir *supra* n°445s.

509 Voir notamment E. Primo, *La transmission de la clause compromissoire dans la cession du contrat: une simple question de droit de l'arbitrage ?*, Mémoire de DEA à l'Université de Paris II, 2005 ; L. Cadet, T. Clay et E. Jeuland, *Médiation et Arbitrage, Alternative dispute resolution*, Litec, LexisNexis, 2005 ; J. Robert, *L'arbitrage*, droit interne, droit international privé, Dalloz, 1983 ; Ph. Delebecque, « La transmission de la clause compromissoire (à propos de l'arrêt Civ. 1re, 6 novembre 1990) », *Revue de l'arbitrage*, 1991, p. 19.

compatibles avec celles qui sont prévues par la clause compromissoire qui fait objet de l'extension⁵¹⁰. Troisièmement, il semble que la cour soit un peu hésitante quant au fondement qu'elle devrait adopter pour admettre l'extension de la clause compromissoire. Suivant sa jurisprudence antérieure, l'argument de « la validité et de l'efficacité propre », complété par le constat que la société Suba Et Unico avait participé à l'exécution aurait suffi à justifier l'extension de la clause compromissoire. Pourquoi la cour se réfère-t-elle également au contrat passé entre la société-mère et sa filiale, et à la clause compromissoire ISF qu'il contient ? Il nous semble que la cour a voulu faire un timide revirement de jurisprudence, sans doute sous l'influence de la Cour de la cassation et de la doctrine⁵¹¹. Le raisonnement de l'arrêt semble reposer sur quatre piliers. Le premier, le consentement de la société Suba et Unico à l'arbitrage ISF, rend l'opposabilité de la clause compromissoire à cette société possible. Mais il la rend seulement *possible*, sans pour autant expliquer pourquoi il serait nécessaire de procéder à une telle extension. L'explication de cette extension peut être recherchée dans l'existence d'un groupe de sociétés, d'un ensemble contractuel et troisièmement, et cet argument est implicite mais essentiel à notre avis, dans la nécessité d'une bonne administration de la justice.

542. Sur la qualification de l'ensemble contractuel en l'espèce, nous pouvons d'abord retenir une opération d'ensemble, envisagée de la part de la société-mère Suba et Unico. Celle-ci vise à exercer une activité de multiplication des semences à l'échelle internationale, par l'intermédiaire de ses filiales. Les deux contrats litigieux (le contrat d'autorisation conclue avec Suba France, et le contrat de multiplication des semences conclu entre cette dernière et la société Pujol) contribuent évidemment à cette opération d'ensemble. Enfin, pour la filiale, les deux contrats sont interdépendants, l'économie des deux contrats se rejoignent en effet pour permettre à la société d'exercer son activité de multiplication des semences en France. Les deux contrats contribuant à une même opération d'ensemble et étant interdépendants, ils constituent donc un ensemble contractuel.

510 Sur le critère de compatibilité entre clauses compromissoires, voir *supra* n°446.

511 Sur les critiques adressées au principe de la « validité et de l'efficacité propres » de la clause compromissoire internationale, voir J. El-Ahdab, *op. cit.*, p. 720 et D. Cohen, *op. cit.*

543. La bonne administration de la justice a été proposée par une partie de la doctrine comme fondement suffisant pour justifier l'extension de la clause compromissoire⁵¹². En l'espèce, à défaut d'unification de contentieux, la société Pujol aurait intenté deux actions, l'une contre la société Suba France devant le tribunal arbitral, l'autre devant Suba et Unico, devant le juge étatique ; ou bien, Pujol aurait obtenu une décision arbitrale à l'encontre de Suba France, et celle-ci aurait agi en responsabilité contractuelle contre sa société-mère (la part de celle-ci de responsabilité est évidente, puisque le tribunal arbitral l'a condamnée solidairement avec Suba France). Le risque de contrariété des décisions ne peut donc être contesté. L'intérêt de la bonne administration de la justice est donc d'unifier le contentieux.

Une référence implicite à la bonne administration de la justice peut se voir dans la formule employée par l'arrêt «... *impliquée dans la négociation et l'exécution du contrat et dans les litiges qui peuvent en résulter.* » Autrement dit, l'extension de la clause compromissoire aux personnes qui participent aux négociations et à l'exécution du contrat – implication qui ne peut être expliquée que par l'existence d'un groupe de sociétés et d'un groupe de contrats – se justifie par le fait que ces mêmes personnes peuvent par la suite se retrouver impliquées dans les litiges résultant du contrat.

544. L'ensemble contractuel – ralié en l'occurrence à un groupe de sociétés – remplit ici la même fonction qu'il avait déjà remplie avec le principe de la bonne foi dans des affaires précédentes⁵¹³. Il s'agit de deux principes à caractère général, ayant une multitude d'interprétations et d'applications. Le rôle de l'ensemble contractuel est alors de tracer des contours précis pour la mise en œuvre de ces deux notions.

Dans notre exemple, les liens qui unissent les contrats de l'ensemble exigent que l'effet de la clause compromissoire soit étendu aux autres contrats, afin d'éviter le risque de contrariété des décisions. Si la bonne administration de la justice est le fondement qui permet de justifier l'extension de la clause compromissoire, l'ensemble contractuel permet

512 J. El-Ahdab, op. cit, p. 705; G.Pochon, *Clauses attributives de juridiction et convention sur la compétence*, thèse à l'Université de Paris, 1958 ; A. Hory et Ph. Pinsolle, commentaire sous l'arrêt de la cour d'appel de Paris (1ère ch. C), 2 mars 2000, *Société Jacob's Trade Group c/ SociétéLalement NV*, *Revue de l'arbitrage*, 2000, n°3, p.511.

513 Voir *supra* n°491 et 492.

de préciser la manière avec laquelle ce principe d'ordre général peut être mis en œuvre (en l'occurrence par l'extension de l'effet de la clause compromissoire) et de délimiter la sphère de cette extension (aux contrats qui composent l'ensemble).

L'autre possibilité qui s'offre devant la jurisprudence si les parties n'ont rien prévu, c'est de consolider les procédures arbitrales.

2-La consolidation des procédures arbitrales

545. Nous avons déjà exposé la notion de consolidation en droit de l'arbitrage à l'occasion des ensembles contractuels bipartites⁵¹⁴. La consolidation est évidemment beaucoup plus délicate à mettre en œuvre pour les ensembles multipartites.

546. La jurisprudence française est généralement hostile à la consolidation ainsi qu'témoigne un arrêt de la Cour d'appel de Versailles du 7 mars 1990, qui a considéré que la présence de deux clauses compromissoires conciliables ne suffit pas à déduire la volonté des parties de consolider leur litiges⁵¹⁵. La doctrine majoritaire s'accorde pour dire que la consolidation des procédures arbitrales ne peut pas se faire sur le modèle de la litispendance, en se basant sur la connexité ou l'indivisibilité du litige. Le caractère consensuel de l'arbitrage oblige à prendre en considération la volonté des parties à la consolidation du litige⁵¹⁶. Nous pensons que la consolidation dans les ensembles contractuels bipartites devrait être admise, si les deux clauses compromissoires sont facilement conciliables. En effet, les deux parties ayant exprimé leur accord quant au principe de l'arbitrage et au mode de son déroulement, il n'ya pas de raison d'entretenir deux procédures arbitrales distinctes avec tout ce que cela peut emporter de coût, de temps et surtout de risque de contrariétés entre les décisions. En revanche, lorsqu'il s'agit d'un ensemble contractuel multipartite, nous nous rallions à la doctrine majoritaire pour dire que dans ce cas, la consolidation ne peut avoir lieu sans le consentement – nous ajoutons

514 Voir *supra* n°445.

515 CA Versailles, 7 mars 1990, *Rev. arb.* 1991, p. 339 note E. Gaillard.

516 Voir notamment Didier Matray et Gautier Matray, « La rédaction de la convention d'arbitrage » in *La Convention d'Arbitrage, Groupes de sociétés et groupe de contrats*, Bruylant 2007; H. Boularbah, op. cit ; D. Cohen. Op.cit ; B. Hanotiau , « Les groupes de société dans l'arbitrage commercial internationa »l in *La Convention d'Arbitrage groupes de sociétés et groupe de contrats*, Bruylant 2007.

même expresse – des membres de l’ensemble. En effet, l’arbitrage multilatéral est une institution différente de l’arbitrage bilatéral, notamment quant à la procédure de nomination des arbitres. Le consentement des membres de l’ensemble à une procédure bilatérale ne peut être interprété comme un consentement à un arbitrage multilatéral, sauf à dénaturer les conventions d’arbitrage contenues dans les contrats de l’ensemble.

La jurisprudence se trouve parfois aussi confrontée à un ensemble contractuel contenant une clause compromissoire et une clause attributive de juridiction.

II- Conflit entre une clause compromissoire et une clause attributive de juridiction contenues dans un même ensemble contractuel

547. Dans une affaire du 9 décembre 1987, la cour d’appel de Paris a tranché un litige comprenant quatre contrats interdépendants, ayant pour objet la mise en place d’un système de logiciel destiné à l’automatisation des charges au service d’un groupement de commissaires priseurs. L’un de ces contrats contenait une clause compromissoire, les autres contenaient chacun une clause attributive de juridiction au profit du tribunal du commerce de Paris. Un litige survint propos de la réalisation de l’ensemble des conventions. L’une des parties saisit le tribunal arbitral en application de la clause compromissoire contenue dans l’un des contrats. Une autre partie saisit le tribunal de grande instance de Paris afin de déclarer l’incompétence du tribunal arbitral vis-à-vis du des autres conventions contenant une clause attributive de juridiction. Le tribunal rejeta la demande en soulevant le principe compétence de la compétence. La cour d’appel de Paris infirma le jugement au motif que l’ensemble contractuel, objet du contentieux, était indivisible, et que le tribunal de commerce de Paris devrait être seul compétent pour l’ensemble du litige, nonobstant la clause compromissoire contenue dans l’un des contrats⁵¹⁷. La cour consacre un principe de primauté de la clause attributive de juridiction sur la clause compromissoire. Bien que cette solution soit complètement à l’opposé de

517 CA Paris, 9 décembre 1987, cité par Mme Rubellin-Devichi, op. cit.

celle que la cour a retenu pour les ensembles contractuels bipartites⁵¹⁸, cette solution nous paraît parfaitement bien fondée. Le caractère dérogoire de l'arbitrage, du moins en droit interne, ne permet pas de l'étendre à un tiers sans son consentement exprès, même si cette extension est justifiée par des impératifs de bonne administration de la justice⁵¹⁹. La question se pose différemment pour la clause attributive de juridiction qui ne prive pas le justiciable de son juge naturel. La problématique qui se pose dans ce cadre est différente de celle des ensembles bipartites, où les deux parties ont exprimé leur consentement de principe d'être soumis à l'arbitrage. Nous pensons donc que le besoin d'unification du contentieux dans le cadre d'un ensemble contractuel multipartite, doit se faire au profit du juge judiciaire plutôt qu'au profit du tribunal arbitral.

548. Le raisonnement adopté dans cet arrêt nous semble être très proche de celui que la même cour a suivi dans l'arrêt plus récent du 7 mai 2009⁵²⁰. La cour se base, de façon presque explicite cette fois-ci, sur la notion de « bonne administration de la justice » pour étendre l'effet de la clause attributive de juridiction, à la fois *rationae personae* et *rationae materiae*. Mais de façon sous-jacente, l'ensemble contractuel formé par les quatre contrats permet de déterminer le sens que doit prendre la bonne administration de la justice » en l'espèce.

Conclusion Chapitre II

549. L'ensemble contractuel ne joue généralement pas un rôle de premier ordre pour l'extension des clauses. Il est cantonné dans la plupart des cas par la jurisprudence à un rôle auxiliaire. Ce rôle auxiliaire consiste en pratique à préciser le sens de certaines notions floues telles que la « bonne foi », la « cohérence contractuelle » ou la « bonne administration de la justice », à interpréter des clauses figurant dans un contrat par référence à des clauses figurant dans un autre, ou à permettre de présumer la volonté des

518 Voir *supra*.

519 Voir *infra* n°615.

520 Voir *supra* note 353.

parties à soumettre leur contrat à l'arbitrage ou à un certain tribunal désigné conventionnellement.

550. Dans les ensembles contractuels bipartites, il s'agit de se méfier des pièges des « fausses extension » : un même contrat rédigé en plusieurs *instrumentum*, ou l'ensemble contractuel composé d'un contrat-cadre et de contrats d'application. Dans les autres hypothèses, qui concernent le plus souvent une clause compromissoire, la jurisprudence ne procède pas à un élargissement du champ de la clause litigieuse, mais elle vérifie si le litige concerné entre dans le champ naturel de la clause. En cas de conflit entre plusieurs clauses de compétence différentes, la solution retenue dépend du type de clause concerné et de la compatibilité entre les clauses.

551. Dans l'ensemble contractuel multipartite, la jurisprudence n'admet pas de dérogation au principe de la relativité des conventions au nom de l'ensemble contractuel, sauf dans des cas très exceptionnels où cela est nécessaire pour sauver la force obligatoire du contrat. Le rôle auxiliaire de l'ensemble contractuel se voit notamment dans les ensembles contractuels impliquant une assurance individuelle ou de groupe, ainsi que dans les ensembles contractuels contenant une sûreté personnelle. Dans certaines hypothèses, comme en droit maritime où l'existence de l'ensemble contractuel est pourtant avérée, la question de l'extension ou de la non extension d'une clause lui est pourtant complètement indifférente. Le conflit entre clauses de compétence apparaît aussi dans les ensembles multipartites mais est résolu de manière différente, notamment en raison de la nécessité du consentement de toutes les parties à la clause compromissoire.

Conclusion Titre II

552. Dans les chaînes de contrats, l'action directe joue un rôle important dans l'extension de certaines clauses aux membres extrêmes de la chaîne. L'ensemble contractuel, bipartite ou multipartite, n'a généralement qu'une fonction secondaire, notamment en déclenchant la mise en œuvre de certains principes généraux tels que la bonne administration de la justice ou la bonne foi, ou en servant comme outil à l'interprétation de la volonté des parties.

553. Dans les chaînes de contrats ainsi que dans les ensembles multipartites, la majorité des cas où la jurisprudence admet l'extension d'une clause relèvent de l'opposabilité des conventions et non pas d'une dérogation à l'effet relatif des contrats. Ce constat fait l'objet d'une exception dans les ensembles contractuels, lorsque le respect d'une clause d'exclusivité commande son extension aux autres membres de l'ensemble contractuel. Dans les chaînes de contrats, la transmission des clauses de garantie de passif ou de clauses de non-concurrence, dans les chaînes de cessions de fonds de commerce de clientèle civile ou de parts sociales, constitue également une dérogation à l'effet relatif des conventions.

554. Un problème juridique se pose au juge lorsque plusieurs clauses de compétences figurent dans un même groupe de contrats. La jurisprudence apporte des solutions variées, en prenant en compte le type de clauses concernées (clauses compromissoires, clauses attributives de juridictions ou les deux en même temps), de la forme du groupe de contrat où le conflit a eu lieu, des prévisions potentielles des parties, et s'il ya lieu, du consentement des parties prenantes à l'arbitrage.

Conclusion première partie

555. Nous avons choisi dans cette thèse de suivre la classification inventée par M.Teyssié qui distingue entre les chaînes de contrats d'une part et les ensembles contractuels d'autre part. Mais nous ajoutons à cette classification une sous-distinction entre ensembles contractuels bipartites et ensembles multipartites.

556. Dans les chaînes de contrats, les membres sont des tiers les uns par rapport aux autres. L'action directe qui constitue le moteur de la chaîne de contrats, peut être analysée comme un mécanisme de compensation multilatérale. A l'occasion de l'exercice de cette action, plusieurs clauses peuvent faire l'objet d'extension envers les membres extrêmes de la chaîne de contrats.

557. Les ensembles contractuels sont unis par la cause entendue au sens d'économie du contrat. Dans les ensembles contractuels bipartites, il faut faire attention de distinguer entre les « vrais » ensembles contractuels, et le contrat complexe qui n'est autre qu'un seul et même contrat divisé en plusieurs *instrumentum*. Une fois qu'on a fait cette distinction, on remarque que la jurisprudence ne donne qu'une importance limitée à l'ensemble contractuel bipartite pour l'extension des clauses.

558. Dans les ensembles contractuels multipartites, les membres sont des tiers les uns par rapport aux autres comme dans les chaînes de contrats. L'ensemble contractuel ne peut produire d'effet à leur égard que s'ils ont pris connaissance des liens qui unissent leur propre contrat aux autres. L'ensemble contractuel joue essentiellement un rôle auxiliaire quant à l'extension des clauses.

559. Que ce soit dans les chaînes de contrats ou dans les ensembles contractuels multipartites, l'extension des clauses relève de l'opposabilité des conventions. L'extension de la clause d'exclusivité et la transmission des clauses de garantie de passif et de la clause de non-concurrence constituent les seules dérogations au principe de l'effet relatif des conventions.

560. Après cet exposé de l'état du droit positif quant aux groupes de contrats et à l'extension des clauses qui prend place dans leur cadre, nous discuterons du fondement des solutions abordées par la jurisprudence.

Deuxième partie

Base juridique de l'extension et de la transmission des clauses au sein des groupes de contrats

561. Dans la première partie nous avons envisagé plusieurs cas de figure d'extension de clauses au sein des groupes de contrats, dans leurs trois formes : chaînes de contrats, ensembles contractuels bipartites et ensembles contractuels multipartites. Nous avons également mis en lumière les hypothèses qui relèvent d'une simple opposabilité et celles qui relèvent de l'extension du contenu obligationnel du contrat.

562. Dans cette partie nous cherchons à trouver le fondement juridique qui sert de base à ces solutions. La recherche de ce fondement nous permettra d'apprécier le bien-fondé de ces solutions et de dégager des règles générales applicables à différents types de clauses.

563. La recherche de la base juridique nous mènera à appréhender la question de l'extension des clauses dans les groupes de contrats sous deux angles. Celui des groupes de contrats (titre I) et celui des clauses (titre II).

Titre I

Justification de l'extension ou de la transmission d'une clause au sein d'un groupe de contrats

564. Dans ce titre, nous analyseront, en détail, la jurisprudence exposée dans la première partie pour en trouver la justification, et essayer d'en retirer des principes généraux.

Nous examinerons donc successivement le fondement de l'extension et de la transmission des clauses au sein des chaînes de contrats (chapitre I), puis le fondement des solutions retenues dans le cadre des ensembles contractuels, bipartites et multipartites (chapitre II).

Chapitre I

Justification de l'extension et de la transmission d'une clause au sein d'une chaîne de contrats

565. Lorsque nous avons exposé la jurisprudence sur l'extension et la transmission des clauses au sein des chaînes de contrats, nous avons pu voir le rôle clé de l'action directe. D'une part, certaines clauses peuvent voir leur champ d'application *rationae personae* s'élargir à l'occasion de l'action directe. D'autre part, d'autres clauses, transmises avec la chose dans les chaînes translatives de propriété, peuvent créer des actions directes au profit du sous-acquéreur. Dans le présent chapitre nous allons discuter le fondement juridique de l'extension de ces premières (section I) et de la transmission de ces deuxièmes (section II).

Section I

de l'extension de certaines clauses au sein d'une chaîne de contrats

566. Nous avons déjà vu que certaines clauses peuvent voir leur effet étendu à d'autres membres de la chaîne de contrats, lorsqu'une action directe est exercée au sein de la chaîne. Afin de trouver une explication juridique convenable à ce phénomène d'extension, nous diviserons ces clauses en deux catégories, chacune ayant un fondement différent : d'une part les clauses ayant pour objet de déterminer l'existence ou le montant de la créance, et d'autre part les clauses de compétence.

Sous-section I : Les clauses ayant pour objet de déterminer le montant de la créance

567. Lors de notre examen de la jurisprudence relative à l'extension des clauses au sein des chaînes de contrats, nous avons pu voir que la jurisprudence admettait l'extension de certaines clauses qui affectent l'existence ou le montant des créances mises en jeu dans l'action directe, à savoir la clause limitative de responsabilité et les clauses relatives à la garantie (dans les chaînes de vente). Le fondement de l'extension de ces clauses peut être trouvées à la fois dans l'analyse que nous avons faite de l'action directe, comme un mécanisme de compensation multipartite, ainsi que dans la notion d'enrichissement sans cause. A partir de cette double justification, nous poserons un principe général d'extension de toute clause qui affecte l'existence ou détermine le montant des créances des membres de la chaîne, à l'occasion d'une action directe. Mais avant de nous lancer à la recherche d'un fondement juridique, nous ferons d'abord un bref rappel des solutions retenues par la jurisprudence relativement à l'extension de ces deux types de clauses dans les chaînes de contrats.

I-Bref rappel des solutions retenues par la jurisprudence à propos de l'extension des clauses limitatives de responsabilité ou de garantie dans les chaînes de contrats

568. Nous avons déjà vu que la jurisprudence admettait que la clause de non-garantie ou limitative de garantie contenue dans le contrat entre le vendeur originaire et le vendeur intermédiaire était opposable au sous-acquéreur, mais que ce premier ne pouvait de prévaloir d'une clause de non-garantie contenue dans le contrat entre vendeur intermédiaire et le sous-acquéreur. La même solution avait été adoptée à propos de la clause limitative de responsabilité : le sous-traitant pouvait opposer la clause contenue dans son propre contrat, mais pas celle contenue dans le contrat d'entreprise principal.

Nous avons également pu en tirer la conclusion que la jurisprudence cherchait avant tout de respecter les prévisibilités contractuelles des parties. Nous pensons que la véritable justification de l'extension des clauses de non-garantie, limitative de garantie ou limitatives de responsabilité se trouvait dans l'analyse de l'action directe comme une compensation multipartite, ainsi que dans la théorie de l'enrichissement sans cause.

II-La double justification de l'extension des clauses limitatives de responsabilité ou de garantie dans les chaînes de contrats

569. Nous avons déjà démontré que l'action directe peut être analysée comme un mécanisme de compensation légale multipartite. Cette analyse permet de donner un fondement juridique pour l'extension des deux types de clauses susmentionnés, à l'occasion de l'exercice d'une action directe dans une chaîne de contrats. Cette extension pourrait être aussi justifiée par la notion d'enrichissement sans cause.

A-Justification par le biais de la compensation multipartite

570. Selon notre analyse, l'action directe a pour objectif le paiement du solde de la compensation multipartite qui s'opère entre, d'une part, la créance du demandeur envers le membre intermédiaire de la chaîne et d'autre part, celle que ce dernier détient du défendeur. Il est donc normal que ces deux créances soient calculées de façon exacte afin que le solde de la compensation soit fixé. Le calcul de ce solde ne peut se faire qu'au regard des stipulations du contrat qui a engendré la créance. Appliquons ce principe aux deux clauses concernées.

1-Application à la clause de non-garantie ou limitative de garantie

571. Afin de bien déterminer les deux créances qu'il s'agit de compenser, imaginons la situation telle qu'elle aurait été si l'action directe n'était pas possible dans les chaînes de vente. Le sous-acquéreur, constatant un vice caché dans la chose vendue, aurait mis en œuvre la garantie des vices cachés prévues par son propre contrat, contre le vendeur intermédiaire. Voici donc l'origine de la première créance. Ensuite, le vendeur intermédiaire, assigné en justice par son acheteur, aurait appelé en garantie le vendeur originaire, en se basant sur la garantie prévue par son propre contrat. Voici donc l'origine de la deuxième créance. Si le contrat de vente initial contenait une clause de non-garantie, le vendeur intermédiaire serait débouté de sa demande en garantie. La deuxième créance n'aurait donc pas lieu. Il est donc normal que la compensation multipartite ne peut pas s'opérer, et que cette clause fasse échouer l'action directe. S'il s'agissait d'une clause limitative de garantie, cette clause serait également opposable au sous-acquéreur, dans la mesure où elle permettrait de déterminer le montant de la créance que le vendeur intermédiaire détient sur le vendeur originaire.

572. Nous pensons donc que la compensation multipartite est à même de justifier l'opposabilité de la clause de non-garantie ou limitative de garantie au sous-acquéreur. Le même fondement est valable pour la clause limitative de responsabilité.

2-Application à la clause limitative de responsabilité

573. Suivons le même raisonnement que pour la clause de non-garantie. A défaut d'action directe, le maître d'ouvrage constatant un dommage dans les travaux, aurait assigné l'entrepreneur principal sur la base du contrat d'entreprise, qui aurait appelé le sous-traitant en garantie sur la base du contrat de sous-traitance. Si ce deuxième contrat contient une clause limitative de responsabilité, cette clause aurait pour effet de délimiter la créance de réparation dont l'entrepreneur principal dispose à l'encontre du sous-traitant. Si l'action directe a pour objet le paiement du solde de la compensation entre cette créance et celle que l'entrepreneur principal doit au maître d'ouvrage, il est normal que l'effet de cette clause soit opposable à ce dernier. L'analyse théorique que nous avons faite de

l'action directe n'est pas la seule à pouvoir justifier l'extension de ces deux clauses ; la théorie de l'enrichissement sans cause offre une autre justification.

B-Justification par la théorie de l'enrichissement sans cause

574. Selon cette théorie, d'origine prétorienne, nul ne peut s'enrichir au détriment d'autrui. Trois conditions sont nécessaires pour que cette théorie trouve à s'appliquer. La première, c'est l'enrichissement d'une personne, la deuxième c'est l'appauvrissement d'une autre en conséquence de cet enrichissement, la troisième c'est l'absence d'une cause légitime qui permette de le justifier⁵²¹. Vérifions l'application de ces trois conditions dans l'action directe, en présence de l'une des deux clauses étudiées. Suivons la même démarche que nous avons adoptée pour justifier l'extension de ces deux clauses sur la base de la compensation multipartite. Imaginons la scène si les membres extrêmes de la chaîne ne pouvaient agir directement les uns contre les autres. Dans ce cas le sous-acquéreur (ou le maître de l'ouvrage selon les cas) aurait agi contre son cocontractant direct, qui aurait appelé en garantie le vendeur initial ou le sous-traitant, sur la base du contrat de vente initial ou de la sous-traitance. Si ce dernier contrat (de vente initial ou de sous-traitance) contient une clause de non-garantie ou limitative de garantie, cette clause fait en principe partie de l'économie du contrat⁵²², sinon elle serait nulle⁵²³. Elle pourrait trouver sa raison d'être dans la diminution du prix de vente, dans l'usage dans un certain domaine commercial, dans le fait que l'acheteur soit particulièrement bon connaisseur du produit,

521 F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, *Droit Civil Les obligations*, Dalloz ,8ème édition 2002, p.1001.

522 Pour une approche de l'économie du contrat, au sens d'équilibre entre les prestations, voir J.Moury, « Une embarrassante notion: l'économie du contrat », *Recueil Dalloz*, 2000, Chronique p. 382s; P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Droit civil, les obligations*, Defrénois, 4ème édition, 2009, p. 317 ; A.Atias, « Qu'est-ce qu'un contrat ? » in *Droit et économie des contrats*, sous la direction de Ch. Jamin, LGDJ, 2008.

523 Civ 3ème, 24 janvier 1973, *Gaz.Pal.* 1973.1.418, *RTD Civ.*1974.434, obs. G. Cornu ; Civ 1ère, 23 janvier 1994, *Bull.civ.* I, n°76, *D.* 1995.214, note S. Dion, *JCP éd.G.* 1994. I. 3809, n°15, obs. G. Viney, *RTD civ.* 1994.616, obs. P. Jourdain ; Com., 22 octobre 1996, Chronopost, *Bull.civ.* IV, n° 261 ; *D.* 1997.121, note A. Sériaux et *D.* 1997.Somm.175, obs. Ph. Delebecque ; *Contrats, conc. consom.* 1997.comm.24, obs. L. Leveneur ; *Defrénois* 1997.333, obs. D. Mazeaud ; *JCP éd.G* 1997.II.22881, note D. Cohen , *ibid* I. 4002, n° 1 et s. obs. M. Fabre-Magnan. ; Com., 15 février 2000, *Bull.civ* IV n°29, *D.* 2000 somm. 364, obs. Delebecque, *JCP* 2000. I. 272, n°9s, obs. Constantin, *JCP éd.E* 2001. 320, obs. Seube ;

etc...En tout état de cause, cette clause de non-garantie ou limitative de garantie doit avoir une cause légitime dans l'économie du contrat ; et le même constat s'applique pour la clause limitative de responsabilité.

575. Maintenant reprenons l'exemple. Si le destinataire final (sous-acquéreur ou maître d'ouvrage) agit contre son cocontractant, si celui-ci appelle en garantie son autre cocontractant, et que la clause litigieuse fasse obstacle ou du moins limite son recours en garantie, dans ce cas c'est le cocontractant intermédiaire qui supporte la totalité ou du moins la plus grande partie du dommage. Mais cet appauvrissement a bien une cause légitime : la clause litigieuse qui, nous l'avons dit, à une raison d'être selon l'économie du contrat. En revanche, si le sous-acquéreur ou le maître d'ouvrage pouvait agir, par voie d'action directe, contre le cocontractant de son cocontractant sans que la clause de non-garantie ou limitative de responsabilité ne lui soit opposable, la situation serait différente. Dans ce cas, c'est le membre extrême de la chaîne (le sous-traitant ou le vendeur initial) qui va supporter le dommage. Et le cocontractant intermédiaire se serait enrichi dans la mesure où il ne supporterait pas la responsabilité qui aurait dû lui incomber. La cause de l'appauvrissement du membre extrême de la chaîne et de l'enrichissement du cocontractant intermédiaire se trouverait dans l'action directe, qui aurait alors permis de renverser la charge de la responsabilité du contractant intermédiaire au contractant extrême.

576. Indépendamment de la qualification que l'on veut attribuer à l'action directe, elle est unanimement conçue comme un moyen de paiement ou un privilège accordé au titulaire de l'action afin d'échapper au risque d'insolvabilité de son cocontractant. En revanche, elle n'a point pour objet de permettre l'enrichissement d'une partie au détriment de l'autre, par rapport à ce qui est contractuellement prévu. Si elle aboutissait à un tel résultat, il y aurait un enrichissement sans cause du contractant intermédiaire au détriment de son cocontractant qui se trouve défendeur à l'action directe. Ainsi, indépendamment de l'analyse que nous avons faite de l'action directe, la théorie de l'enrichissement sans cause est suffisante pour justifier l'opposabilité de la clause de non-garantie, limitative de garantie ou limitative de responsabilité contenue dans le contrat de base, au demandeur à l'action directe.

577. A partir de l'analyse du fondement de l'extension de ces deux clauses dans les chaînes de contrats, nous pouvons déjà poser le premier principe général pour gérer l'extension des clauses dans les actions directes.

III-Principe : l'extension des clauses qui déterminent le montant des créances dans les chaînes de contrats

578. Une fois que nous aurons énoncé le principe, il s'en suivra nécessairement une critique de la jurisprudence en ce qu'elle refuse au défendeur à l'action directe de se prévaloir de la clause de non-garantie ou limitative de responsabilité comprise dans le contrat du demandeur.

A-Énoncé du principe : extension de plein droit des clauses qui déterminent l'existence ou le montant de toutes les créances en jeu

579. S'agissant des clauses qui délimitent la créance telle que la clause limitative de responsabilité, ou qui affectent l'existence même de la créance telle que la clause de non-garantie, ces clauses sont évidemment opposables au demandeur à l'action directe. Nous pensons même que leur opposabilité doit s'opérer de plein droit et d'office par le juge. En effet, s'agissant d'un paiement du solde des créances contenues dans la chaîne, le juge doit calculer d'office le montant à payer. Ces clauses par nature ne prévoient pas d'obligations⁵²⁴, faute notamment de pouvoir être exécutée par l'intermédiaire d'un débiteur⁵²⁵. Leur extension relève donc de l'opposabilité et ne constitue aucun problème au regard de l'article 1165.

580. Nous ajoutons que ces clauses doivent être opposables au demandeur à l'action, qu'elles figurent dans le contrat du défendeur ou même dans son propre contrat. En effet dans le premier cas, la clause délimite la créance que le contractant intermédiaire détient

524 Sur la définition de l'obligation, voir *supra* n°354s.

525 Voir *supra* n°355s.

sur le défendeur, et dans le deuxième cas elle délimite la créance que le demandeur détient sur ce premier.

581. Si l'action directe est dirigée vers un membre lointain de la chaîne, les clauses contenues dans tous les contrats qui le séparent du demandeur à l'action doivent être opposables à ce dernier, si elles ont pour effet de délimiter les créances prévues dans ces contrats. Dans ce cas on serait en effet face à une compensation impliquant tous les membres intermédiaires de la chaîne, ainsi que le demandeur et le défendeur. Il est vrai qu'une telle solution risque d'être d'une grande complexité. Mais ce type d'action directe est relativement rare en pratique, et de toute façon, n'est pas approuvé d'une grande partie de la doctrine, en raison des difficultés de sa mise en œuvre. En témoigne l'avant-projet Catala, qui prévoit dans son article 1168 que l'action directe est limitée à deux créances.

582. La question est plus délicate s'agissant des clauses qui, sans déterminer le montant d'une créance, servent en quelque sorte à la « moduler ». Il en est ainsi par exemple dans la clause de devise. Nous pensons que dans cette hypothèse, le juge doit se poser deux questions. La première est de savoir si ces clauses sont génératrices d'obligations. Le juge ne peut, au nom de l'action directe faire peser sur le défendeur aucune obligation qui ne soit prévue par son propre contrat. Si la clause ne crée pas d'obligation, elle est potentiellement opposable.

583. Le juge devra ensuite se demander si l'opposabilité d'une telle clause est opportune. Nous pensons notamment aux conditions essentielles à la mise en œuvre de la compensation. Par exemple, l'opposabilité de la clause de devise pourrait avoir pour effet de rendre les créances non fongibles. Il serait donc peut être inopportun de la mettre en œuvre. Toujours dans ce raisonnement d'opportunité, le juge devrait prendre en compte les attentes légitimes du défendeur. Le demandeur ayant pris l'initiative de l'action directe, il serait plus juste de lui faire supporter les limites contractuelles contenues dans le contrat du défendeur, plutôt que de faire sacrifier les attentes légitimes de ce dernier. Mais s'agissant d'un raisonnement d'opportunité, l'opposabilité de telles clauses ne doit être ni de plein droit, ni soulevé d'office par la juge. L'opposabilité de la clause doit relever du pouvoir souverain du juge du fond.

584. En effet, rien n'interdit l'opposabilité des clauses « modulatrices » de la créance, puisqu'elles ne génèrent pas d'obligations ; en revanche, rien ne le commande non plus, puisque ces clauses ne servent au calcul du solde de la compensation multilatérale qui sert d'assise à l'action directe. C'est pour cette raison qu'il nous paraît raisonnable de faire dépendre l'extension de ces clauses dans l'action directe sur l'appréciation du juge au cas par cas.

585. A partir de là, nous pouvons poser énoncer le premier principe concernant l'extension des clauses au sein des chaînes de contrats : *Toute clause contenue dans le contrat du demandeur ou du défendeur à l'action directe, ou dans l'un des contrats intermédiaires doit s'appliquer de plein droit si elle a pour objet ou pour effet de déterminer le montant ou d'affecter l'existence de l'une des créances concernées par l'action.* Un deuxième principe peut aussi voir le jour : *Le juge peut, sur demande de l'une des parties, mettre en œuvre l'une des clauses qui affectent les créances concernées par l'action directe sans en changer le montant, si la mise en œuvre d'une telle clause paraît opportune et à condition que cette clause ne génère pas d'obligation à la tête de l'une des parties.*

586. Sur la base de ces principes, la solution prétorienne qui refuse au défendeur à l'action directe de se prévaloir de l'effet de la clause de non-garantie ou limitative de responsabilité contenues dans le contrat du demandeur, nous paraît critiquable.

B-Critique de la jurisprudence qui rejette l'opposabilité de la clause de non-garantie ou limitative de responsabilité contenues dans le contrat du demandeur à l'action directe

587. Nous avons déjà démontré que l'analyse que nous avons faite de l'action directe implique nécessairement que toutes les clauses qui délimitent le montant – et *a fortiori* l'existence même – de l'une des créances qui entrent dans la sphère de l'action directe, est opposable de plein droit au demandeur. Ce constat nous conduit donc à une solution contraire à celle retenue par la Cour de cassation pour la clause de non-garantie et la

clause limitative de responsabilité comprises dans le contrat du demandeur⁵²⁶. En effet ces clauses participent à la détermination du montant ou même de l'existence de la créance que le demandeur détient sur le contractant intermédiaire.

588. Une autre raison confirme cette critique : la théorie de l'enrichissement sans cause. S'il a déjà été démontré que cette théorie justifie l'extension de l'effet de la clause de non-garantie ou limitative de responsabilité contenue dans le contrat du défendeur, cette même notion devrait nous conduire à admettre l'extension de ces clauses dans l'action directe, même si elles se trouvent dans le contrat du demandeur. Autrement, le maître de l'ouvrage ou le sous-acquéreur pourrait échapper à une clause qu'il avait pourtant consentie dans son propre contrat et qui fait partie de l'économie de celui-ci.

589. L'extension des clauses de compétence dans les chaînes de contrats relève d'une logique différente de celle qui gouverne l'extension des clauses de non-garantie ou limitative de responsabilité.

Sous-section II : Le fondement de l'extension des clauses de compétence dans les chaînes de contrats

590. La motivation des arrêts est très divergente quant il s'agit d'étendre l'effet de la clause compromissoire et de la clause attributive de juridiction. Nous proposons, à quelques différences près, un même fondement pour l'extension des deux clauses, à savoir la bonne administration de la justice.

I-Fondement de l'extension de la clause compromissoire dans les chaînes de contrats

⁵²⁶ Voir *supra* n°342 et 344.

591. Nous ferons d’abord un bref rappel des solutions adoptées par la jurisprudence dans ce cadre, avant de proposer un nouveau fondement qui pourrait englober les différentes hypothèses d’extension d’une clause compromissoire à l’occasion d’une action directe.

A-Synthèse de la jurisprudence sur l’extension des clauses compromissaires dans une action directe

592. La Cour de Cassation et la Cour d’appel de Paris ont avancé plusieurs fondements, pour justifier l’extension de la clause compromissoire dans différents cas de figure. Après avoir exposé brièvement les solutions retenues par les deux cours, nous démontreront l’inapplicabilité de toutes les justifications avancées par la jurisprudence.

1-Bref rappel des solutions retenues par la Cour de cassation et la cour d’appel de Paris

593. La jurisprudence des deux cours admet presque toujours l’extension d’une clause compromissoire dans une chaîne de contrat, lorsque l’un des membres de la chaîne exerce une action directe.

594. L’approche de la cour d’appel de Paris s’est avérée différente de celle de la Cour de cassation, même si elles aboutissent toutes les deux à la même solution. La première se réfère, en arbitrage interne, à la volonté implicite du défendeur, pour lui faire opposer la clause compromissoire contenue dans le contrat qui lie le demandeur au cocontractant intermédiaire⁵²⁷. Dans l’arbitrage international, elle étend au défendeur l’effet de la clause compromissoire contenue dans le contrat du demandeur – et inversement - sur la base du principe de « validité et d’efficacité propres » de la convention d’arbitrage internationale⁵²⁸.

595. La Cour de cassation distingue entre chaînes translatives et non translatives de propriété. Dans les premières, la clause compromissoire se transmet comme accessoire de

⁵²⁷ Voir *supra* note 280.

⁵²⁸ Voir *supra* n°330.

la chose, donc indépendamment de la volonté des parties. Elle est donc opposable de plein droit au défendeur ; et cela même en présence d'une clause attributive de juridiction dans un autre contrat de la chaîne⁵²⁹. Cependant, tout en appliquant ce principe de transmission automatique comme accessoire, la cour fait parfois une réserve pour les cas où le tiers qui voyait s'imposer la clause était « dans l'ignorance raisonnable » de l'existence et du contenu de la clause. La qualité interne ou internationale de l'arbitrage lui semble être, dans cette hypothèse, sans incidence. Dans les chaînes non translatives la Cour de cassation admet toujours l'extension, même si elle ne paraît pas très certaine sur le fondement : c'est parfois la volonté implicite des parties⁵³⁰, d'autres fois la cour repose sur un principe de transmission automatique de la convention d'arbitrage international aux autres membres de la chaîne, adoptant donc un fondement proche que celui retenu par la cour d'appel de Paris⁵³¹.

596. Les trois fondements principaux retenus par la jurisprudence sont donc : le principe de la « validité et de l'efficacité propres » de la convention d'arbitrage internationale, le principe de l'accessoire et la volonté implicite des parties. Nous allons expliquer pourquoi chacun de ces trois fondements ne nous paraît pas suffisant pour justifier l'extension de la clause compromissoire dans une action directe.

2-Critique des fondements avancés par la jurisprudence

597. Nous aborderons d'abord le principe de la validité et de l'efficacité propres, ensuite le principe de la transmission comme accessoire, et enfin la volonté implicite des parties.

a-Objections contre le principe de validité et d'efficacité propres

529 Voir *supra* n°337.

530 Voir *supra* n°329.

531 Voir *supra*.n°328.

598. Ce principe fait l'objectif de nombreuses critiques de la part de la doctrine⁵³², c'est ce qui explique sans doute qu'il ne soit pas repris par la Cour de cassation.

599. Premièrement, comme le retient Monsieur Assaf⁵³³, la validité de la clause n'a rien à voir avec son extension, il s'agit de deux questions complètement différentes. Sauf si cette expression veut faire allusion au principe *compétence de la compétence*, l'arbitre étant seul compétent pour juger de la validité de la clause compromissoire et de sa propre compétence. Mais dans ce cas il ne s'agirait pas d'une justification de l'extension de la clause compromissoire, mais d'un refus du juge de trancher le champ d'application *rationae materiae* et *rationae personae* de la clause compromissoire.

600. Deuxièmement, la Cour d'appel de Paris en tire la conclusion que la clause devrait produire ses effets à l'égard de toute personne « *impliquée dans la négociation et l'exécution du contrat et dans les litiges qui peuvent en résulter* ». Mais la cour n'explique pas le lien logique entre, d'une part, la validité et l'efficacité de la clause compromissoire et d'autre part la participation à la négociation et à l'exécution du contrat, ou la prise de part dans les litiges qui en résultent.

601. Troisièmement, comme le retient également Monsieur Assaf⁵³⁴, « la validité et l'efficacité propres » de la convention d'arbitrage international pourrait éliminer les obstacles à l'extension de la clause, mais elle ne justifie pas pourquoi elle devrait être étendue. Autrement dit, elle rend la clause compromissoire internationale *opposable* aux tiers, mais elle n'explique pas pourquoi elle *devrait* être étendue aux autres membres de la chaîne de contrats dans le contexte particulier de l'action directe

602. La justification de l'extension de la clause compromissoire dans les chaînes de contrats par le principe de l'accessoire, n'échappe pas non plus aux critiques.

b-Objections contre le principe de l'accessoire comme justificatif de l'extension de la clause compromissoire

532 R. Assaf, *Unification du régime juridique des conventions d'arbitrage interne et international*, thèse de Doctorat en droit privé à l'Université de Paris II, 2008, p.333.

533 Idem

534 Idem

603. Premièrement la théorie de l'accessoire repose sur l'idée selon laquelle l'action en garantie du sous-acquéreur lui est transmise par son auteur. Nous avons déjà expliqué pourquoi nous n'adhérons pas à cette thèse⁵³⁵.

604. Deuxièmement, comme le remarque justement un auteur, pour qu'une clause soit qualifiée d'accessoire, il faut qu'elle engendre une obligation⁵³⁶. Une clause pourrait éventuellement façonner une créance lors de sa transmission, s'il s'agit par exemple d'une clause qui détermine le montant d'une créance telle que la clause limitative de responsabilité. Mais une fois que la créance est transmise, de telles clauses n'ont aucun rôle à jouer. La transmission à titre d'accessoire suppose que la clause accessoire puisse produire des effets ultérieurs dans le patrimoine de l'ayant cause. Ce qui suppose que la clause soit génératrice d'obligation. Or, nous avons déjà démontré que la clause compromissaire ne crée pas d'obligations, à défaut de valeur patrimoniale, de créancier et de débiteur bien définis et de participation à la réalisation du *negotium*. Et si, malgré tout, on insiste à concevoir la clause compromissaire comme une clause créatrice d'obligations à la tête des deux parties, on serait confronté à un autre problème : la jurisprudence refuse depuis toujours la transmission des dettes à l'ayant cause à titre particulier⁵³⁷; comment pourrait-on alors admettre la transmission de la clause compromissaire dans ce cas ?

605. Troisièmement, le recours au fondement de l'accessoire suppose que la transmission de la clause compromissaire se passe indépendamment de la volonté du tiers qui en subit l'effet. Pourtant, ce constat s'accorde mal avec les arrêts qui, tout en retenant le fondement de l'accessoire, réservent une exception de non-transmission pour le cas où ce tiers serait dans « l'ignorance raisonnable » de la clause⁵³⁸.

606. Enfin, si l'on admet que le principe de l'accessoire puisse permettre la transmission la clause compromissaire contenue dans la première vente au sous-acquéreur, comment expliquer que la clause contenue dans la dernière vente soit opposable au vendeur initial ?

Le critère de la volonté implicite des parties nous paraît également discutable.

535 Voir *supra* n°134.

536 Ch. Juillet, *Les accessoires de la créance*, préface de Ch. Larroumet, Defrénois lextenso éditions, 2009, p.42.

537 O.Deshayes, *La transmission de plein droit des obligations à l'ayant cause à titre particulier*, LGDJ, 2004, p.62.

538 Civ 1ère, 6 février 2001 précité note 275 et Civ 1ère, 17 novembre 2010, précité, note 275.

c-Objections contre le critère de la volonté implicite

607. Le recours à la volonté implicite des parties potentielles à l'arbitrage pour déterminer le champ d'application *rationae personae* de la clause compromissoire n'est pas en soit une idée condamnable. L'arbitrage est un mode contractuel de règlement des litiges, il est donc normal que la volonté des parties y soit prises en compte. Ce qui est plus discutable par contre, c'est l'usage que la jurisprudence en fait. L'approche de la Cour de cassation et de la cour d'appel de Paris semble plutôt téléologique ; cherchant par tous les moyens un indice de volonté pour légitimer l'extension de la clause compromissoire, une extension qui serait sans doute plus avantageuse pour le bon déroulement de la justice. La jurisprudence déduit la volonté implicite du défendeur ou du demandeur à l'action directe (celui dont le contrat ne comporte pas de clause compromissoire) de sa participation à l'exécution du contrat contenant la clause compromissoire tout en ayant connaissance de l'existence de la clause⁵³⁹. Nous ne pensons pas que ces indices soient suffisants pour déduire la volonté du demandeur ou du défendeur de recourir à l'arbitrage. Le demandeur ou le défendeur à l'action directe peut très bien connaître l'existence et la portée de la clause compromissoire contenue dans un autre contrat, mais ne pas s'attendre à ce que l'effet de la clause lui soit étendu, étant donné qu'il n'est pas partie à ce contrat. La volonté implicite, si elle a lieu, doit être caractérisée de façon certaine et non équivoque, étant donné que le recours à l'arbitrage implique nécessairement renonciation à certaines des garanties fondamentales du procès (publicité de la procédure, gratuité de la justice, etc...) ⁵⁴⁰.

608. Si nous n'objectons pas contre la prise en compte de la volonté implicite des parties pour fonder l'extension de la clause compromissoire dans l'action directe (encore que cette volonté implicite puisse réellement être dégagée), nous pensons qu'elle n'est pas suffisante. Il faut en effet distinguer en effet entre deux types de manifestations de

539 Voir *supra* n°329.

540 Voir *infra* n°617.

volonté. La volonté exprimée peut être soit une volonté-acceptation, soit une volonté de contracter.

La première signifie simplement que le tiers auquel on étend l'effet de la clause compromissoire n'a pas d'objections de recourir à l'arbitrage dans les conditions précisées dans la clause. Mais cette volonté ne va pas jusqu'à l'exclusion de la compétence des juridictions étatiques compétentes. Le tiers ne devient pas partie à la convention d'arbitrage. Cette volonté-acceptation est donc « une volonté neutre », une absence d'objections contre le recours à l'arbitrage dans des conditions données.

La seconde signifie que ce tiers a exprimé sa volonté de contracter une convention d'arbitrage avec les autres parties. Il s'agit alors d'une volonté « positive », qui a pour effet non seulement d'obliger le tiers à recourir à l'arbitrage, mais qui exclut aussi la compétence des juridictions étatiques. Ce cas de figure n'est pas envisageable pour la clause compromissoire. On ne peut pas imaginer qu'une personne devienne partie à une clause sans être partie au reste du contrat. La seule hypothèse qu'on pourrait envisager est alors que, suite à la naissance du litige impliquant le tiers et les deux parties, ces trois personnes ont voulu conclure un compromis. L'exigence de l'écrit en arbitrage interne (article 1443 du Code de procédure civile) exclut la possibilité d'un compromis qui se forme par volonté implicite. En arbitrage international, même si la convention d'arbitrage n'est soumise à aucune forme (article 1507 du Code de procédure civile), il est difficile d'imaginer un compromis qui serait conclu sans le moindre écrit, ne serait-ce que par référence à un autre document extérieur au contrat. La volonté purement implicite de conclure un compromis, même en arbitrage international, est donc difficilement envisageable.

La volonté implicite de recourir à l'arbitrage, retenue par la jurisprudence, est donc toujours une volonté-acceptation et non pas une volonté de contracter. Cette manifestation de volonté « neutre » n'est pas suffisante à justifier l'extension de la clause compromissoire. Elle est nécessaire pour éliminer les obstacles du recours à l'arbitrage⁵⁴¹, mais elle doit être complétée par un autre fondement juridique qui sert de justification

⁵⁴¹ Voir *infra* n°615s.

« positive » à l'extension. Ce fondement peut être trouvé dans la bonne administration de la justice.

B-La bonne administration de la justice comme fondement de l'extension de la clause compromissoire

609. Avant d'expliquer comment la bonne administration de la justice pourrait justifier l'extension de la clause compromissoire dans les chaînes de contrats, il convient d'abord de mentionner tous les obstacles potentiels à l'extension de la clause compromissoire.

1-Les obstacles potentiels à l'extension de la clause compromissoire

610. Un premier « faux » obstacle tient à la nature contractuelle de l'arbitrage : la clause compromissoire étant par essence une convention, elle est naturellement soumise à l'effet relatif des contrats ; son extension ne constitue pourtant pas une vraie dérogation à l'article 1165.

611. Pourtant de vrais obstacles pourraient – potentiellement – remettre en cause l'extension de la clause compromissoire. D'abord, l'arbitrage est un mode dérogatoire de règlement des litiges, il implique renonciation à certaines des garanties processuelles prévues par le droit de l'Union européenne et la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Deuxièmement, l'arbitrage interne – à l'exclusion de l'arbitrage international – induit aussi une renonciation au droit d'accès au juge naturel.

a-L'opposabilité de la clause compromissoire ne porte pas atteinte au principe de l'effet relatif des contrats

612. Nous avons déjà démontré que la clause compromissoire ne crée pas d'obligations et donc que son extension aux tiers ne relève donc que de l'opposabilité des contrats⁵⁴². Le

⁵⁴² Voir *supra* n°265s et 417.

caractère contractuel de l'arbitrage ne peut donc pas justifier ou faire obstacle à l'extension de la clause compromissoire dans l'action directe. Par contre, l'extension de la clause compromissoire en droit interne pose potentiellement problème dans la mesure où elle prive les parties du droit au recours à leur juge naturel.

b-Le recours à l'arbitrage interne est une dérogation au principe du droit d'accès au juge naturel

613. D'abord, il faut noter que l'arbitrage, interne ou international, ne porte pas atteinte au droit de recours au juge. Si les garanties du bon procès diffèrent d'une culture juridique à une autre, le principe même du droit au juge est universellement reconnu⁵⁴³. Mais l'arbitrage n'y porte point atteinte : il offre aux parties une forme de justice privée qui remplace la justice étatique. Cette justice privée va leur permettre de faire prévaloir leurs droits ou leurs prétentions juridiques sur les questions qui entrent dans sa compétence.

614. Mais la question qu'il faut se poser est de savoir si l'arbitrage déroge au droit du justiciable de recourir à son *juge naturel*. Il s'agit d'une notion purement française, qui existait dans d'anciens textes législatifs, mais qui n'a actuellement aucun support textuel. C'est la jurisprudence du Conseil constitutionnel qui prévoit actuellement ce principe sur la base du principe d'égalité devant la loi prévu par la Déclaration universelle des droits de l'Homme⁵⁴⁴. Il signifie que les tous les justiciables se trouvant dans la même situation doivent être jugés par les mêmes tribunaux, selon les mêmes règles de procédure et de fond⁵⁴⁵. Il comprend donc deux volets principaux : le premier est le droit des justiciables, se trouvant dans une situation juridique identique, de porter leurs recours devant un même tribunal, le deuxième concerne les règles applicable au procès. Ce qui nous intéresse pour l'instant c'est le premier volet.

543E.Jeuland, *Droit processuel général*, éditions Montchrestien-Lextenso, 2012, p.184.

544 Decis. de principe n°75-56 DC, 23 juillet 1975, *RDC publ.*1975.1313, obs. Favoreu et Philip, *AJDA* 1976. 44 note Rivero, *D.*1975. 629, note L. Hamon et G. Levasseur, *JCP* 1975. II. 18200, note Franck.

545 S.Guinchard, G.Montagnier et A.Varinard, Th.Debard, *Institutions juridictionnelles*, Dalloz, 11ème édition, 2011, p.231s.

615. Pour l'arbitrage international, l'atteinte à ce droit n'est pas substantielle et parfois elle ne peut même pas être caractérisée. Les règles de compétence internationales étant par essence des règles de rattachement unilatérales, il arrive assez souvent que les tribunaux de plusieurs Etats soient compétents pour connaître d'un même litige. Inversement, dans d'autres cas, aucun tribunal ne se déclare compétent en vertu de ses règles de compétence unilatérales. Il s'ensuit qu'il n'existe pas sur la scène internationale un véritable *juge naturel* pour une affaire donnée ; l'arbitrage international n'en prive donc pas les justiciables. Par contre, l'arbitrage interne prive indéniablement les parties de leur droit d'accéder à leur juge naturel. La volonté d'y recourir doit donc être claire et non équivoque puisqu'il comporte renonciation à un droit fondamental.

616. Cette différence d'effet entre l'arbitrage interne et l'arbitrage international explique sans doute, du moins partiellement, l'expression retenue par la cour d'appel de Paris « *la validité et l'efficacité propres de la convention d'arbitrage international* »⁵⁴⁶. Même si nous ne sommes toujours pas convaincus qu'il s'agit ici d'un véritable fondement qui suffirait à justifier l'extension de la clause compromissoire, nous pensons que la cour a voulu mettre l'accent sur l'obstacle supplémentaire qui « freine » l'extension de la clause compromissoire en arbitrage interne et qui n'a pas son équivalent en arbitrage international.

Une autre problématique, commune aux deux types d'arbitrage, se dessine : celle de la renonciation aux garanties du procès.

c-Le recours à l'arbitrage implique renonciation à certaines garanties du procès

617. Comme le note un auteur, le recours à l'arbitrage implique nécessairement renonciation à certaines de garanties qui sont traditionnellement reconnues aux tribunaux étatiques⁵⁴⁷. Ainsi par exemple, l'arbitrage déroge au principe de la gratuité de la justice et au principe de publicité. Il est évident que cette renonciation ne vaut pas pour toutes les garanties (exemple : l'impartialité du juge/ de l'arbitre et le respect du droit de la défense).

⁵⁴⁶ Voir *supra* n°330.

⁵⁴⁷ J.-Ph. Moïny, « Cloud computing : validité du recours à l'arbitrage ? (partie II) droits de l'Homme et clauses abusives », *Revue Lamy droit immatériel*, n°78, janvier 2012, p.99.

618. Ces garanties se trouvent dans trois sources : les dispositions du code de procédure civile, l'article 6-1 de la Convention européenne des droits de l'Homme et la jurisprudence du Conseil constitutionnel.

619. Les dispositions du code de procédure civile relatives au déroulement du procès (articles 1 à 24) ne s'appliquent pas toutes à l'arbitrage. L'article 1464 alinéa 2 précise les textes qui sont applicables à l'arbitrage interne et l'article 1510 pose deux règles seulement que l'arbitre international doit respecter : l'égalité des parties et le principe du contradictoire.

620. La jurisprudence du Conseil constitutionnel, se référant encore une fois au principe d'égalité devant la loi, est très souple dans l'appréciation des règles du procès équitable, puisqu'elle n'interdit que « *les atteintes substantielles aux droits des personnes intéressées* »⁵⁴⁸. Les garanties d'ordre public prévues par le code de procédure civile, une fois qu'elles sont respectées, sont donc largement suffisantes pour que l'arbitrage soit considéré comme un procès équitable au regard de la jurisprudence du Conseil constitutionnel.

621. L'article 6 paragraphe 1 de la Convention européenne des droits de l'Homme prévoit quelques principes fondamentaux du procès équitable (droit de défense, droit de se faire assister par un avocat, présomption d'innocence, etc...). La Cour européenne des droits de l'Homme⁵⁴⁹, ainsi que la Commission européenne des droits de l'Homme⁵⁵⁰ reconnaissent depuis longtemps la validité de l'arbitrage malgré les dérogations qu'il implique contre certains de ces principes. Mais les deux organes exigent, pour que cette renonciation soit licite, que la volonté des parties à l'arbitrage soit exprimée de manière libre, informée et non équivoque. Cependant, la même cour prévoit que « *la Convention ne régit pas les actes d'un Etat tiers, ni ne prétend exiger des parties contractantes qu'elles imposent ses normes à pareil Etat* »⁵⁵¹. Si le contexte juridique (l'arbitrage en l'occurrence) dépasse le

548 Decis. De principe n°96-373, 9 avril 1996, DC. Rec.58.

549 CEDH, arrêt *Dewer c/Belgique*, 27 février 1980, req. n°6903/75

550 CEDH, déc. *X. c/République fédérale d'Allemagne*, 5 mars 1962, n°1197/61.

551 CEDH, arrêt *Soening c/ Royaume-Uni*, 7 juillet 1989, req n°14038/88 (Ass. Plén), point 86 al.2.

cadre du Conseil de l'Europe, la cour se contente d'un contrôle minimum : il suffit qu'il n'y ait pas d'atteinte *manifeste* à la convention⁵⁵².

622. L'analyse systématique des différents obstacles potentiels à l'extension de la clause compromissoire nous a permis de dégager plusieurs constats. Le premier, qui n'était qu'un simple rappel de notre analyse antérieure, est que le caractère contractuel de l'arbitrage n'interdit pas son extension. Le deuxième est que l'arbitrage interne porte dérogation au droit d'accès au juge naturel. Pour cette raison, la volonté d'y recourir doit donc être claire, informée et non équivoque. Cet obstacle ne concerne pas l'arbitrage international qui ne déroge pas au droit d'accès au juge naturel. Le troisième constat concerne aussi bien l'arbitrage interne que l'arbitrage international. Les deux formes d'arbitrage portent en effet dérogation à certaines des garanties du procès équitable prévues par la Convention européenne des droits de l'Homme. La Cour européenne des droits de l'Homme exige, pour qu'on puisse y déroger, une volonté libre, informée et non équivoque. Les parties doivent donc bien connaître le contenu de la clause et sa portée, et que leur volonté soit clairement d'y adhérer. Mais ces dispositions ne s'appliquent pleinement que si l'arbitrage se déroule dans le cadre du Conseil de l'Europe. Sinon, la cour se contente de contrôler l'absence d'atteinte manifeste à la Convention. Nous pouvons traduire cette « atteinte manifeste » dans le contexte de l'arbitrage dans une absence totale de consentement de la part de la personne qui subit l'extension de la clause compromissoire. Il s'ensuit qu'en tout état de cause, il faut qu'il y ait au moins un indice de volonté de la part des parties à l'arbitrage, interne ou international. Afin de simplifier la question, nous avons dressé un tableau récapitulatif des différents cas de figure.

Arbitrage interne

Arbitrage international

⁵⁵² CEDH, arrêt *Soening c/ Royaume-Uni*, précité note précédente ; CEDH, arrêt *Drozd et Janousek c/ France et Espagne*, 26 juin 1992, req n°12747/87 (Ass. Plén.), point 108.

Dans le cadre du Conseil de l'Europe	Nécessité d'une volonté claire, informée et non équivoque	Nécessité d'une volonté claire, informée et non équivoque
A l'extérieur du territoire du Conseil de l'Europe	Nécessité d'une volonté claire, informée et non équivoque	Simple indice de volonté suffisant

623. Tout en prenant en compte cette première conclusion, nous allons exposer le fondement de la bonne administration de la justice qui nous semble le plus adéquat à expliquer l'extension de la clause compromissoire dans les chaînes de contrats.

2-La notion de bonne administration de la justice

624. Cette notion est d'abord apparue dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel relativement à la liberté que peut prendre le législateur dans la répartition des compétences entre l'ordre judiciaire et l'ordre administratif⁵⁵³. Le concept s'est ensuite développé pour servir dans des questions beaucoup plus variées (ex : contournement du régime juridique du recours en cassation devant le Conseil d'Etat, organisé par la loi du 31 janvier 1987⁵⁵⁴). Il n'est plus réservé au Conseil constitutionnel puisqu'il est invoqué également dans la jurisprudence du Conseil d'Etat et de la Cour de Cassation⁵⁵⁵.

625. Jusqu'à aujourd'hui la « bonne administration de la justice » demeure une notion floue, flexible et susceptible de plusieurs interprétations. Il s'agit, comme le dit un auteur,

553 Cons. const. 23 janv. 1987, n° 86-224 DC, *GDCC*, 15e éd., 2009, n° 32 ; *GAJA*, 18e éd., 2011, n° 89.

554 N. Laval, « La bonne administration de la justice », *Petites affiches*, La loi, n° 160, p.12.

555 H.Apchain, Retour sur la notion de bonne administration de la justice, *AJDA*, 2013, n° 11, Etudes, p.587.

plus que d'un vrai principe juridique, d'un « standard »⁵⁵⁶, un objectif à atteindre qui permet de légitimer certaines solutions qui n'aurait, sinon, aucun fondement juridique. Si elle est difficile à définir, la « bonne administration de la justice » n'a pas moins une fonction précise. Elle a un rôle organique, dans la mesure où elle permet de définir les compétences juridictionnelles, et un rôle fonctionnel, dans le sens qu'elle prône la qualité et la célérité de la justice⁵⁵⁷. La fonction essentielle de cette notion est de permettre des dérogations aux normes constitutionnelles ou législatives au regard des circonstances de l'espèce⁵⁵⁸.

626. La question se pose toujours de savoir si ce concept, créé par le Conseil constitutionnel, s'adresse uniquement au législateur ou également au juge. Nous pensons qu'elle s'adresse aux deux. La preuve c'est l'application qui est faite par la Cour de cassation⁵⁵⁹. Nous pensons particulièrement au domaine de l'arbitrage où elle permet de combler certaines lacunes dans la procédure, auxquelles les droits nationaux n'ont pas pu encore remédier.

3-Les lacunes en droit de l'arbitrage auxquelles la bonne administration de la justice peut remédier

627. L'arbitrage est une justice privée, donc par son essence même limité aux deux parties signataires de la convention d'arbitrage (hormis le cas de la clause d'arbitrage multipartite, mais qui est assez rare en pratique⁵⁶⁰). D'autre part, l'arbitrage est une institution relativement récente, les législations qui la gouvernent sont donc toujours en phase de développement. De ces deux constats, il s'ensuit un certain nombre de lacunes dans le contexte particulier où plusieurs parties doivent être appelées à une même instance. C'est

556 N. Laval, op. cit.

557 O. Gabarda, L'intérêt d'une bonne administration de la justice, *RD publ.* 2006. 153, spéc. p. 156, in H. Aphin, op. cit.

558 N. Laval, op.cit.

559 Voir par exemple : Cass. Crim., 19 octobre 2010, n° 10-82.902, *Bull.civ* 2010, n° 164., *D.* 2010. 2809, obs. S. Lavric, où la cour confirme l'arrêt de la cour d'appel refusant d'appliquer immédiatement de nouvelles dispositions du code de procédure civile relative au droit de se faire assister par un avocat lors de la garde à vue. La Cour de cassation s'est fondé sur la bonne administration de la justice et de la sécurité juridique.

560 Voir *supra* n°537.

notamment le cas dans les chaînes de contrats. Dans la quasi-totalité des cas, le demandeur assigne son cocontractant en même temps qu'il agit directement contre le membre extrême de la chaîne. Si les contrats ne contiennent point de clause compromissoire, le code de procédure civile contient plusieurs dispositifs permettant d'unifier le contentieux. A titre d'exemple, l'article 42 du code de procédure civile prévoit qu'en cas de pluralité de défendeurs, le demandeur saisit à son choix le tribunal du domicile de l'un d'entre eux. De même, la connexité, prévue à l'article 101, permet au juge de se dessaisir d'une affaire en cours, au profit d'une autre juridiction saisie d'un litige connexe. L'article 333 du code de procédure civile prévoit également que « *le tiers mis en cause est tenu de procéder devant la juridiction saisie de la demande originaires* ».

628. Le droit de l'arbitrage, de façon générale, ne connaît pas de tels dispositifs permettant d'unifier le contentieux en cas de pluralité de parties. Il est vrai que l'arbitrage connaît un mécanisme plus ou moins similaire qui est la consolidation ; mais d'une part elle suppose que les deux litiges soient tenus devant des tribunaux arbitraux, et d'autre part ce mécanisme n'est pas reconnu par toutes les législations⁵⁶¹. Il en résulte donc un risque important de contrariété des décisions ainsi qu'une répétition du temps perdu en procès. C'est sans doute pour cette raison que la jurisprudence tend à admettre invariablement l'extension de la clause compromissoire, en se basant sur divers fondements possibles. C'est aussi en raison de ces lacunes en droit de l'arbitrage que de nombreux auteurs ont proposé de recourir à la bonne administration de la justice comme base juridique pour étendre l'effet de la clause compromissoire aux autres membres de la chaîne de contrats, lorsque celui-ci est assigné directement par un autre membre de la chaîne⁵⁶².

561 Voir *supra* n°445s.

562 J. El-ahdab, op. cit., p.705 et p.961 ; D. Cohen, op. cit. ; D. Vidal, *Droit français de l'arbitrage commercial international*, édition bilingue français/anglais Gualino, 2004 ; P. De Bournonville, *Droit judiciaire : l'arbitrage*, Larcier, 2000.

4-L'applicabilité du principe de la bonne administration de la justice dans le contexte particulier de l'extension de la clause compromissoire lors de l'action directe

629. La mise en œuvre de la « bonne administration de la justice » dans le cadre des chaînes de contrat pourrait permettre à l'arbitre et au juge d'étendre l'effet de la clause compromissoire contenue dans l'un des contrats aux autres membres de la chaîne qui sont concernés par l'action (que ce soit le demandeur ou le défendeur). Mais cette extension ne devrait pas avoir lieu sans respecter la volonté des parties selon les critères que nous avons déjà évoqués. S'il s'agit d'un arbitrage international qui échappe à la sphère des Etats membres du Conseil de l'Europe, le simple indice de volonté de recourir à l'arbitrage est suffisant. Dans les autres hypothèses (arbitrage international se déroulant à l'intérieur du territoire du Conseil de l'Europe ou arbitrage interne), il faut une volonté informée, claire et non équivoque de recourir à l'arbitrage. Cette volonté nécessite donc que les membres de la chaîne de contrats concernés par l'extension de la clause ait connaissance de la portée de la clause compromissoire qu'on veut mettre en œuvre à leur encontre, et des principales règles qu'elle prévoit (loi applicable, lieu de l'arbitrage, mode de désignation des arbitres, etc...) ; sinon, la volonté ne saurait être qualifiée « d'informée ».

630. Les indices de volonté pourrait être retirés de la présence d'une autre clause compromissoire dans le contrat du défendeur⁵⁶³; du fait qu'un professionnel dans un certain domaine ait l'habitude de recourir à l'arbitrage dans l'exercice de son activité ; de l'existence d'un usage dans un certain domaine du commerce international, etc...

631. La connaissance de la portée de la clause compromissoire et de l'essentiel de son contenu peut être plus difficile à établir. Mais elle pourrait sans doute se présumer s'il s'agit d'une clause de style, et que la personne concernée est un professionnel. Nous pensons, de façon générale, que l'appréciation de la volonté de recourir à l'arbitrage doit s'apprécier de façon plus souple pour l'arbitrage international que pour l'arbitrage interne, pour les raisons mentionnées plus haut⁵⁶⁴.

563 La jurisprudence considère, dans le contexte d'un ensemble contractuel, que l'existence d'une clause compromissoire compatible dans le contrat d'un autre membre de l'ensemble contractuel traduit son consentement de recourir à l'arbitrage, voir *supra* n°539s.

564 Voir *supra* n°446.

632. Une fois que la volonté des membres de la chaîne concernés par l'extension est établie, l'extension n'est pas automatique. Elle ne constitue qu'une condition *sine qua non* pour que le juge puisse disposer d'un pouvoir d'appréciation sur l'opportunité de l'extension au regard des exigences de la bonne administration de la justice. S'agissant d'un pouvoir d'appréciation, il devrait être mis à l'abri du contrôle de la Cour de cassation.

La question de l'extension de la clause attributive de juridiction se pose de façon quelque peu différente.

II-Analyse juridique de l'extension de la clause attributive de juridiction dans les chaînes de contrats

633. Avant d'aborder le fondement de l'extension de la clause attributive de juridiction dans les chaînes de contrats, nous commencerons par un bref rappel de la jurisprudence.

A-Bref rappel de la jurisprudence sur l'extension de la clause attributive de juridiction dans les chaînes de contrats

634. La jurisprudence est assez rare dans les chaînes non translatives de propriété, et on ne peut donc pas en tirer de tendance générale. Dans les chaînes translatives de propriété internes, la jurisprudence admet l'extension de la clause attributive de juridiction comme accessoire de la chose. Dans les chaînes translatives de propriété soumises au droit de l'Union européenne, la Cour de cassation refuse l'extension de la clause, étant donné que la Cour de justice de l'Union européenne considère l'action directe en garantie des vices cachés comme délictuelle⁵⁶⁵.

⁵⁶⁵ Voir *supra* n°334.

635. Nous avons déjà eu l'occasion d'exprimer nos objections contre le principe de l'accessoire comme fondement de l'extension de la clause⁵⁶⁶. Il est donc inutile d'y revenir. Envisageons maintenant s'il ya un autre fondement qui pourrait remplacer la notion de l'accessoire pour justifier l'extension de la clause attributive de juridiction dans les chaînes de contrats.

B-Justification de l'extension de la clause attributive de juridiction

636. Avant d'aborder ce fondement, il faut vérifier si les obstacles relevés à l'extension de la clause compromissoire sont aussi valables pour la clause attributive de juridiction.

1-Les obstacles à l'extension de la clause attributive de juridiction

637. Comme la clause compromissoire, la clause attributive de juridiction ne crée pas d'obligations à la charge des parties. Son extension ne constitue donc pas de dérogation au regard de l'article 1165⁵⁶⁷. Contrairement à la clause compromissoire, la clause attributive de juridiction ne porte pas atteinte aux garanties fondamentales du procès, puisqu'elle ne retire pas la compétence des tribunaux étatiques. Mais la clause attributive de juridiction en droit interne, à l'exclusion de la clause attributive de juridiction internationale, a pour effet de priver les parties (ou l'une d'entre elles) du droit de recours à son juge naturel (nous excluons la clause attributive de juridiction internationale de cet effet privatif pour les mêmes raisons que nous avons avancés pour la clause compromissoire internationale⁵⁶⁸). C'est pour cette raison sans doute que le législateur traduit une méfiance particulière à l'égard de la clause attributive de juridiction interne. En témoignent l'interdiction de principe de toute clause aménageant la compétence territoriale entre non-commerçants⁵⁶⁹ ; de même que l'interdiction de prévoir, avant la naissance du litige, un

566 Voir *supra* n°134.

567 Voir *supra* n°365s et 417.

568 Voir *supra* n°615.

569 Article 48 du code de procédure civile.

aménagement de la compétence d'attribution⁵⁷⁰ (la compétence territoriale intérieure pouvant être aménagée par convention, à condition bien entendue que la convention soit conclue entre commerçants). Or, en droit international, la validité des clauses attributives de juridictions est admise sans réserve⁵⁷¹.

638. Pour synthétiser, il n'existe aucun obstacle à l'extension de la clause attributive de juridiction internationale. La clause attributive de juridiction de droit interne doit respecter les limites posées par le législateur : elle ne doit pas avoir pour effet de lier un non-commerçant. Une fois qu'on a mis la lumière les obstacles potentiels à l'extension de la clause attributive de juridiction, il convient maintenant d'examiner le fondement qui peut justifier son extension dans les chaînes de contrats.

2-Le fondement de l'extension de la clause attributive de juridiction

639. La justification de l'extension de la clause attributive de juridiction s'apprécie de manière différente selon qu'il s'agisse d'une clause stipulée dans un contexte interne ou dans un contexte international,

a-La justification de l'extension de la clause attributive de juridiction dans un contexte interne

640. Il faut rappeler que dans la majorité écrasante des cas, le créancier extrême, quand il agit directement contre le débiteur extrême, il agit simultanément contre le débiteur intermédiaire. C'est dans ce contexte que se pose le problème de l'extension des clauses de compétence, dans l'objectif d'unifier les deux actions. La question de l'extension de la clause attributive de juridiction dans les chaînes de contrats ne peut donc être dissociée de celle de l'unification du contentieux. Nous étudierons donc le fondement de l'extension de

570 Article 41 du code de procédure civile.

571 Civ.1ère, 17 décembre 1985, *Ciede signaux et d'entreprises électriques*, *Rev.Crit. DIP* 1986. 537, note Gaudemet-Tallon, *D.* 1986. IR.265, obs. Audit, *GA* n°69; Civ. 1ère, 25 novembre 1986, *Rev.Crit. DIP* 1987. 396, note Gaudemet-Tallon ;Civ 1ère, 9 octobre 1990, *Rev.crit.DIP* 1991, 125, obs. Gaudemet-Tallon ; Cass. 1ère, Civ., 3 décembre 1991, *D.* 1992, inf. rap. 24

la clause attributive de juridiction sou l'angle des mécanismes d'unification de contentieux prévus par le code de procédure civile.

641. Nous avons déjà exposé quelques-uns des dispositifs prévus par le code de procédure civile afin d'unifier le contentieux en cas de pluralité de défendeurs⁵⁷². Ces dispositifs ont naturellement vocation à s'appliquer pleinement en droit interne. La question qui se pose est alors la suivante. En cas de conflit impliquant des demandes et des parties multiples, où l'un des défendeurs est lié par une clause attributive de juridiction avec le demandeur ; le juge dispose alors potentiellement de trois choix possibles. Le premier c'est de « décomposer » le litige afin de respecter la force obligatoire de la clause, tout en appliquant les dispositions du code de procédure civile aux autres défendeurs (s'il en reste plusieurs). Cette solution est évidemment la pire du point de vue de la bonne administration de la justice. On ne saurait même pas la justifier, la clause attributive de juridiction étant par essence opposable aux tiers⁵⁷³ (sauf si l'une des parties défenderesse est un non-commerçant, dans ce cas on ne pourrait la lui étendre). Cette solution n'est heureusement jamais retenue par la jurisprudence. La deuxième solution est d'appliquer les règles d'unification du contentieux (l'article 42 alinéa 2 par exemple) au sacrifice de la clause attributive de juridiction. La troisième est d'unifier le contentieux devant la juridiction désignée par la clause. C'est cette solution qui est retenue par la jurisprudence dans l'action directe.

642. Dans l'article 333, le législateur a expressément choisi la deuxième solution : *«Le tiers mis en cause..., sans qu'il puisse décliner la compétence territoriale de cette juridiction, même en invoquant une clause attributive de compétence »*. Pour l'article 42 alinéa 2, faute de disposition expresse, c'est la jurisprudence qui apporte la réponse, toujours dans le même sens : en cas d'indivisibilité du litige, le contentieux doit être unifié devant l'une des juridictions désignées par l'article, au détriment de la juridiction choisie par la clause⁵⁷⁴.

572 Voir *supra* n°627.

573 Voir *supra* n°417.

574 Civ 2ème, 19 juillet 1991, D. 1991, inf.rap. 218 et Com., 25 mars 1997, n°95-10430, *Bull.civ.* 1997 IV n° 79 p. 69.

643. La solution adoptée dans les chaînes de contrats translatives de propriété ne peut donc se justifier ni au regard de l'article 333 du code de procédure civile, ni au regard de l'interprétation que la jurisprudence donne à l'article 42 alinéa 2. Il s'agit d'une solution dérogatoire au droit commun.

644. Il est difficile d'apporter une quelconque appréciation sur ces solutions. Il s'agit d'une politique législative et jurisprudentielle qui tend à faire primer le droit des défendeurs d'être traduit devant le tribunal de son domicile, sur le respect de la force obligatoire de la convention de compétence. Il ne s'agit donc point d'un raisonnement juridique dont on peut mesurer la justesse, notamment puisque les deux solutions aboutissent au même résultat, à savoir l'unification du contentieux. Cependant si telle est la politique adoptée par le législateur et la jurisprudence dans cette matière, il faut au moins qu'il y ait une cohérence des solutions. Nous pensons donc à ce titre que la solution ne doit pas être différente dans les chaînes de contrats ; surtout que cette solution – l'unification du contentieux au sacrifice de la juridiction choisie par la clause - est soutenue par un texte législatif (article 333) et serait donc difficile à remettre en cause. Les clauses attributives de juridiction dans l'ordre interne ne devraient donc pas être étendues à l'occasion d'une action directe. Le contentieux devrait être unifié par recours aux dispositions du code de procédure civile. Dans le contexte international, la solution dépend de l'interprétation des dispositions du règlement Bruxelles I.

b-La justification de l'extension de la clause attributive de juridiction dans un contexte international

645. Pour l'extension de la clause d'élection de for internationale, c'est au règlement Bruxelles I qu'il faut se tourner pour chercher les réponses. Comme en droit interne, la problématique de l'extension de la clause d'élection de for en droit international relève aussi de celle de l'unification du contentieux. Comme dispositif d'unification du contentieux, l'article 6 du règlement Bruxelles I prévoit les mêmes règles que l'article 42 alinéa 2 et l'article 333 du code de procédure civile. L'article 23 du règlement affirme la licéité de la clause d'élection de for. Une jurisprudence constante, des juridictions

françaises⁵⁷⁵ et de la Cour de justice de l'Union européenne⁵⁷⁶ considèrent que l'article 23 du règlement prime sur l'article 6. Nous avons également vu que la Cour de justice de l'Union européenne avait interprété l'article 23 en ce sens que la clause attributive de juridiction ne pourrait être opposée au membre extrême de la chaîne de contrats qui n'y a pas consenti⁵⁷⁷.

646. Dans l'hypothèse où la clause d'élection de for se trouve dans le contrat du demandeur à l'action directe, le processus d'unification du contentieux est ainsi complètement bloqué. D'un côté, la jurisprudence de la Cour de justice fait primer l'article 23 (licité de la clause attributive de juridiction) sur l'article 6 (mécanismes d'unification du contentieux), de l'autre côté elle interdit l'opposabilité de la clause attributive de juridiction sauf si elle est consentie par les deux parties dans les conditions prévues à l'article 23.

647. L'exigence du consentement peut se comprendre si le litige relève entièrement de l'espace de l'Union européenne - si toutes les parties sont de nationalités européennes, et que les lieux de conclusion et d'exécution du contrat relèvent de l'Union européenne - dans la mesure où il existe un système unitaire de détermination des compétences à l'échelle de l'Union européenne, comme en droit interne. La clause attributive de juridiction, si elle n'est pas consentie librement, porte donc atteinte au droit du justiciable de recourir à son juge naturel. Mais cette exigence se justifie moins lorsque le litige présente des liens d'extranéité suffisants, pour que d'autres tribunaux, en dehors de l'Union européenne puisse se déclarer compétente du litige en vertu de ses propres règles de compétence internationale. Dans ce cas, puisqu'il n'existe plus de règle unitaire de compétence, on ne peut plus dire qu'il existe véritablement un « juge naturel ». La clause attributive de juridiction dans cette dernière hypothèse ne porte donc pas atteinte au droit

575 Civ1ère, 12 juillet 1982, *JDI* 1983.405, obs. Holleaux, *Rev. Crit. DIP* 1983. 658 ; Civ 1ère, 18 octobre 1989, *JDI* 1991.155, obs. Huet ; Civ 1ère, 18 décembre 2008 et Com., 18 décembre 2008, précités ; CA Paris, 6 mai 2009, *DMF* 2009. 588.

576 CJCE, 14 décembre 1976, aff. 24/76 ; CJCE, 9 novembre 1978, Meeth c/ Glacetal, *JDI* 1979.663, obs Huet, *Rev. Crit. DIP* 1981.127, 1ère espèce, note Gaudemet-Tallon ; CJCE, 9 novembre 2000, Coreck, précité note 427.

577 Voir *supra* n°336.

au juge naturel ; nous ne pensons donc pas qu'il soit justifié d'exiger le consentement des parties.

648. Mais en tout état de cause, si la Cour de justice maintient son exigence du consentement des parties à la clause d'élection de for, nous pensons que le Règlement Bruxelles I devrait être interprété dans le sens où l'article 6 primerait sur l'article 23, afin d'éviter la désintégration du litige.

649. La Cour de justice ne s'est pas prononcée dans l'hypothèse inverse, lorsque la clause attributive de juridiction figure dans le contrat du défendeur ; serait-elle opposable au demandeur ? La Cour exigerait probablement aussi le consentement du demandeur pour que la clause d'élection de for lui soit opposable.

Ayant ainsi examiné le fondement de l'extension des clauses à l'occasion de l'action directe, nous aborderons ensuite le fondement de la transmission de certaines clauses (clause de non-concurrence et clause de garantie de passif) dans les chaînes de contrats.

Section II

Fondement de la transmission de certaines clauses dans les chaînes de contrats

650. Le sort de ces clauses diffère des clauses qui sont « étendus » à l'occasion d'une action directe. D'abord, pour ces premières il s'agit d'une extension, c'est-à-dire que leur effet est étendu à d'autres personnes, les parties contractantes en restant également liées ; pour les secondes il s'agit d'une transmission : un cocontractant est remplacé par un autre, au moins par rapport à certaines clauses. Ensuite, les premières clauses sont étendues à l'occasion d'une action directe ; elles n'en sont qu'un effet secondaire. Les secondes sont transmises lors d'une chaîne de ventes. Le fondement de la transmission ces clauses doit donc être recherché dans un mécanisme qui permet à l'une des parties de succéder dans certaines de ses créances ou ses obligations. Ce fondement peut être trouvé dans le principe de l'accessoire, qui est d'ailleurs visé expressément par certains arrêts. Les

solutions retenues par la jurisprudence sur la base de ce principe seront ensuite soumises à un examen critique dans leur cohérence, et leur opportunité.

Sous-section I : La transmission de la clause de non-concurrence et de garantie de passif comme accessoire de la chose

651. La jurisprudence admet généralement que le bénéfice de la clause de non-concurrence, en cas de cession d'un fonds de commerce ou des éléments constitutifs d'un cabinet médical, est transmis au cessionnaire. Cette cession est pourtant limitée au bénéfice de la clause de non-concurrence ; si une obligation de non-concurrence incombe au cédant, elle ne peut être transmise au cessionnaire. La Cour de cassation retient aussi la transmission de la clause de garantie de passif, lors de la cession de droits sociaux. Les arrêts se réfèrent quelquefois de façon explicite, à l'article 1122, d'autre fois ils ne font aucune référence explicite. Nous pensons que l'article 1122 justifie les solutions retenues par tous ces arrêts, par le prisme de la notion d'accessoire.

652.

I-L'article 1122, base légale de transmission des accessoires dans les chaînes de contrats

653. L'interprétation de l'article 1122 pose deux questions principales. Celle de son application aux ayant cause à titre particuliers, et celle de la nature de la transmission qu'il opère : automatique, ou dépendante de la volonté des parties.

A-L'applicabilité de l'article 1122 aux ayant cause à titre particulier

654. La doctrine est divisée sur la détermination des destinataires de la règle prévue par l'article 1122. Tout le problème porte sur ce que le législateur entend, dans ce texte, par

« ayants cause ». S'agit-il uniquement des ayants cause universels, ou cette expression comprend-t-elle aussi les ayants cause à titre particulier ?

655. Selon M. Larroumet, il ne s'agit que des ayant cause universel⁵⁷⁸. La preuve, selon l'auteur, c'est que l'article assimile les ayants cause aux héritiers. Un autre auteur, prenant pourtant note de cette assimilation, arrive pourtant à une conclusion différente: l'article 1122 nous autoriserait à assimiler l'ayant cause à titre particulier à un héritier, dans le contexte particulier de la transmission des droits⁵⁷⁹. Il est vrai que le fondement traditionnel qu'on avance pour justifier la transmission des droits et des obligations du patrimoine du *de cuius* vers celui de ses héritiers, à savoir la continuité de la personne, n'est pas valable pour l'ayant cause à titre particulier⁵⁸⁰. L'assimilation n'est donc pas totale. Néanmoins, nous pensons qu'on peut faire quand même une certaine assimilation, dans la mesure où l'ayant cause à titre particulier, s'il n'a pas vocation à assurer la continuité de la personne, il assure, par son nouveau droit de propriété, la continuité de la chose⁵⁸¹. D'autres auteurs refusent d'appliquer l'article 1122 aux ayants cause à titre particulier en s'appuyant sur le sens du mot « stipuler » contenu dans l'article. Ce mot signifie « contracter », il aurait pour effet de rendre aussi bien créancier que débiteur. Admettre que cet article s'adresse à l'ayant cause à titre particulier nous conduirait à une solution insoutenable pour la plus grande partie de la doctrine. En effet, la doctrine majoritaire refuse de transmettre à l'ayant cause à titre particulier les obligations de son auteur⁵⁸².

656. Pourtant, la doctrine majoritaire considère que l'article 1122 s'adresse aux ayants cause à titre particulier aussi bien qu'aux ayants cause universels⁵⁸³. Selon M. Deshayes, l'article 1122 n'aurait même véritablement d'intérêt que pour les ayants cause à titre

578 Ch.Larroumet, *Droit civil, tome III, les obligations, le contrat*, Economica, 6ème édition, 2007, p.930.

579 J-H. du Garreau de la Méchenie, « La vocation de l'ayant cause à titre particulier aux droits et obligations de son auteur », *RTD civ*, 1944, p. 219.

580 Ch. Larroumet, op. cit., p.932.

581 Voir *infra* n°663.

582 J-L. Goutal, *Essai sur le principe de l'effet relatif du contrat*, préface de H. Batiffol, LGDJ, 1981, p.28s.

583 J-H. du Garreau de la Méchenie, op. cit ; O.Deshayes, *La transmission de plein droit des obligations à l'ayant cause à titre particulier*, LGDJ, 2004, p.289s ; J. Carbonnier, *Droit civil, les Obligations, tome 4*, 22ème édition refondue, PUF,2000, p254 ; Ph. Delmas Saint-Hilaire, *Le Tiers à l'Acte juridique*, thèse à l'Université de Montesquieu Bordeaux IV, LGDJ, 2000. P.252 ; J. Flour, J-L. Aubert, *Les obligations, I- l'acte juridiques*, édition Colon, 1998, p.330s.

particulier. Pour les héritiers, leurs droits seraient assurés par d'autres textes du code civil (articles 724, 870,873, 109, 1012 et 1085)⁵⁸⁴.

657. Nous partageons l'idée que l'article 1122 s'appliquerait aux ayant cause à titre particuliers. Sinon, aucun autre texte ne permettrait de justifier le transfert de plein droit des créances liées aux choses vendues ; ce qui aurait des conséquences économiques assez graves. Toute chose vendue ou passée de main en main par quelque moyen que ce soit perdrait une partie de sa valeur en raison des droits qui y sont grevés. De l'autre côté, ces créances non transmises, qui servent d'accessoire au bien cédé, resteraient entre les mains de l'ancien propriétaire sans avoir plus aucun intérêt. En tout cas, c'est heureusement dans ce sens que la jurisprudence interprète l'article 1122⁵⁸⁵.

L'autre problématique posée par l'article 1121 concerne la nature de la transmission : volontaire ou de plein droit.

B-La nature de la transmission prévue par l'article 1122

658. Nous nous rallions à M. Deshayes pour dire que l'article 1122 est mal rédigé. La formulation de l'article en effet laisse penser qu'il s'agit d'un mécanisme de stipulation pour autrui implicite, interprétation qui est d'ailleurs retenue par une partie de la doctrine⁵⁸⁶. Or, comme le retient justement M. Deshayes, la stipulation pour autrui suppose que la créance dont dispose l'ayant cause soit acquise du promettant, sans passer par le patrimoine de son auteur, alors qu'il s'agit évidemment d'une transmission⁵⁸⁷. De façon plus pragmatique, l'enjeu de la qualification de stipulation pour autrui, dans l'article 1122 est capital : il aurait pour conséquence d'assujettir la transmission des créances à l'ayant cause à titre particulier à la volonté du promettant et du stipulant (qui sont en l'occurrence l'auteur du droit potentiellement transmis et le propriétaire originaire). Puisqu'il ne s'agit que d'une stipulation pour autrui implicite, le promettant et le stipulant pourrait très bien

584 O.Deshayes, op. cit, p.289s.

585 Civ 1ère, 3 décembre 1997, inédit ; Civ 1ère, 4 juillet 1995, *JCP*. II. 22623 note Leveneur, Defrénois 1995.1299 obs. J. Honorat ; Civ 2ème, 11 janvier 1995, *Bull.civ.* II, n°2 ; Civ 3ème, 14 avril 1982, *Bull.civ.* III n°90, *D.* 1982, IR 432, obs. Giveron, *D.* 1983, IR 481 obs. Ch. Larroumet.

586 J. Carbonnier, *Droit civil, les Obligations*, op. cit, p.254.

587 Deshayes, op. cit., p.286s.

en convenir au contraire. Or comme le retient Monsieur Deshayes, la jurisprudence ne prend en compte la volonté commune de ces deux parties que pour vérifier que l'obligation n'a pas été contracté *intuitu personae* ; dans ce cas l'obligation ne peut être transmise sinon elle serait vidée de son sens⁵⁸⁸. Mais au-delà de la détermination du caractère *intuitu personae* de la clause litigieuse, la volonté commune du propriétaire originaire et de l'acquéreur intermédiaire n'a aucun rôle à jouer. Il s'ensuit que la qualification de stipulation pour autrui n'est pas adaptée à l'article 1122.

659. Mais si la volonté commune de l'auteur du droit et du propriétaire ne peut jouer qu'un rôle médiat dans la transmission, pour déterminer si une telle créance a un caractère *intuitu personae*, il convient ensuite de se demander si la volonté commune de l'auteur du droit et de l'ayant cause influe sur la transmission. Si le mécanisme prévu par l'article 1122 pose présomption simple de volonté, de l'auteur du droit et de l'ayant cause, de transmettre les créances attachées à la chose, on voit mal pourquoi l'ayant cause et son auteur conviendraient pour l'inverse. Pour l'ayant cause, la transmission est exclusivement à son bénéfice, pour l'auteur du droit elle est indifférente (seuls les droits qui ne présentent d'intérêt que pour le propriétaire de la chose sont transmis⁵⁸⁹). La question a donc peu d'intérêt pratique. Mais afin de donner une qualification adéquate à la transmission opérée par l'article 1122, nous pensons que la présomption de volonté (de l'ayant cause et de son auteur) est plus adaptée. Il n'y a pas de raison de faire de l'article 1122 une disposition de droit public (du moins pour les ayants cause à titre particulier ; pour les héritiers la question est beaucoup plus discutable).

L'article 1122 pose le principe de la transmissibilité de certains droits à l'ayant cause à titre particulier. Mais il ne précise pas la nature des droits qui peuvent être transmis. C'est la notion d'accessoire qui permet de le définir⁵⁹⁰.

II-La notion d'accessoire

588 O. Deshayes, op. cit, p.257.

589 Voir *infra* n°663.

590 O.Deshayes, op. cit., p.292.

660. L'interprétation actuelle de l'article 1122 est due à Aubry et Rau. Selon ces deux auteurs, ce qui se transmet aux ayant cause à titre particulier en vertu de cet article, ce sont les accessoires de la chose⁵⁹¹. Cette vision est aujourd'hui partagée par la grande majorité des auteurs⁵⁹². Cependant, ces deux auteurs n'ont pas précisé ce qu'ils entendaient par la notion d'accessoire.

661. Pour certains, l'accessoire est caractérisé par une postériorité chronologique par rapport au principal, par le fait qu'il s'ajoute à lui, et qu'il n'en constitue qu'un complément ou un supplément. L'accessoire comprendrait alors les droits et les biens qui seraient affectés à un bien, ou les fruits qui en découlent⁵⁹³. La première objection que l'on peut adresser à cette conception est que l'accessoire n'est pas forcément postérieur dans le temps au principal. Il est très possible qu'il s'agisse d'un droit constitué dans un même contrat que le principal, et donc simultanément. La deuxième objection concerne le caractère « affecté » de l'accessoire, ce qui suppose un rôle actif de la volonté pour décider de qui est transmissible et ce qui ne l'est pas. Or nous avons déjà démontré que la transmissibilité visée par l'article 1122 est automatique. La troisième objection concerne l'inclusion des fruits. Il n'y a pas vraiment de raison d'inclure les fruits dans les accessoires transmissibles. Le sort des fruits est réglé par les articles 555 et 556 du code civil. L'article 1122 y est donc étranger.

662. Pour M. Berlioz, l'accessoire est une chose « exclusivement au service » du principal⁵⁹⁴. Nous partageons l'idée que l'accessoire doit être d'un certain intérêt ; mais contrairement à M. Berlioz, nous ne voudrions pas qualifier cet intérêt par le « service du principal ». Il ne s'agit pas forcément d'un service direct à la chose, mais au propriétaire de la chose. Cette subtile distinction est pour mettre en lumière l'idée que l'accessoire n'est pas forcément un bien matériel (qui serait alors directement au service de la chose),

591 J.-M. Poughon, *Aubry et Rau, Leurs œuvres, Leurs enseignements*, Presse Universitaire de Strasbourg, 2006, p.148.

592 Voir par exemple J. Flour, J.-L. Aubert, op. cit., p.325 ; Ch. Youego, « Le bénéfice d'une clause de non-concurrence est transmissible », *La JCP édition notariale*, 1998, n°6, p.202 ; B.Dupont-Legrand, « La transmission des accessoires du droit d'action dans les chaînes de contrats translatifs, un exemple de la tendance à l'objectivisation en matière contractuelle », *Revue de recherche juridique et de droit prospectif*, 2011, n°4, p. 1847.

593 G.Goubeaux, *La règle de l'accessoire*, LGDJ, 1969, p.35s.

594 P.Berlioz, « Honneur au contrat », *Revue de jurisprudence commerciale*, 2013, n°6.

mais, et surtout, un droit. En outre, l'expression « au service du principal » ne nous paraît pas assez précise. Il faut chercher une notion qui serait plus facile à définir.

663. Enfin, une partie de la doctrine définit l'accessoire à partir de l'intérêt qu'il représente au propriétaire. L'accessoire serait alors tout droit qui n'offre d'intérêt que pour le propriétaire de la chose et qui n'est susceptible d'être exercée que par lui⁵⁹⁵. Nous partageons tout à fait cette conception, qui a le mérite de permettre à la notion d'accessoire de remplir le rôle pour lequel elle a été créée. Si l'ayant cause à titre particulier a vocation à assurer la « continuité de la chose » tout comme l'ayant cause universel assure la continuité de la personne du *de cuius*, l'accessoire doit permettre à l'ayant cause à titre particulier de remplir ce rôle. Il devrait permettre au détenteur actuel du bien, et à tout détenteur futur, de pouvoir en jouir et l'exploiter dans la même mesure que le propriétaire initial. En outre, la notion d'intérêt est déjà connue par le droit, notamment en droit judiciaire privé et elle est donc facilement définissable. Nous pensons toutefois que la première condition posée par les auteurs (un droit qui n'offre d'intérêt que pour le propriétaire de la chose) est suffisante. La deuxième (...qui ne peut être exercé que par lui) n'est qu'un corolaire de la première condition. Si le propriétaire la chose est le seul à avoir intérêt à exercer un certain droit, il serait le seul à être recevable à agir pour faire respecter ce droit.

664. Monsieur Juillet ajoute une autre condition nécessaire pour qu'une clause puisse être caractérisée d'accessoire. Selon l'auteur, une clause ne peut acquérir cette qualification que si elle a un contenu obligationnel, sinon elle ferait partie intégrante d'une créance⁵⁹⁶. Nous nous rallions à l'auteur quant à la nécessité d'une telle condition, même si nous divergeons sur la raison. Une clause peut ne pas avoir de contenu obligationnel, sans pour autant constituer partie intégrante de la créance (les clauses de compétence offrent un parfait exemple⁵⁹⁷). Néanmoins, l'exigence d'un contenu obligationnel de la clause nous paraît utile pour deux raisons. Premièrement, il faut qu'il s'agisse d'une clause susceptible

595 J. Flour, J-L. Aubert, op. cit., p.325s ; M. Cottet, *Essai critique sur la théorie de l'accessoire en droit privé*, LGDJ, 2013, p.315s .

596 Ch. Juillet, *Les accessoires de la créance*, préface de Ch. Larroumet, thèse à l'Université de Paris II Assas, éditions Defrénois-Lextenso, 2009, p.31s.

597 Sur la qualification des clauses de compétence, voir *supra* n°365s..

de produire des effets postérieurs au transfert de la propriété, ce qui exclut déjà un certain nombre de clauses non créatrices d'obligations, mais qui règlent par exemple, le sort du transfert de propriété ou qui définissent le bien transmis. Deuxièmement, les clauses créatrices d'obligations ont toujours un débiteur et un créancier définis⁵⁹⁸ qui permettent de dire, objectivement, si la clause est dans l'intérêt du propriétaire ou dans son désavantage.

665. Pour synthétiser, pour qu'une clause soit qualifiée d'accessoire - et qu'elle puisse donc être transmise à l'ayant cause à titre particulier – elle doit être génératrice d'obligation et n'avoir d'intérêt que pour le propriétaire de la chose transmise. Testons l'applicabilité de cette définition sur la clause de non-concurrence et la clause de garantie de passif.

III-Applicabilité des conditions de la transmission au regard de l'article 1122 à la clause de non-concurrence et à la clause de garantie de passif

666. Nous procéderons à un examen systématique de chacune de ces deux clauses prise isolément.

A-L'applicabilité des conditions de la transmission à la clause de non-concurrence

667. Nous avons déjà démontré que la clause de non-concurrence génère une obligation à la tête de l'une des parties. La première condition est donc remplie. La deuxième condition ne cause pas de difficulté particulière non plus : la clause de non-concurrence n'a logiquement d'intérêt que pour le propriétaire du fonds de commerce ou « des éléments constitutifs » du cabinet médical. La transmission de la clause de non-

⁵⁹⁸ Voir *supra* n°360 .

concurrence peut donc être parfaitement justifiée par l'article 1122. La question se pose ensuite par rapport à la clause de garantie de passif.

B-L'applicabilité des conditions de la transmission à la clause de garantie de passif

668. La clause de garantie de passif a un contenu obligationnel comme nous l'avons déjà démontré. La première condition requise pour la transmission est donc remplie. En revanche, pour apprécier l'existence ou l'absence d'un intérêt exclusif de la part du cessionnaire, il faudra distinguer entre deux hypothèses. La première c'est lorsque le cédant a cédé tous ses droits sociaux. Dans ce cas, il n'est plus associé, il n'a plus aucun intérêt. La clause est alors dans l'intérêt exclusif du sous-acquéreur et doit lui être transmise. La deuxième hypothèse c'est lorsque l'acquéreur intermédiaire a cédé une partie de ses droits sociaux tout en restant associé à la société. Dans ce cas la clause n'est plus dans l'intérêt exclusif du sous-acquéreur (puisque la garantie pourrait servir à sauvegarder le patrimoine de la société et se répercuterait donc indirectement dans les actions ou les parts sociales restants dans le patrimoine de l'acquéreur intermédiaire). La clause devrait donc être transmissible de plein droit seulement dans le cas où le cédant n'est plus actionnaire à la société.

669. Nous avons eu l'occasion, dans cette sous-section, que l'article 1122, jumelée à la notion d'accessoire, fonde les solutions prétoriennes relatives à la transmission (ou la non transmission) des clauses de non-concurrence et de garantie de passif dans les chaînes translatives de propriété. Nous allons ensuite porter un regard critique sur ces solutions.

Sous-section II : Appréciation critique de la transmission de la clause de non-concurrence et de la clause de garantie de passif dans les chaînes de contrats

670. Une fois qu'on a admis la transmissibilité de la créance de non-concurrence à l'ayant cause à titre particulier, il convient de se demander si la jurisprudence qui refuse la transmission de l'obligation de non-concurrence peut aussi être justifiée. Ensuite, nous examinerons ces solutions jurisprudentielles d'un point de vue d'opportunité. Nous pourrons enfin poser un principe général qui gouverne la transmission des clauses au sein des chaînes contractuelles.

I-Appréciation de la non-transmissibilité de l'obligation de non-concurrence

671. Pour apprécier le fondement de cette solution, il faut en amont connaître l'état actuel du droit positif sur la transmission des obligations à l'ayant cause à titre particulier.

A-L'état actuel du droit positif sur la transmission des dettes à l'ayant cause à titre particulier

672. La compréhension du droit positif sur cette question n'est pas évidente. D'une part, la plupart des auteurs affirment un principe de non-transmission des dettes à l'ayant cause à titre particulier. Mais l'examen effectif de la jurisprudence nous laisse découvrir que cette interdiction de transfert des dettes est contournée par le recours à la notion d'obligation réelle.

1-Un principe de non-transmissibilité des dettes ?

673. De nombreux auteurs affirment qu'il existe, dans la jurisprudence, un principe général de non transmission des dettes aux ayant cause à titre particulier⁵⁹⁹. Certains d'entre eux l'expliquent par la méfiance traditionnelle du droit français à l'égard de la cession de dettes⁶⁰⁰. Pourtant l'analyse de la jurisprudence révèle une approche plus complexe. S'il est vrai que les arrêts ne se réfèrent pas à la notion d'accessoire pour justifier la transmission des dettes, il n'en reste pas moins que la jurisprudence approuve souvent la transmission de certaines obligations à l'ayant cause à titre particulier en se fondant sur la notion d'obligation *propter rem*.

2-La transmission des obligations par le moyen de l'obligation *propter rem*

674. La jurisprudence admet ce mode de transmission pour les obligations figurant dans le cahier de charge d'un lotissement⁶⁰¹, pour l'obligation d'entretien d'un immeuble⁶⁰², et dans des arrêts plus anciens, pour l'obligation de fourniture d'électricité⁶⁰³ ou l'obligation de pressurage dont était tenu l'acquéreur d'un pressoir⁶⁰⁴. Ces transmissions procèdent d'une technique dite de « reification » de l'obligation, qui consiste simplement à requalifier une obligation personnelle en une obligation réelle pour la rendre transmissible. Les critères de qualification sont tellement flous, pour ne pas dire inexistant, qu'il s'agit *de facto* d'un jugement d'opportunité : quand la transmission de l'obligation est jugée utile, elle est qualifiée d'obligation réelle.

599 X. Boucobza et Y-M. Serinet, op. cit ; M. Cottet, *Essai critique sur la théorie de l'accessoire en droit privé*, LGDJ, 2013, p.131 ; O. Deshayes, op. cit, p.62 ; D.Mazeaud, « Le contrat et les tiers », *Revue des Contrats*, 2010/3 p. 1226 ; F.Mélin, *Droit des obligations*, LGDJ, 2006, p.126s.

600 M. Cottet, op.cit, p.131

601 Civ 3ème, 20 décembre 1989, *Bull.civ.* III, n°248, *RD imm.* 1990, 192, obs. J-L. Bergel *RTD Civ.*1990, Civ 3ème, 23 mai 1991, *Deffrénois* 1991, p.1318 ; 689 obs. F. Zénati; Civ 3ème, 15 décembre 1999, *Constr.-Urb.*, 2001, obs. D. Larralde.

602 Civ 3ème, 14 octobre 1981, *Gaz. Pal.* 1982, 1 pan, 127, obs. A.P.

603 CA Pau, 14 février 1912, *Gaz. Pal.* 1926, 1, 639.

604Com., 23 mars 1908, D. 1908, 1, 279.

675. La transmission des obligations à l'ayant cause à titre particulier se distingue pourtant fondamentalement de la transmission des créances en ce qu'elle n'est pas de plein droit ; il s'agit d'une appréciation faite par le juge, au cas par cas.

Une fois que nous avons exposé l'état du droit positif sur la transmissibilité des obligations à l'ayant cause à titre particulier, il convient maintenant de voir le bien-fondé de ces solutions.

B-Appréciation du bien-fondé de la transmission des dettes à l'ayant cause à titre particulier

676. Cette appréciation portera d'abord naturellement sur le fondement avancé par la jurisprudence, l'obligation *propter rem*. Ensuite, le cas échéant, il faudra voir si la notion d'accessoire pourrait s'appliquer à la transmission d'obligations. Enfin, nous traiterons la question que se posent de nombreux auteurs : si l'ayant cause à titre particulier peut se voir transmettre certaines des obligations de son auteur, auxquelles il aurait consenti.

1-L'appréciation de la notion d'obligation *propter rem*

677. Nous avons déjà eu l'occasion de nous exprimer sur le caractère artificiel de la qualification d'obligation *propter rem*. Outre son imprécision, cette notion déroge directement à l'article 1165 – notamment, selon l'analyse que nous en avons fait⁶⁰⁵, à la deuxième partie de l'article - puisqu'elle a pour effet d'imposer une obligation à un tiers. Nous pensons que les biens ne peuvent avoir d'effet à l'égard des tiers que par le prisme du droit réel, qui n'est opposable envers les tiers que sous condition de publicité⁶⁰⁶. Et encore son effet se limite à l'opposabilité, sans pouvoir imposer de véritable obligation envers un tiers.

605 Voir *supra* n°401s.

606 J. Duclos, *L'opposabilité, essai d'une théorie générale*, LGDJ, 1984, p.71s.

Nous ne pensons pas non plus que l'article 1122 puisse justifier la transmission des obligations envers les ayant cause à titre particulier.

2-L'inapplicabilité de l'article 1122 à la transmission d'obligations envers les ayants cause à titre particulier

678. Certains auteurs ont voulu situer ce débat sur le sens du verbe « stipuler ». Nous ne pensons pas qu'il s'agit là de la bonne question, mais que la distinction entre le sort des créances et celui des dettes tient plutôt à la différence de logique entre les deux types de transmissions.

a-Le débat sur le sens du verbe stipuler

679. Selon certains auteurs, le verbe « stipuler » employé dans l'article 1122 signifie « faire naître des droits »⁶⁰⁷ ; ce qui pourraient alors justifier l'exclusion des dettes du champ d'application de l'article 1122. Ils s'appuient sur les autres textes du code civil dans lesquels est apparu ce même verbe. L'article 1119 prévoit qu'on ne peut ni « *s'engager, ni stipuler* » en son propre nom que pour son propre compte. Le même mot est utilisé pour l'article 1121 pour la stipulation pour autrui qui ne fait évidemment naître que des droits.

680. En revanche, il ne faut pas oublier que l'article 1122 ne s'adresse pas uniquement aux ayants cause à titre particulier, mais également aux héritiers et aux ayants cause à titre universel. Or personne ne conteste l'idée que ces derniers sont liés par les obligations contractées par leurs auteurs. Comment pourrait- alors interpréter le verbe « stipuler » dans le sens de la création des droits à l'exception des dettes ?

681. Si nous nous rallions à l'idée que les dettes ne se transmettent pas à l'ayant cause à titre particulier dans les mêmes termes que les créances, nous pensons toutefois que la raison réside dans la différence de logique qui gouverne la transmission des créances la celle des dettes à l'ayant cause à titre particulier.

607 J-L. Goutal, op ; p.28s.

b-La différence de logique entre la transmission des créances et celles des dettes à l'ayant cause à titre particulier

682. La logique de l'article 1122 est une logique de continuité : continuité de la personne (physique ou morale) pour les ayants cause à titre universel, continuité de la chose pour les ayants cause à titre particulier. Cette dernière se traduit par la préservation de la valeur économique du bien⁶⁰⁸. La valeur économique ne peut être appréciée intégralement que par l'ensemble des intérêts (financiers, juridiques ou de pure jouissance) que la chose donne à son propriétaire. La transmission des créances accessoires à l'ayant cause à titre particulier est donc soumise à une logique de faire profiter les propriétaires successifs de la chose de tous les avantages que pouvaient en profiter leurs prédécesseurs.

683. Si la transmission des dettes avec la chose peut être souhaitable dans certains cas, elle obéit pourtant à une idée différente de celle de la transmission des créances. Il ne s'agit plus de faire profiter le propriétaire actuel de la chose de tous ses avantages, mais de sauvegarder les droits de l'ancien propriétaire. La logique de l'article 1122 ne s'applique donc pas à la transmission des dettes. Il s'agit donc de trouver à cette transmission un fondement différent. On pourrait éventuellement la justifier par l'acceptation de l'ayant cause à titre particulier de supporter les dettes liées à la chose.

3-La transmission des obligations liées à la chose par l'acceptation de l'ayant cause à titre particulier

684. Plusieurs auteurs avaient préconisé cette idée, selon laquelle la transmission des dettes à l'ayant cause à titre particulier devrait être possible mais soumise à la condition qu'il en ait une connaissance préalable avant de s'engager et qu'il les ait acceptées⁶⁰⁹. Selon Denis Mazeaud, la volonté implicite, résultat par exemple de l'exécution de certaines obligations prévues par le premier contrat suffirait à justifier la transmission des

608M. Cottet, op. cit., p.128.

609D.Mazeaud, « Le contrat et les tiers », op. cit ; J-H. du Garreau de la Méchenie, op. cit ; Deshayes, op. cit, p.68.

obligations. Nous ne partageons pas cette idée, car s'agissant de la création d'une obligation, la volonté doit être claire et non équivoque comme la volonté de contracter. Ce qui suppose que ces dettes soient reprises dans le contrat liant l'ayant cause à titre particulier à son auteur, soit sous forme d'engagement envers l'auteur du droit (l'acquéreur intermédiaire), soit en forme de stipulation pour autrui à profit du premier propriétaire.

685. Nous n'avons pas d'objections à l'idée que les obligations qui sont dus par l'acquéreur intermédiaire envers le premier propriétaire soient reprises dans le contrat qui lie ce premier à l'ayant cause; bien au contraire elle peut se révéler bénéfique pour la protection des droits de l'ancien propriétaire du bien. Mais dans ce cas, on ne peut pas parler vraiment de transmission ; la source de l'obligation se trouverait dans le deuxième contrat translatif de propriété et non pas dans le premier.

686. Mais la question se pose alors de savoir ce qui pourrait motiver les deux parties (l'ayant cause et son auteur) à prévoir de telles stipulations dans leurs contrat. Si l'on rejette la notion d'obligation réelle, il s'ensuit que toutes les obligations que l'auteur a contractées auprès du premier propriétaire sont des obligations personnelles. Il en demeure donc tenu même après avoir cédé le bien. Le premier propriétaire pourrait alors engager sa responsabilité si le sous-acquéreur viole ces obligations. L'acquéreur intermédiaire aurait donc tout intérêt à prévoir un tel engagement sur la tête du sous-acquéreur, afin de se protéger contre d'éventuelles poursuites par le propriétaire originaire.

687. Mais dans ce cas le premier propriétaire pourrait-il agir directement contre le sous-acquéreur en exécution des obligations figurant dans le deuxième contrat translatif de propriété ? Ca serait évidemment possible si le deuxième contrat de cession comportait ces obligations à titre de stipulation pour autrui au profit du premier propriétaire. En revanche, si le sous-acquéreur s'était engagé envers son propre cocontractant, nous ne le pensons pas. L'action directe étant un mécanisme dérogatoire de droit commun et donc nécessitant une base légale⁶¹⁰, elle ne peut pas trouver lieu à s'appliquer dans ce cadre. Ayant ainsi examiné les fondements juridiques qui peuvent justifier la transmission ou la non

610 Voir *supra* n°105.

transmission des créances et des dettes à l'ayant cause à titre particulier, abordons maintenant de façon plus pragmatique, l'opportunité de telles solutions.

II-Appréciation de l'opportunité de la transmission des créances et de la non-transmission des dettes à l'ayant cause à titre particuliers

688. Cette appréciation peut se faire de trois points de vue : pour l'ayant cause à titre particulier, pour son auteur et pour le propriétaire originaire. Si pour le premier l'opportunité de telles solutions ne fait pas de doute, il reste à le vérifier pour les deux autres.

A-L'opportunité de la transmission des créances et la non transmission des dettes pour l'auteur

689. Une fois les créances transmises au sous-acquéreur, l'auteur s'en trouve évidemment privé. Or, rappelons-le, seules les créances qui n'ont d'intérêt que pour le propriétaire de la chose sont transmises. L'auteur ne perd donc rien en transmettant ces créances à l'ayant cause ; elle a pour lui un effet neutre. Quant à la transmission potentielle des dettes, elle peut sans aucun doute avoir un effet positif pour lui : il se protège ainsi contre d'éventuelles poursuites du premier propriétaire. La « transmission » de ces dettes est soumise à la discrétion de l'auteur. Celui-ci peut soit insister qu'ils soient repris dans le deuxième acte de cession afin de se protéger juridiquement, soit de s'abstenir de les reprendre. Ce dernier choix pourrait s'expliquer notamment si l'auteur estime que la violation des obligations en question par le sous-acquéreur est peu vraisemblable et qu'il veut vendre la chose à un prix maximum, donc avec le minimum de charges possibles. L'appréciation de la transmission du côté du propriétaire originaire relève qu'elle lui est neutre ou quasiment neutre.

B-L'opportunité de la transmission des créances et la non-transmission des dettes pour le propriétaire originaire

690. La transmission des créances (qui sont en fait les dettes du propriétaire originaire) ne lui est certes pas avantageuse, mais on ne peut pas considérer qu'elle lui est nuisible non plus. La transmission a ainsi pour effet de préserver ces créances, alors que la non-transmission aurait eu pour effet de libérer le propriétaire originaire injustement.

691. La question de la transmissibilité ou la non-transmissibilité des dettes est, aussi bizarre que cela semble être, presque neutre pour le premier propriétaire. En tout état de cause, il dispose d'un débiteur : si les dettes n'étaient pas transmises, ça serait l'acquéreur intermédiaire ; si elles étaient transmises, ça serait le sous-acquéreur. Certes, si l'obligation est transmise au sous-acquéreur, ça serait encore mieux puisqu'il pourrait faire respecter sa créance par exécution en nature (cette option ne serait plus possible contre l'acquéreur intermédiaire, puisqu'il n'aurait plus la chose sous la main) ; mais dans les deux cas il pourra au moins se faire indemniser des préjudices potentiellement subis de la violation des obligations contractées avec l'acquéreur intermédiaire.

692. La transmission des créances est donc bénéfique pour le sous-acquéreur et neutre pour le propriétaire originaire et l'acquéreur intermédiaire. Le principe de non-transmission des dettes (avec la possibilité de reprendre ces obligations dans le deuxième contrat de cession) est bénéfique à la fois pour le sous-acquéreur et l'acquéreur intermédiaire (dans la mesure où il a le choix de reprendre ou ne pas reprendre ces dettes), et quasiment neutre pour l'ancien propriétaire.

Appréciée par rapport aux trois parties en cause, les solutions envisagées par la jurisprudence et la doctrine sont donc opportunes.

Ayant ainsi examiné la transmissibilité des créances et des dettes à l'ayant cause à titre particulier, à la fois sous l'angle de la théorie juridique et sur celui de l'opportunité, il convient maintenant de formuler à partir de là un principe.

III-Principe : transmission des créances et non-transmission des dettes à l'ayant cause à titre particulier

693. D'après l'analyse que nous avons faite précédemment, nous pouvons déduire le principe suivant : *toute clause, contenue dans le premier contrat de cession, prévoyant une obligation au profit de l'acquéreur d'un bien, est transmise de plein droit au sous-acquéreur lors d'une cession ultérieure du bien sur le fondement de l'article 1122 du code civil, si cette créance n'a d'intérêt qu'au profit du propriétaire du bien.*

694. Le principe ainsi posé permet d'englober tous les éléments nécessaires à qualifier la transmission des créances à l'ayant cause à titre particulier : le principe de transmission de plein droit, le contenu obligationnel des clauses transmises, le texte qui sert de base légale à cette transmission (l'article 1122) et la notion d'intérêt exclusif au propriétaire du bien.

695. Un autre principe doit être posé pour l'action directe du sous-acquéreur à l'encontre du premier propriétaire : *Le sous-acquéreur est en droit d'agir directement contre l'auteur de son auteur, sur le fondement de l'article 1122 du code civil, en exécution de la créance qui lui a été transmise avec le bien.*

696. Le premier principe énoncé doit avoir un corollaire à propos de la transmission des dettes : *Les dettes que le propriétaire originaire tient sur l'acquéreur intermédiaire, même celles qui sont liées à un bien, ne sont pas transmises au sous-acquéreur avec ce bien. Néanmoins, ceci n'empêche pas l'acquéreur intermédiaire et le sous-acquéreur de reprendre dans leur contrat ces mêmes obligations, que soit sous forme d'un engagement au profit de l'acquéreur intermédiaire ou sous forme de stipulation pour autrui au profit du propriétaire originaire. Mais si ces engagements sont prévus au profit de l'acquéreur intermédiaire, le propriétaire originaire ne pourra pas agir directement en exécution de ces obligations contre le sous-acquéreur.*

Conclusion chapitre I

697. Dans ce chapitre, nous avons exposé les différents fondements qui peuvent justifier les solutions retenues par la jurisprudence sur la question de l'extension et la transmission des clauses dans une chaîne de contrats. A la base de ces fondements, nous avons pu dégager des principes généraux qui doivent régir l'extension et la transmission des clauses au sein des chaînes de contrats. Sur la base de ces principes, nous avons pu justifier certaines décisions ou critiquer d'autres.

698. Les clauses qui déterminent l'existence ou le montant d'une créance peuvent être étendues sur la base de deux justifications possibles : d'une part la notion de compensation multilatérale, qualification que nous avons retenue pour l'action directe, et d'autre part la notion d'enrichissement sans cause.

699. L'extension de la clause compromissoire peut être justifiée par le souci d'assurer une bonne administration de la justice, mais elle doit quand même respecter la volonté - du moins implicite - des parties à l'arbitrage. Elle doit également dépendre du pouvoir souverain des juges du fond.

700. L'extension de la clause attributive de juridiction diffère selon le contexte dans lequel l'on se trouve : interne ou international. Dans le premier cas, l'extension de la clause doit céder la place aux mécanismes d'unification du procès prévus par le code de procédure civile. Dans le second cas, la solution dépend de l'interprétation que la Cour de justice de l'Union européenne donne au règlement Bruxelles I : si l'article 6 doit prévaloir sur l'article 23, ou l'inverse.

701. Dans les chaînes translatives de propriété, certaines clauses peuvent être transmises de l'acquéreur intermédiaire au sous-acquéreur, conférant ainsi à ce dernier une action directe envers le propriétaire originaire. Ces solutions trouvent leur véritable fondement dans l'article 1122 du code civil, combiné à la notion d'accessoire qui permet d'en préciser le sens. La notion d'accessoire peut s'expliquer par l'intérêt exclusif au propriétaire de la chose. Ce fondement nous pousse à poser un principe général selon lequel toute clause prévoyant une créance qui ne peut avoir d'intérêt que pour le

propriétaire de la chose, doit être transmise de plein droit. Les dettes ne peuvent être transmises, mais cela n'empêche pas qu'elles peuvent être reprises par le deuxième contrat de cession.

Chapitre II

Justification de l'extension de certaines clauses dans les ensembles contractuels

703. Nous avons déjà exposé la jurisprudence relative à l'extension de certaines clauses dans le cadre des ensembles contractuels, bipartites et multipartites. Dans le présent chapitre nous analyseront ces décisions plus en profondeur, pour évaluer leur bien-fondé et, potentiellement, en dégager certaines règles qu'on pourrait généraliser pour les ensembles contractuels.

704. L'ensemble contractuel est parfois un élément important que les juges du fond peuvent intégrer dans leur appréciation souveraine. Si cette appréciation échappe en principe au contrôle de la Cour de cassation, il n'empêche qu'elle est encadrée par certains principes juridiques qu'il serait peut-être utile de dégager (section I).

705. Plus rarement, l'ensemble contractuel impose – ou pourrait imposer- certaines règles juridiques qui pourraient éventuellement lier la Cour de cassation comme les juridictions de fond (section II).

Mais avant de nous lancer dans cette analyse, il faut d'abord mettre de côté les fausses hypothèses d'extension de clause dans l'ensemble contractuel. Il s'agit de vrais ou de faux cas d'extensions de clauses, dans lesquels l'ensemble contractuel ne joue en réalité qu'un rôle passif (section préliminaire).

Section préliminaire

Rôle passif de l'ensemble contractuel dans l'extension d'une clause

706. L'ensemble contractuel est parfois un élément qui entre dans l'appréciation du juge, et d'autre fois il lui impose même certaines règles. Mais il arrive aussi que certains effets

juridiques se produisent au sein de l'ensemble contractuel, sans qu'il s'agisse pour autant d'une véritable extension de clause engendrée par l'ensemble contractuel. Nous avons déjà traités, dans le deuxième chapitre du premier titre, quelques-unes des hypothèses les plus flagrantes de ces « fausses extensions » : ainsi lorsqu'un même contrat est divisé en plusieurs *instrumentum*, ou lorsqu'une clause du contra-cadre s'applique, à titre supplétif, dans un contrat d'application. Nous évoquerons dans cette section deux autres cas de figure qui ne constituent pas véritablement d'extension de clauses par l'effet de l'ensemble contractuel.

707. D'une part, l'ensemble contractuel produit parfois un effet de « confusion du litige », ce qui peut donner l'illusion que l'effet de la clause de compétence a été étendu. Dans d'autres cas, il ya une véritable extension de l'effet d'une clause à l'encontre d'un autre membre de l'ensemble contractuel, mais cette extension résulte d'un autre facteur que l'ensemble contractuel. C'est le cas de l'extension des clauses au destinataire en droit maritime.

Sous-section I : la confusion du litige

708. Dans les ensembles contractuels bipartites, il arrive que l'enchevêtrement entre les contrats soit tel qu'il devient impossible ou quasi-impossible de distinguer le contrat où le litige est né. Il en était ainsi dans les arrêts de la première chambre civile du 14 mai 1996⁶¹¹ et dans l'arrêt de la chambre commerciale du 13 décembre 2011⁶¹². Si l'un des contrats contient une clause compromissoire comme dans ces deux espèces, le juge peut être contraint d'interpréter les autres contrats afin de trancher le litige. Il ne s'agit pourtant point d'extension de la clause : le juge n'applique pas la clause au-delà du litige qu'elle est prévue trancher. L'ensemble contractuel n'exerce donc aucun effet juridique au juge, ni comme règle de droit qui s'impose au juge, ni même comme élément de fait entrant dans

611 Précité, note 370.

612 Précité note 371.

son pouvoir d'appréciation. Il résulte simplement, comme effet secondaire de l'ensemble contractuel, un certaine « confusion » du litige entre les contrats.

709. Même si ce phénomène ne s'est jamais produit, à notre connaissance, en présence d'une clause attributive de juridiction, il est à tout à fait possible de l'imaginer. Dans ce cas le juge saisi en vertu de la clause serait également obligé d'interpréter l'autre ou les autres(s) contrats de l'ensemble contractuel afin de trancher le litige qui lui est soumis. Le rôle de l'ensemble contractuel dans ce cas est complètement passif, mais nous l'avons cité afin de distinguer cette hypothèse des véritables hypothèses d'extension. Ce rôle passif peut être également observé dans la problématique de l'extension de la clause attributive de juridiction, ou d'autres clauses, dans les ensembles contractuels de droit maritime.

Sous-section II : rôle passif de l'ensemble contractuel en droit maritime

710. La problématique de la transmission ou du refus de transmission de la clause attributive de juridiction au destinataire est indifférente à l'ensemble contractuel. La jurisprudence a admis l'extension d'autres clauses, notamment la clause de choix de loi, mais l'ensemble contractuel ne peut pas la justifier non plus.

I-L'indifférence de l'ensemble contractuel quant à la problématique de la transmission de la clause attributive de juridiction

711. Avant de prouver l'indifférence de l'ensemble contractuel dans cette décision, il convient de faire un bref rappel de la jurisprudence étudiée.

A-Bref rappel de la jurisprudence étudiée

712. La jurisprudence française refuse constamment d'étendre l'effet de la clause attributive de juridiction contenue dans le connaissance au destinataire. La solution est

motivée par le fait que la clause attributive de juridiction nécessite une acceptation spéciale ; donc même la signature du connaissement ne suffit pas à déduire l'acceptation de la clause. La jurisprudence refuse également d'appliquer la clause attributive de juridiction à l'encontre du chargeur s'il n'a pas signé le connaissement. Mais à la différence de la solution retenue pour le destinataire, la seule signature du connaissement suffit à prouver l'acceptation de la clause attributive de juridiction de la part du chargeur.

713. La jurisprudence de l'Union européenne, depuis l'arrêt *Coreck*⁶¹³, procède par un raisonnement à deux étapes pour décider de l'applicabilité de la clause attributive de juridiction au destinataire. Il faut d'abord vérifier si la clause n'est pas transmise au destinataire suivant le droit national. A défaut, il faut vérifier si le destinataire a exprimé son consentement à la clause par l'un des moyens prévus par le règlement Bruxelles I.

714. Nous avons démontré que le connaissement comportait cession de la « créance de livraison » au profit du porteur. Cette cession nous paraît expliquer l'action du porteur contre le transporteur. Même si nous avons pu déduire l'existence d'un ensemble contractuel dans le cadre de l'opération de transport maritime, cet ensemble n'a aucun effet sur les solutions adoptées à propos de la transmission de la clause attributive de juridiction au destinataire.

B-Preuves de l'indifférence de l'ensemble contractuel quant à l'extension de la clause attributive de juridiction au destinataire

715. Premièrement, la même solution s'applique à la fois au destinataire et au tiers porteur du connaissement. Pourtant ce dernier n'est pas membre de l'ensemble contractuel de transport.

716. Deuxièmement, la jurisprudence européenne prouve que la question de l'extension de la clause attributive de juridiction au destinataire est soit une question de transmission, ce qui résulte d'une cession de créance ou de subrogation, soit elle se justifie par l'acceptation de la clause litigieuse de la part du destinataire. Or, une fois que le

613 CJCE, 9 novembre 2000, *Coreck Maritime*, précité note 427.

destinataire a accepté la clause, il devient partie à la convention attributive de juridiction. L'ensemble contractuel n'a donc aucun effet dans les deux cas.

717. Enfin, la question de l'application de la clause attributive de juridiction au destinataire en droits interne et international se résume essentiellement à établir l'acceptation de la clause. La preuve c'est que la jurisprudence refuse d'étendre l'effet de la clause au chargeur s'il n'a pas signé le connaissement, alors qu'il est sûrement partie au contrat de transport. Même si l'appréciation de l'acceptation du destinataire est plus stricte que celle du chargeur puisque le destinataire n'est pas partie au contrat de transport, la question est à la base la même : l'acceptation de la clause. L'ensemble contractuel y est donc indifférent.

Si l'ensemble contractuel est indifférent à la problématique de l'extension de la clause attributive de juridiction au destinataire, son rôle n'est pas plus actif pour la clause de choix de loi dont la jurisprudence a pourtant admis l'extension au destinataire.

II-Rôle passif de l'ensemble contractuel à l'extension de la clause de choix de loi

718. Nous avons vu que la jurisprudence avait admis implicitement l'extension de la clause de choix de loi au destinataire⁶¹⁴. Cette extension ne doit rien en réalité à l'ensemble contractuel de transport maritime. Ce n'est qu'une application de la doctrine classique selon laquelle la loi qui gère la créance cédée décide également de l'opposabilité des exceptions entre le débiteur cédé et le cessionnaire⁶¹⁵. Ce qui confirme d'ailleurs notre analyse que l'action du porteur du connaissement contre le transporteur résulte d'une cession de créance.

719. Ces deux derniers exemples (relatifs à la clause attributive de juridiction et à la clause choix de loi) nous démontrent que toute extension de l'effet d'une clause au sein de

614 Civ 1ère, 12 juillet 2001, précité note 411.

615 D.Pardoel, *Les conflits de lois en matière de cession de créance*, préface P.Lagarde, thèse à l'Université de Paris I, LGDJ, 1997, p.246s.

l'ensemble contractuel n'est pas forcément un effet de l'ensemble contractuel lui-même. D'autres hypothèses d'extension soulignent le rôle de l'ensemble contractuel comme élément de fait que le juge du fond peut prendre dans son appréciation souveraine.

Section I

L'ensemble contractuel, élément de fait soumis à l'appréciation du juge

720. L'ensemble contractuel joue un rôle non négligeable dans l'interprétation des clauses contractuelles. D'autre part, certaines notions juridiques telles que la bonne foi, la cohérence ou la bonne administration de la justice sont relativement floues. L'ensemble contractuel sert donc à préciser leurs contours et à permettre leur mise en œuvre dans ce contexte particulier.

Sous-section I : le rôle interprétatif de l'ensemble contractuel

721. Dans cette perspective, l'ensemble contractuel peut avoir deux rôles distincts. Le premier est de permettre l'interprétation d'une clause d'un contrat par référence à une clause d'un autre contrat. Le deuxième est de présumer la volonté des parties à élargir le champ d'une clause de compétence pour englober les litiges découlant d'un autre contrat.

I-L'interprétation des clauses contenues dans un contrat par référence à une clause contenue dans un autre contrat

722. Dans l'arrêt de la première chambre civile du 6 mai 1985⁶¹⁶ nous avons eu l'occasion de voir que la clause prévoyant la rédaction d'une notice d'information, contenue dans un contrat d'assurance de groupe, pouvait servir à interpréter l'obligation de conseil prévue dans le contrat d'ouverture de compte. La prise en compte de l'ensemble contractuel dans l'interprétation des contrats est difficile à concevoir selon les principes classiques qui gouvernent l'interprétation des contrats en droit français ; mais on peut l'admettre comme un fruit de la méthode moderne d'interprétation des contrats découlant de la *common law*. Même si l'interprétation des contrats fait partie du domaine classique du pouvoir souverain des juges du fond, il faut quand même poser les limites des effets que l'ensemble contractuel peut produire dans ce domaine, sans conduire à la dénaturation du contrat. Une fois que nous avons pu poser ces limites, nous pourrions en dégager une règle générale et la confronter aux avant-projets de réformes du droit des obligations.

A-La prise en compte de l'ensemble contractuel dans l'interprétation des contrats selon les principes directeurs de l'interprétation en droit français

723. Si les principes directeurs classiques de l'interprétation ne permettent pas de prendre en compte l'ensemble contractuel, la méthode moderne, héritée notamment du droit anglais, le permet.

1-L'inadaptation de la méthode classique à expliquer le rôle de l'ensemble contractuel dans l'interprétation

616 Précité, note 468.

724. Une première remarque s'impose : l'idée de prendre en compte une clause contenue dans un contrat, pour interpréter une autre clause contenue dans un autre contrat du même ensemble, rappelle indéniablement les dispositions de l'article 1161 du code civil : « *Toutes les clauses des conventions s'interprètent les unes par rapport aux autres, en donnant à chacune le sens qui résulte de l'acte entier* ». L'arrêt que nous avons étudié va un pas plus loin. Il prend en considération, non pas les clauses du seul contrat, mais les clauses de tout l'ensemble contractuel. S'il s'agissait d'un ensemble contractuel bipartite, cette approche interprétative n'aurait soulevé aucun commentaire. La question est cependant plus délicate quand il s'agit d'un ensemble contractuel multipartite. La doctrine classique nous enseigne en effet que le rôle du juge dans l'interprétation doit se limiter à rechercher la volonté implicite des parties⁶¹⁷. L'interprétation du contrat ne serait donc que la recherche de la volonté commune des parties qui n'était pas clairement exprimé dans le contrat. Or, dans un ensemble contractuel multipartite, une partie à l'un des contrats n'est pas forcément partie aux autres contrats de l'ensemble. Dans l'espèce étudiée par exemple, l'adhérent était partie au contrat de crédit (conclu avec l'organisme de crédit) et au contrat d'assurance individuelle ; l'organisme de crédit était au contrat de crédit ainsi qu'à la convention d'assurance de groupe qu'il avait conclu avec l'assureur. Puisque l'adhérent n'était pas partie à la convention d'assurance de groupe, on ne peut pas dire que celle-ci peut servir à clarifier la volonté commune de l'adhérent et de l'organisme de crédit (même si l'on admet que l'adhérent ait eu connaissance de l'existence de l'ensemble contractuel pour qu'il lui soit opposable, cette connaissance ne va pas jusqu'à faire supposer que le contenu des autres contrats traduise sa propre volonté). Comment expliquer alors que l'arrêt puisse se servir d'une clause contenue dans la convention d'assurance de groupe pour interpréter le contenu de l'obligation de conseil prévue par le

617 A.Zarrouk, *L'implicite et le contenu contractuel, étude de droit comparé français et droit tunisien*, préface de Ph. Delebecque, avant-propos de M.-K. Charafeddine, thèse à l'Université de Paris I, L'harmattan, 2012, p.475 ; J.Ghestin, Ch.Jamin et M.Billiau, *Traité de droit civil, Les effets du contrat*, LGDJ, 2001, p.17 ; J.Flour, J.-L.Aubert et E.Savaux, *Les obligations, I-l'acte juridiques*, édition Colon, 13ème édition, 2008, p.352s ; Malaurie (Ph.), Aynès (L.) et Stoffel-Munck (Ph.), *Droit civil, les obligations*, Defrénois, 4ème édition, 2-009, p.393s.

contrat d'ouverture de crédit ? La réponse se trouve dans la méthode moderne d'interprétation.

2-La possibilité d'intégrer l'ensemble contractuel dans la conception moderne de l'interprétation

725. Il suffit de suivre la jurisprudence actuelle des juridictions de fond pour constater que les juges utilisent désormais d'autres méthodes d'interprétation à côté de la méthode classique. Certes, l'intention des parties est toujours la clé principale de l'interprétation ; lorsqu'elle peut être dégagée clairement, elle lie le juge⁶¹⁸. Mais lorsqu'on ne peut pas la dégager avec précision, il est inutile de chercher une prétendue volonté implicite, qui n'est d'ailleurs qu'hypothétique ; les parties n'ont souvent pas imaginé très exactement ce qu'elles voulaient du contrat, ou bien chacune des deux parties avait sa propre idée⁶¹⁹.

726. Suite aux critiques adressées par la doctrine contemporaine à l'autonomie de la volonté, le juge français a commencé à se rapprocher de son homologue anglais dans les procédés d'interprétation du contrat. Ce dernier adopte comme critère d'interprétation le principe du *reasonableness* : le contrat peut être interprété de la manière que l'aurait compris une personne raisonnable qui se trouverait à la place des parties⁶²⁰. L'accent n'est donc pas mis sur ce que les parties ont implicitement cherché, mais sur ce qu'aurait compris une tierce personne en lisant le contrat. C'est implicitement dans ce sens que le juge français cherche actuellement à interpréter les contrats, au cas où la volonté des parties ne peut être dégagée avec certitude et précision ; l'interprétation du contrat s'avère de plus en plus une recherche de ce qui est rationnel et logique⁶²¹. Cette méthode

618 F. Terré, *Introduction générale au droit*, op.cit. p.476.

619 Idem

620 *Investors Compensation scheme v. West Bromwich Building Society* [1997] UKHL 28; *Prenn v. Simmonds* [1971] I WLR 1381 in 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*, préface M. Fabre-Magnan, thèse à l'Université Paris I Panthéon, Presse Universitaire d'Aix-Marseille, 2012, p.80.

621 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*, préface M. Fabre-Magnan, thèse à l'Université Paris I Panthéon, Presse Universitaire d'Aix-Marseille, 2012, p.78s ; F. Ost, *Dire le droit, Faire justice*, Bruylant, deuxième édition, 2012, p.96 ; F. Terré, *Introduction générale au droit*, op.cit. p.476 ; A. Zarrouk, op.cit, p.340.

d'interprétation est dite « objective » puisqu'elle place l'intention des parties au deuxième plan par rapport au bon sens commun.

727. Cette approche pourrait parfaitement prendre en compte l'ensemble contractuel dans l'interprétation. Une personne raisonnable, pour comprendre le sens du contrat devrait avant tout le mettre dans son contexte. L'ensemble contractuel permet au mieux de rendre compte du contexte économique et juridique du contrat, puisqu'il dévoile l'opération d'ensemble à laquelle le contrat litigieux doit aboutir. Il est donc normal qu'il soit pris en compte dans l'interprétation du contrat. Cependant, la prise en considération de l'ensemble contractuel doit respecter certaines conditions.

B-Limites de la prise en considération de l'ensemble contractuel dans l'interprétation

728. Si l'interprétation du contrat relève indéniablement du pouvoir souverain des juges du fond, la Cour de cassation y exerce pourtant deux types de contrôles. Premièrement, elle contrôle la dénaturation du contrat, c'est-à-dire la « méconnaissance du son sens claire et précis d'un écrit »⁶²². Deuxièmement, si les règles d'interprétation posées par les articles 1156 à 1164 du code civil n'ont pas qu'un caractère indicatif⁶²³, d'autres dispositions - tel que l'article L.132- 2 du code de la consommation qui dispose que toute clause ambiguë doit être interprétée dans le sens le plus favorable au consommateur – ont un caractère impératif⁶²⁴. La Cour de cassation censure donc les juridictions de fond si elles méconnaissent de telles dispositions⁶²⁵.

622 Civ., 15 avril 1872, *Veuve Foucauld et Coulombe c/Pringault*, GAJC 11ème édition, n°160, DP 1872.1.176 ; Civ. 1ère, 11 mai 1982, *Gaz.Pal.*1982.2.612, note Chabas, *Com.*, 31 janvier 1995, *JCP* 1995. II. 22385, note Perdriau, Civ. 1ère, 4 avril 2001, *Bull.civ.* I, n°106, *JCP* 2001. II. 10647, note Puigelier ; Civ 1ère, 4 juin 2009, *D.* 2001. AJ 2298.

623 G.Helleringer, « Quand les parties font leur loi, Réflexions sur la contractualisation du pouvoir judiciaire », in *Repenser le contrat*, sous la direction de G.Lewkowicz et M.Xifaras, Dalloz, 2009, p.275.

624 A.Zarrouk, *op.cit.*, p.347.

625 Civ 1ère, 11 janvier 2003, *Bull.civ.* I, n°19, *D.*2003.2600, note Claret, *Dr. et patr.*, mai 2003, p.112, obs. Chauvel, *RTD civ.*2003.292, obs. Mestre et Fages ; Civ 2ème, 13 juillet 2006, *Bull.civ.* II., n°214, *Gaz.Pal.* 2007.4036 note Leducq, *CCC* 2006 n°209 Raymond ; Civ 1ère, 22 mai 2008, *Bull.civ.* I n°145, *D.*2008.1954 note Martin, *JCP* 2008.II 10133 note Sériaux, *RDC* 2008.1135, obs. Mazeaud.

729. La prise en considération de l'ensemble contractuel bipartite ne nécessite aucun encadrement particulier. Il s'agit simplement d'interpréter la volonté des parties par référence aux autres actes qu'elles ont conclus ensemble en vue de réaliser un même objectif. En revanche, la fonction interprétative de l'ensemble contractuel multipartite appelle une réserve. Cette fonction étant l'une des facettes du rayonnement de l'ensemble contractuel vis-à-vis de ses membres, elle ne peut produire d'effet que si les membres touchés par cet effet avaient connaissance de l'existence d'un ensemble contractuel englobant leur propre contrat⁶²⁶. Cette condition n'est sans doute pas nécessaire dans une hypothèse comme celle que nous avons étudiée où l'interprétation du contrat, par le prisme de l'ensemble contractuel, est venue dans un sens favorable à la partie qui se trouvait tiers par rapport au contrat qui a servi comme référence à l'interprétation. L'adhérent, était en effet tiers par rapport au contrat d'assurance de groupe conclu entre l'organisme de crédit et l'assureur. Puisque l'interprétation est venue en sa faveur, il n'est pas nécessaire de prouver sa connaissance préalable de l'existence d'un ensemble contractuel. Mais pour le but du raisonnement, imaginons que l'interprétation retenue soit défavorable à l'adhérent. Dans ce cas, le respect de ses prévisions légitimes exige qu'il ait eu connaissance, au moment de la conclusion de son contrat, que son propre contrat fait partie d'un ensemble plus large dont il doit subir les effets.

730. La question se pose ensuite de savoir à quel titre la Cour de cassation peut-elle sanctionner les juges du fond s'ils ne respectent pas cette condition ? Il ne s'agit évidemment pas d'un contrôle de dénaturation. Il n'y a pas non plus de dispositions légales qui prévoient une telle règle. Mais on peut considérer le principe selon lequel l'opposabilité de l'ensemble contractuel à l'égard de ses membres est soumise à la condition que le membre touché par cette opposabilité en ait connaissance », est un principe général de droit, une règle de coutume *supra legem*⁶²⁷. La jurisprudence admet en effet la cassation pour méconnaissance d'une coutume *supra legem*⁶²⁸.

626 Voir *supra* n°292s.

627 La coutume *supra legem* est une règle de droit à portée générale élaborée par les juristes et reprise par la jurisprudence. Elle se distingue de la coutume *secundum legum* qui ne fait que préciser les modalités d'application d'un texte législatif, à la coutume *extra legem* qui désigne les pratiques contenues dans le temps partagée par la majorité des citoyens et ayant, dans la croyance populaire, une valeur normative, et

731. D'autre part, il convient d'insister sur le fait que la volonté commune des parties, si elle n'est plus considérée comme le seul repère de l'interprétation du contrat⁶²⁹, elle en constitue quand même le pivot principal. Quand elle est exprimée clairement, elle l'emporte sur toute autre considération (à condition, bien entendu, qu'elle ne soit pas considérée comme contraire à l'ordre public). Il s'ensuit que si le contrat faisant l'objet de l'interprétation contient une clause interdisant le recours à l'ensemble contractuel pour interpréter le contrat (telle que la clause des quatre coins⁶³⁰), le juge doit la respecter. Sinon, le juge du fond aurait méconnu le « sens clair et précis » d'une clause du contrat, sa décision serait donc censurée pour dénaturation.

A partir de là, nous pouvons dégager une règle générale qui gouverne l'interprétation du contrat par référence aux autres conventions de l'ensemble contractuel.

C-Enoncé de la règle

732. Avant d'énoncer ce principe, il convient de rappeler que la prise en considération de l'ensemble contractuel dans l'interprétation du contrat est une idée déjà présente en droit de la consommation. Ainsi, l'article L.132-1 alinéa 5 du Code de la consommation dispose que : « *Sans préjudice des règles d'interprétation prévues aux articles 1156, 1161, 1163 et 1164 du Code civil, le caractère abusif d'une clause s'apprécie en se référant,....., de même qu'à toutes les autres clauses du contrat. Il s'apprécie également au regard de celles contenues dans un autre contrat lorsque la conclusion ou l'exécution de ces deux contrats dépendent juridiquement l'une de l'autre.* »

733. De même les trois projets de réforme du droit des obligations posent un principe selon lequel l'ensemble contractuel doit servir à l'interprétation des contrats qui le composent. Ainsi, l'alinéa 2 de l'article 1137 de l'avant-projet Catala prévoit que « dans l'ensemble contractuels qu'ils forment, les contrats interdépendants s'interprètent en

évidemment de la coutume *contra legem* qui empêche l'application de la loi en raison de la force des habitudes.

628 H.Roland, L.Boyer, *Introduction au droit*, Litec, 2002, p.361.

629 Voir *supra* n°725.

630 Clause héritée de la *common law*, par laquelle les parties affirment que le contrat contient la totalité de l'accord des parties et que le juge ne peut donc l'interpréter en cherchant ailleurs.

fonction de l'opération à laquelle ils sont ordonnés. » La même formule à la lettre près est reprise à l'alinéa 2 de l'article 153 du projet de la Chancellerie. L'alinéa 2 de l'article 137 de l'avant-projet Terré prévoit que « Lorsque dans l'intention des contractants, des contrats concourent à une opération d'ensemble, ils s'interprètent en fonction de celle-ci. ». L'avant-projet Terré est à cet égard différent des deux autres par le fait qu'il insiste à rattacher cette technique d'interprétation à l'intention des parties. Mais il ne faut pas exagérer les différences, l'idée de base étant la même dans les trois avant-projets : l'ensemble contractuel doit être pris en considération dans l'interprétation du contrat.

Les dispositions précitées des trois projets de réforme ont vocation à n'avoir qu'une valeur indicative comme toutes les règles générales d'interprétation. Néanmoins, ils traduisent la volonté d'une grande partie de la doctrine d'inscrire l'ensemble contractuel dans les repères habituels d'interprétation qui sont offerts au juge.

Si nous approuvons l'idée de prévoir de telles dispositions d'interprétation à titre indicatif, nous pensons néanmoins que le même énoncé doit prévoir les deux réserves que nous avons exprimées précédemment, et qui s'appliquent à titre impératif.

734. La règle que nous proposons doit regrouper trois éléments : la possibilité de prendre en compte toutes les clauses de l'ensemble contractuel bipartite ou multipartite dans l'interprétation du contrat, mais aussi le caractère supplétif de cette possibilité et enfin la condition de connaissance préalable de la part de la partie à qui l'interprétation est défavorable. Nous pouvons donc l'énoncer comme suit :

S'il n'est pas stipulé autrement, le juge peut prendre en considération toute clause prévue par un contrat dans le même ensemble contractuel, qu'il soit entre les mêmes parties ou entre plusieurs parties, afin d'interpréter le contrat. Toutefois, la prise en compte d'un ensemble contractuel comprenant plusieurs parties ne peut jouer en défaveur d'une partie que si cette dernière avait connaissance de l'existence de l'ensemble contractuel au moment où elle a conclu le contrat.

L'autre fonction interprétative de l'ensemble contractuel c'est de permettre la formulation d'une présomption de volonté, notamment pour déterminer le champ d'application des clauses de compétence.

II-Le rôle de l'ensemble contractuel dans la présomption de volonté d'inclure certains litiges dans le champ d'application des clauses de compétence

Cette présomption de volonté se voit à la fois dans les ensembles contractuels bipartites que dans les ensembles multipartites comprenant une sûreté personnelle.

A-La présomption de volonté d'étendre le champ d'application d'une clause compromissoire dans les ensembles contractuels bipartites

735. Nous avons vu que la jurisprudence arbitrale, confirmée parfois par la jurisprudence étatique, admet que l'existence d'un ensemble contractuel entre les deux parties, dont l'un des contrats contient une clause compromissoire, fait présumer leur volonté commune de soumettre les autres contrats à l'arbitrage⁶³¹.

736. Nous ne partageons ni l'idée que l'effet d'une clause compromissoire peut être étendu à un autre contrat par présomption de volonté, ni même l'idée que l'ensemble contractuel peut faire présumer une telle volonté.

737. Rappelons ce que nous avons dit à propos de l'extension du champ de la clause compromissoire dans les chaînes de contrats : la volonté des parties de recourir à l'arbitrage est nécessaire pour admettre une telle extension, mais elle ne constitue qu'une condition *sine qua non* de l'extension, et non pas une justification. Cette volonté n'est en effet qu'une volonté-acceptation, qui a pour seul rôle d'éliminer les obstacles à l'extension de la clause compromissoire⁶³². Le véritable fondement de cette extension se trouvait dans la notion de bonne administration de la justice⁶³³. L'extension du champ de la clause compromissoire dans un groupe de contrats - qu'il s'agisse d'une chaîne de contrats ou d'un ensemble contractuel - s'explique en effet par la nécessité d'unifier le contentieux

631 Voir *supra* n°439s.

632 Voir *supra* n°608.

633 Voir *supra* n°609s.

afin d'éviter un risque de contrariété des décisions, ainsi que de réitération du temps du procès. Or, ce risque n'est point présent dans les espèces étudiées, puisque le contentieux ne touche que le seul contrat qui fait l'objet de l'extension. On ne peut donc pas justifier l'extension par l'idée d'une bonne administration de la justice.

738. D'autre part, l'idée du recours à des présomptions pour prouver l'existence d'une convention d'arbitrage tacite est en elle-même discutable. La présomption, par définition même tolère l'incertitude⁶³⁴. En plus, la présomption du fait de l'homme ne peut être admise que dans les matières où la preuve écrite n'est pas obligatoire, (article 1353 du Code civil) ce qui exclut donc les actes juridiques, sauf ceux dont le montant est inférieur à 1500 euro (article 1341 du Code civil). Or, la convention de compétence ayant un objet extrapatrimonial, elle ne peut être évaluée à plus ou à moins de 1500 euros, elle est donc soumise au principe général de la preuve par écrit⁶³⁵. La solution est encore plus difficile à admettre en arbitrage interne, puisque la loi exige une convention d'arbitrage écrite à peine de nullité (article 1443 du Code de procédure civile).

739. Troisièmement, s'agissant ici d'une présomption du fait de l'homme⁶³⁶, la présomption ne peut être retenue que comme une présomption simple, qui ne survit pas à la preuve contraire⁶³⁷. Il est difficile d'établir des conséquences aussi substantielles que la privation du justiciable de son droit de recours au juge naturel (notamment quand il s'agit d'arbitrage interne comme en l'espèce) et de certaines des garanties fondamentales du procès, sur la seule base d'une présomption simple.

740. Enfin, le seul fait qu'une clause compromissoire figure dans un autre contrat de l'ensemble contractuel entre les mêmes parties ne nous paraît pas suffisante pour présumer la volonté d'étendre l'effet de la clause au contrat litigieux. Tant que le contentieux est divisible, il est tout à fait légitime de penser que les parties n'ont pas voulu soumettre les conflits découlant du contrat litigieux à l'arbitrage. On pourrait même soutenir un

634 J.-F. Cesaro, *Le doute en droit privé*, préface de B.Teyssié, thèse à l'Université de Paris II, LGDJ Diffuseur, 2003, p.366 et F. Terré, *Introduction générale au droit*, op. cit., p.493.

635 A.Aynès, X.Vuitton, *Droit de la preuve, Principes et mise en œuvre processuelle*, LexisNexis, 2013, p.212s.

636 Les présomptions du fait de l'homme sont celles que le juge déduit d'office, à distinguer des présomptions légales qui sont prévues par un texte.

637 F. Terré, *Introduction générale au droit*, op. cit., p.493.

raisonnement à *contrario* : si les parties ont prévu une clause compromissoire dans un contrat et qu'elles ne l'ont pas prévue dans l'autre, cela prouve sans doute qu'elles ont voulu expressément et en connaissance de cause exclure ce second contrat de l'arbitrage.

L'ensemble contractuel multipartite qui comprend une sûreté personnelle permet à la jurisprudence parfois de déduire la même présomption.

B-La présomption de volonté d'étendre l'effet de la clause compromissoire dans les ensembles contractuels contenant une sûreté personnelle

741. La jurisprudence hésite quant à l'extension des clauses de compétence contenues au contrat principal à la caution. Pour les garanties autonomes, le principe c'est le refus d'extension. Nous avons démontré que ces solutions ne s'expliquaient pas par le caractère accessoire du cautionnement ou le caractère autonome de la garantie, mais par un lien de dépendance unilatérale qui unit ces deux contrats à leur contrat principal. Pour la cautionnement, cette dépendance unilatérale permettait de présumer la volonté des parties d'étendre l'effet de la clause attributive de juridiction (mais il ne s'agissait que d'une présomption simple de volonté) ; pour la garantie autonome, le principe d'inopposabilité des exceptions rendait cette volonté implicite d'extension plus difficile à établir, mais point impossible. Elle ne se présumait pas d'office, il fallait des éléments supplémentaires pour qu'on puisse la présumer. Nous discuterons ici dans un premier temps du bien-fondé de ces présomptions, dans un deuxième temps de l'insuffisance de la présomption de volonté pour justifier une telle solution et nous finirons par proposer une règle qui puisse gérer l'extension des clauses de compétence aux contrats porteurs de sûretés personnelles.

1-Bien-fondé de la présomption de volonté d'étendre la clause de compétence à la caution ou au garant première demande

742. La situation est ici quelque peu différente de celle exposé précédemment pour les ensembles contractuels bipartites. Dans cette dernière hypothèse, on ne pouvait pas établir de hiérarchie entre les contrats ; on ne pouvait donc pas présumer valablement que les dispositions de l'un des contrats soient applicables dans l'autre. Les contrats de sûretés personnelles, par contre, sont soumis à une relation de dépendance unilatérale par rapport au contrat principal. Comme le retient un auteur, toutes les sûretés personnelles, même la garantie autonome, ont une fonction « accessoire » par rapport à la créance principal, dans le sens où elles ne peuvent se concevoir sans la créance principale. L'auteur distingue ce « caractère accessoire essentiel » propres à toutes les sûretés personnelles, qui s'explique par la notion de cause, du « caractère accessoire renforcé » qui est propre au cautionnement. Ce dernier s'explique par l'identité d'objet, et justifie que l'engagement de la caution suive le même sort que celui du débiteur principal⁶³⁸. La définition que l'auteur donne du « caractère accessoire essentiel » correspond parfaitement à ce que nous avons appelé « dépendance unilatérale »⁶³⁹. Si un contrat trouve sa cause entièrement dans un autre, il est logique de présumer que les parties ont voulu le soumettre au même juge, et donc d'étendre l'effet des clauses de compétence contenue dans le contrat principal au contrat qui en dépend. La solution vaut pour la garantie autonome aussi bien que pour le cautionnement, même si le principe d'inopposabilité des exceptions rend cette présomption plus difficile pour la garantie à première demande. Il faut donc s'appuyer sur des éléments supplémentaires (ex : que la garant ait également stipulé une clause compromissoire dans le contrat qui le relie au débiteur principal).

743. Cette présomption de volonté, pour être valable, doit reposer sur une condition. Soit la caution est, comme souvent, le gérant de la société qui s'est portée débitrice, soit il faut prouver en amont que la caution avait connaissance de l'existence d'une clause de compétence dans le contrat principal, ou du moins qu'il a pris connaissance du contenu du contrat. Cette condition est sans doute assez facile à prouver ; elle est néanmoins cruciale pour que la présomption repose sur une base solide.

638 M.Bourassin. *L'efficacité des garanties personnelles*, préface de V.Brémont, et M.-N. Jobard-Bachelier, thèse à l'Université de Paris X, LGDJ, 2006, p.137s.

639 Voir *supra* n°261.

Une fois qu'on a établi le bien-fondé de la présomption de volonté dégagée par la jurisprudence pour étendre l'effet de la clause de compétence à la caution ou au garant, la question se pose ensuite de savoir s'il existe – au-delà de la simple volonté – un fondement qui puisse justifier l'extension de la clause de compétence à la caution ou au garant.

2-Le fondement de l'extension de l'effet de la clause de compétence au contrat de sûreté personnelle

744. La caution dispose, sauf convention contraire, du « bénéfice de discussion », ce qui signifie que le créancier ne peut la poursuivre que s'il a déjà agi contre le débiteur principal mais n'a pu obtenir satisfaction (article 2298 du code civil). Quand le créancier agit contre la caution il devra forcément tenir compte de l'autorité de la chose jugée de la décision qu'il a obtenue contre le débiteur principal, même s'il agit devant une juridiction différente. Il n'existe donc pas de risque de contrariété des décisions. Le risque de contrariété des décisions n'existe que si le cautionnement est solidaire ou si la caution a renoncé au bénéfice de discussion. Dans ce cas, le créancier peut agir simultanément contre le débiteur principal et la caution. Il est donc important que le contentieux se déroule devant une même juridiction pour qu'on n'obtienne pas de décisions contraires. Dans cette hypothèse seulement, l'extension de la clause de compétence pourrait être fondée sur la base de bonne administration de la justice.

745. Pour la garantie autonome, le risque de contrariété des décisions n'existe pas, mais pour toute autre raison. Le principe d'inopposabilité des exceptions fait que le règlement du litige entre le créancier et le débiteur principal ne doit pas influencer le litige entre le créancier et le garant. Il n'y a donc pas de véritable raison pour admettre l'extension de la clause de compétence. Il s'ensuit que l'extension de la clause compromissoire dans les sûretés personnelles ne peut avoir d'intérêt que pour le cautionnement solidaire ou lorsque la caution a renoncé au bénéfice de discussion.

A partir de ces constatations, nous allons proposer une règle pour régir l'extension des clauses de compétences au contrat de cautionnement.

3-Proposition de règle

746. Il est impossible de poser une règle générale pour les présomptions de volonté car il s'agit d'une présomption du fait de l'homme qui s'apprécie au cas par cas. Néanmoins, il convient de poser comme principe la condition préalable que nous avons dégagée plus haut : *La cautionne peut être présumée avoir accepté la clause de compétence du contrat principal que s'il est établi qu'il en a pris connaissance ou qu'il a pu connaître le contenu du contrat principal avant de s'engager.*

747. Ensuite, un principe doit être posé à propos de l'extension des clauses de compétence à la caution. Nous avons retenu deux hypothèses : lorsque la caution a renoncé au bénéfice de discussion ou lorsqu'il s'agit de cautionnement solidaire. Nous ne reprendrons plus le même débat que nous avons entamé pour l'extension des clauses de compétences dans les chaînes de contrats⁶⁴⁰. Rappelons brièvement les conclusions : l'extension de la clause compromissoire se base sur le principe de la « bonne administration de la justice ». S'agissant d'une question d'appréciation de fait, elle doit être dévolue au pouvoir souverain des juges du fond. La clause attributive de juridiction en droit interne ne fait pas l'objet d'extension, l'unification du contentieux se fait en accord avec les dispositions de l'article 42 alinéa 2 du Code de procédure civile. Pour la clause attributive de juridiction internationale, en l'état actuel de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, l'extension de la clause attributive de juridiction n'est possible que s'il est établi que le tiers auquel on veut étendre l'effet de la clause (la caution en l'occurrence), a exprimé son acceptation de la clause par l'un des trois moyens prévus par l'article 23 du règlement Bruxelles I⁶⁴¹. Ces trois moyens sont en fait l'écrit, l'usage établi entre les parties et l'usage de la profession. Nous ne pensons donc pas qu'au regard de la jurisprudence de la Cour de justice, la présence d'une clause attributive de juridiction dans le contrat principal puisse servir de présomption d'acceptation de la clause de la part de la

640 Voir *supra* n°609s.

641 Voir *supra* n°336.

caution. L'extension de la clause attributive de juridiction interne et internationale à la caution n'est donc en principe pas possible.

Maintenant formulons les règles :

Pour l'extension de la clause compromissoire : *Si le contrat principal contient une clause compromissoire, que la cautionnement est solidaire ou que la caution a renoncé au bénéfice de discussion, et que la caution est présumé avoir consentie à la clause, le juge peut étendre son effet à la caution s'il estime que cette extension servirait la bonne administration de la justice.*

Pour l'extension de la clause attributive de juridiction internationale *la clause attributive de juridiction internationale contenue dans le contrat principal ne s'étend à la caution sauf s'il est établi, par l'un des moyens prévus par l'article 23 du règlement Bruxelles I, que la caution a accepté la clause.*

La fonction de l'ensemble contractuel ne se limite pas à un rôle interprétatif. L'ensemble contractuel permet aussi de mettre en œuvre certaines notions du droit au contour relativement flou telles que la bonne foi, le principe de la cohérence et (encore une fois) la bonne administration de la justice.

II-Le rôle de l'ensemble contractuel pour la mise en œuvre de certaines notions juridiques au contour imprécis

748. Nous examinerons, une par une, chacune de ces notions (la bonne foi, la cohérence et la bonne administration de la justice) pour voir quel est le rôle que l'ensemble contractuel remplit pour permettre leur mise en œuvre.

A-Le rôle de l'ensemble contractuel dans la mise en œuvre de la bonne foi

749. Avant d'analyser la jurisprudence que nous avons déjà étudiée pour en déduire le rôle de l'ensemble contractuel comme catalyseur de l'article 1134 alinéa 3, il convient de bien recenser les données du problème.

1-Les données du problème

750. Nous entendons par cela d'une part la conception de la bonne foi dans la doctrine et d'autre part le rappel des solutions retenues par la jurisprudence sur cette question.

a-La conception de la bonne foi dans la doctrine

751. La bonne foi, figurant dans le code civil depuis sa rédaction, n'a pourtant trouvé sa véritable importance qu'à la moitié du XX^{ème} siècle. Au XIX^{ème} siècle, la jurisprudence ne lui donnait qu'une fonction interprétative⁶⁴². Actuellement, l'article 1134 alinéa 3 conserve toujours cette fonction interprétative, mais la jurisprudence et la doctrine lui attribuent également un rôle d'enrichissement du contrat : le devoir de bonne foi imposerait la création de certaines obligations qui ne figurait pas dans le contrat, telle que les obligations d'information ou de loyauté⁶⁴³.

752. La bonne foi peut s'entendre de deux manières. Dans un sens subjectif, il s'agit d'un état d'esprit, de ne pas avoir une volonté de nuire à autrui. Dans un sens objectif, on désigne un comportement : agir de bonne foi c'est agir comme un bon père famille, donc se comporter comme l'aurait fait une personne raisonnable⁶⁴⁴. Sous l'influence du droit anglais, notamment du principe de « *reasonableness* », la jurisprudence s'attache de plus en plus à la conception objective de la bonne foi⁶⁴⁵.

642 Y.-M. Laithier, « L'obligation d'exécuter le contrat de bonne foi est-elle susceptible de clause contraire ? Réflexions comparatives », *Recueil Dalloz* 2014, p.33 et M. Fabre-Magnan, op.cit., p.68.

643 F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, *Droit Civil Les obligations*, Dalloz, 9^{ème} édition, 2005, p.147 ; M. Fabre-Magnan, op.cit., p.68 ; A.Zarrouk, op.cit., p.340s.

644 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*, préface M. Fabre-Magnan, thèse à l'Université Paris I Panthéon, Presse Universitaire d'Aix-Marseille, 2012, p.75s et M. Fabre-Magnan, op.cit., p.68.

645 S.Tisseyre, op.cit, p.75s.

753. Bien que la bonne foi ait un caractère impératif⁶⁴⁶, la plupart des auteurs s'accordent pour dire qu'elle ne constitue pas une obligation, mais un devoir général⁶⁴⁷. Cette qualification est préférée notamment en raison du caractère non consenti du devoir de bonne foi, et surtout de son caractère général, englobant à la fois débiteur et créancier⁶⁴⁸; le débiteur devant exécuter ses obligations de bonne foi, le créancier devant agir aussi de bonne foi lorsqu'il lui en demande l'exécution⁶⁴⁹.

754. Le caractère général de la bonne foi ne se déduit pas uniquement de son applicabilité à la fois aux créanciers et aux débiteurs, mais aussi de son large contenu. La bonne foi sanctionne tout comportement qui serait contre les attentes légitimes du cocontractant⁶⁵⁰. Elle engloterait donc, dans le contexte contractuel, d'autres notions à contenu plus réduit, tel que l'abus de droit caractérisé par le détournement d'un droit de sa finalité⁶⁵¹.

Après cette présentation de la notion de « bonne foi » dans la jurisprudence et la doctrine contemporaines, rappelons brièvement les solutions retenues par la jurisprudence sur l'application de cette notion dans les ensembles contractuels.

b-Bref rappel des solutions retenues par la jurisprudence sur l'application de la notion de bonne foi dans les ensembles contractuels

755. La bonne foi est apparue comme une notion-clé dans deux des arrêts que nous avons étudiés, les deux en matière d'assurance. Dans l'arrêt de la première chambre civile du 17 février 1987⁶⁵², la Cour de cassation avait interdit à l'assureur de se prévaloir d'une clause de renonciation à recours contenue dans un contrat de bail pour bénéficier des dispositions de l'article L.121-12 alinéa 2 du code des assurances. La cour n'avait pas visé l'article 1134 alinéa 3, mais nous avons déduit de son raisonnement que la bonne foi était à la base

646 Idem, p.85s.

647 M. Fabre-Magnan, op. cit., p.68s et S.Tisseyre, op.cit, p.85s; voir pourtant en sens inverse : Y.-M. Laithier, op.cit.

648 S.Tisseyre, op.cit., p.85s.

649 M. Fabre-Magnan, op.cit., p.68s.

650 F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, op.cit., p.47s.

651 S.Tisseyre, op.cit., p.82s.

652 Précité, note 450.

de cette solution⁶⁵³. Dans une deuxième affaire⁶⁵⁴, la Cour de cassation s'était expressément référé à l'article 1134 alinéa 3 (et non pas à la stipulation pour autrui, comme l'avait fait la cour d'appel) pour faire bénéficier un locataire d'un engin de la clause de renonciation à recours prévue dans le contrat d'assurance⁶⁵⁵. Après ce bref rappel, il convient maintenant définir le rôle que remplit l'ensemble contractuel dans la mise en œuvre du devoir de bonne foi.

2-Définition du rôle de l'ensemble contractuel dans l'application du devoir de bonne foi

756. Afin d'atteindre cette définition, nous procéderons d'abord par une analyse détaillée des deux arrêts que nous avons déjà présenté. Ensuite, nous proposeront des règles sur la base de cette analyse.

a-Analyse des deux arrêts étudiés sur la mise en œuvre de la bonne foi dans les ensembles contractuels

757. Cette analyse nous conduit à remarquer que dans l'affaire de la première chambre civile du 17 février 1987, c'est le rôle interprétatif de la bonne foi qui est mis en œuvre. Dans l'affaire du 27 février 1990, c'est la fonction « d'enrichissement du contrat » qui apparaît, en l'occurrence par l'imposition d'un devoir de loyauté.

α- La mise en œuvre de la fonction interprétative de la bonne foi

758. Dans cette première affaire, celle du 17 février 1987, la jurisprudence avait fait appel au rôle interprétatif de la bonne foi. En fait, si l'on considère l'article L.121-12 alinéa 2 du code des assurances comme une disposition impérative incorporée au contrat d'assurance, il convient de l'interpréter de bonne foi. Or, au jour où le contrat d'assurance a été conclu,

653 Voir *supra* n°491.

654 Civ. 1ère, 27 février 1990, précité, note 452.

655 Voir *supra* n°492.

le contrat de bail était déjà rédigé (même s'il n'avait probablement pas été signé, puisque le contrat d'assurance n'était pas encore conclu) et l'assureur connaissait sûrement son existence puisque l'assuré demandait l'assurance en qualité de locataire. L'assureur aurait dû exiger de lire le contrat de bail avant de conclure le contrat d'assurance. Ensuite, s'il avait noté cette clause qui lui interdisait tout recours, il aurait dû en prendre acte : soit de demander au locataire de négocier avec le bailleur pour effacer cette clause, soit d'augmenter la prime, soit de refuser simplement de conclure le contrat d'assurance. L'assureur aurait du agir ainsi pour que son comportement soit qualifié de comportement « d'un bon père de famille ». C'est donc de cette façon qu'il fallait interpréter les dispositions de l'article L.121-12 alinéa 2 dans le cas d'espèce. L'assureur aurait donc dû prendre en considération les clauses du contrat de bail qui forment un même ensemble avec le contrat d'assurance, pour que son comportement soit qualifié de bonne foi.

759. Sur cette question, un point intéressant est à relever dans l'arrêt. Il est seulement présumé que l'assureur avait connaissance de l'existence du contrat de bail (et cette présomption n'est pas contestable, comme nous l'avons expliqué plus haut). La connaissance de l'existence et du contenu de la clause litigieuse du contrat de bail n'est point présumé, et ne peut pas être présumée sur la base des faits d'espèce. L'arrêt semble donc imposer une obligation sur l'assureur, en tant que professionnel, de lire tout contrat qui serait imbriqué au contrat d'assurance dans le cadre d'un ensemble contractuel.

760. Cette obligation pourrait-elle peser invariablement sur un profane comme elle a pesé en espèce sur un professionnel ? Nous ne le pensons pas. Exiger d'un profane de lire les contrats qu'il sait liés à son propre contrat excède largement le devoir d'agir en « bon père de famille ». ca serait même injuste pour lui, car il n'est pas à même de comprendre le contenu et la portée exacte de toutes les dispositions contractuelles. Nous pensons donc que cette exigence ne peut peser que sur un professionnel. La bonne foi joue un rôle différent dans la deuxième espèce.

β-Mise en œuvre de la fonction d'enrichissement du contrat

761. Dans l'affaire du 27 février 1990, le rôle de la bonne foi est encore plus important, puisque son effet ne se limite pas entre les parties, mais permet à un autre membre de l'ensemble contractuel de bénéficier des dispositions du contrat. Cette fois ce n'est plus la valeur interprétative de la bonne foi qui entre en question, mais sa fonction d'enrichissement du contrat, notamment en créant un devoir de loyauté. La qualification de stipulation pour autrui était débattue entre l'arrêt attaqué et le pourvoi (bien que ce ne soit pas très clair, mais il semble que ce soit sur le terrain de l'absence d'intérêt du stipulant). La Cour de cassation semble avoir voulu surpasser le débat, en se basant sur la notion de bonne foi. L'assureur avait consenti, dans le contrat d'assurance, une clause de renonciation à recours contre les locataires des engins. Cette clause n'aurait évidemment aucune valeur si elle ne pouvait profiter aux locataires des engins. Refuser de reconnaître tout effet à cette clause à l'égard du locataire de l'engin, au motif qu'elle ne constitue pas une stipulation pour autrui est donc un comportement de mauvaise foi ; non seulement dans le sens objectif du terme mais en plus dans un sens subjectif. La Cour de cassation avait donc voulu couper court à ce débat sur la nature de cette stipulation, pour dire que le devoir de bonne foi et de loyauté incombant à l'assureur l'obligeait à reconnaître l'effet direct de la clause litigieuse envers le tiers, qui se trouvait également membre de l'ensemble contractuel qui comprenait le contrat d'assurance.

762. Mais se pose ensuite la question suivante : envers qui ce devoir de loyauté était-il dû ? L'assuré n'était pas partie à l'action. Il est donc difficile d'admettre qu'il en soit le créancier. Mais comment le locataire de l'engin, qui n'est pas lié contractuellement à l'assureur, pourrait-il être créancier d'un devoir de loyauté à l'égard de celui-ci ? Il est tentant de dire que l'ensemble contractuel pourrait engendrer un devoir de loyauté entre ses membres.

763. Mais en quoi consisterait ce devoir en l'absence d'obligations réciproques ? Nous avons déjà vu qu'un contrat peut avoir certains effets à l'égard des autres membres de l'ensemble contractuel : en rendant une clause limitative de responsabilité opposable⁶⁵⁶, en contribuant à l'unification du contentieux⁶⁵⁷ et même en étendant l'effet obligatoire du

⁶⁵⁶ Voir *supra* n°532s.

⁶⁵⁷ Voir *supra* n°787s.

contrat si le respect de la force obligatoire du contrat l'exige. En outre, comme dans le cas de l'espèce, les contractants peuvent donner à un membre de l'ensemble contractuel l'impression de bénéficier d'une stipulation pour autrui, sans qu'il en soit pour autant (même s'il s'agit, admettons-le, d'une hypothèse assez marginale). Maintenant revenons à la définition de la bonne foi. C'est un concept qui a pour objectif de sanctionner tout comportement qui serait « contre les attentes légitimes du cocontractants »⁶⁵⁸. On pourrait concevoir que le devoir de loyauté dans l'ensemble contractuel exigerait des membres de l'ensemble contractuel de ne pas faire naître chez les autres membres l'illusion de procurer un certain bénéfice sans honorer un tel « engagement »⁶⁵⁹.

764. Mais une telle règle serait révolutionnaire, dans la mesure où la jurisprudence a affirmé à plusieurs reprises, même après l'arrêt étudié, que le devoir de bonne foi suppose l'existence de liens contractuels⁶⁶⁰, alors que les membres de l'ensemble contractuel sont des tiers les uns par rapport aux autres. Ce devoir d'agir de bonne foi à l'égard des autres membres de l'ensemble contractuel n'est pas non plus prévu par aucun des avant-projets de réforme du droit des obligations.

Sur la base de l'analyse de ces deux arrêts, nous essaieront, dans la limite du possible, de proposer une règle pour gérer la mise en œuvre de la bonne foi dans les ensembles contractuels.

b-Proposition de règle

765. A propos du rôle interprétatif de la bonne foi, nous proposons la règle suivante : Tout contractant professionnel, s'il a connaissance de l'existence d'un autre/d'autres contrat(s) formant(s) un ensemble contractuel avec son propre contrat lors de la conclusion, doit tenir compte des dispositions de ce(s) contrat(s), sinon son agissement serait réputé de mauvaise foi.

658 Voir *supra* n°752.

659 Le terme engagement étant ici entendu de façon plus large qu'obligation, comme tout avantage qu'un contractant peut apporter à l'autre partie au contrat ou à un autre membre de l'ensemble.

660 Cass.Civ 3ème, 14 septembre 2005, *Bull.civ.III* n°166, *D.2006.761*, note D. Mazeaud, *JCP* 2005. II 10173, note Loiseau ; Cass. Civ 3ème, 18 mai 2011, n°10-11.721, inédit.

766. Nous ne garderons de proposer une règle pour l'aspect créateur de la bonne foi, pour les raisons que nous avons mentionné plus haut. Nous pouvons pourtant dire que si la solution retenue par l'arrêt de la première chambre civile du 27 février 1990 est reprise par la jurisprudence, on pourrait formuler la règle suivante : les membres de l'ensemble contractuel, s'ils ont connaissance de l'existence de l'ensemble contractuel au moment de la conclusion du contrat (condition sine qua non pour tous les effets de l'ensemble contractuel), sont tenus d'un devoir de loyauté envers les autres membres de l'ensemble.

767. Nous insistons sur le fait que le devoir de bonne foi n'est pas une obligation, parce qu'il lui manque plus d'un élément essentiel de la définition d'obligation : elle n'a pas de nature patrimoniale et elle ne désigne ni débiteur ni créancier, s'appliquant uniformément aux deux contractants. Son extension aux autres membres de l'ensemble contractuel ne constitue donc pas une violation de l'effet relatif des conventions. En outre, elle pourrait être bénéfique pour donner pleine efficacité à toutes les clauses du contrat qui ont un effet à l'échelle de l'ensemble contractuel.

L'ensemble contractuel pourrait également permettre de mettre en œuvre une notion qui se développe lentement mais depuis longtemps en droit français : la cohérence contractuelle.

B-Le rôle de l'ensemble contractuel dans la mise en œuvre du principe de cohérence

768. Dans l'arrêt de la première chambre civile du 28 mars 1995⁶⁶¹, la Cour de cassation a fait application implicite du principe de cohérence pour résoudre un conflit entre deux clauses attributives de juridiction contradictoires contenues dans un même ensemble contractuel. Avant de voir comment ce principe peut s'appliquer dans le contexte particulier de conflit entre clauses attributives de juridictions, il convient de cerner cette notion fuyante de « cohérence ».

661 Voir supra note 299.

1-La notion de cohérence

769. Selon plusieurs auteurs, la cohérence est un principe sous-jacent en droit français, même si aucun texte ne le prévoit expressément. Elle peut avoir plusieurs sens et plusieurs applications. Ce principe peut s'appliquer pour résoudre une situation de contradiction entre différentes clauses dans un même contrat, mais cette application est encore limitée.

a-Le fondement juridique de la cohérence

770. Si aucun texte ne cite expressément le principe de la cohérence, que certains auteurs appellent également le principe du « raisonnable »⁶⁶² ce principe serait sous-jacent dans plusieurs endroits⁶⁶³. La Cour de cassation contrôlerait la cohérence des motifs cités par les des juges du fond⁶⁶⁴, et la doctrine, dans son interprétation de loi, suppose toujours que le législateur est doté « d'une cohérence raisonnable »⁶⁶⁵. La cohérence serait donc l'un de ces « standards juridiques » à vocation générale, qui transcendent toutes les branches du droit, tout en passant inaperçu.

771. M. Célice est sans doute le premier auteur à avoir déduit le principe de cohérence comme principe général de droit⁶⁶⁶. Mais jusqu'à maintenant, les auteurs semblent diverger sur le sens qu'il faut lui donner⁶⁶⁷. En réalité, le principe de cohérence peut avoir des applications très diverses, ce qui explique sa polysémie.

b-Diverses applications du principe de cohérence

662 Voir H. Ramparany-Ravololomiarana, *Le raisonnable en droit des contrats*, thèse pour le Doctorat en droit, Université de Poitiers, 2008

663 Précité p.16s.

664D. Houtcieff, *Le principe de cohérence en matière contractuelle*, tome 1, préface H. Muir Watt, thèse à l'Université de Paris XI, Presse universitaire d'Aix-Marseille, 2001, p.47s.

665Ibid, p.51s.

666 B. Célice, Les réserves et le non-vouloir dans les actes juridiques, préface J. Carbonnier, LGDJ, 1968, in D. Houtcieff, *Le principe de cohérence en matière contractuelle*, tome 1, préface H. Muir Watt, thèse à l'Université de Paris XI, Presse universitaire d'Aix-Marseille, 2001.

667D. Houtcieff, op.cit., p.23s.

772. Ce principe diffère selon que l'on se place du côté du comportement du contractant ou de la rédaction du contrat⁶⁶⁸.

D'une part, ça signifie que le comportement postérieur d'une personne (ou plus spécifiquement d'un cocontractant si l'on est dans un contexte contractuel) ne doit pas contredire son comportement antérieur, au détriment d'autrui. Cette facette du principe de cohérence se rapproche du principe d'*estoppel* en droit anglais, applicable en matière procédurale, selon laquelle nul ne peut se contredire au détriment d'autrui⁶⁶⁹. Cette règle trouve actuellement application en droit français notamment dans le domaine de l'arbitrage⁶⁷⁰ et récemment en matière de procédure civile⁶⁷¹.

Le principe de cohérence implique aussi la cohérence du comportement du cocontractant au regard du contrat. Le contractant ne peut agir d'une manière incompatible avec ce qu'il a prévu dans le contrat, même si son comportement ne constitue pas une violation pure et simple d'une obligation déterminée. La jurisprudence sanctionne alors ce comportement sur le terrain de la bonne foi⁶⁷².

Enfin, ce principe sanctionne aussi la cohérence intrinsèque du contenu contractuel. C'est cette fonction du principe qui nous intéresse ici.

c-La cohérence du contenu contractuel

668D. Houtcieff, *Le principe de cohérence en matière contractuelle*, tome 1, préface H. Muir Watt, thèse à l'Université de Paris XI, Presse universitaire d'Aix-Marseille, 2001, p.26.

669 O. Moréteau, S. Newcombe et A. Tunc, *Droit anglais des affaires*, Dalloz, 2000, p.266

670 Civ 1ère, 6 juillet 2005, *Bull.civ. I*, n°302, *RDC* 2006, 1279, note B. Fauvarque-Causson, *D.* 2006, 1424, note Agostini, *ibid*, 2005. 3060, obs. T. Clay ; Ass.Plén., 27 février 2009, *Bull.civ AP.*, n°1, rapport Boval et concl. De Gouttes, *D.* 2009. 723, obs. X. Delpech, *ibid*, 1245, note D. Houtcieff, *ibid* 2010, 172, obs. N. Fricero, *JCP éd.G* 2009. I. 142, n°7, obs. Y.-M. Serinet; Civ 1ère, 6 mai 2009, *Bull.civ I* n°86, *D.* 2009. 1422, obs. X. Delpech, *ibid*, 2966 obs. T. Clay; Civ 1ère, 3 février 2010, *Bull.civ. I*, n°25, *D.* 2010. 448, obs. X. Delpech, 2940, obs. T. Clay, *JCP éd.G* 2010, Actu 178, obs. J. Ortsheidt.

671 Com., 20 septembre 2011, n°10-22.888, *D.* 2011.2345, obs. X. Delpech, *Procédures* 2011, Repère 11, obs. H. Croze, *JCP éd.G* 2011.1250, note D. Houtcieff, *D.* 2012, p.167, obs. C. Maréchal.

672 Com., 8 mars 2005, *Bull.civ. IV* n°44, *D.* 2005 AJ 883, obs. Delpech, *ibid*. Pan. 2843, obs. Fauvarque-Cosson, *LPA* 27 septembre 2005, note Dagorne-Labbe, *RTD civ.* 2005. 391, obs. Mestre et Fages ; Civ. 3ème, 28 janvier 2009, *RDC* 2009., p.999, note D. Mazeud et p.1018 note G. Viney, *RTD civ.* 2009. 317 obs. B. Fages, *D.* 2009. *Jur.* 2008, note D. Houtcieff. ; Civ. 1ère, 17 février 2011, *Bull.civ.I* n°28, *D.* 2011. 676, obs. Rouquet, *AJDI* 2011. 393, obs. Thioye *RDC* 2011. 832, note Génicon

773. La jurisprudence sanctionne depuis longtemps, sur le terrain de l'article 1135, la clause contractuelle qui serait inconciliable avec l'économie générale du contrat⁶⁷³. Cette même solution a été adoptée expressément par les trois avant-projets de réforme du droit des obligations⁶⁷⁴.

774. Le principe de non-contrariété à l'économie du contrat signifie qu'une clause ne peut vider le contrat de son objet principal. Cependant, elle n'a pas pour effet d'interdire que deux clauses secondaires ou auxiliaires contenues dans un même contrat soient incompatibles. C'est justement cette problématique qui a rencontré la jurisprudence lorsqu'elle était confrontée à deux clauses attributives de juridictions contraires dans un même acte.

2-L'incompatibilité entre clauses attributives de juridiction et le principe de cohérence

775. La jurisprudence a sanctionné plus d'une fois l'incompatibilité entre deux clauses attributives de juridiction présentes dans un même contrat. Mais l'arrêt étudié va un pas plus loin puisqu'il sanctionne l'existence de deux clauses attributives de juridictions incompatibles dans un même ensemble contractuel.

a-La sanction des clauses attributives de juridiction incompatibles dans un même contrat

776. Nous ferons un rapide exposé de cette jurisprudence avant d'analyser le raisonnement qui a conduit à la sanction retenue.

673 Civ 3ème, 24 janvier 1973, *Gaz.Pal.* 1973.1.418, *RTD Civ.*1974.434, obs. G. Cornu ; Civ 1ère, 23 janvier 1994, *Bull.civ.* I, n°76, *D.* 1995.214, note S. Dion, *JCP éd.G.* 1994. I. 3809, n°15, obs. G. Viney, *RTD Civ.* 1994.616, obs. P. Jourdain ; Com., 22 octobre 1996, Chronopost, *Bull.civ.* IV, n° 261 ; *D.* 1997.121, note A. Sériaux et *D.* 1997.Somm.175, obs. Ph. Delebecque ; *Contrats, conc. consom.* 1997.comm.24, obs. L. Leveneur ; *Deffrénois* 1997.333, obs. D. Mazeaud ; *JCP éd.G* 1997.II.22881, note D. Cohen, *ibid* I.4002, n° 1 et s. obs. M. Fabre-Magnan. ; Com., 15 février 2000, *Bull.civ* IV n°29, *D.* 2000 somm. 364, obs. Delebecque, *JCP* 2000. I. 272, n°9s, obs. Constantin ;
674 Article 87 du projet de la Chancellerie, article 1125 alinéa 2 de l'avant-projet Catala, article 64 de l'avant-projet Terré.

α-Exposé de la jurisprudence

777. Dans un premier temps la jurisprudence a annulé deux clauses attributives de juridictions contradictoires, contenues dans un même contrat, sur la base de l'interprétation de volonté⁶⁷⁵. Plus de vingt ans plus tard, la même solution a été reprise par la Cour de cassation, mais la cour ne se réfère plus à la volonté des parties, elle anéantit automatiquement les clauses incompatibles sans donner de fondement exprès à sa solution⁶⁷⁶. Cette solution est désormais établie⁶⁷⁷. Cependant, cette jurisprudence est toujours ambiguë quant à son fondement, et la sanction qu'elle a adopté demeure discutable.

β-Analyse du raisonnement de la jurisprudence sur la sanction des clauses attributives de juridiction

778. Selon Monsieur Houtcieff, le véritable fondement de ces solutions c'est le principe de cohérence⁶⁷⁸. Nous ne voyons pas d'autre fondement possible. Cela pourrait sans doute expliquer la gêne de la Cour de cassation et des juges d'appel de préciser le fondement juridique sur lequel ils se basent, vu que le principe de cohérence n'est pas consacré de façon expresse en droit français. D'autre part, il n'y a pas de raison de réserver le principe de cohérence contractuelle pour l'hypothèse de l'incompatibilité entre une clause du contrat et son obligation principale. Il est donc logique de penser que la jurisprudence ait voulu l'étendre pour l'hypothèse d'incompatibilité entre deux clauses attributives de juridiction.

779. Il faut préciser que le recours à la technique de la mise à l'écart des deux clauses doit toujours être résiduel. On doit d'abord présumer que les parties ont été suffisamment

675 C.Cass., 6 février 1934, S.1934.1.110, citée par D. Houtcieff, op.cit., p.147.

676 Com, 7 novembre 1956, *Bull.* n°280 *Gaz. Pal.* 1957.1.227.

677 Pour des applications ultérieures, voir CA Besançon, 22 octobre 1963, *Gaz.Pal.*1964.2.396 ; CA Doua, 20 novembre 1964, *D.* 1965 Jur.506 ; CA Colmar 29 mai 1973, *D.* 1973.S.147 ; Com., 14 juin 1976, *D.*

1976, *D.* 1976.IR.258 ; Com., 20 novembre 1984, *Bull.* IV, n°384, *JCP éd.E* 1987, 15055, note A. Blaisse.

678 D. Houtcieff, op.cit., p.145.

rationnelles pour ne pas prévoir une telle contradiction, et que cette contradiction n'est donc qu'en apparence. La première approche du juge doit donc être d'essayer d'éclaircir cette « contradiction apparente » en utilisant les outils classiques de l'interprétation⁶⁷⁹. Par exemple, les deux clauses peuvent avoir une application distributive, chacune ayant pour objet un certain type de litige. Ou on pourrait trouver une raison logique pour faire primer une clause sur une autre. Par exemple, si l'une des clauses est plus lisible et mieux compréhensible pour les deux parties⁶⁸⁰. C'est à défaut de tout moyen d'interprétation, que le juge peut écarter les deux clauses sur la base du principe de cohérence.

780. D'autre part, la sanction choisie par la jurisprudence, l'annulation des clauses est discutable. Il est difficile d'admettre que le juge puisse disposer d'un pouvoir aussi fort que l'annulation d'une partie du contrat, sans même que son pouvoir soit prévu ou encadré par un texte de loi⁶⁸¹. C'est sans doute pour cette raison que l'arrêt du 28 mars 1995 a préféré retenir une solution moins radicale, en réputant les deux clauses comme non écrites.

b-La sanction de l'incompatibilité entre clauses attributives de juridiction incompatibles dans un ensemble contractuelle (Com., 28 mars 1995)

781. Nous commencerons par un bref rappel des faits, avant d'analyser la solution adoptée par l'arrêt à l'aune de la jurisprudence antérieure.

α-Bref rappel des faits

782. Un particulier s'était porté caution de cinq sociétés civiles immobilières envers une banque. Les cinq actes de cautionnement comportaient tous des clauses attributives de juridiction au profit des tribunaux de Monaco. Un acte d'affectation hypothécaire fut conclu ultérieurement entre les mêmes parties, comportant une clause attributive de

⁶⁷⁹ Ibid, p.150s.

⁶⁸⁰ Com., 90 janvier 1990, n°88-10466 *Bull.I.* n°26.

⁶⁸¹ Ibid, p.144.

juridiction au profit des tribunaux de Paris. Suite à un litige portant sur le paiement de l'une des dettes cautionnées, la cour d'appel de Paris rejeta l'exception d'incompétence soulevée par le défendeur, et la Cour de cassation rejeta le pourvoi en réputant les deux clauses attributives de juridiction non écrites. Cet arrêt fait ainsi un pas supplémentaire par rapport à la jurisprudence antérieure.

β-Analyse de l'arrêt

783. Comme nous l'avons déjà mentionné, l'arrêt étudié franchit une étape puisqu'il applique cette même solution à deux clauses attributives de juridiction présentes dans deux contrats distincts mais qui se trouvent dans un même ensemble contractuel. Elle se fonde logiquement sur le même concept juridique que les arrêts précédents, donc sur le principe de cohérence.

784. Si la sanction adoptée par la Cour de cassation, de réputer les clauses non écrites, nous paraît en soi exagérée pour une contradiction entre clauses (l'anéantissement de la clause réputée non écrite est imprescriptible, et produit ses effets dès le jour de la conclusion du contrat, contrairement à l'annulation qui doit être prononcée en amont par le juge⁶⁸²), la mise en œuvre du principe de cohérence en l'espèce nous paraît encore plus discutable. En effet, le recours au principe de cohérence pour écarter les clauses étant une solution résiduelle, le juge aurait cherché d'autres moyens pour résoudre ce conflit entre les clauses. Et il y en avait plusieurs en l'espèce. Une première méthode aurait pu consister à donner une application stricte pour la clause attributive de juridiction comprise dans le contrat d'affectation hypothécaire, et une interprétation plus large pour celle qui figure dans le contrat de cautionnement. On pourrait alors considérer que l'objet de la clause contenue dans le contrat d'affectation hypothécaire ne s'applique que pour les litiges relatifs à l'hypothèque proprement dite, tels que les problèmes d'inscription à la publicité foncière. Le contrat de cautionnement étant le contrat principal par rapport à l'affectation hypothécaire, il serait logique de penser que la clause attributive de juridiction s'applique à titre principal et celle qui se trouve dans le contrat d'affectation

682 H. Kenfack, « Droit commun et bail commercial », *JCP éd.E*, 15 janvier 2009, n°3, p.18.

hypothécaire s'applique à titre résiduel. On ferait alors application du principe que nous avons retiré de l'arrêt de la première chambre civile du 6 mai 1985 : les clauses de l'ensemble contractuel s'interprètent les unes par rapport aux autres.

785. D'autre part, la clause attributive de juridiction qui désignait les tribunaux monégasques était reprise dans les cinq contrats de cautionnement. En cas de conflit entre les clauses, il est donc plus logique de retenir celle-ci.

786. Il nous paraît d'ailleurs difficile d'envisager une hypothèse d'ensemble contractuel où il y aurait deux clauses attributives de juridiction ayant exactement le même champ d'application. Même si des liens existent entre les contrats, il n'en reste pas moins que chacun des contrats conserve son entité propre. Nous ne pensons donc pas que la solution retenue par l'arrêt étudiée puisse être - ou doive être - généralisée.

La jurisprudence reconnaît aussi à l'ensemble contractuel un rôle dans la mise en œuvre de la notion de « bonne administration de la justice ».

C- Le rôle de l'ensemble contractuel dans la mise en œuvre de la bonne administration de la justice

787. Il convient d'abord de rappeler que la bonne administration de la justice et la preuve ou la présomption de volonté de recourir à l'arbitrage ne sont pas des notions antagonistes mais complémentaires. La première est une condition préliminaire pour admettre l'extension d'une convention d'arbitrage, notamment en droit interne ou sur le territoire couvert par la Convention européenne des droits de l'Homme⁶⁸³. La seconde est la véritable raison qui justifie l'extension de la clause compromissoire. Mais dans certains cas le rôle de l'ensemble contractuel est plus remarquable pour l'établissement de cette présomption de volonté, comme il en est dans les ensembles contractuels englobant une sûreté personnelle ; dans d'autres, son rôle se voit plus clairement dans la mise en œuvre de la notion de bonne administration de la justice. C'est cette dernière hypothèse que nous allons évoquer maintenant. Avant de démontrer comment l'ensemble contractuel

683 Voir *supra* n°622.

peut remplir cette fonction, pour en proposer des règles, nous commencerons par un bref rappel de la jurisprudence étudiée.

1-Bref rappel de la jurisprudence

788. Dans l'affaire de la cour d'appel de Paris du 7 mai 2009⁶⁸⁴, une filiale avait conclu un contrat de reproduction de semences avec une autre société comprenant une clause compromissoire, ainsi qu'un contrat avec sa société-mère qui l'avait autorisé à conclure de tels contrats. La société-mère était intervenue à plusieurs reprises dans l'exécution du contrat de reproduction de semences. Suite à un conflit relatif à l'exécution de ce dernier contrat, la société cliente assigna la filiale et la société-mère en arbitrage. La cour d'appel rejeta l'exception d'incompétence. Même si l'arrêt ne le retenait pas expressément, nous avons pu déduire que la solution était fondée sur l'existence d'un ensemble contractuel, d'un groupe de société et sur l'exigence d'une bonne administration de la justice.

789. Dans l'affaire de la cour d'appel de Paris du 9 décembre 1987⁶⁸⁵, il s'agissait de quatre contrats interdépendants dont l'un comprenait une clause compromissoire, les trois autres une même clause attributive de juridiction désignant le tribunal de commerce de Paris. Suite à un litige, l'un des cocontractants saisit le tribunal de commerce de Paris. La cour d'Appel de Paris rejeta ensuite l'exception d'incompétence soulevée à propos du contrat, au motif que le litige était indivisible. Là encore, nous avons pu déceler le fondement implicite de la bonne administration de la justice. Expliquons maintenant comment l'ensemble contractuel peut mettre en jeu la bonne administration de la justice.

2-Influence de l'ensemble contractuel sur l'exigence de la bonne administration de la justice

790. L'ensemble contractuel, par la force des liens qu'il crée entre les contrats, engendre une imbrication des litiges qui peuvent en résulter, et donc un risque de contrariété des

684 Précité, note 278.

685 Précité, note 517.

décisions. Dans la première affaire, par exemple, la société cliente disposait de deux actions, l'une contre son cocontractant direct sur la base de la convention qui les relie et une autre contre la société-mère, sans doute sur la base de sa participation à l'exécution du contrat ou sur la levée du voile social (dépendant du droit qui régissait le fond). Bien que basées sur un fondement différent, les deux actions se basaient pourtant sur les mêmes faits et avaient un même objet : la réparation du dommage subi par la société cliente en raison de l'inexécution du contrat. Il y avait donc un risque important de contrariété des décisions qui résulterait de ces deux actions. Dans la deuxième espèce, le risque était encore plus grand, puisque le litige touchait à l'ensemble de l'opération. La bonne administration de la justice exigeait donc que le contentieux soit unifié dans les deux affaires. Là s'arrête le rôle de l'ensemble contractuel.

791. Une autre question se posait: celle de la juridiction devant laquelle le contentieux devrait être unifié. Dans la première espèce, il y avait théoriquement deux choix : soit le tribunal arbitral désigné par la clause compromissoire contenue dans le contrat de multiplication des semences, soit la juridiction de droit commun normalement compétente si le client avait assigné la société-mère. Or, cette seconde option n'était point possible sous peine de méconnaître la force obligatoire de la clause compromissoire. Il ne restait donc plus que la possibilité d'unifier le litige devant le tribunal arbitral. Mais alors comment obliger la société-mère à recourir à l'arbitrage alors qu'elle n'y a pas consenti⁶⁸⁶ ? Sur ce point, l'arrêt retient qu'il existait une clause compromissoire identique (ou quasi-identique) dans le contrat qui liait la filiale et la société-mère. On pouvait donc retenir le consentement implicite de la société-mère de recourir à l'arbitrage dans les mêmes conditions que celles prévues par la clause compromissoire du contrat de multiplication des semences. Sans cet indice de volonté, l'unification du contentieux ne serait pas possible.

792. Dans la deuxième affaire, l'unification du contentieux pouvait se faire soit devant le tribunal arbitral désigné par la clause compromissoire, soit devant la juridiction désignée par la clause attributive de juridiction. Là, la question était plus complexe, parce qu'il s'agissait de peser la force obligatoire de deux clauses de compétence. Pour unifier le

686 Sur la nécessité d'un indice de volonté des parties à l'arbitrage, voir *supra* n°615s.

contentieux, il fallait obligatoirement sacrifier la force obligatoire de l'une des deux clauses. Si le litige n'était pas absolument indivisible, les juges auraient probablement choisi de le fractionner, pour respecter la force obligatoire des deux clauses. Or, en l'espèce, comme le retient expressément l'arrêt, le litige était manifestement indivisible. L'unification du contentieux n'était donc plus un choix. Les juges ont sans doute fait un jugement de valeur en prenant en compte les enjeux qui seraient sacrifiés dans l'un et l'autre cas. La clause attributive de juridiction en droit interne porte atteinte au droit d'accès au juge naturel, mais elle ne déroge pas aux garanties fondamentales du procès⁶⁸⁷. La convention d'arbitrage interne porte à la fois atteinte au droit au juge naturel et à certaines des garanties fondamentales du procès⁶⁸⁸. Et les parties qui avaient conclu la clause compromissoire avaient ainsi renoncé à leur juge naturel, la clause attributive de juridiction ne leur ferait donc aucun tort. En revanche, ceux qui avaient consenti à la clause attributive de juridiction n'avaient renoncé à aucune des garanties du procès, l'extension de la clause compromissoire leur aurait fait du tort sur ce point. C'est sans doute pour cette raison que l'arrêt a fait primer la clause attributive de juridiction sur la clause compromissoire.

Maintenant, il s'agit de proposer des règles sur la base l'analyse de ces deux affaires.

3-Proposition de règles

Nous pouvons tirer plusieurs conclusions de cette analyse :

793. Premièrement, que l'ensemble contractuel créé parfois un risque de contrariété des décisions. La bonne administration de la justice requiert donc en principe qu'on unifie ce contentieux.

794. Cependant, l'unification du contentieux ne peut pas faire échec à l'effet d'une clause de compétence⁶⁸⁹. Autrement dit, la force obligatoire d'une clause de compétence prime

687 Voir *supra* n°637.

688 Voir *supra* n°614.

689 Exception faite des dispositions expresses du code de procédure civile que nous avons déjà exposées. Voir *supra* n°627.

sur l'exigence d'une bonne administration de la justice. La force obligatoire d'une clause de compétence n'est susceptible de céder que dans deux hypothèses.

795. La première est lorsqu'il s'agit d'une clause attributive de juridiction interne, et que les litiges, présentant un lien de connexité, sont unifiés par le juge devant la juridiction saisie en premier. Dans ce cas, suivant les termes exprès de l'article 333 du Code de procédure civile, la force obligatoire de la clause attributive de juridiction cède au profit de la juridiction de droit commun.

796. La deuxième c'est lorsque le litige est *indivisible*. Le litige est unifié devant la juridiction de droit commun. En cas de litige indivisible dans un ensemble contractuel multipartite comprenant à la fois une clause compromissoire et une clause attributive de juridiction, cette dernière prime sur cette première.

797. Ensuite, nous devons avoir toujours en vue les limites que nous avons retirées pour l'extension de la clause compromissoire⁶⁹⁰ lorsque nous avons étudié l'extension des clauses dans les chaînes de contrats, notamment les règles relatives à la nécessité d'établir la volonté de toutes les parties de participer à l'arbitrage.

798. A partir de ces constats nous pouvons proposer les règles suivantes : *Dans un ensemble contractuel multipartite, s'il existe un risque de contrariété entre les décisions, le juge peut étendre l'effet d'une clause compromissoire aux autres membres de l'ensemble contractuel, à condition toutefois qu'il soit possible d'établir ou de présumer leur volonté implicite de recourir à l'arbitrage dans les mêmes conditions principales que celles prévues par cette clause.*

On ne peut faire échec à la force obligatoire d'une clause de compétence contenue dans un ensemble contractuel au nom de la bonne administration de la justice que si le litige est indivisible ; pour la clause attributive de juridiction, on ne peut faire échec à la clause attributive de juridiction eu dans les cas prévus par le code de procédure civile en droit interne.

En cas de litige indivisible, dans un ensemble contractuel multipartite dans lequel cohabitent une clause compromissoire et une clause attributive de juridiction, le litige est unifié devant la juridiction étatique désignée par la clause attributive de juridiction.

690 Voir *supra* n°622.

L'ensemble contractuel n'est pas seulement un élément de fait. Il peut être dans certains cas un élément de droit imposant certaines solutions au juge.

Section II

L'ensemble contractuel, un élément de droit qui s'impose au juge

799. L'ensemble contractuel ne se limite pas toujours à un élément de fait qui s'inscrit dans l'appréciation souveraine des juges du fond. L'ensemble contractuel impose parfois certaines solutions au juge, solutions qui tomberaient sous le contrôle de la Cour de cassation. Nous avons pu déduire ce rôle dans l'arrêt qui a reconnu l'opposabilité de la clause limitative de responsabilité dans le cas où un membre de l'ensemble contractuel exerce une action délictuelle contre un autre membre ; ainsi que dans le cas où l'effet obligationnel d'une clause est étendu – en dérogation à l'article 1165 du code civil – à un autre membre de l'ensemble contractuel, lorsque la force obligatoire du contrat le commande.

Sous-section I : l'opposabilité d'une clause limitative de responsabilité en cas de responsabilité délictuelle pour inexécution contractuelle

800. Afin de comprendre la portée exacte de cette solution, nous commencerons par un étalement des données du problème.

I-Données du problème

801. Il s'agit d'abord de faire un bref rappel de la jurisprudence étudiée. Ensuite, il convient de mettre l'accent sur la particularité de cette solution dans les ensembles contractuels. En effet, si la jurisprudence reconnaît à tous les tiers la possibilité de se prévaloir de l'inexécution contractuelle pour réparer le préjudice qui peut leur en résulter, l'opposabilité de la clause limitative de responsabilité ne peut s'expliquer que par l'existence d'un ensemble contractuel.

A-Bref rappel de la jurisprudence

802. Cette affaire avait été tranchée par le tribunal de commerce de Paris, le 6 avril 2001⁶⁹¹. Un investisseur sur un marché financier avait envoyé un ordre à son prestataire de service d'investissement, l'ordre était arrivé en retard en raison d'une panne informatique. L'investisseur assigna l'entreprise du marché en réparation du dommage qu'il prétendait avoir subi. Le tribunal rejeta sa demande sur le fondement de l'opposabilité d'une clause limitative de responsabilité stipulée dans le contrat qui lie le prestataire de service d'investissement à l'entreprise de marché. Cette solution qui peut paraître anodine, ressemblant à un cas classique de responsabilité délictuelle pour inexécution contractuelle, se distingue pourtant par l'opposabilité de la clause limitative de responsabilité.

B-L'opposabilité de la clause limitative de responsabilité : une solution qui ne peut trouver d'explication que par l'existence d'un ensemble contractuel

803. Lorsqu'un tiers engage la responsabilité d'un cocontractant pour inexécution d'un contrat qui lui a porté préjudice, il s'agit bien d'une responsabilité délictuelle. Si la faute

691 Précité, note 495.

délictuelle peut dans ce cas être assimilée à une faute contractuelle – encore que cela est contesté par de nombreux auteurs⁶⁹² - le dommage qui est réparé n'est pas le même que le dommage contractuel qui pourrait être invoqué par le cocontractant. Alors que dans la responsabilité contractuelle le dommage réparable se limite au dommage prévisible, dans la responsabilité délictuelle il s'agit de réparer tous les dommages directs, qu'ils soient prévisibles au moment du fait dommageable ou non⁶⁹³. D'autre part, la responsabilité contractuelle sanctionne l'inexécution des obligations contractuelles sans besoin d'une preuve supplémentaire⁶⁹⁴, tandis que la responsabilité délictuelle exige l'établissement d'un préjudice réellement subi ou de la perte d'une perte de chance. En bref, la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle, même si elles partagent dans certains cas un même fait générateur, sanctionnent un dommage différent. Or, la clause limitative de responsabilité a pour objet de limiter la responsabilité et non pas l'obligation du débiteur⁶⁹⁵ ; elle ne doit donc pas, de principe, s'appliquer à la responsabilité délictuelle pour inexécution d'une obligation contractuelle. Ce qui explique sans doute que la jurisprudence s'efforce dans certaines hypothèses de qualifier la responsabilité de contractuelle afin de forcer l'application d'une clause limitative de responsabilité⁶⁹⁶.

L'opposabilité de la clause limitative de responsabilité retenue dans l'arrêt ne peut donc pas être expliquée par le droit commun de la responsabilité délictuelle pour inexécution d'un contrat. La solution doit donc être recherchée dans l'ensemble contractuel.

692 Voir par exemple O. Debat, « Le contrat, source de responsabilité envers les tiers », *Petites affiches*, , 23 septembre 2003, p. 3 et Th. Genicon, Inexécution contractuelle invoquée par un tiers : nouvel effet – méfait ? – à propos des « zones commerciales de non-concurrence », *Revue des Contrats*, 2011/1, p.65.

693 Th. Genicon, op.cit.

694 M. Fabre-Magnan, op.cit., p.679.

695 Voir *supra* n°532.

696 A propos de la responsabilité d'un bailleur, résidant au-dessus de son locataire, pour les dommages accidentellement causés à ce dernier à la suite d'infiltrations d'eau en provenance de l'appartement du bailleur, cf. Civ 3ème, 14 mai 1997, *Bull.civ.* III, n°105, p.70, *RTD Civ.* 1998, p.111, obs. P. Jourdain.

II-Rôle de l'ensemble contractuel dans l'opposabilité de la clause limitative de responsabilité

804. Nous allons analyser ce rôle dans l'arrêt étudié, pour essayer ensuite, dans les limites du possible, de dégager une règle.

A-Analyse du rôle de l'ensemble contractuel dans l'arrêt étudié

805. Un membre de l'ensemble contractuel n'est pas dans la même situation qu'un tiers *penitus extranei* qui subit un dommage du fait de l'inexécution d'un contrat, tel que les victimes par ricochet d'un patient d'un établissement psychiatrique qui a décédé en raison d'un défaut de surveillance de l'établissement⁶⁹⁷ ou le tiers dont la maison a subi des fissurations suite à un problème technique dans les fondations d'un immeuble voisin⁶⁹⁸. L'ensemble contractuel rend le statut du tiers victime particulier à deux égards :

806. Premièrement, les liens créés par l'ensemble contractuel multiplient les chances que l'un des membres de l'ensemble soit endommagé par un contrat du même ensemble. Il ya donc une probabilité particulièrement grande que la responsabilité délictuelle d'un membre de l'ensemble contractuel soit recherchée par un autre membre du même ensemble contractuel pour inexécution de son contrat, plutôt que par un tiers *penitus extranei*. L'objectif premier d'une clause limitative de responsabilité est toujours de se prémunir contre les risques d'engager sa responsabilité contractuelle. La légitimité de la clause limitative de responsabilité est, comme le retient M. Deshayes, de protéger un cocontractant contre le risque des petites fautes contractuelles d'inadvertance⁶⁹⁹, risque qui peut se révéler inéluctable, particulièrement dans les contrats à long terme. En cas de mauvaise foi ou de faute lourde de la part du contractant qui profite de la clause, celui-ci

697 Civ 1ère, 18 juillet 2000, *Bull.civ.* I n°221, p.144, *JCP* 2000, II, n°10415, rapport P. Sargos, *RTD Civ.* 2001, p.146, obs. P. Jourdain

698 Civ 3ème, 25 mars 1998, *Bull.civ.* III, n°72, p.47 ; *JCP* 198, IV, n°2136, *JCP* 1998, I, n°144, p.1095, obs. G. Viney, *D.* 1998, inf. Rap, p. 106.

699 O.Deshayes, « Clauses limitatives de responsabilité contractuelle et répartition des risques d'inexécution », *Revue des Contrats*, 2008/3, p.1008.

ne peut plus l'invoquer⁷⁰⁰. Pour revenir au contexte de l'ensemble contractuel, en raison du risque particulièrement important – que nous venons d'évoquer – qu'un membre de l'ensemble se trouve endommagé par une inexécution contractuelle, on peut dire que la responsabilité éventuelle du contractant créancier de la clause limitative de responsabilité envers les autres membres de l'ensemble contractuel est un risque inhérent à l'ensemble contractuel. Le risque contre lequel le contractant créancier de la clause limitative de responsabilité veut se prémunir (qui est principalement sa responsabilité contractuelle), ne serait réellement couvert que si ça incluait également la responsabilité délictuelle envers les autres membres de l'ensemble contractuel. L'effet de la clause limitative de responsabilité à l'égard des autres membres de l'ensemble contractuel se révèle donc comme un complément de son rôle principal, qui est de couvrir le contractant des risques de responsabilité contractuelle.

807. Deuxièmement, l'ensemble contractuel sert en quelque sorte d'instrument de prévision (à condition que tous les membres concernés en aient connaissance), il constitue une « environnement juridique » entourant le contrat, que les contractants peuvent prévoir lors de la conclusion. Un membre de l'ensemble contractuel peut donc s'attendre à ce qu'en cas de dommage qu'il pourrait éventuellement subir en raison de l'inexécution de l'un des contrats formant l'ensemble, les clauses de ce contrat devraient s'appliquer à son encontre.

808. On pourrait donc expliquer la solution retenue par le tribunal de commerce de Paris par cette double raison : d'un côté le risque particulier d'un dommage contractuel causé à un tiers dans le cadre d'un ensemble contractuel, et de l'autre côté la conception de l'ensemble contractuel comme instrument de prévision. Il s'agit ensuite d'apprécier le bien-fondé de ce raisonnement.

B-Bien-fondé de la solution

700 Voir *infra* note 702.

809. D'abord, rappelons que la clause limitative de responsabilité n'engendre pas d'obligation⁷⁰¹ et que son extension ne porte donc pas atteinte au principe de l'effet relatif des contrats.

810. D'autre part, la solution adoptée par le tribunal de commerce de Paris aurait pour effet de protéger les prévisions du cocontractant auteur de l'inexécution à l'échelle de l'ensemble contractuel. Or, si l'on considère que l'économie du contrat ne peut se comprendre sans prendre en considération l'ensemble contractuel, on déduit que cette solution serait plus respectueuse de l'économie du contrat. Pour rester dans le concret, dans l'affaire étudiée, la société de marché serait quasiment dépouillée de sa clause limitative de responsabilité si les investisseurs pourraient agir en responsabilité délictuelle contre lui à chaque fois qu'ils subissent un dommage en raison d'un quelconque disfonctionnement dans le marché. Ceci étant, il ne faut pas oublier que la clause limitative de responsabilité tombe en cas de mauvaise foi ou de faute lourde⁷⁰² ; solution qui devrait trouver son application également dans le contexte de l'ensemble contractuel. Les prévisions légitimes des membres de l'ensemble contractuel sont donc respectées, mais ils ne peuvent pas en abuser.

811. En outre, il est vrai qu'une telle solution ne permet pas de réparer le dommage subi par la victime de l'inexécution. Mais en fait cette absence de réparation peut s'expliquer par la particularité du dommage subi par le tiers victime. En raison des liens qui unissent les contrats au sein de l'ensemble contractuel, le dommage subi en l'espèce est à la fois délictuel et contractuel. La réalisation tardive de l'ordre de bourse est essentiellement une inexécution du contrat qui lie l'investisseur au prestataire de service d'investissement, ce dernier étant en principe responsable de l'exécution des ordres de l'investisseur. En l'occurrence, l'action de l'investisseur contre le prestataire de service se trouve déboutée en raison de la force majeure : la panne informatique qui a résulté dans l'exécution tardive de l'ordre est un fait imprévisible, irrésistible et extérieur au prestataire de service.

701 Voir *supra* n°372s.

702 Civ 1ère, 4 février 1969, Soc des comédiens français, *D.* 1969. 601, note J. Mazeaud, *JCP* 1969, 1969. II 16030, note Prieur ; Com, 19 janvier 1993, *Bull.civ.* IV, n°24 ; Civ 1ère, 24 février 1993, *Bull.civ.* I, n°88, *D.* 1994. 6 note Agostinelli, *D.*1993. Somm. 249, obs. Hassler, *JCP* 1993 II. 2216, note Paisant ; , Civ 3ème, 10 février 1999, *RCA* 1999, n°110 ; Com., 4 mars 2008, *Bull.civ.* IV n°53, *D.* 2008 AJ844, obs. Delpech, *JCP* 2008, II, 10079, note Guignard, *RDC* 2008/5, n°2875 obs. Le Gallou.

L'action délictuelle dont le tiers victime aurait pu en bénéficier contre l'entreprise de marché est donc une action subsidiaire à l'action contractuelle dont il disposait originairement contre son cocontractant direct. Le fait que cette action délictuelle subsidiaire soit déboutée en raison d'une clause limitative de responsabilité ne nous paraît donc pas porter atteinte au droit du tiers victime à la réparation. Le dommage est en effet essentiellement contractuel ; sa qualification de dommage délictuel ne vient qu'à titre subsidiaire.

812. On pourrait peut-être contester une telle solution par l'idée que la jurisprudence annule les clauses limitatives de responsabilité délictuelle⁷⁰³, au motif que la responsabilité délictuelle prévue par l'article 1382 est d'ordre public et que son application « ne peut être paralysée par avance par une la convention ». Mais en réalité, l'hypothèse que nous envisageons est différente. Il ne s'agit pas de prévoir une clause ayant pour objet de limiter le montant ou de renforcer les conditions de la responsabilité délictuelle. Dans notre hypothèse, il s'agit d'une clause limitative de responsabilité classique, qui a pour objet de limiter la responsabilité contractuelle du cocontractant. Le fait que la même clause puisse limiter la responsabilité délictuelle engagée par un autre membre de l'ensemble contractuel, n'est qu'un effet secondaire de la clause et point son objet. La clause n'est pas conclue entre le membre de l'ensemble contractuel victime d'inexécution et l'auteur du dommage, mais entre l'auteur du dommage et son cocontractant. Si la clause pourrait, éventuellement, servir à limiter la responsabilité délictuelle de l'auteur du dommage, ceci ne peut être assimilé à une « paralysie d'avance [de la responsabilité délictuelle] par la convention » selon l'expression employée par la Cour de cassation. Cette extension de l'effet de la clause à la responsabilité délictuelle engagée par les membres de l'ensemble contractuel se justifie comme nous l'avons expliqué, par une volonté de donner plein effet à la force obligatoire de la clause ; l'ensemble contractuel ne doit pas être un moyen de détourner indirectement les limitations de responsabilité contractuelle.

703 Civ 2ème, 17 février 1955, *D.* 1956, p.17, note Esmein, *JCP éd.G* 1955, II, 8951, note Rodière; Civ 2ème, 28 novembre 1962, *Bull.civ.* 1962, II, n°755, *D.* 1963, p.465, note Borricand, *JCP éd.G* 1964, II, 13170, Civ 1ère, 20 juin 1995, n°93-15510, *Bull.civ.* 1995, I, n°27.

813. Pour conclure, l'opposabilité de la clause limitative de responsabilité envers un autre membre de l'ensemble contractuel ne déroge donc pas à l'article 1165, elle a pour effet de respecter au maximum l'économie du contrat dont l'inexécution est à l'origine du dommage. Si elle a un effet néfaste envers la victime de l'inexécution, cet effet est justifiable par le fait qu'il ne s'agit que d'une action subsidiaire, et que l'action originaire est déboutée sur le fondement de la force majeure. Enfin, l'opposabilité de la clause au membre de l'ensemble contractuel ne contredit pas la nullité des clauses limitatives de responsabilité délictuelle. Il convient ensuite de se demander si nous pouvons tirer une règle d'ordre général à la base de cette décision.

C-Proposition de règle ?

814. La décision étudiée émane d'une juridiction de premier degré, et elle n'a pas été confirmée par des arrêts d'appel ou de cassation. Il est difficile donc de prétendre en tirer des règles générales. Néanmoins, nous pensons qu'une telle solution si elle est suivie, serait utile pour les raisons que nous avons mentionné plus haut. A condition, toutefois, de respecter la règle de la connaissance préalable.

815. Une telle règle pourrait s'appliquer à toutes les clauses qui affectent la responsabilité (clause exonératoire de responsabilité, clause qui pose des conditions supplémentaires pour la responsabilité ou qui limite la responsabilité à un certain montant,...). Dans ce cas, l'opposabilité de la clause devrait se produire de plein droit.

816. A propos des clauses qui déterminent les moyens et le mode de paiement (ex : clause de devise), nous pensons qu'elle pourrait suivre le même sort que nous leur avons proposé dans le cadre de l'action directe : leur opposabilité relèverait du pouvoir souverain des juges du fond selon un jugement d'opportunité, à condition toutefois qu'elles ne génèrent pas d'obligations⁷⁰⁴.

L'ensemble contractuel peut avoir un autre effet de droit qui s'impose au juge : l'extension de l'effet obligationnel d'une clause afin de sauver sa force obligatoire.

704 Voir *supra* n°582 et 583.

Sous-section II : l'extension de l'effet obligationnel d'une clause lorsque le respect de sa force obligatoire commande

817. Avant de nous lancer dans l'analyse de cette solution, nous ferons une présentation des données du problème.

I-Les données du problème

818. Nous ferons d'abord un bref rappel de l'arrêt de la troisième chambre civile du 4 mai 2006⁷⁰⁵ qui avait adopté cette solution. Ensuite, nous présenterons la problématique à laquelle est confrontée parfois la jurisprudence, lorsqu'il s'agit de peser entre, d'une part, le respect de la force obligatoire d'une clause d'un contrat, et d'autre part, le principe de la relativité des conventions.

A-Bref rappel de l'arrêt étudié

819. Il s'agissait en l'espèce d'un organisme public qui avait consenti un bail commercial avec une clause d'exclusivité au profit d'une commerçante. Ensuite, l'organisme public avait ensuite consenti un autre bail au profit d'une société. La commerçante assigna l'Etat français et la société en résolution du second contrat de bail qui violait ses engagements. La Cour de cassation, au visa des articles 1134, 1147 et 1165 du code civil, cassa l'arrêt de la cour d'appel qui avait rejeté cette demande. Cette même solution avait été retenue par un arrêt antérieur, mais le pourvoi n'avait curieusement pas soulevé la violation de l'effet relatif des contrats et la motivation de l'arrêt de cassation n'avait donc pas discuté la solution au regard de l'article 1165.

⁷⁰⁵Précité, note 487.

820. Nous avons vu dans cet arrêt une dérogation à l'effet relatif des contrats puisque la clause d'exclusivité engendre une obligation et qu'elle ne peut donc être étendue aux tiers sans porter atteinte à l'article 1165. Cette même problématique est déjà apparue devant la jurisprudence, dans d'autres hypothèses.

B-L'arbitrage difficile entre la force obligatoire du contrat et entre l'effet relatif des contrats

821. Ce problème suppose qu'il y ait une identité partielle ou totale d'objet ou de cause entre les contrats. Il s'agit d'un problème assez complexe, puisqu'il implique la force obligatoire d'un premier contrat, la nécessité de l'exécuter en nature, la force obligatoire d'un second contrat et enfin le principe de l'effet relatif des contrats. Enfin, il s'agit de suivre l'évolution du droit positif sur cette question, évolution qui suit le renouveau de la théorie de la force obligatoire du contrat.

1-Domaine de la confrontation de la force obligatoire du contrat et de l'effet relatif : identité de cause ou d'objet

822. Il arrive que l'exécution d'un contrat suppose l'intervention ou l'abstention d'un tiers. Si la jurisprudence sanctionne désormais le tiers qui contribue sciemment à la violation d'un contrat⁷⁰⁶, la question est cependant parfois plus complexe. C'est le cas lorsque ce tiers est lié contractuellement au cocontractant défaillant, et que l'exécution du premier contrat exige la résolution ou l'annulation partielle ou totale du second contrat.

823. Pour qu'il y ait une telle confrontation, cela suppose l'une des deux hypothèses : soit que les deux contrats antagonistes partagent, totalement ou partiellement une même cause ; il s'agit alors d'un même ensemble contractuel comme dans l'arrêt étudié. Soit que

706 Com., 11 octobre 1971, *D.* 1972.120 ; Com., 23 avril 1985, *Bull.civ* IV n°124 ; Com., 4 mai 1993, *Bull.civ.* IV n°173, Civ 1ère, 26 janvier 1999, *Bull.civ* I n°32, *D.* 1999 somm. 263 ; obs. Delebecque ; *LPA*, 23 juin 2000, Note Arcaute-Descazeaux, *RTD Civ* 1999.405, ob. Jourdain ; Cass. Ass. Plén, 9 mai 2008, *Bull. ass. Plén*, n°3, *Gaz. Pal.* 2008.1867, avis de Gouttes ; *RLDC* 2008/51, n°3047, obs. Maugeri ; *RTD Civ*, 2008, obs. Fages

les deux contrats partagent un même objet ; c'est le cas, par exemple, du conflit entre un pacte de préférence et un contrat de vente ultérieure portant sur le même bien. La confrontation de la force obligatoire du contrat et de son effet relatif n'est donc pas limitée aux ensembles contractuels. En outre, la problématique ne se limite pas à arbitrer entre la force obligatoire d'un contrat et le principe de l'effet relatif des contrats; plusieurs notions et plusieurs autres problèmes juridiques sont en jeu.

2-Les termes exacts du débat

824. Premièrement, comme nous l'avons déjà soulevé, le principe de l'effet relatif des contrats est affecté par l'extension de la force obligatoire du contrat, dans la mesure où la clause de non-concurrence est génératrice d'obligation et qu'elle ne peut donc pas, en principe, s'étendre à un tiers. Quel article faut-il sacrifier pour sauver l'autre : l'article 1134 ou l'article 1165 ? Voici la question de base.

825. Ensuite, le respect de la force obligatoire du premier contrat commande de résilier un second contrat, donc de sacrifier sa force obligatoire. Inversement, la survie du second rend une clause du premier contrat sans effet. Quel contrat faut-il sauver au détriment de l'autre et pourquoi ? Voici la deuxième question.

826. Une dernière question se pose : pourquoi faut-il exiger l'exécution en nature alors qu'on pourrait se contenter d'une réparation en équivalent ? D'ailleurs la lettre de l'article 1142 nous aurait conduits à cette seconde solution : « *Toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages-intérêts, en cas d'inexécution de la part du débiteur.* » Or, une jurisprudence constante affirme que l'exécution en nature est de principe, la condamnation aux dommages-intérêts n'ayant lieu que si l'inexécution en nature est impossible⁷⁰⁷. Comme le note un auteur, cette notion « d'impossibilité » est très relative⁷⁰⁸.

707 Com., 5 octobre 1993, *Bull.civ.* IV n°313, Civ 3ème, 11 mai 2005, *Bull.civ.* III, n°103, D.2005, IR 1504, *JCP* 2005. II. 10152, note Bernheim-Desvaux, CCC 2005, n°187, note Leveneur ; Civ 1ère, 16 janvier 2007, *Bull.civ.*, I n°19, D. 2007. 1119, note Gout, *JCP* 2007. I. 161, n°6s, obs. Mekki, CCC 2007 n°144 note Leveneur; Civ 1ère, 27 novembre 2008, *Bull.civ.* n°269, *RDC* 2009. 613, obs. Seube ; Civ 3ème, 9 septembre 2009, *Bull.civ.* III n°2187, *JCP* 2010 n°336, *RDI* 2009. 669, note Bailleul.

708 Ch.Mouly, « L'exécution forcée du pacte de préférence entre illusion et fiction », *Revue de droit prospectif*, 2008, 2.

Peut-on dire que le respect de l'effet relatif des contrats et le respect de la force obligatoire d'un autre contrat rendent-ils cette inexécution impossible ? Voici la dernière question.

La solution apportée par la jurisprudence a évolué, comme le démontre le contentieux du pacte de préférence.

C-L'évolution de la jurisprudence sur le pacte de préférence

827. Jusqu'en 2006, la jurisprudence refusait de faire substituer le titulaire d'un pacte de préférence à l'acheteur⁷⁰⁹. Ces décisions étaient toutes rendues au visa de l'article 1142. Cette jurisprudence a changé depuis l'arrêt de la Chambre mixte du 26 mai 2006⁷¹⁰, qui a été suivie par d'autres arrêts dans le même sens⁷¹¹. Selon la nouvelle jurisprudence, l'exécution forcée du pacte de préférence est possible, mais elle est conditionnée par une double preuve : d'abord que l'acheteur connaissait l'existence du pacte de préférence, ensuite qu'il connaissait aussi la volonté du titulaire du pacte de s'en prévaloir.

828. Ce revirement de jurisprudence semble coïncider avec la remise en cause de l'autonomie de la volonté comme critère de la force obligatoire du contrat⁷¹². La force obligatoire du contrat, selon la majorité de la doctrine moderne, repose sur l'importance sociale du contrat en tant qu'instrument d'échange économique⁷¹³. L'importance de la force obligatoire du contrat n'est donc pas limitée à son effet entre les parties, mais à assurer le déroulement des échanges économiques dans la société. Sans aller jusqu'à dire, comme Jean-Jacques Rousseau et John Locke, que la société moderne n'est que le résultat

709 Com, 27 mai 1986, RTD Civ. 1987, p.89 obs. J. Mestre, Com., 7 mars 1989, *Bull.civ.* II, n°79, Civ 3ème, 30 avril 1997, *Bull.civ.* III n°96, *D.* 1997. 475, note D. Mazeaud, *JCP* 1997. II. 22963, note Thullier.
710 Ch. Mixte, 26 mai 2006, *Bull.civ.* n°4, *D.* 2006, jur. 1861, notes D. Mainguy et P.-Y. Gautier, Pan 2638 obs. S. Amrani-Mekki et B.Fauvarque-Cosson, *RLDC* 2006. 2173, note H. Kenfac, *RDC* 2006.1080, obs. D. Mazeaud et p.1131 obs. Collart-Dullitel.

711 Civ 3ème, 31 janvier 2007, *D.* 2007, p.1698, note D. Mainguy ; Civ 3ème, 14 février 2007, *D.* 2007, AJ, 657.

712 J. El-Ahdab, op.cit., p.80; F. Terré, *Introduction générale au droit*, op.cit., p.476 et M. Bacache-Gibeili, p.242s.

713 A.Foriers, *Groupes de Contrats et ensembles contractuels, quelques observations en droit positif*, GDJ, 2006, p.18s ;M. Bacache-Gibeili, op.cit., p.246s ; M. Fabre-Magnan, op.cit., p.63s.

d'un contrat passé entre les citoyens et l'Etat, il est évident qu'aucune société contemporaine ne peut vivre sans contrats jouissant d'une certaine force obligatoire.

829. Si c'est le rôle social du contrat qui fonde sa force obligatoire, alors que l'effet relatif des contrats n'ayant pour but que la protection de l'individu, la première serait donc systématiquement préférée au second ; l'intérêt collectif étant toujours préféré à l'intérêt privé. On pourrait même considérer la force obligatoire du contrat comme un concept d'ordre public, ce qui explique sans doute la jurisprudence récente qui sanctionne toute clause qui a pour effet de remettre en cause la force obligatoire du contrat⁷¹⁴. Voici donc la réponse que la jurisprudence apporte à la première question.

830. Sur la deuxième question, l'ordre de priorité entre la force obligatoire des contrats, la solution apportée par la jurisprudence nous invite à prendre deux critères en considération : l'ordre chronologique, le contrat postérieur devant céder devant le contrat antérieur ; complété par le critère de la connaissance : le tiers qui contracte en violation des droits du premier contractant doit savoir qu'il porte atteinte à ses droits. Ces critères nous paraissent de bon sens : le contrat étant un acte de prévision, il perdrait une grande part de son utilité s'il pouvait perdre sa force obligatoire devant tout rapport contractuel nouveau. Toujours dans le but de protéger cette fonction de prévision, la condition de la connaissance est également essentielle. Et comme elle ne peut se réaliser que pour le cocontractant postérieur, cela ne fait que confirmer la primauté du contrat antérieur sur le contrat postérieur.

831. Enfin, sur la définition de « l'impossibilité » d'exécuter en nature, il semble que la jurisprudence ne retient cette impossibilité que si le nouveau cocontractant est de bonne foi, puisque dans ce cas les prévisions légitimes de ce dernier sont compromises. Par contre, sa mauvaise foi ne devrait pas faire obstacle à l'exécution en nature, puisque ses prévisions contractuelles ne seraient plus légitimes. Le raisonnement de la jurisprudence sur l'impossibilité de l'exécution en nature semble donc tourner autour du pivot de la prévision légitime.

713 A.-S. Dupré-Dallemagne, *La force obligatoire du rapport d'obligation (recherche sur la notion d'obligation)*, préface Ph. Delebecque, thèse à l'Université d'Aix-Marseille III, Presse Universitaire d'Aix-Marseille, 2004, p.80s.

Ces solutions semblent transposables dans le contexte de l'ensemble contractuel.

II-La confrontation de la force obligatoire du contrat et l'effet relatif des contrats dans l'ensemble contractuel

832. Nous verrons d'abord le rôle exact de l'ensemble contractuel dans ce conflit, ensuite nous apprécierons le bien-fondé de la solution adoptée par l'arrêt étudié, pour essayer enfin d'en retirer une règle.

A-Le rôle de l'ensemble contractuel dans la confrontation de la force obligatoire du contrat et l'effet relatif des contrats

833. Ce rôle découle de la fonction de l'ensemble contractuel comme instrument de prévision⁷¹⁵. Il est beaucoup plus facile d'établir que le nouveau cocontractant connaissait l'existence d'une clause d'exclusivité (ou de tout autre clause susceptible d'être violée par un tiers), lorsqu'il existe une opération d'ensemble. Comme il s'agit d'un effet particulièrement grave de l'ensemble contractuel, il faut exiger non seulement que le nouveau cocontractant connaisse l'existence de l'ensemble contractuel et des contrats qui le composent, mais également la clause litigieuse (fait qui n'était pas établi dans l'espèce étudiée et qui constitue notre seule objection contre la solution retenue dans l'arrêt).

834. D'autre part, on pourrait penser que si le devoir de bonne foi entre les membres de l'ensemble contractuel est établi dans la jurisprudence⁷¹⁶, l'obligation qui est faite au nouveau cocontractant de respecter la clause d'exclusivité contractée au profit du premier

715 Voir *supra* n°807.

716 Voir *supra* n°761s.

cocontractant pourrait découler de ce devoir. Si on entend le devoir de bonne foi comme un devoir d'agir en bon père de famille⁷¹⁷, il est évident qu'un tel comportement exige le respect des droits de ses prédécesseurs.

Cette double justification ne nous empêche pas d'examiner, plus en profondeur, le bien-fondé d'une telle solution.

B-Appréciation du bien-fondé de la solution

835. Lors de l'analyse que nous avons faite de l'article 1165, nous avons retenu que le second énoncé de l'article interdisait au législateur et à la jurisprudence de prévoir des obligations à la charge des tiers⁷¹⁸. Le principe de l'effet relatif apparaissait donc comme un principe général de droit, qui s'imposait même au législateur, et auquel on ne pouvait déroger...sauf pour la sauvegarde d'un principe de même valeur. C'est précisément le cas de la force obligatoire du contrat. De nombreux auteurs s'accordent pour dire que la force obligatoire ne dépend pas uniquement de la loi ; il s'agit d'une nécessité absolue pour le bon fonctionnement de toute société moderne⁷¹⁹. Preuve en est, comme le remarque Mme Fabre-Magnan, il est inconcevable que le législateur décide que le contrat n'ait pas de force obligatoire !⁷²⁰ La force obligatoire du contrat figure dans tous les avant-projets de réforme du droit des obligations⁷²¹, et, sous une forme ou une autre, dans la grande majorité des systèmes juridiques du monde, sinon tous⁷²². Le principe de la force

717 Voir *supra* n°752.

718 Voir *supra* n°403.

719 Voir *supra* note 586.

720 M. Fabre-Magnan, *op.cit.*, p.67.

721 Article 1134 de l'avant-projet Catala, article 17 du projet de la Chancellerie, article 91 de l'avant-projet Terré

722 Ex: article 147 du droit civil égyptien, article 241 du BGB, article 1372 du code civil italien, de même, le droit anglais, s'il ne reconnaît pas la force obligatoire comme principe général, reconnaît l'exécution forcée mais comme subsidiaire aux dommages-intérêts, si celle-ci ne paraît pas appropriée (D.Tallon et D. Harris, *Le contrat aujourd'hui, comparaisons franco-anglaises*, LGDJ, 1987, p.304s.). Ce qui n'empêche que l'exécution en nature y est reconnue et que le contrat dispose d'une force obligatoire qui permet d'en demander, en justice, l'exécution en nature ou par équivalent.

obligatoire du contrat est donc l'un des rares principes juridiques du droit civil qui ont le même caractère supra-juridique que le principe de l'effet relatif, et qui pourrait donc justifier une dérogation à l'article 1165. Toutefois, comme il s'agit d'un mécanisme tout à fait exceptionnel qui permet de faire peser une obligation sur un tiers, cette dérogation ne peut avoir lieu que si l'atteinte à la force obligatoire du contrat est faite sciemment, c'est-à-dire, en connaissance de cause de la part du nouveau cocontractant. Il faut donc que celui-ci connaisse non seulement l'existence de l'ensemble contractuel et des contrats qui le composent, mais également la clause litigieuse.

836. Une autre condition est essentielle. Il faut que l'exécution en nature de la clause litigieuse soit, par nature même, impossible sans le concours du tiers. Illustrons ce que nous voulons dire. Imaginons qu'une personne achète une voiture à une société, et que celle-ci s'abstient de la lui livrer. Quand l'acheteur assigne la société en délivrance, celle-ci avance que l'exécution est devenue impossible parce qu'elle a loué la voiture à un tiers. Dans ce cas, l'effet relatif des contrats rend l'exécution en nature en l'occurrence impossible. Cependant, l'obligation de délivrance, par nature, est susceptible d'exécution forcée sans que cela porte atteinte à un quelconque droit. Simplement, le contrat de bail conclu ultérieurement l'a rendu, *en l'espèce*, insusceptible d'exécution forcée. Ce n'est pas le cas d'un pacte de préférence ou d'une clause d'exclusivité. Par le fait de leur objet, ces conventions ne peuvent, *par nature*, être violées qu'en présence d'un autre contrat conclu avec un tiers. Interdire l'exécution en nature par respect de l'effet relatif des conventions revient à priver, de prime à bord, ces conventions de toute force obligatoire. Le raisonnement de la jurisprudence – que nous approuvons – consiste à donner un droit de principe à l'exécution en nature. La survenance ultérieure d'un évènement qui empêche l'exécution en nature de l'obligation justifie que l'inexécution soit compensée par des dommages-intérêts, sans que cela porte atteinte à la force obligatoire du contrat. En revanche, chaque obligation doit être par principe susceptible d'être exécutée en nature.

837. Rappelons que cela découle de la définition même de l'obligation : l'obligation doit être susceptible d'exécution en nature⁷²³. Même si la force obligatoire du contrat a une

723 Voir *supra* n°362.

définition plus large que son contenu obligationnel, sa force obligatoire n'aurait aucun sens si les clauses principales du contrat perdaient leur valeur obligationnelle. Le respect de la force obligatoire du contrat commande donc que l'obligation soit, par nature, susceptible d'exécution forcée en nature.

Sur la base de ces deux conditions, nous pouvons proposer une règle.

C-Proposition de règle

838. L'arrêt étudié de la troisième chambre civile du 4 mai 2006 n'était pas isolé. Il était précédé d'un autre arrêt beaucoup plus ancien dans le même sens, même si la question de droit étudiée ici n'était pas débattue dans l'arrêt⁷²⁴. Cette solution est en outre soutenue par la jurisprudence sur le pacte de préférence⁷²⁵. Enfin, elle peut également être justifiée par la conception actuelle de la force obligatoire du contrat dans la doctrine⁷²⁶. Nous pensons donc que cet arrêt a suffisamment d'appui en jurisprudence et en doctrine pour qu'on puisse en déduire une règle générale en droit positif.

839. Plusieurs éléments sont à prendre en compte dans l'élaboration de cette règle. Premièrement, elle ne s'applique évidemment que dans le cadre d'un ensemble multipartite. Dans un ensemble bipartite la problématique de l'effet relatif ne se pose pas. Ensuite, il est exigé un degré de connaissance supérieur à ce que qu'on exige pour les autres effets de l'ensemble contractuel : il faut que le membre de l'ensemble contractuel qu'on accuse de violer l'engagement connaisse l'existence et la portée de la clause litigieuse, et non seulement de l'ensemble contractuel. Enfin, il faut qu'il s'agisse d'une clause qui par nature même, ne peut être violée que par un contrat conclu avec un tiers.

840. Nous proposons donc de rédiger la règle dans ces termes : *Si un contrat, compris dans un ensemble contractuel multipartite, contient une clause qui par nature même, ne peut être violée que par un contrat ultérieur conclu avec un tiers, la violation d'une telle*

724Civ 3ème, 9 novembre 1976, précité note 489.

725Voir *supra* n°827s.

726 Voirs *supra* n° 828.

clause entraîne son exécution forcée en nature si le nouveau cocontractant connaissait l'existence de l'ensemble contractuel, ainsi que l'existence et la portée de cette clause.

Conclusion chapitre II

841. Dans ce chapitre, nous avons discuté du fondement des solutions retenues par la jurisprudence pour l'extension des clauses dans les ensembles contractuels. Le but c'était d'examiner le bien-fondé de ces solutions et d'essayer d'en retirer des règles à caractère général.

842. Il a fallu dans un premier temps écarter les fausses hypothèses : là où l'effet d'une clause de compétence pouvait englober tout l'ensemble contractuel sans qu'il s'agisse véritablement d'extension ; et là où l'extension d'une clause est due à d'autres facteurs que l'ensemble contractuel.

843. L'ensemble contractuel se révèle d'abord comme un élément important capable d'influencer l'appréciation du juge. Premièrement, il peut servir à l'interprétation des clauses contractuelles, en permettant la prise en compte des stipulations des autres contrats de l'ensemble. Deuxièmement, il permet de présumer la volonté des parties d'étendre l'effet d'une clause de compétence contenue dans le contrat principal à la caution. Troisièmement, l'ensemble contractuel déclenche parfois la mise en œuvre du devoir de bonne foi dans ces deux fonctions : comme instrument d'interprétation et comme moyen d'enrichissement du contenu contractuel. Quatrièmement, la bonne administration de la justice exige parfois l'unification du contentieux au sein de l'ensemble contractuel.

844. L'ensemble contractuel peut avoir des effets juridiques à caractère obligatoire qui s'imposent au juge. Cet effet apparaît lorsque l'un des membres de l'ensemble contractuel exerce une action délictuelle pour inexécution contractuelle contre un autre membre du contrat. Dans ce cas, la clause limitative de responsabilité contenue dans le contrat de l'auteur du dommage doit être opposable au demandeur. L'effet obligatoire de l'ensemble contractuel apparaît le plus clairement lorsque le respect de la force obligatoire de l'un des

contrats formant l'ensemble nécessite l'extension de certains de ses effets obligationnels envers d'autres membres de l'ensemble.

Conclusion titre I

845. Dans les chaînes de contrats, l'extension de certaines clauses s'explique par la théorie de la compensation multilatérale. L'extension des clauses de compétence dans les chaînes de contrats et dans les ensembles contractuels s'expliquent par les exigences de la bonne administration de la justice. Mais elles nécessitent, à des degrés divers selon les cas, une certaine manifestation de volonté de la part de la personne à qui on étend l'effet de la clause.

846. De toutes les affaires étudiées, Nous n'avons rencontrés que deux hypothèses dans laquelle l'effet d'une clause pouvait déroger au principe de l'effet relatif des contrats. Premièrement, dans les chaînes translatives de propriété, lorsqu'une clause à contenu obligationnel est accessoire à la chose, elle est transmise avec elle en vertu de l'article 1122 du code civil. Deuxièmement, dans les ensembles contractuels, lorsque le respect de la force obligatoire d'une clause commande, par principe, son extension aux autres membres de l'ensemble contractuel, l'effet de la clause est étendu à condition que les membres affectés par la clause soient de mauvaise foi.

847. De façon générale, l'action directe rend le phénomène de l'extension des clauses au sein des chaînes de contrats plus fréquent que dans les ensembles contractuels. Le rôle de l'ensemble contractuel est plus subtil, celui-ci apparaît plus comme un élément de fait, que comme un véritable élément de droit. Néanmoins, dans certaines hypothèses ponctuelles, l'ensemble contractuel peut avoir pour effet de rendre certaines clauses opposables de plein droit aux autres membres, voire d'étendre l'effet obligationnel d'une clause à l'encontre des autres membres dans l'hypothèse mentionnée plus haut.

Titre II

Analyse des clauses pouvant produire des effets à l'échelle du groupe de contrats

848. L'analyse du fondement juridique de l'extension des clauses au sein des groupes de contrat nous a mené à grouper certains types de clauses dans certaines catégories : clauses à contenu obligationnel/ à contenu non obligationnel, clause affectant l'existence ou le montant de l'obligation, clause modulatrice de l'obligation, clause de compétence, etc... Nous avons dégagé des règles générales qui s'appliquent à chacune de ces catégories. Nous pouvons donc dire que le raisonnement purement théorique est achevé pour la présente étude.

849. Dans ce titre nous adopterons une approche plus concrète, afin de compléter notre raisonnement. Dans le premier titre de cette partie nous avons analysé la question de la l'extension et de la transmission en nous focalisant sur les cas de figure dans lesquels cette extension ou cette transmission pouvait se produire (action directe, chaîne de contrats sans action directe, ensemble contractuel bipartite, action délictuelle engagée au sein d'un ensemble contractuel multipartite, etc...). Dans ce titre nous reprendrons la même analyse mais sous un autre angle, celui des clauses qui peuvent faire l'objet d'une telle transmission ou extension. Cette approche nous mènera, soit à revoir certaines catégories de clauses que nous avons déjà étudié dans cette thèse, mais qui méritent un certain raffinement, soit à étudier des types de clauses que nous n'avons pas encore rencontré dans cette étude, afin de voir quel devrait être leur régime dans les groupes de contrats.

850. Nous étudierons d'abord quelques unes des catégories de clauses que nous avons déjà retenus dans cette thèse, afin d'éradiquer les difficultés potentielles qui pourraient apparaître lorsqu'on met en œuvre les critères de « catégorisation » des clauses (chapitre I). Ensuite, nous nous intéresserons à certaines clauses particulières qui peuvent susciter le débat lors de leur classification dans l'une de ces catégories et/ou lors de leur mise en œuvre dans les groupes de contrats (chapitre II).

Chapitre I

Définition de quelques catégories particulières de clauses

851. La catégorisation étant à première vue une tâche relativement simple, sa complexité ne se révèle pourtant que lors de sa mise en œuvre. Dans notre cas, cette complexité apparaît lorsqu'il s'agit de classer un type particulier de clause dans l'une des catégories que nous avons dégagées, pour en déduire ensuite son régime dans les groupes de contrats.

852. Dans ce chapitre nous voulons éclaircir, à travers des exemples concrets, le sens exact que nous voulons donner à certaines de ces catégories. Ainsi, en premier lieu, la distinction la plus fondamentale de notre thèse est celle qui oppose les clauses à contenu obligationnel des autres clauses (section I). En deuxième lieu, nous aborderons les clauses qui, sans créer d'obligations, influent sur leur sort (section II).

Section I

Définition des clauses créatrices d'obligations

853. Tout le long de notre recherche nous avons pu voir l'importance de la distinction entre les clauses à contenu obligationnel et celles qui n'ont pas d'effet obligationnel. Alors que les premiers ne peuvent avoir d'effet à l'égard des autres membres du groupe de contrats que de manière très exceptionnelle, les deuxièmes sont opposables aux autres membres du groupe à chaque fois que la nécessité, voire l'opportunité, le requièrent. Aussi, la distinction entre ces deux types de clauses se révèle capitale, notamment dans le contexte des groupes de contrats.

854. Nous avons déjà retenu cinq éléments pour distinguer les clauses à contenu obligationnel. Premièrement, la valeur pécuniaire du contenu de la clause. Deuxièmement, la déterminabilité d'un débiteur et d'un créancier, dans le sens que l'une des deux parties ait intérêt à l'exécution de la clause et que l'autre en soit obligée. Troisièmement, le

débiteur doit avoir un rôle actif dans l'exécution ou l'inexécution du contrat. Quatrièmement, la clause doit être susceptible d'exécution forcée. Enfin, la clause doit participer, principalement ou accessoirement à la réalisation du *negotium*. Sur ces cinq éléments caractéristiques, les trois premiers nous ont paru relativement clairs et ne méritent donc pas d'avantage de développement. En revanche, les deux derniers nous paraissent comme une source potentielle de confusion. Nous allons donc expliquer successivement ce qu'il faut entendre par la capacité de la clause de faire l'objet d'une exécution forcée et par la participation de la clause à la réalisation du *negotium*.

Sous-section I : la notion d'exécution forcée comme élément essentiel de l'obligation

855. L'exécution forcée n'est pas seulement une prérogative d'Etat, mais également un droit que la loi confère au créancier. Avant de voir comment l'exécution forcée caractérise l'obligation, il s'agit d'appréhender en amont cette notion de droit à l'exécution.

I-La notion de droit à l'exécution

856. Le législateur parle pour la première fois d'un « droit à l'exécution » dans la loi du 9 juillet 1991 portant réforme des procédures civiles d'exécution⁷²⁷. Ce droit est soumis à plusieurs conditions, et donne certaines prérogatives bien définies.

A-Les conditions d'exercice du droit à l'exécution forcée

857. Premièrement, il faut que le débiteur soit défaillant. Cette condition semble aller de soi, mais elle signifie concrètement que le créancier ne peut prendre de mesures

⁷²⁷ A. Leborgne, *Voies d'exécution et procédures*, Dalloz, 2009, p.56.

préemptives à l'encontre de son débiteur en vue d'assurer l'efficacité du jugement ou du titre exécutoire⁷²⁸. Il faut que l'inexécution soit constatée en amont⁷²⁹, ce qui se fait concrètement par une mise en demeure suivie d'un certain délai d'inaction de la part du débiteur.

858. Deuxièmement, le créancier doit disposer d'un titre exécutoire (article L.111-10 du code des procédures civiles d'exécution). La liste des documents qui peuvent constituer des titres exécutoires est énumérée à l'article L.111-3 du code des procédures civiles d'exécution.

859. Enfin, l'exécution forcée n'est qu'un droit que le législateur octroie au créancier. Il ne s'agit point d'une mesure d'ordre public. Elle ne peut donc avoir lieu que sur demande du créancier, par le moyen de l'huissier de justice, auprès du préfet⁷³⁰.

Si ces trois conditions sont remplies, le créancier dispose d'un pouvoir de contrainte aux contours bien précis.

B-Contenu du droit à l'exécution

860. Ce droit permet au créancier d'obtenir le concours des forces publiques pour réaliser l'exécution de sa créance, nonobstant toute résistance de la part du débiteur. La procédure d'exécution est bien distincte du procès, même si certaines mesures d'exécution nécessitent en amont une procédure judiciaire⁷³¹. La procédure d'exécution relève toujours *in fine* de la compétence du pouvoir exécutif et non de l'autorité judiciaire. Le droit à l'exécution permet donc au créancier d'obtenir les services des forces publiques appartenant au pouvoir exécutif, afin de le satisfaire dans sa créance.

861. Deuxièmement, ce droit d'exécution permet en principe l'exécution en nature. L'exécution en équivalent n'est pas une option tant que l'exécution en nature est

728 Civ 1ère, 28 mars 1960, *D.*1960. Somm.119 ; Civ 1ère, 5 mai 1978, *Bull.civ.* III, n°116 ; Civ 2ème, 24 février 1982, *Gaz.Pal.* Pan. 204.

729A.Leborgne, *Voies d'exécution et procédures*, op.cit., p.58.

730A.Leborgne, *Voies d'exécution et procédures*, op.cit., p.121s.

731 Idem, p.6.

possible⁷³². L'exécution en nature est considérée comme possible tant qu'elle ne nécessite pas inévitablement la contrainte physique du débiteur. L'usage de la contrainte physique dans l'exécution forcée est prohibé car elle porte atteinte à la dignité humaine. Dans ce cas, selon un auteur, la décision de justice qui tranche le différend doit condamner le débiteur à exécuter en nature, en le mettant sous une certaine pression (astreinte par exemple). Ensuite, si le débiteur, après un certain délai, refuse toujours de se plier à la décision, dans ce cas le débiteur doit être condamné à des dommages-intérêts⁷³³.

862. Il convient de rappeler, à ce niveau, les conclusions que nous avons tiré de la jurisprudence sur l'exécution en nature de la clause d'exclusivité dans l'ensemble contractuel. Toute obligation doit, en principe être exécutée en nature, sauf survenance d'un incident ultérieur qui rend son exécution impossible. Si une clause ne peut, par sa nature même être exécutée sans porter atteinte aux droits d'un tiers, le principe de l'effet relatif ne devrait pas empêcher son exécution en nature ; à condition toutefois que ce tiers soit de mauvaise foi, c'est-à-dire qu'il connaisse l'existence du contrat à la violation duquel il a participé⁷³⁴.

863. Pour résumer ce dernier point, le droit à l'exécution comporte en principe le droit à l'exécution en nature. Ce droit n'est aménagé qu'exceptionnellement, dans les cas où l'exécution porte atteinte aux droits d'un tiers de bonne foi, ou lorsqu'elle ne peut avoir lieu sans une contrainte physique du débiteur.

Après ce bref exposé de la notion du droit à l'exécution, voyons comment ce droit se manifeste concrètement comme élément caractéristique de l'obligation.

II-Manifestation de l'exécution forcée comme élément caractéristique de l'obligation

864. Nous ferons d'abord une synthèse des conditions et du contenu de l'exécution forcée, en essayant de faire le lien avec les autres éléments caractéristiques de l'obligation.

732 N.Cayrol, *Droit de l'exécution*, LGDJ, collection Domat droit privé, 2013, p.155s.

733 Idem, p.167s.

734 Voir *supra* n°835 et 839.

Ensuite, nous évoquerons, comme exemple, quelques clauses particulières, pour voir si elles sont susceptibles d'exécution forcée dans le sens que nous venons de décrire ou si cet élément fait défaut.

A-Synthèse des composantes de l'exécution forcée comme élément caractéristiques de l'obligation

865. Pour qu'une clause soit considérée comme créatrice d'obligation, il faut qu'elle ouvre au créancier un droit à l'exécution forcée. Or, nous avons déjà retenu que le droit à l'exécution forcée ne peut être constaté qu'au cas où le débiteur avait déjà pris sa chance d'exécuter volontairement, mais qu'il était récalcitrant. Ce constat explique l'importance du troisième élément que nous avons retenu comme caractéristique de l'obligation : il faut que le débiteur ait un rôle actif à jouer dans l'exécution et qu'il ne s'agisse pas d'un effet de plein droit. En effet, si la clause ne prévoyait qu'un effet de plein droit (tel que le transfert de propriété dans le contrat de vente), le débiteur ne pourrait jamais exécuter volontairement la clause et il n'y aurait point de droit à l'exécution forcée au profit du créancier de la clause. Le deuxième et le troisième éléments caractéristiques de l'obligation (respectivement, le droit à l'exécution forcée et le rôle actif du débiteur) sont donc intrinsèquement liés.

866. Deuxièmement, l'exécution forcée nécessite un titre exécutoire, ce qui n'appelle pas de développement particulier. En outre, les forces publiques ne peuvent intervenir d'office à l'exécution, leur mobilisation suppose une demande du créancier. Ce qui exclut certaines clauses dont l'exécution peut se faire automatiquement, sans demande préalable du créancier. Il en est ainsi par exemple des clauses de compétence ou des clauses de loi applicables, qui sont exécutées directement par la décision du juge.

867. Sur le contenu du droit à l'exécution, l'exercice de ce droit par le créancier suppose le concours de la force publique entendue dans un sens strict, c'est-à-dire « *l'ensemble des forces qui sont à la disposition du Gouvernement pour maintenir l'ordre, à la disposition des officiers publics pour obtenir le respect de la loi et l'exécution des décisions de*

justice »⁷³⁵. Nous verrons ultérieurement que certaines clauses peuvent recevoir exécution immédiate et automatique par décision de justice. Ces clauses ne peuvent être qualifiées de clauses créatrices d'obligations faute de concours (réel ou potentiel) des forces publiques dans leur exécution.

868. Enfin, le droit à l'exécution suppose que le droit litigieux soit en principe susceptible d'exécution en nature. La survenance ultérieure et éventuelle d'un élément remettant en cause la possibilité de l'exécution en nature ouvre droit à la réparation en équivalent sans que la nature de l'obligation ne soit altérée. La question peut alors se poser pour les engagements à caractère purement personnel. Selon la majorité des auteurs, l'exécution forcée n'est pas possible pour les obligations à caractère purement personnelle⁷³⁶. Ces engagements peuvent-ils être considérés comme des obligations ?

869. Nous pensons qu'il faut distinguer entre deux catégories d'engagements personnels. Les premiers sont ceux qui sont personnels pour le débiteur, mais qui peuvent être quantifiés pécuniairement pour le créancier. La majorité des obligations de faire (à distinguer ici des obligations de ne pas faire) tombent dans cette catégorie, notamment l'engagement du salarié et l'entrepreneur (au sens large du terme). Il est vrai que ces engagements ne peuvent pas faire l'objet d'exécution forcée en nature en raison de la prohibition de la contrainte physique. Ils constituent donc une exception au principe d'exécution en nature. En revanche, ils peuvent faire l'objet d'autres modes d'exécution indirects. Le juge peut d'abord forcer le débiteur à exécuter sous pression d'astreinte, le créancier peut exécuter la prestation qui pesait sur le débiteur par une autre personne sur les frais du débiteur, ou il peut encore exécuter par équivalent. Ces engagements peuvent donc être qualifiés d'obligation même s'ils ne peuvent pas faire l'objet d'exécution en nature.

870. Le deuxième type d'engagement est celui qui a une nature à la fois personnelle pour le créancier et pour le débiteur. Il en est ainsi par exemple de l'engagement d'un artiste à

735 Définition du *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 10^{ème} édition, 1995.

736 Voir par exemple : M.Fabre-Magnan, op.cit., p.647s ; J.Flour J.-L.Aubert et E.Savaux, *Les obligations, 3.Le rapport d'obligation*, Sirey, 5^{ème} édition, 2007, p.114s et Ch.Larroumet, *Droit civil, tome III, les obligations, le contrat*, Economica, 5^{ème} édition 2003 et 6^{ème} édition, 2007, p.208s.

peindre un portrait personnel⁷³⁷. Dans ce cas, l'engagement a non seulement un caractère personnel pour le débiteur, mais en plus il n'a pas de valeur pécuniaire pour le créancier. L'engagement ne peut plus être quantifié en argent. Toute sanction par des dommages-intérêts ne serait que le résultat d'une évaluation forfaitaire et arbitraire du juge ; elle ne peut véritablement être considérée comme une exécution par équivalent. Cette remarque justifie le premier élément que nous avons retenu pour caractériser l'obligation : l'objet de l'obligation doit forcément avoir une valeur patrimoniale⁷³⁸.

871. Pour qu'une clause puisse faire l'objet d'exécution en nature – du moins en principe – il faut qu'elle ne soit pas marquée d'un caractère purement personnel pour le créancier et pour le débiteur. Même s'il s'agit d'une obligation de faire ou de ne pas faire, il faut que la prestation demandée au débiteur procure un certain avantage économique au créancier⁷³⁹. Si la prestation qui fait l'objet de l'obligation n'a aucune valeur patrimoniale, non seulement elle ne saurait faire l'objet d'exécution forcée, mais elle ne pourrait même faire l'objet d'exécution par équivalent. Il en est ainsi par exemple

872. Après avoir expliqué comment l'exécution forcée, avec ses différentes composantes, caractérise l'obligation, il convient maintenant d'aborder quelques exemples concrets de clauses, pour voir comment cet élément peut s'appliquer ou faire défaut à leur rencontre.

B-Application de l'exécution forcée à certaines clauses particulières

873. Prenons l'exemple de la clause limitative de garantie des vices cachés. Cette clause génère-t-elle une obligation ? La mise en œuvre de cette clause permet au vendeur de se soustraire à une obligation qui lui incombait normalement, celle de garantir l'acheteur contre d'éventuels vices affectant la chose vendue. Concrètement, cette clause serait mise en œuvre lorsque l'acheteur constate un vice caché et qu'il demande des dommages-intérêts correspondant au dommage qu'il a subi en raison de ce vice. Le vendeur lui paiera une indemnité plafonnée par les limites déterminées par la clause limitative de garantie.

737 Civ. 20 janvier 1953, JCP 1953, II, 7677

738 Voir *supra* n°359.

739 H. Tandogan, *Notions préliminaires à la théorie générale des obligations*, Librairie de l'Université de Genève, 1972, p.10s.

Le vendeur, qui est le créancier de la clause, profitera donc directement de la clause sans passer par le débiteur. Le débiteur ne peut donc pas se rendre coupable de l'inexécution de la clause. La première condition de l'exécution forcée – au sens technique du terme – n'est donc pas remplie, et le contenu de la clause n'est donc pas obligationnel.

874. Sur la question du rôle du débiteur dans l'exécution du contenu de la clause, on pourrait imaginer que celui-ci appliquerait le contrat selon une autre loi – par exemple celle qui serait normalement applicable selon les règles de conflit de lois – qui lui semble plus favorable. Il pourrait par exemple refuser de remplir certaines obligations qui seraient contraire à cette autre loi, et même plaider devant le juge sur la base de cette loi. Le juge répondra normalement à ses demandes et à ses défenses en appliquant la loi désignée par le contrat. Pourrait-on alors considérer la réaction du juge dans ce cas comme exécution forcée ? Et sur cette base pourrait-on qualifier le contenu de la clause de loi applicable d'obligationnel ?

875. La qualification d'exécution forcée ne s'applique pas dans cette hypothèse, parce qu'une telle clause est mise en œuvre par le seul mot du juge. Le concours des forces publiques n'est point nécessaire pour assurer l'application de loi du contrat. La réaction du juge à la méconnaissance de la clause par le « débiteur » ne peut donc être qualifiée d'exécution forcée. Cet élément fait donc défaut et la clause ne peut être considérée comme génératrice d'obligation.

876. Le même raisonnement s'applique à la clause de renonciation à recours : elle est sanctionnée par une fin de non-recevoir, donc par la seule décision du juge. De même pour les autres clauses relatives au procès (clause attributive de juridiction, clause compromissoire, clause de médiation ou de conciliation préalable) qui sont sanctionnées selon le cas par une fin de non-recevoir ou par une décision de renvoi pour incompétence.

Un autre élément caractéristique de l'obligation est qu'elle participe, de manière principale ou accessoire, à la réalisation du *negotium*.

Sous-section II : la participation de la clause à la réalisation du *negotium*

877. Afin de bien saisir cet élément, il convient d'expliquer pourquoi une clause qui ne participe pas au *negotium* ne devrait pas être qualifiée d'obligation. Ensuite, nous examinerons quelques exemples concrets pour voir si elles remplissent cette condition. Mais avant tout, il faudra bien définir cette notion fuyante de *negotium*.

I-La notion de *negotium*

878. La doctrine est assez divergente quant à la définition du *negotium*. Selon un auteur, il s'agit tout simplement de l'objet du contrat, entendu comme « son résultat virtuel au moment de la formation ». Pour le saisir il faut se projeter dans l'avenir, en se posant la question suivante : quelle est l'opération à laquelle les parties veulent aboutir ?⁷⁴⁰. Pour un autre le *negotium* est une déclaration de volonté qui passe par un procédé technique tombant sous une qualification déterminée afin de produire un résultat déterminé⁷⁴¹. Pour un troisième, c'est l'opération juridique envisagée par le contrat. Pour cet auteur, le *negotium* ne se confond pas avec l'effet obligatoire du contrat ; c'est une notion plus large puisqu'elle comprend aussi les effets du contrat qui sont opposables aux tiers⁷⁴². Dans le lexique juridique Dalloz il est défini comme « *la question de fond que vise l'acte ou le contrat, par opposition à la forme qui traduit la volonté de l'auteur de l'acte ou des contractants* »⁷⁴³.

879. Nous pouvons retenir de toutes ces définitions qu'il existe deux conceptions différentes du *negotium*. La première est plus extensive, et comprend à la fois le but recherché par le contrat et les moyens qui sont prévus pour l'atteindre. Autrement dit l'aspect économique du contrat, l'opération qu'il a pour but de réaliser, et son aspect juridique, les obligations qui doivent servir à la réalisation de cet objectif. Dans cette conception, le *negotium* englobe l'ensemble du contrat, entendu dans le sens technique du mot : un échange de consentements en vue de produire des effets de droit. Dans ce sens,

740 F.Rouvière, op.cit., p.108s.

741 Bros, op.cit., p.75.

742J. Duclos, *L'opposabilité, essai d'une théorie générale*, LGDJ, 1984, p.68s.

743 *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, précité.

on oppose le *negotium* à *l'instrumentum* qui désigne le document qui sert de support au contrat.

880. Dans un sens plus précis le *negotium* ne désigne que l'opération économique voulue par les parties, à l'exclusion des moyens juridiques qui ne servent que d'outils à la réalisation de cette opération. Par exemple, dans un contrat de vente, le *negotium* c'est l'échange d'un bien contre une somme d'argent ; dans un contrat de travail, c'est l'échange d'un certain effort physique et mental et d'un certain savoir-faire contre une somme d'argent ; dans un contrat d'assurance, il s'agit du paiement d'une somme d'argent contre la garantie financière de certains risques, etc....

881. Pour ce qui nous intéresse ici, la seconde conception est plus appropriée. Dire que l'obligation doit tendre, de façon principale ou accessoire, à la réalisation du *negotium*, qui comprend l'ensemble des obligations, serait de la tautologie. Il est donc plus logique de définir les obligations par rapport à la conception restrictive du *negotium*, entendu comme le résultat économique attendu du contrat.

882. Une première question se pose déjà de savoir comment le juriste peut-il dégager le *negotium* d'un contrat. Autrement dit, comment peut-il, en se servant des outils juridiques dont il a la maîtrise, aboutir à cerner l'opération économique visée par le contrat ?

M. Rouvière nous offre un début de réponse : il faut se servir à la fois de la notion d'objet et de cause⁷⁴⁴. Il précise aussi que c'est la cause objective (la cause de l'obligation) qu'il faut prendre en compte, et non pas la cause subjective (la cause du contrat)⁷⁴⁵. Sur cette base, nous pensons qu'on pourrait envisager le *negotium* comme la somme de la cause objective des deux obligations principales réciproques. Ou pour le dire d'une manière encore plus simple, c'est la somme des objets de l'obligation principale de chaque partie. Cet objet doit être entendu comme la prestation contenue dans l'obligation⁷⁴⁶, le *debitum* que le créancier attend de l'obligation. Par exemple, dans un contrat d'entreprise, l'objet de l'obligation principale de l'entrepreneur peut être de construire un édifice et celui de l'obligation principale du maître de l'ouvrage serait une somme d'argent. Le

744F. Rouvière, op.cit., p.108s.

745 Op.cit., p.110.

746J. Ghestin, M. Billiau, G. Loiseau, *Les régimes des créances et des dettes*, LGDJ, 2005, p.5.

negotium du contrat serait donc la construction d'un édifice en contrepartie d'une somme d'argent.

Une seconde question se pose alors : pourquoi la participation au *negotium* constitue-t-elle un élément déterminant de la qualification de l'obligation ? Pourquoi une clause qui ne participe au *negotium* ne serait-elle pas génératrice d'obligation ?

II-La nécessité du *negotium* pour définir l'obligation

883. Le *negotium*, dans sa conception économique, est sans aucun doute la raison d'être du contrat. Un contrat ne serait qu'une coquille vide s'il ne pouvait aboutir à un certain échange économique. Or, le *negotium* n'entre pas dans la définition classique du contrat. Sans doute les juristes se gardaient-ils de définir un concept juridique – surtout un concept aussi fondamental que le contrat – par référence à une notion économique. L'analyse économique du droit n'est en somme qu'une discipline relativement récente en droit français, apparue sous l'influence croissante du droit américain⁷⁴⁷.

884. L'article 1101 du code civil définit le contrat par rapport aux obligations. C'est un acte juridique créateur d'obligations. La définition du contrat est donc dissociée de sa raison d'être (le *negotium*). Pour que ce lien soit refait, il faut que l'obligation soit elle-même définie par rapport au *negotium*. Le contrat serait donc un acte créateur d'obligations, des obligations qui tendent à la réalisation du *negotium*. Ainsi la définition du contrat serait plus conforme au rôle du contrat dans la société comme instrument d'échange économique.

Ayant ainsi démontré l'importance du *negotium* dans la définition de l'obligation, il convient maintenant d'appréhender quelques exemples concrets pour voir la mise en œuvre de cet élément en pratique.

747M. Fabre-Magnan, op.cit., p.93s.

III-Etude de certaines clauses particulières à l'aune de leur participation au *negotium*

885. L'exemple le plus parlant sur cette question est sans doute la clause pénale et la clause de dédit. Les deux clauses sont assez proches et la distinction ne tient en réalité qu'à un fil. La première clause oblige le débiteur défaillant à payer une certaine somme, qui sert à la fois de pénalité et d'indemnité forfaitaire⁷⁴⁸. La deuxième offre à un cocontractant la faculté de ne pas exécuter son engagement pour une raison quelconque (indépendamment des conditions suspensives qui affectent l'existence de l'obligation) en contrepartie d'une somme convenue⁷⁴⁹. Même si le résultat est concrètement le même pour le débiteur, la distinction entre les deux clauses tient essentiellement au caractère comminatoire de la clause pénale⁷⁵⁰. Il en résulte certaines différences de régime, notamment le fait que la clause de dédit échappe au pouvoir de révision du juge prévu par la loi du 11 juillet 1975⁷⁵¹.

886. Pour revenir à la question qui nous préoccupe, la distinction entre ces deux clauses ne peut se comprendre qu'en se plaçant au jour de la conclusion du contrat. L'opération économique que les parties ont voulu réaliser comprenait soit l'objet de l'obligation principale, soit l'objet de la clause dédit. Cette dernière fait donc partie du *negotium* contractuelle, même si elle n'est qu'une obligation alternative. La clause pénale par contre n'a été prévue qu'à titre dissuasif et indemnitaire. Si elle peut inciter le débiteur à exécuter ses obligations, elle ne peut être mise en œuvre que lors de l'échec du projet contractuel. Il s'ensuit qu'elle ne participe pas à la réalisation du *negotium* et que son contenu n'est donc pas obligationnel.

887. Le même raisonnement peut être tenu pour la clause d'astreinte. Cette clause est prévue pour faire pression sur le débiteur pour exécuter le contrat. La somme qu'elle

748P. Mousseron, J. Raynard, J-B. Seube, op.cit., p.368.

749 P. Mousseron, J. Raynard, J-B. Seube, op.cit., p.134.

750M. Mekki, « La notion de clause pénale : la Cour de cassation se donne la peine... », Gazette du Palais, 8 février 2012, Chronique de jurisprudence p.400.

751 P. Mousseron, J. Raynard, J-B. Seube, op.cit., p.135.

prévoit n'est pas voulue pour elle-même, mais juste comme moyen de pression pour obliger le débiteur à exécuter. Elle ne participe donc pas au *negotium*, puisque elle ne peut être exécutée qu'en cas d'échec du projet contractuel. De même, pour les clauses de médiations ou de conciliation, les clauses de compétence et les clauses qui prévoient l'exception d'inexécution⁷⁵².

888. Une autre comparaison intéressante peut se faire entre les clauses d'intérêt moratoires et les clauses d'intérêt rémunératoires. Les premières sanctionnent le retard dans le paiement d'une créance, alors que les deuxièmes ont pour objet de rémunérer le prêteur en contrepartie de la mise à disposition d'une somme d'argent à l'emprunteur⁷⁵³. Autrement dit, la clause d'intérêt moratoire sanctionne l'exécution fautive du contrat, tandis que la clause d'intérêt rémunérateur fait partie de l'exécution normale du contrat⁷⁵⁴. Pour distinguer les deux clauses, il convient donc de revenir à la date de la conclusion du contrat : à ce moment, l'opération économique envisagée par les parties, le *negotium*, comprenait le paiement des intérêts rémunératoires ; les intérêts moratoires par contre, n'ont été prévus qu'au cas où le contrat n'était pas exécuté tels que les parties l'avaient envisagé. Même si les deux clauses peuvent mener à peu près au même résultat, l'objectif de leur insertion dans le contrat était fondamentalement différent, et c'est cette différence d'objectif qui explique leur différence de qualification. La clause d'intérêt moratoire ne fait donc pas partie du projet que les parties cherchent à accomplir. Il s'ensuit qu'une telle clause ne participe pas au *negotium*. Elle n'engendre donc pas d'obligation et elle est potentiellement opposable aux tiers, dont les membres du groupe de contrats.

889. Par contre, la clause d'intérêt rémunérateur participe à la réalisation du *negotium*. Elle présente aussi les autres éléments caractéristiques de l'obligation (elle a une valeur pécuniaire, elle a un créancier et un débiteur définis, elle requiert un rôle actif du débiteur dans le paiement et elle est susceptible d'exécution forcée). Il s'ensuit que cette clause engendre une obligation et elle ne peut donc pas produire d'effets à l'égard des tiers.

752 Clause courante dans certains contrats à exécution successive tels que les contrats d'abonnement d'électricité par laquelle l'une des parties au contrat se réserve le droit de suspendre l'exécution de ses obligations temporairement si l'autre partie n'exécute pas les siennes.

753 W.Dross, op.cit., p.361s.

754 Idem, p.375

890. Cependant, certaines clauses peuvent concourir à la réalisation du *negotium*, même si elles n'engendrent pas l'une des obligations principales du contrat. Il en est ainsi par exemple de la clause qui prévoit une condition suspensive à une obligation. Cette clause participe, de manière accessoire, au *negotium* du contrat (même si son contenu ne peut être qualifié d'obligationnel pour d'autres raisons, notamment qu'elle n'est pas susceptible d'exécution forcée).

891. Pour résumer, la grande majorité des clauses du contrat participent d'une manière ou d'une autre à la réalisation du *negotium*. Le *negotium* forme en effet la majeure partie du contrat⁷⁵⁵. Sont à exclure seulement les clauses qui règlent l'inexécution éventuelle du contrat ou les conflits qui peuvent en résulter. Ces clauses n'interviennent en effet que lorsque le projet contractuel prévu par les parties échoue partiellement ou complètement.

892. L'examen de l'exécution forcée et du *negotium* nous a permis d'affiner notre compréhension des clauses à contenu obligationnel. Seules ces clauses sont concernées par la deuxième partie de l'article 1165⁷⁵⁶. Examinons maintenant les clauses qui influent sur les obligations.

Section II

Les clauses influentes sur les obligations

893. Une clause peut, sans engendrer d'obligations, avoir deux sortes d'effet sur l'obligation. Elle peut premièrement influencer l'existence de la créance ou son montant. Ensuite, elle peut avoir un effet plus atténué, on dit alors qu'elle « module » la créance.

Sous-section I : Les clauses qui affectent l'existence ou le montant de l'obligation

⁷⁵⁵ F.Rouvière, op.cit., p.108.

⁷⁵⁶ Voir *supra* n°403.

894. L'importance de distinguer ces clauses apparaît à la fois dans les chaînes de contrats et dans les ensembles contractuels. Dans les chaînes, l'extension de ces clauses s'impose lors de l'action directe⁷⁵⁷. Dans les ensembles contractuels, même s'il ne s'agit pas d'une jurisprudence encore bien établie, certains arrêts récents admettent l'opposabilité de ces clauses dans une hypothèse bien précise : lorsque l'un des membres de l'ensemble contractuel, qui se trouve victime de l'inexécution de l'un des contrats de l'ensemble, exerce une action délictuelle contre l'auteur de l'inexécution⁷⁵⁸. Nous avons également démontré le bien-fondé de cette solution⁷⁵⁹.

895. Ces clauses sont très diverses. D'abord, certaines influent sur l'existence même de l'obligation, d'autre n'influent que sur leur montant. Ces dernières se subdivisent encore en clauses qui diminuent le montant de la créance et dans celles qui l'augmentent. D'autre part, certaines clauses portent sur des obligations de paiement, d'autres portent sur la responsabilité éventuelle d'un membre du groupe de contrat. Certaines ont une portée générale sur l'ensemble du contrat, d'autres ne concernent qu'une créance en particulier.

Afin de simplifier notre recherche, nous aborderons séparément les clauses en faveur du créancier et les clauses en faveur du débiteur.

I-Les clauses en faveur du créancier

896. Il s'agit de clauses qui, normalement, augmentent le montant d'une créance ou qui sauvegardent l'obligation incombant à la tête du débiteur là où il aurait dû normalement en être exempté, notamment en cas de force majeure. Il s'agit de savoir si ces clauses peuvent profiter au demandeur à l'action directe dans une chaîne de contrats ou au tiers victime d'inexécution contractuelle dans un ensemble contractuel. Nous nous attaquerons d'abord aux clauses qui augmentent le montant de l'obligation pour aborder ensuite celles qui aménagent la force majeure au profit du créancier.

⁷⁵⁷ Voir *supra* n°579.

⁷⁵⁸ T. Com. Paris, 6 avril 2001, précité note 495.

⁷⁵⁹ Voir *supra* n°809s.

A-Les clauses qui augmentent le montant d'une créance

897. Deux clauses viennent particulièrement à l'esprit sous cet intitulé. La clause d'intérêt et la clause d'indexation.

898. La clause d'intérêts moratoires fixe un montant supplémentaire à payer, différent des intérêts légaux, que le débiteur doit payer en cas de retard dans le paiement. Ces clauses ne s'appliquent que pour les créances de paiement, leur rôle n'est donc imaginable que dans le cadre des actions directes en paiement ; à l'exclusion des actions directes en réparation et les actions en responsabilité délictuelles dans les ensembles contractuels.

Rappelons que ces clauses, faute de participation au *negotium*, n'ont pas de contenu obligationnel et qu'elles sont donc potentiellement opposables⁷⁶⁰.

Si l'on se tient à la théorie de la compensation multilatérale pour analyser l'action directe, les clauses d'intérêt doivent être opposables. En effet, les clauses d'intérêt n'ont en principe pour rôle que de conserver la valeur de la créance, en évitant de causer au créancier toute perte potentielle en raison du retard de paiement⁷⁶¹. Si elle se trouve dans le contrat du défendeur à l'action directe, elle peut profiter au demandeur, avec la condition naturelle qu'elle n'ait pas pour effet de faire payer au demandeur une somme supérieure à celle qui ne lui était due dans son contrat principal. Inversement, si elle se trouve dans le contrat du demandeur elle doit être opposable au défendeur à condition qu'elle ne le conduise pas à payer au demandeur une somme supérieure à celle qu'il ne devait à son cocontractant direct.

899. La même solution devrait s'imposer pour les clauses d'indexation. Ce sont des clauses qui ont pour objet d'établir, dans les contrats de moyenne et de longue durée, une relation entre l'évolution des prix contractuels d'une part et l'évolution d'une catégorie de marchandise ou de services choisis comme référentiels, d'autre part. Elle a donc le même objet final que la clause d'intérêts : conserver la valeur finale de la créance⁷⁶²

760 Voir *supra* n°888.

761 W.Dross, *op.cit.*, p.361s.

762 P. Mousseron, J. Raynard, J-B. Seube, *op.cit.*, p.200.

900. La question est plus délicate pourtant pour les clauses d'intérêts qui prévoient un montant nettement supérieur au taux d'intérêt légal et même au dommage potentiellement subi par le créancier par le retard du paiement. Dans ce cas il s'agit d'une clause pénale moratoire⁷⁶³, car la clause fait augmenter réellement le montant de la créance.

Le raisonnement théorique dans ce cas devrait nous conduire à refuser l'extension de ces clauses lors de l'action directe, tandis que le raisonnement pratique nous conduit à une solution inverse. En effet, l'action directe est un mécanisme dérogatoire prévu par le législateur pour certains types particuliers de créances. Or, la clause de pénalité moratoire prévoit une créance distincte de la créance principale, dont l'objet est la réparation du dommage particulier subi par le créancier en raison du retard du paiement (dommage qui dépasse la seule érosion monétaire, à laquelle les intérêts moratoires légaux auraient pu faire face). La créance dans ce cas est distincte de la créance principale, le raisonnement théorique devrait nous mener à la conclusion que de telles clauses ne devraient pas être incluse dans l'action directe.

901. Or, en pratique une telle solution pourrait conduire à des conséquences néfastes : un débiteur défaillant, ayant tardé un peu à payer son créancier, aurait avantage à s'abstenir totalement de le payer en espérant que l'autre membre extrême de la chaîne de contrats agisse directement contre lui. Sa dette serait alors éteinte par l'action directe et il serait libéré du paiement des pénalités de retard. Le raisonnement pratique nous conduit donc à surpasser cet obstacle théorique. Tant que la somme des deux créances (la créance principale et les pénalités moratoires) ne dépasse pas la somme due par le cocontractant intermédiaire envers le membre extrême de la chaîne, l'atteinte apportée à l'ordonnement juridique n'est pas énorme. Nous pensons donc que la clause de pénalité moratoire, lors de l'action directe, doit être étendue, au demandeur ou au défendeur selon le cas.

902. Nous pouvons tirer de cette brève analyse des clauses d'intérêts moratoires et de la clause d'indexation les conclusions suivantes : Lors de l'action directe, toute clause qui a pour effet d'augmenter le montant de la créance est opposable à l'autre partie. Si cette augmentation ne fait que sauvegarder la valeur réelle de la créance, l'opposabilité de la

763 W.Dross, op.cit., p.468.

clause s'impose pour des raisons théoriques : la nécessité de calculer chaque créance selon son propre contrat. Lorsque la clause augmente réellement le montant de la créance, son opposabilité dans l'action directe repose sur des raisons pratiques.

Il s'agit ensuite de voir si la même conclusion peut être atteinte par rapport aux clauses qui assurent la survie de l'obligation en cas de force majeure.

B-Les clauses qui assurent la survie de l'obligation en cas de force majeure

903. Deux types de clauses peuvent modeler la force majeure en faveur du créancier :

La première est la clause qui exclut l'effet exonératoire de la force majeure⁷⁶⁴. En cas de force majeure, le débiteur ne pouvant plus exécuter en nature, exécutera par équivalent, alors que normalement il serait entièrement libéré. Cette clause pourrait éventuellement trouver application dans le cadre des actions directes en réparation dans les chaînes de contrats et dans les actions en responsabilité délictuelle exercées par le tiers victime d'inexécution au sein des ensembles contractuels. On pourrait en effet imaginer qu'une telle clause soit insérée dans le contrat du défendeur à l'action directe. Une telle clause pourrait-elle profiter au demandeur ? Et si une clause excluant la force majeure se trouve dans un contrat compris dans un ensemble contractuel, et qu'un membre de cet ensemble exerce une action délictuelle contre l'une des parties à ce contrat en raison d'une inexécution contractuelle qui lui a porté préjudice, ce tiers pourrait-il profiter de l'effet de cette clause ?

904. Sur la première question, il nous semble qu'une réponse affirmative s'impose. Selon la théorie de la compensation multilatérale, chaque créance doit être calculée séparément selon le contrat qui l'a engendré, avant que le solde ne soit dû au membre extrême de la chaîne. Or, la clause excluant la force majeure fera survivre la créance du défendeur en cas de force majeure. Il est donc logique que le membre extrême de la chaîne de contrats puisse, sur le fondement de cette clause, exercer l'action directe même si le défendeur à

764 P. Mousseron, J. Raynard, J-B. Seube, op.cit., p.368.

l'action directe est en situation de force majeure. Suivant la même logique, si une telle clause se trouve dans le contrat du demandeur, et que le cocontractant intermédiaire se trouve en situation de force majeure, le défendeur à l'action directe ne pourra plus en profiter, malgré principe d'opposabilité des exceptions dans les actions directes.

905. Sur la deuxième question, le problème est plus difficile à trancher. On pourrait être tenté de dire que la clause qui exclut l'effet exonératoire de la force majeure devrait profiter au tiers victime d'inexécution contractuelle, comme contrepartie de l'opposabilité de la clause limitative de responsabilité⁷⁶⁵. Mais l'opposabilité de cette clause dans une telle hypothèse aurait pour effet de vider la responsabilité délictuelle de son sens. En effet, la responsabilité délictuelle même si elle intervient en raison d'une inexécution contractuelle, n'en demeure pas moins une responsabilité subjective, reposant sur la faute. Or, la clause d'exclusion de la force majeure a justement pour raison d'être de faire survivre l'obligation du débiteur alors même qu'il n'a commis aucune faute, puisqu'il s'agit d'un fait qui lui est extérieur, imprévisible et irrésistible. Nous pensons alors qu'une telle clause ne doit pas être opposable au membre de l'ensemble contractuel victime d'inexécution contractuelle.

906. Le deuxième type de clause qui pourrait influencer la force majeure dans un sens favorable au demandeur, est la clause de garantie. Selon le droit commun, lorsque le débiteur est libéré par l'effet de la force majeure, le créancier est libéré également de ses engagements réciproques⁷⁶⁶. La clause de garantie permet alors d'aménager cette solution de sorte que le créancier soit toujours tenu même si le débiteur est libéré par la force majeure⁷⁶⁷. Cette clause est susceptible de trouver application dans les actions directes en paiement dans les chaînes de contrats.

Imaginons un contrat de construction qui comprend une clause de garantie au profit de l'entrepreneur. Suite à une situation de force majeure, l'entrepreneur ne réalise pas l'ouvrage qui lui était confié, le maître de l'ouvrage arrête de payer l'entrepreneur, et celui-ci arrête à son tour de payer le sous-traitant. Ce dernier agit directement contre le maître de l'ouvrage. Le maître d'ouvrage soutient en défense que son débiteur

⁷⁶⁵ Voir *supra* n°815.

⁷⁶⁶ W.Dross, *op.cit.* p.689.

⁷⁶⁷ *Idem.*

(l'entrepreneur principal) est libéré par la force majeure et que lui aussi doit donc être libéré de ses engagements réciproques. Le sous-traitant pourra-t-il alors profiter de la clause de garantie contenue dans le contrat d'entreprise principale ?

Malgré la complexité apparente de cette question, nous pensons que la même solution adoptée à propos des clauses exclusive de force majeure doit s'imposer dans ce cadre : s'agissant de la détermination de l'existence des créances touchées par l'action directes, de telles clauses peuvent profiter au demandeur lorsqu'elles sont présentes dans le contrat du défendeur. Et lorsqu'elle est présente dans le contrat du demandeur, la clause de garantie empêche le défendeur de se prévaloir d'une force majeure éventuelle qui aurait libéré le demandeur et son cocontractant direct.

907. Nous pouvons déduire de l'étude de ces deux clauses que toute clause qui fait survivre l'obligation du demandeur en dépit de la force majeure, peut profiter au demandeur à l'action directe. Dans les ensembles contractuels, le tiers victime d'inexécution contractuelle peut se prévaloir d'une telle clause si elle n'est pas incompatible avec la nature même de la responsabilité délictuelle. Admettre la solution inverse serait vider la responsabilité délictuelle de sa raison d'être.

Afin de préciser ce que nous entendons par la compatibilité de la clause avec la nature de la responsabilité délictuelle, nous proposons de définir cette « compatibilité » par rapport aux trois éléments essentiels qui composent la responsabilité délictuelle : faute, dommage et lien de causalité. Ainsi, serait incompatible avec la responsabilité délictuelle toute clause qui a pour effet de priver la responsabilité délictuelle de l'une de ses trois composantes : la faute, le dommage et le lien de causalité. Toute clause qui aurait pour effet d'accorder un paiement au membre de l'ensemble contractuel victime d'inexécution, sans que ne soit établi l'un de ces trois éléments, ne devrait pas être opposable par ce membre victime à l'égard de l'auteur de l'inexécution.

Voyons maintenant dans quelle mesure les clauses favorables au créancier peuvent être opposables au demandeur dans les groupes de contrats.

II-Les clauses en faveur du débiteur

908. Certaines clauses diminuent le montant de la créance que le débiteur doit payer envers le créancier : il s'agit de clauses limitatives de responsabilité que nous avons déjà rencontrées plus d'une fois dans cette étude et dont l'opposabilité dans le groupe de contrats n'appelle plus aucun commentaire particulier. D'autres clauses affectent l'existence même de l'obligation. Nous pensons en particulier aux clauses de non-obligation, aux clauses exonératoires de responsabilité, aux clauses d'exception d'inexécution et aux clauses définissant la force majeure. Ces deux groupes de clauses (clauses relatives à la responsabilité et clauses relatives à l'obligation) devraient suivre des régimes différents dans les groupes de contrats.

A-Distinction entre le régime des clauses relatives à la responsabilité et celui des clauses relatives à l'obligation

909. Les clauses exonératoires de responsabilité peuvent s'appliquer dans les actions directes en réparation ainsi que dans les actions délictuelles pour inexécution contractuelle exercée au sein de l'ensemble contractuel. Dans cette dernière hypothèse l'opposabilité de la clause au demandeur est soumise à la condition de connaissance préalable de la part de ce dernier de l'existence de l'ensemble contractuel. La question est désormais classique et n'apporte donc aucun commentaire particulier. En revanche, la solution est quelque peu différente lorsqu'il ne s'agit non pas d'une clause exonératoire de responsabilité, mais d'une clause de non-obligation. La distinction entre les deux clauses est assez subtile. En réalité, la première concerne l'obligation de réparer en cas d'inexécution, tandis que la deuxième concerne l'existence même de l'obligation initiale⁷⁶⁸. Selon M. Delebecque, la question qu'il faut se poser est de savoir si la clause tend à modifier les prestations promises par le débiteur (dans ce cas on serait face à une clause de non-obligation) ou si elle tend à répartir les risques en cas d'inexécution (dans ce cas on serait en face d'une

768 P. Mousseron, J. Raynard, J-B. Seube, op.cit., p.390.

clause exonératoire de responsabilité)⁷⁶⁹. Nous pensons que la distinction entre les deux clauses doit reposer sur l'idée que la clause de non-obligation n'a aucun sens si l'obligation qu'elle élimine n'est pas une obligation d'usage dans le milieu professionnel des parties ou de l'une d'entre elles. L'idée principale de la clause de non-obligation est en effet d'éliminer une obligation qui aurait dû normalement incomber à l'un des cocontractants en vertu de l'usage courant dans un certain type de contrats. Autrement dit, c'est le revers de l'article 1135 du code civil. Le critère de distinction entre les deux clauses peut donc résider dans la nature de l'obligation concernée par la clause. S'il s'agit d'une clause d'usage dans ce type de contrat, la clause doit être présumée une clause de non-obligation. Si l'obligation n'est pas d'usage, la clause doit être présumée comme une clause exonératoire de responsabilité. Mais comme le note M. Delebecque, la question est avant tout une interprétation de la volonté des parties⁷⁷⁰.

910. Pour revenir à notre problématique, l'extension de la clause de non-obligation dans l'ensemble contractuel devrait suivre un régime différent de celui de la clause exonératoire de responsabilité. En effet la clause de non-obligation décharge le contractant pour qui elle est stipulée de toute faute. Si un tiers *penitus extranei* exerce une action en responsabilité délictuelle pour une prétendue inexécution d'un contrat qui lui a porté préjudice, la clause de non-obligation lui serait opposable. Si aucune obligation n'incombe à ce contractant, le tiers ne pourrait lui invoquer aucune faute pouvant dégénérer une responsabilité délictuelle. La situation est différente par rapport à la clause exonératoire de responsabilité qui ne fait que décharger le contractant de son obligation de réparer le préjudice sans pour autant nier sa faute contractuelle.

La solution concernant la clause de non-obligation n'est donc pas spécifique à l'ensemble contractuel. Son opposabilité aux autres membres de l'ensemble contractuel qui exerceraient une action délictuelle ne doit donc pas être soumise à la condition de la connaissance préalable de l'existence d'un ensemble contractuel. L'opposabilité de la clause dans ce cas concerne uniformément tous les tiers. Dans les actions directes en

⁷⁶⁹Ph.Delebecque, *Les clauses allégeant les obligations dans le contrat*, thèse pour le Doctorat en droit à l'Université d'Aix-Marseille, 1981, p.29s.

⁷⁷⁰Idem.

réparation, la solution devrait être la même que pour la clause exonératoire de responsabilité.

Voyons maintenant comment cette distinction s'applique à deux types de clauses fréquentes dans la pratique, les clauses d'exception d'inexécution et les clauses qui modulent la force majeure.

B-Régime des clauses d'exception d'inexécution dans les groupes de contrats

911. La clause d'exception d'inexécution devrait suivre le même sort que la clause de non-obligation. Cette clause, fréquente dans les contrats à exécution successive tels que les contrats de fourniture d'électricité, prévoit qu'en cas de non exécution de la part d'une partie, son cocontractant peut s'abstenir temporairement d'exécuter ses obligations réciproques⁷⁷¹. Le contractant qui n'exécute pas ses obligations en se fondant sur une telle clause ne commet objectivement pas de faute contractuelle. Une telle clause serait donc également opposable à toute tiers *penitus extranei* auquel l'inexécution aurait porté préjudice. L'opposabilité de cette clause dans les ensembles contractuels devrait donc suivre le même régime que la clause de non-obligation : son opposabilité aux autres membres de l'ensemble n'est pas soumise à la condition de connaissance préalable de l'existence d'un ensemble contractuel.

912. Les clauses définissant la force majeure se trouvent à mi-chemin entre les clauses de non-obligation et les clauses exclusives de responsabilité. Comme le note M. Delebecque, la classification de ces clauses dans l'une ou l'autre des deux catégories n'est pas évidente⁷⁷². Ces clauses sont particulièrement fréquentes dans les contrats de vente de gaz à long terme⁷⁷³. Elles ont pour objet soit de faciliter le déclenchement des effets de la force majeure, par exemple en substituant la condition de « l'impossibilité de l'exécution » par

771 Ph.Delebecque, *Les clauses allégeant les obligations dans le contrat*, op.cit., p.55s

772 Idem., p.52.

773 M.Marmursztejn, « Les clauses de force majeure dans les contrats d'une compagnie pétrolière : une étude de cas », *Revue de droit international des affaires*, 1998, n°7, p.781

« des difficultés particulièrement graves »⁷⁷⁴; soit d'énumérer les différentes hypothèses de force majeure. Ces clauses ont avant tout pour objet la répartition des risques extérieurs d'inexécution entre les deux parties⁷⁷⁵.

Si la clause de force majeure n'est pas réellement une clause de non-obligation ni une clause exclusive de responsabilité, pour la question qui nous intéresse ici, il s'agit de savoir si cette clause affecte l'existence même d'une faute de la part du contractant profitant de la clause, ou si elle ne concerne que les risques d'inexécution. Dans le premier cas, l'opposabilité de la clause devrait être de plein droit, comme elle serait opposable à un tiers *penitus extranei*, dans le second cas son opposabilité dépendrait de la preuve que le membre exerçant l'action délictuelle connaissait l'existence de l'ensemble contractuel.

Plus les conditions de déclenchement de la force majeure sont souples, plus la clause est susceptible d'affecter le degré de diligence requis du « créancier » de la clause, est donc plus la clause peut affecter l'appréciation d'une faute éventuelle de ce contractant. Plus ces conditions sont strictes, plus la clause se limite à la gestion des risques d'inexécution. En effet, quand les conditions du déclenchement de la force majeure sont très souples, l'obligation même du débiteur se trouve assouplie, il ne se trouve *de facto* déchargé d'exécuter certaines prestations ou de prendre certaines mesures. En revanche, quand les conditions d'appréciation de la force majeure demeurent relativement strictes (même si elles seraient en toute vraisemblance moins stricte que celles du droit commun), la clause permet d'avantage la répartition du risque de l'aléa que le déchargement du débiteur du devoir de diligence qui lui aurait pu lui incomber.

Compte tenu du rôle économique de la clause de force majeure, qui est principalement de gérer les risques dans les contrats présentant un nombre important d'aléas, nous pensons qu'une telle clause doit être présumée comme une clause de gestion des risques extérieurs d'inexécution. Son opposabilité aux membres de l'ensemble contractuel serait donc en principe soumise à la condition de connaissance préalable de l'existence d'un ensemble contractuel. Cette présomption serait toutefois écartée si la clause assouplit tellement les conditions de la force majeure qu'elle aboutit à décharger le

774 Ph. Delebecque, *Les clauses allégeant les obligations dans le contrat*, op.cit., p.55s

775 Idem, p.52.

débiteur de certains de ses engagements. Dans ce cas elle devrait suivre le même régime que la clause de non-obligation.

913. Pour synthétiser, l'extension des clauses qui influent sur l'existence de la clause dans les chaînes de contrats n'apporte pas de commentaire particulier. Leur opposabilité ne constitue qu'une application de l'analyse de l'action directe en compensation multilatérale. En revanche, lorsqu'un membre de l'ensemble contractuel subit un dommage en raison de « l'inexécution » d'un contrat de l'ensemble, la question devient plus compliquée. Il convient alors de distinguer deux types de clauses : les clauses qui affectent l'obligation du contractant ou le devoir de diligence qui lui incombe lui sont opposables sans condition particulière comme elles sont opposables à tout tiers *penitus extranei*. Par contre, les clauses affectant la responsabilité ou les risques d'inexécution ne lui sont opposables qu'à condition que le membre de l'ensemble contractuel qui cherche à engager la responsabilité de l'auteur de l'inexécution, ait connaissance de l'existence de l'ensemble contractuel.

D'autres clauses, sans affecter l'existence ou le montant de créance, participent néanmoins à sa configuration. Ces clauses peuvent produire leurs effets dans les mêmes hypothèses que les précédentes.

Sous-section II : la notion de clause modulatrice de la créance

914. Nous entendons par cette expression toutes les clauses qui ont une influence sur l'une ou toutes les créances découlant du contrat, mais qui n'affectent ni son existence ni son montant. Dans cette étude nous n'avons pas eu l'occasion de rencontrer des cas de figure dans lesquelles ces clauses auraient pu rayonner à l'échelle d'un groupe de contrats. Néanmoins, rien ne l'empêche. Tant que ces clauses ne génèrent pas elles-mêmes d'obligation, elles peuvent être opposables aux autres membres du groupe de contrats. On pourrait même s'attendre à rencontrer dans la pratique de nombreuses hypothèses dans ce sens. Dans cette étude, faute de solution prétorienne, nous avons déduit le régime de ces clauses dans les groupes de contrats sur la base des clauses qui affectent le montant ou

l'existence de la créance, à la différence près que l'opposabilité des clauses modulatrices de la créance dépendrait de l'appréciation du juge. Mais leur domaine d'extension reste le même que celui des clauses affectant le montant ou l'existence de la créance : l'action directe, et l'action délictuelle engagée par un membre de l'ensemble contractuel qui se trouve victime d'une inexécution contractuelle⁷⁷⁶.

915. La variété des clauses qui peuvent moduler la créance est illimitée. Nous avons choisi deux types de clauses qui peuvent apporter quelques éclaircissements sur le mécanisme de l'extension de ces clauses dans les groupes de contrats. Il s'agit des clauses prévoyant un terme suspensif et des clauses qui aménagent la preuve.

916. Le terme peut être suspensif ou extinctif. Le terme suspensif retarde l'exécution de l'obligation jusqu'à une certaine date. Le terme extinctif détermine la date d'extinction de l'obligation⁷⁷⁷. Le terme se distingue de la condition sur trois plans. Premièrement, le terme est un événement certain (sinon dans sa date, du moins dans son principe) tandis que la condition prévoit un événement aléatoire. Deuxièmement, le terme ne suspend ou ne met fin qu'à l'exigibilité de la créance, tandis que la condition touche à l'existence même de l'obligation. Enfin, le terme a un effet immédiat, tandis que la condition a un effet rétroactif⁷⁷⁸.

Ce qui nous intéresse dans cette étude c'est le terme suspensif. Le terme extinctif ne se rencontre en effet que dans les contrats à exécution successive pour prévoir la date à laquelle les obligations doivent prendre fin⁷⁷⁹. Il est donc difficile d'imaginer qu'il puisse produire d'effets dans les groupes de contrats.

Le rôle du terme suspensif pourrait apparaître dans les actions directes en paiement. Puisque le terme ne concerne pas l'existence de la créance, son exigibilité devrait dépendre – comme toute clause modulatrice de créance - du pouvoir souverain du juge du fond selon ce qui est utile pour l'affaire en cause. D'ailleurs, la jurisprudence a déjà reconnu que l'action directe est admise même si les créances concernées ne sont pas toutes

776 Voir *supra* n°585 et 816.

777 Ph. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Droit civil, les obligations*, Defrénois, 4ème édition, 2009, p.684.

778 W.Dross, *op.cit.*, p.729s.

779 *Idem*, p.726.

exigibles⁷⁸⁰. L'opposabilité du terme serait en principe néfaste puisqu'elle aurait pour effet de priver ou du moins de retarder le droit du membre extrême de la chaîne de contrats d'agir directement contre le débiteur de son débiteur. Cependant, son opposabilité peut dans certains cas se révéler avantageuse. Il en est ainsi par exemple lorsque le contrat s'inscrit dans un contexte d'érosion monétaire importante. Le paiement de la créance avant sa date convenue (lors de l'action directe) reviendrait à faire supporter au débiteur une créance qui dépasserait largement dans sa valeur réelle ce qu'il n'aurait normalement payé. Il en est ainsi également lorsque le débiteur ne dispose avant l'arrivée du terme de la somme qui fait l'objet de sa créance. Dans ces deux hypothèses, et potentiellement dans d'autres, l'opposabilité du terme dans l'action directe pourrait se révéler bénéfique.

917. Les clauses aménageant la preuve sont de plusieurs sortes. Elles peuvent concerner l'objet de la preuve, c'est-à-dire l'élément qu'il faut prouver pour établir l'existence ou l'acquiescement d'une créance ; elle peut aussi concerner le mode de preuve ou encore sa charge (la personne sur qui elle doit incomber)⁷⁸¹.

Ces clauses ne s'appliquent en principe qu'en cas de litige. Cependant, elles sont souvent conçues – surtout par les grandes sociétés qui doivent gérer leurs risques sur le long et moyen terme - comme des moyens de gestion du risque du litige. Elles permettent en effet de mesurer le risque inhérent au procès, qui est intimement lié aux questions de preuve⁷⁸². Sur ce point elles s'apparentent donc en quelque sorte aux clauses relatives à la responsabilité. Peut-on alors admettre son extension dans l'action directe, même si cette extension est soumise à l'appréciation du juge du fond ?

En réalité on ne peut pas vraiment considérer que les clauses relatives à la preuve modulent ou configurent la créance parce qu'elles ne produisent leurs effets qu'au moment où survient un conflit. La clause ne produit donc aucun effet au moment où la créance est née, ni tout au long de sa vie. Son effet ne se manifeste que dans l'hypothèse où

780 Civ. 3ème, 13 décembre 1983, précité note 127.

781 J.Kullmann, « De l'aménagement contractuel de la preuve du vol à la liberté de la preuve du sinistre...la Convention européenne des droits de l'Homme à l'assaut du contrat d'assurance », *Revue générale des droits des assurances*, 2004, n°3, p.561

782 M.Mekki et C.Grimaldi, « La gestion contractuelle du risque de la preuve (2ème partie) », *Revue des Contrats*, 2009/1, p.453

un conflit surgit à propos de cette créance. La clause ne peut donc être opposable aux autres membres de la chaîne de contrats lors de l'action directe.

D'autres raisons militent contre l'extension des clauses relatives à la preuve. Premièrement, il s'agit de clauses dérogatoires, puisqu'elles dérogent aux dispositions des articles 1315s du code civil. Comme toute clause contraire au droit commun, elle doit recevoir une interprétation stricte⁷⁸³. D'autre part, les clauses de preuves sont assez dangereuses pour les contractants, puisqu'elles peuvent, en pratique, les priver totalement de l'exercice de leurs droits ; ce qui a conduit certains auteurs à exiger un consentement spécial pour ces clauses⁷⁸⁴. Il serait donc inopportun de les étendre à un tiers qui ne les a nullement acceptées.

918. L'étude de ces deux types de clauses nous conduit à la conclusion suivante :

Premièrement, l'exigibilité n'altère pas l'existence de la créance, elle la « module » simplement. Il s'ensuit que toute clause qui retarde l'exigibilité de la créance n'est pas opposable de plein droit dans les actions directes. Son opposabilité peut se révéler, selon les cas, plutôt avantageuse ou néfaste.

Deuxièmement, seules les clauses qui affectent la créance avant la naissance d'un litige peuvent être considérées comme des clauses modulatrices de la créance, à l'exclusion des clauses qui ne produisent d'effet qu'au moment de la survenance d'un conflit. Pour le dire autrement, pour qu'une clause soit considérée comme « modulatrice de la créance », il faut qu'elle participe au *negotium*⁷⁸⁵. Si la clause n'intervient qu'en cas d'inexécution ou de conflit, elle ne peut s'étendre aux autres membres du groupe de contrats.

Conclusion chapitre I

783 Ibid.

784 Ibid.

785 Mais la clause ne doit pas réunir tous les autres éléments caractéristiques de l'obligation (la caractère pécuniaire, l'existence d'un débiteur et d'un créancier bien définis, le rôle actif du débiteur dans son exécution et sa capacité à donner au créancier un droit à l'exécution). Sinon, elle serait génératrice d'obligation, et son opposabilité aux autres membres du groupe ne serait plus possible.

919. Dans ce chapitre nous avons voulu approfondir quelques notions qui nous ont servi, tout le long de cette thèse, à regrouper certains types de clauses sous un même régime.

920. Sur les cinq éléments caractéristiques de la clause à contenu obligationnel, il y a deux éléments que nous avons jugés dignes de quelques éclaircissements supplémentaires. Il s'agit premièrement de l'aptitude de la clause à l'exécution forcée, et deuxièmement, de la participation de la clause au *negotium* du contrat. L'exécution forcée repose sur trois conditions : la défaillance du débiteur, l'existence d'un titre exécutoire et enfin une demande d'exécution présentée par le créancier. L'exécution forcée donne droit au concours des forces publiques et permet en principe l'exécution en nature. Cette analyse nous a permis d'exclure certaines clauses dont l'exécution se fait directement par le juge. Par ailleurs, la condition de participation au *negotium* nous a permis d'exclure certaines clauses qui n'ont pour rôle que de gérer l'inexécution ou les conflits éventuels.

921. Dans les actions directes toutes les clauses qui affectent le montant de la créance sont opposables au demandeur et au défendeur, que la clause se trouve dans le contrat du demandeur ou dans celui du défendeur. Cependant, lorsque la clause augmente le montant de la créance, il ne faut pas qu'elle ait pour résultat d'augmenter le montant de la créance au-delà de ce qui était dû par le défendeur au cocontractant intermédiaire, ou de ce qui est dû par ce dernier au demandeur. De même, toutes les clauses affectant l'existence de la clause étendent leurs effets lors de l'action directe.

922. Lorsqu'un membre de l'ensemble contractuel subit un préjudice en raison de l'un des contrats formant l'ensemble, les clauses qui affectent le montant de la créance peuvent lui être opposables à condition qu'il ait une connaissance préalable de l'ensemble contractuel au moment où il a conclu le contrat. Pour les clauses affectant l'existence de la créance, leur extension est soumise à la condition qu'elles n'altèrent pas l'un des trois éléments qui composent la responsabilité délictuelle. Les clauses qui concernent la responsabilité de l'auteur de la faute ne sont opposables au membre de l'ensemble contractuel victime de l'inexécution que si ce dernier a une connaissance préalable de l'existence de l'ensemble contractuel. En revanche, les clauses affectant l'existence même de l'engagement lui sont opposables sans même qu'il ait une connaissance préalable de l'existence de l'ensemble contractuel.

923. Après cet examen de certaines des catégories les plus fondamentales des clauses qui produisent leurs effets dans le groupe de contrats, il s'agit maintenant d'examiner quelques types de clauses qui peuvent engendrer des problèmes particuliers dans la pratique.

Chapitre II

Etude de certaines clauses problématiques dans les groupes de contrats

924. Dans le chapitre précédent nous avons étudié certaines catégories de clauses que nous avons rencontrées tout le long de cette étude. Dans le présent chapitre nous irons encore plus dans le détail. Nous étudierons certains types particuliers de clauses qui peuvent susciter certaines questions lors de leur mise en œuvre dans les groupes de contrats.

Nous aborderons dans un premier temps certains types de clauses relatifs à la réparation (section I). Dans un deuxième temps, nous étudierons d'autres types de clauses potentiellement problématiques, à savoir les clauses de divisibilité et les clauses relatives à la prescription (section II).

Section I

Les clauses qui influencent l'existence et le montant de la créance de réparation

925. Sous cet intitulé nous pensons à deux types de clauses qui peuvent générer quelques questions lors de leur mise en œuvre dans les groupes de contrats. Premièrement, la clause pénale est assez difficile à qualifier et à classer en raison de sa double nature : réparatrice et comminatoire. Ensuite, les clauses limitatives de responsabilité peuvent se révéler également complexes en raison de leur extrême diversité.

Sous-section I : la clause pénale

926. Avant de voir comment la clause pénale peut produire ses effets dans le contexte des groupes de contrats, il convient d'aborder la notion de clause pénale sous un angle plus général.

I-Généralités sur la clause pénale

927. La clause pénale est l'une des clauses les plus courantes dans la pratique⁷⁸⁶ Nous aborderons dans un premier lieu la définition et l'encadrement légal de la clause pénale, avant d'appréhender les raisons qui rendent la clause pénale aussi complexe dans sa qualification et sa mise en œuvre.

A-Définition et encadrement légal de la clause pénale

928. La clause pénale est définie par l'article 1226 du code civil. C'est la clause « *par laquelle une personne, pour assurer l'exécution d'une convention, s'engage à quelque chose en cas d'inexécution.* » D'après la définition on peut comprendre que la clause pénale ne prévoit pas toujours le paiement d'une somme d'argent⁷⁸⁷. Elle peut également prévoir un avantage en nature, même si le plus souvent il s'agit d'un paiement en liquide.

Elle se divise en deux sous-catégories⁷⁸⁸ : la clause pénale compensatoires qui a pour objet de pénaliser et de réparer l'inexécution de l'obligation et la clause pénale moratoire qui stipule des intérêts moratoires supérieurs au taux légal, afin de pénaliser le retard dans l'exécution⁷⁸⁹.

786 P. Mousseron, J. Raynard, J-B. Seube, op.cit., p.368 et F.-L. Simon, Du bon usage de la technique contractuelle dans les contrats de distribution, Cahiers de droit de l'entreprise, n°4, juillet-août 2010, p.20.

787 P. Mousseron, J. Raynard, J-B. Seube, op.cit., p.372.

788 W.Dross, op.cit., p.468s.

789 Voir *supra* n°403.

L'intérêt de la qualification de clause pénale réside dans l'application des dispositions de la loi n° 85-1097 du 11 octobre 1985 : le juge peut intervenir pour modifier le montant de la clause vers le bas ou vers le haut si elle est « *manifestement excessive ou dérisoire* »⁷⁹⁰.

La définition et l'encadrement légal de la clause pénale ne dévoilent pas pourtant la véritable complexité de cette clause.

B-La complexité de la clause pénale

929. Cette complexité s'explique par la double nature de la clause pénale. La clause pénale remplit d'un côté une fonction comminatoire⁷⁹¹ : il s'agit de dissuader le débiteur de défaillir à ses obligations. Cette fonction comminatoire distingue la clause pénale d'autres clauses tels que la clause de dédit⁷⁹² (ce critère de distinction entre les deux clauses rejoint partiellement celui que nous avons déjà retenu plus haut, selon lequel la clause pénale ne participait pas au *negotium* puisqu'elle n'intervenait qu'en cas d'inexécution). Ce rôle comminatoire exige que le montant de la clause pénale dépasse sensiblement l'estimation approximative qu'on peut faire de l'éventuel préjudice⁷⁹³. Sinon, la clause ne serait en réalité qu'une clause d'évaluation du préjudice⁷⁹⁴.

930. D'un autre côté, la clause pénale remplit une fonction indemnitaire. Cela ressort de l'article 1229 alinéa 1^{er} du code civil : « *La clause pénale est la compensation des dommages-intérêts que le créancier souffre de l'inexécution de l'obligation principale.* ». Ce caractère indemnitaire explique pourquoi le paiement de la clause pénale ne peut en principe se cumuler avec les dommages-intérêts (article 1229 du code civil). Il permet également de distinguer entre la clause pénale moratoire et l'astreinte⁷⁹⁵. C'est sans doute

790 P. Mousseron, J. Raynard, J.-B. Seube, op.cit., p.375.

791 M. Mekki, « La notion de clause pénale : la Cour de cassation se donne la peine... », *Gazette du Palais*, 8 février 2012, *Chronique de jurisprudence* p.400.

792 Voir *supra* n°885.

793 W.Dross, op.cit., p.463.

794 Com., 21 mai 2008, n°7-12848, RDC 2008, p.1167, obs. Borghetti et p.1257, obs. J.-B. Seube, *RTD com.* 2008, p.610, obs. Legeais. ; Civ 3ème, 8 avril 2010, n°08-20525, *Bull.civ.* 2010, III, n°75.

795 F.-L. Simon, « Du bon usage de la technique contractuelle dans les contrats de distribution », *Cahiers de droit de l'entreprise*, n°4, juillet-août 2010, p.20.

la fonction réparatrice de la clause pénale qui explique qu'elle peut se cumuler avec d'autres sanctions, notamment la résolution ou la résiliation du contrat⁷⁹⁶. En effet, selon le principe de non-cumul des peines, la clause pénale, en tant que mécanisme comminatoire, ne devrait plus pouvoir être invoquée par le créancier, une fois que la sanction de la résolution est prononcée. Si la jurisprudence admet la solution inverse, c'est parce que la clause pénale a aussi pour rôle d'évaluer les dommages subis par le créancier ; ces dommages, selon l'alinéa 2 de l'article 1184, peuvent faire l'objet d'une réparation en parallèle avec la résolution.

931. Cette double nature rend la classification de la clause pénale difficile. S'agit-il d'une clause réparatrice au même titre que les clauses d'évaluation du préjudice et des clauses d'intérêts moratoires, ou s'agit-il d'une sanction contractuelle au même titre que la clause résolutoire et l'astreinte ? Cette complexité se révèle particulièrement lors de la mise en œuvre de la clause pénale dans le contexte d'un groupe de contrats.

II-Mise en œuvre de la clause pénale dans un groupe de contrats

932. La clause pénale ayant pour objet de sanctionner l'inexécution, on pourrait logiquement s'attendre à ce qu'elle puisse produire ses effets dans les actions directes en réparation et dans les actions délictuelles exercées par le tiers victime d'inexécution dans l'ensemble contractuel. Mais la particularité de la clause pénale explique qu'elle puisse subir un sort différent dans chacune de ces deux hypothèses.

A-Mise en œuvre de la clause pénale dans les actions directes en réparation

796 Com., 4 juillet 1972, n°71-11194, *Bull.civ.* 1972, IV n°213, *D.*1972, p.732, note P.Malaurie ; Civ 3ème, 12 janvier 1994, n°91-19540, *Bull.civ* 1994, III, n°5, *Deffrénois* 1994 art.35845, n°65, obs. D. Mazeaud, *RTD civ.* 1994, p.605, obs. J. Mestre ; Civ 3ème, 15 février 2005, n°04-11223 ; Com., 22 mars 2011, n°09-16660, *RDC*, 2011/3, p.826.

933. La clause pénale devrait être opposable au demandeur à l'action directe en réparation. Deux arguments militent dans ce sens ; le premier est d'ordre théorique, le deuxième d'ordre pratique.

934. Sur le plan théorique, la fonction indemnitaire de la clause pénale permet de classer cette clause parmi les clauses qui fixent le montant de la créance. La créance en question est en effet l'indemnité de réparation de l'inexécution contractuelle, que le défendeur à l'action directe aurait dû normalement payer au cocontractant intermédiaire. Ou si la clause pénale se trouve dans le contrat du demandeur, la créance concernée est l'indemnité due à ce dernier par le cocontractant intermédiaire. Suivant l'analyse que nous avons adoptée tout au long de cette thèse, toute clause qui détermine le montant de la clause doit être opposable de plein droit lors de l'action directe. Il s'ensuit donc que la clause pénale doit suivre le même sort.

935. Sur le plan pratique, l'opportunité commande également l'extension de la clause pénale lors de l'action directe ; surtout si la clause se trouve dans le contrat du défendeur. Si le demandeur à l'action directe ne pouvait pas profiter de la clause pénale insérée dans le contrat du défendeur on serait face à quatre choix, tous insatisfaisant. Le premier serait de faire échapper le défendeur à la clause pénale, ce qui permettrait de favoriser les comportements opportunistes. Le défendeur défaillant aurait intérêt à retarder encore plus l'exécution, dans l'espoir que le membre extrême de la chaîne de contrats agirait directement contre lui. Le deuxième choix serait de diviser le montant de la clause pénale : le demandeur à l'action directe percevrait le quota correspondant à l'indemnité de réparation, tandis que le surplus serait dû au cocontractant intermédiaire. Une telle solution serait d'une grande complexité et mènerait inutilement à la multiplication des recours. Le troisième choix serait d'obliger le défendeur à payer l'indemnité de réparation au demandeur et la clause pénale au cocontractant intermédiaire. Cette solution n'est évidemment pas envisageable puisqu'elle aurait pour effet de faire supporter le dommage doublement au défendeur. Le quatrième choix serait de priver le demandeur de l'action directe en raison de la présence d'une clause pénale, ce qui lui est sûrement désavantageux.

936. Ainsi, le raisonnement théorique pratique nous mènent à admettre l'extension de la clause pénale dans l'action directe de réparation. La solution est pourtant différente dans l'action délictuelle exercée par le membre de l'ensemble contractuel qui se trouve victime d'inexécution.

B-Inopposabilité de la clause pénale dans l'ensemble contractuel

937. Lors de l'étude de la clause exclusive de force majeure, nous avons retiré la conclusion que toute clause affectant le montant ou l'existence de l'obligation dans les ensembles contractuels ne peut être étendue au membre victime d'inexécution, que si cette clause est compatible avec la nature de la responsabilité délictuelle⁷⁹⁷. Nous avons défini cette incompatibilité par l'altération de l'un des trois éléments constitutifs de la responsabilité délictuelle. Or, la pénalité stipulée par la clause pénale est due par la seule inexécution, sans qu'il y ait besoin de démontrer un quelconque préjudice⁷⁹⁸. Cette solution s'explique, selon M. Dross, par le fait que le caractère réparateur de la clause pénal n'est qu'accessoire à son caractère comminatoire⁷⁹⁹. Sur ce point, la clause pénale est incompatible avec la responsabilité délictuelle. Contrairement à la responsabilité contractuelle qui se réalise par la seule inexécution, la responsabilité délictuelle suppose l'établissement d'un dommage. Il est donc illogique d'étendre à l'auteur de l'action délictuelle une clause qui peut faire payer au contractant responsable de l'inexécution, sans qu'aucun dommage ne soit constaté. Il s'ensuit que la clause pénale ne peut être étendue dans le contexte des actions délictuelles exercées entre les membres de l'ensemble contractuel.

Cette solution est confirmée par l'approche que la Chambre commerciale de la Cour de cassation a adoptée dans l'arrêt du 9 mars 2010⁸⁰⁰. Il est vrai qu'en l'espèce il ne s'agissait pas d'une action délictuelle mais d'une promesse de porte-fort, mais la solution

⁷⁹⁷ Voir *supra* n°905.

⁷⁹⁸ Civ 3ème, 2 octobre 1974, n°73-10951 ; Civ 3ème, 12 janvier 1994, précité note 796 ; Com., 16 juillet 1991, n°89-109080, *D.*1992, jurisprudence p.365 note D. Mazeaud ; Civ 3ème, 20 décembre 2006, n°05-20065, *Bull.civ.* 2006, III, n°256, *JCP éd.G* 2007, II, 10024, note Bakouche, *RDC* 2007, p.749 note Carval.

⁷⁹⁹ W. Dross, *op.cit.*, p.466.

⁸⁰⁰ Précité note 237.

adoptée témoigne de la réticence de la Cour de cassation de donner effet à la clause pénale dans le cadre de l'ensemble contractuel.

Une autre clause se révèle également problématique dans les groupes de contrats : la clause limitative de responsabilité.

Sous-section II : la clause limitative de responsabilité

938. La difficulté des clauses limitatives de responsabilité réside principalement dans leur extrême diversité. Cette diversité se traduit par un sort différent dans les groupes de contrats, selon le type de clause qui est concernée.

I-Les différents types de clauses limitatives de responsabilité

939. Le concept même de clause limitative de responsabilité est flou, les auteurs lui donnent un sens plus ou moins extensif. Ainsi, certains auteurs y incluent les clauses qui aménagent la prescription⁸⁰¹ ou mêmes celles qui sont relatives à la preuve⁸⁰². Nous ne traiterons dans cette sous-section que des clauses qui peuvent affecter l'existence de la créance de réparation ou son paiement.

A-Les clauses relatives à l'existence de l'obligation de réparer

940. On peut classer dans cette catégorie premièrement les clauses qui exigent que l'inexécution soit établie à l'encontre du contractant en faveur de qui la clause est rédigée⁸⁰³. Cette clause se trouve notamment dans les contrats où plusieurs intervenants

801 P. Mousseron, J. Raynard, J-B. Seube, op.cit., p.378s ; Ph.Delebecque, *Les clauses allégeant les obligations dans le contrat*, op.cit., p.35s. ; M. Fontaine, « Observations sur les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité en Europe » in *Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité en Europe, Actes du colloque des 13 et 14 décembre 1990*, sous la direction de Jacques Ghestin, LGDJ, 1990.

802 Ph.Delebecque, *Les clauses allégeant les obligations dans le contrat*, op.cit., p.35s.

803 P. Mousseron, J. Raynard, J-B. Seube, op.cit., p.378

travaillent sur un même chantier ou un même objet, et qu'il existe donc un risque de confusion sur l'origine du dommage.

941. On y retrouve aussi les clauses qui exonèrent l'un des cocontractants de la responsabilité en cas de faute de l'autre partie⁸⁰⁴.

942. Troisièmement, certaines clauses limitatives de responsabilité excluent certains types de dommages de la réparation. Une telle clause est fréquente par exemple dans les contrats de garage, par laquelle le garagiste décline toute responsabilité pour le vol des objets déposés dans la voiture⁸⁰⁵. Ces clauses sont extrêmement proches des clauses de non-obligation. Nous reviendrons ultérieurement sur la distinction entre les deux clauses.

943. Quatrièmement, une clause peut transformer une obligation de moyen en obligation de résultat. Par exemple un transporteur au lieu de s'engager à livrer la marchandise à temps, s'engage à faire ses meilleurs efforts en vue de respecter le délai de livraison⁸⁰⁶. On peut se demander dans ce cas s'il s'agit d'une véritable clause limitative de responsabilité ou plutôt d'une clause de non-obligation⁸⁰⁷. Nous pensons qu'il s'agit d'une clause relative à la responsabilité, dans la mesure où l'objet de l'obligation reste le même. Pour revenir à l'exemple de l'obligation du transporteur, que la clause stipule que le transporteur s'engage à livrer la chose à temps ou à faire ses meilleurs efforts de la livrer à temps, l'objet de l'obligation dans les deux cas est la livraison de la chose à un certain moment. La clause qui stipule que le transporteur s'engage à « faire ses meilleurs efforts pour..... » ne fera que changer les conditions de la responsabilité du transporteur en cas d'inexécution : pour retenir sa responsabilité, le juge devra établir l'existence d'une faute à son égard. Autrement dit, la clause transforme sa responsabilité objective en une responsabilité subjective. Nous pesons donc que la clause qui transforme l'obligation de résultat en obligation de moyen est une clause limitative de responsabilité.

944. D'autres types de clauses limitatives de responsabilité concernent le montant et les conditions du paiement de la créance de réparation.

804 Idem.

805 P. Mousseron, J. Raynard, J-B. Seube, op.cit., p.380.

806 M. Fontaine, op.cit. et Y-M. Laithier, « L'avenir des clauses limitatives et exonératoires de responsabilité contractuelles », *Revue des Contrats*, 2010 n°3, p. 1091s

807 Sur la distinction entre les deux types de clauses, voir *supra* n°909.

B-Les clauses relatives au paiement de la créance de réparation

945. La première clause qui vient à l'esprit est celle qui limite le plafond de la réparation. C'est la forme la plus classique de la clause limitative de responsabilité⁸⁰⁸.

946. Une autre clause concerne, cette fois-ci, non le montant, mais les modalités du paiement des dommages-intérêts : il s'agit de la clause qui écarte la solidarité prévue par la loi. Par exemple, avant que la loi n°78-12 du 4 janvier 1978 ne vienne expressément le proscrire, les contrats liant les architectes aux maîtres d'ouvrage excluaient parfois la solidarité prévue par l'article 1792-4 du code civil, qui le liait à l'entrepreneur principal⁸⁰⁹.

La diversité de ces clauses se traduit par une certaine complexité lors de leur mise en œuvre dans les groupes de contrats.

II-Mise en œuvre des clauses limitatives de responsabilité dans les groupes de contrats

947. Nous verrons d'abord l'extension de ces clauses dans les actions directes en réparation, avant de nous attaquer à leur opposabilité au membre de l'ensemble contractuel victime d'inexécution d'un autre contrat de l'ensemble.

A-L'extension des clauses limitatives de responsabilité dans les actions directes en réparation

948. L'extension des clauses limitatives de responsabilité dans les actions directes de réparation n'appelle pas de remarques particulières : si l'action directe s'analyse en une compensation multilatérale, toute clause qui affecte l'existence ou le montant de l'une des

808 M. Fontaine, op.cit

809 W. Dross, op.cit., p.245.

créances concernées par l'action est opposable à tous les membres de la chaîne. La solution se justifie aussi bien pour les clauses qui se trouvent dans le contrat du demandeur que pour celles qui se trouvent dans le contrat du défendeur.

949. Cependant il faut noter un point important, relativement à trois types de clauses limitatives de responsabilité : celles qui exigent que l'inexécution soit établie expressément à l'encontre du débiteur, celles qui excluent la responsabilité du débiteur en cas de faute de la part du créancier et enfin celles qui transforment l'obligation de résultat en obligation de moyen.

Ces trois types de clauses en effet, qu'elles se trouvent dans le contrat du demandeur ou dans celui du défendeur, exigent qu'il soit établi une faute de la part du défendeur, de la part cocontractant intermédiaire, ou même de la part du demandeur (dans le cas où existerait dans le contrat du demandeur une clause excluant la responsabilité du cocontractant intermédiaire en cas de faute du créancier). Or, en pratique la faute est l'un des éléments les plus débattus en justice. Sur ce point se révèle l'importance de la réserve procédurale que nous avons retenue lors de notre analyse de l'action directe : il faut que le demandeur à l'action directe assigne le cocontractant intermédiaire en même temps que le membre extrême de la chaîne⁸¹⁰.

950. En effet, sur le plan procédural la présence du cocontractant intermédiaire fait que la décision qui tranche sur l'existence ou l'absence de faute d'une part ou d'autre puisse disposer de l'autorité de la chose jugée à son égard, ce qui évite la multiplication des recours et leur contradiction. D'autre part, sur le plan pratique, il est très possible que le demandeur à l'action directe ne connaisse pas les fautes que le défendeur a commis dans l'exécution de son contrat et vice-versa. La présence du cocontractant intermédiaire permet d'inclure tous les faits pertinents dans le litige.

La complexité des clauses limitatives de responsabilité se révèle autrement dans les ensembles contractuels.

810 Voir *supra* n°152 et 153.

B-Extension des clauses limitatives de responsabilité dans les ensembles contractuels

951. Lorsqu'un membre de l'ensemble contractuel subit un préjudice en raison de l'inexécution de l'un des contrats formant l'ensemble, en principe toute clause qui affecte la responsabilité contractuelle du contractant auteur de l'inexécution lui est opposable à deux conditions : la première c'est que ce membre victime d'inexécution ait connaissance préalable de l'existence de l'ensemble contractuel. La deuxième c'est que cette clause, prévue pour la responsabilité contractuelle, soit également compatible avec la responsabilité délictuelle. Nous avons discuté de ces solutions à plusieurs reprises⁸¹¹.

Mais nous avons également démontré l'importance de distinguer dans ce contexte entre les clauses de non-obligation et les clauses relatives à la responsabilité. Les premières s'imposant automatiquement à tout tiers victime d'inexécution, les secondes ne sont opposable qu'au membre de l'ensemble contractuel victime d'inexécution et à condition qu'il ait une connaissance de l'existence de cet ensemble.

952. Dans le contexte particulier des clauses qui excluent certains types de dommages du droit à réparation, cette distinction peut apparaître particulièrement subtile. Rappelons ici le critère que nous avons déjà retenu à propos de la distinction entre les clauses exonératoires de responsabilité et les clauses de non-obligation. Les clauses de non-obligation concernent des obligations qui pèsent – selon l'usage – au contractant au profit de qui la clause est rédigée. En revanche, si la clause ne concerne pas une obligation d'usage, la clause doit être présumée une clause exonératoire de responsabilité⁸¹².

953. Pour revenir à notre question, la clause limitative de responsabilité se distingue de la clause exonératoire de responsabilité par son caractère partiel ; elle n'exclut pas entièrement la responsabilité du débiteur. La clause limitative de responsabilité qui exclut un certain type de dommage ne concerne donc qu'un point donné d'une obligation donnée. Reprenons, à titre d'exemple, la clause du contrat de garage qui exclut la responsabilité du garagiste du vol d'objets de la voiture. Le contrat impose au garagiste en

811 Voir *supra* n°905, 907 et 937.

812 Voir *supra* n°909.

principe l'obligation d'assurer la sécurité du véhicule. La clause litigieuse n'exclut de cette obligation que le vol des objets laissés dans la voiture. En revanche, le garagiste reste responsable du vol du véhicule ou de toute autre atteinte à la sécurité de la voiture (égratignure, bris d'une vitre par exemple). Pour pouvoir trancher si une telle clause constitue une clause relative à la responsabilité ou à l'existence de l'obligation, il faut se placer à cette micro-échelle. La question alors serait de savoir si le fait d'assurer la sécurité des objets se trouvant dans la voiture, relève normalement parmi les obligations pesant sur le garagiste selon l'usage de la profession. Si la réponse est positive, la clause serait présumée comme une clause de non-obligation, elle serait alors en tout état de cause opposable au membre de l'ensemble contractuel victime d'inexécution. Si la réponse est négative, la clause serait une clause limitative de responsabilité. Son opposabilité serait alors conditionnée par la connaissance de l'existence d'un ensemble contractuel.

Les clauses relatives à la créance de réparation ne sont pas les seules à pouvoir causer une certaine complexité lors de leur mise en œuvre dans les groupes de contrats. D'autres clauses peuvent s'y révéler également problématiques.

Section II

D'autres clauses problématiques dans les groupes de contrats

954. Outre les clauses limitatives de responsabilité et la clause pénale, deux autres types de clauses peuvent se révéler problématiques. Premièrement les clauses relatives à la prescription suscitent quelques questions quant à leur classification en raison du débat sur la nature de la prescription. Deuxièmement, une autre clause, typique des ensembles contractuels, pose un problème quant à son efficacité : la clause de divisibilité.

Sous-section I : les clauses relatives à la prescription

955. Le code civil admet expressément l'aménagement conventionnel de la prescription (article 2254). Les parties peuvent raccourcir la prescription dans la limite minimale d'un an, l'allonger dans la limite maximale de dix ans ou encore ajouter aux causes de suspension et d'interruption.

La prescription fait l'objet d'un débat incessant quant à la détermination de sa nature et ses effets. Deux tendances extrêmes s'affrontent, avec beaucoup de nuances entre les deux : la thèse substantialiste et la thèse processualiste⁸¹³. Ce débat n'est pas sans incidence sur le régime applicable aux clauses relatives à la prescription dans les groupes de contrats.

I-Le débat sur la nature de la prescription

956. Les arguments sont nombreux de part et d'autre. Nous adhérons pourtant à la thèse processualiste pour plusieurs raisons.

A-Arguments en faveur de la thèse substantialiste

957. Les partisans de l'analyse substantialiste de la prescription considèrent qu'elle éteint à la fois l'action et le droit substantiel. Ils avancent plusieurs arguments.

Premièrement, la prescription éteint non seulement l'action mais toutes les autres voies d'exécution. Or, si le droit à l'action peut être dissocié du droit substantiel, le droit à l'exécution ne peut en être distingué⁸¹⁴.

Deuxièmement, même si l'on soutient l'idée que la prescription n'éteint pas complètement le droit substantiel, ceci n'empêche que l'atteinte au droit d'exécution constitue une atteinte, même partielle, au droit substantiel⁸¹⁵.

813 J.Ghestin, M., G.Loiseau, *Traité de droit civil*, 2005, p.1133s.

814 M.Bandrac, *La nature juridique de la prescription extinctive en matière civile*, thèse Economica, 1986, préface P.Raynaud, p.56s in J.Ghestin, M.Billiau, G.Loiseau, *Les régimes des créances et des dettes*, LGDJ, 2005, p.1135.

815 A.Collin, *Pour une conception renouvelée de la prescription*, thèse à l'Université de Toulouse 1, 2010, p.503.

Troisièmement, il a été soutenu que si la prescription n'altère pas les voies d'exécution, il s'ensuit que les créances constatées par un titre exécutoire, tel qu'un acte authentique, seraient imprescriptibles, ce qui ne peut être admis en droit français⁸¹⁶.

Quatrièmement, la lettre de l'article 2219 fait penser que tel a été la conception du législateur. « *La prescription extinctive est un mode d'extinction d'un droit.* »⁸¹⁷.

Cinquièmement, il a également été soutenu qu'un droit sans action serait dépourvu de valeur⁸¹⁸, et qu'en conséquence l'extinction du droit d'action emporte nécessairement celle du droit substantiel.

Les arguments en faveur de l'approche processualiste de la prescription ne manquent pas non plus.

B-Arguments en faveur de la thèse processualiste

958. Les auteurs qui appréhendent la prescription comme un mode d'extinction du seul droit à l'action (à l'exclusion du droit substantiel) répondent aux arguments avancés par les partisans de la thèse substantialiste.

Sur le premier argument, il a été soutenu que même si la prescription atteint toutes les voies d'exécution et non pas seulement le droit d'action, ces voies d'exécution sont des prérogatives attachées au titre exécutoire qui sert de support à la créance, et non pas à la créance elle-même. Il s'ensuit que la prescription, en éteignant le droit d'action ou le droit d'exécution, n'atteint pas dans tous les cas à la créance elle-même⁸¹⁹.

A l'argument tiré du fait que l'analyse processualiste aurait pour conséquence de rendre les créances disposant d'un titre exécutoire imprescriptible, les partisans de cette thèse leur répondent en rappelant une solution admise par une jurisprudence ancienne mais qui n'a jamais été remise en cause : les procédures d'exécution sont soumises à la

816 J.Ghestin, M., G.Loiseau, *Traité de droit civil*, 2005, p.1137.

817 Ibid., p.471.

818 J.Flour, J.-L. Aubert, *Les obligations, 3.Le rapport d'obligation*, 8ème édition, 2013, p.472.

819 J.Ghestin, M.Billiau, G.Loiseau, op.cit., p.1136.

prescription de droit commun⁸²⁰. Quand le créancier agit en justice la prescription s'arrête à compter de la date à laquelle il saisit le tribunal. Après le jugement, une nouvelle prescription de droit commun coule pour les voies d'exécution. Cette même prescription devrait donc s'appliquer également pour les voies d'exécution de la créance constatée par un titre exécutoire.

959. Les partisans de la thèse processualiste avancent également des arguments nouveaux.

Premièrement, et c'est là l'argument le plus convaincant, la prescription est sanctionnée, selon l'article 122 code de procédure civile, par une fin de non-recevoir. Ce qui ne fait que confirmer sa nature procédurale et non substantielle⁸²¹.

De même une jurisprudence ancienne et établie admettait que le paiement fait après l'expiration du délai de prescription était valide et ne pouvait donc faire l'objet d'une action en répétition de l'indu⁸²². Certains auteurs ont interprété cette jurisprudence par l'idée d'une renonciation tacite de la part du débiteur à la prescription⁸²³. Cependant, certains de ces arrêts ont été rendus dans des hypothèses où le débiteur ignorait que la prescription avait expiré⁸²⁴, ce qui excluait toute idée de renonciation tacite. Cette solution jurisprudentielle a été consacrée par le législateur lors de la réforme du 17 juin 2008. L'article 2249 énonce désormais que « *le paiement effectué pour éteindre une dette ne peut être répété au seul motif que le délai de prescription était expiré.* »

Enfin, en appui à cette thèse, certains auteurs font référence aux articles 2224 et 2226 qui traitent de la prescription de l'*action*⁸²⁵.

Pour notre part nous adhérons plus volontiers à la thèse processualiste qu'à la thèse substantialiste.

820 Cass.Civ., 6 décembre 1852, *DP*.53, 1, p.50, Cass. Civ., 17 août 1864, *DP* 64, 1. P.370 ; Soc., 16 décembre 1969, *Bull.civ.*, V, n°695, p.585.

821 J.Ghestin, M.Billiau, G.Loiseau, *op.cit.*, p.1134.

822 Cf. req., 17 janvier 1938, *DP*. 1940, Com., 8 juin 1948, *DP*.1948.376, Soc., 19 juin 1966, *Bull.civ.* V, n°81, Soc., 11 avril 1991, *Bull.civ.* V n°192, *D.* 1991. Somm., 34, obs. X.Prétot, *RTD Civ.*1992. 97, obs. J. Mestre.

823 J.Flour, J.-L. Aubert, E. Savaux, *Les obligations, 3.Le rapport d'obligation*, 8ème édition, 2013.

824 Com., 8 juin 1948, précité note 822.

825 J.Flour, J.-L. Aubert, E. Savaux, *op.cit.*, p.472.

C- La prescription n'éteint que le droit d'action sans le droit substantiel

960. En plus des arguments déjà exposés en faveur de l'approche processualiste, nous avançons un autre argument. La créance sous terme suspensif nous fournit un exemple pertinent. Avant l'arrivée du terme, aucune action ou procédure d'exécution n'est possible, mais la créance n'en existe pas moins. Il s'ensuit que le créancier peut prendre des mesures conservatoires, que la créance peut faire l'objet d'une saisie en tant que partie de l'actif du créancier et que le paiement anticipé du débiteur ne peut faire l'objet d'une action en répétition de l'indu⁸²⁶. Nous pouvons donc en déduire que la créance a une existence propre, distincte du droit d'action. Ceci peut donc répondre à l'argument selon lequel une créance sans action n'aurait aucune valeur juridique.

La détermination de la nature de la prescription a une incidence directe sur le régime des clauses de prescriptions dans les groupes de contrats.

II-Le régime des clauses de prescription dans les groupes de contrats

961. Si la prescription est considérée comme un mécanisme extinctif du droit substantiel, la clause relative à la prescription, selon la catégorisation que nous avons suivie tout le long de cette thèse, devrait être qualifiée de clause affectant l'existence de la créance. Son extension dans les actions directes et dans les actions délictuelles exercées par le membre de l'ensemble contractuel victime d'inexécution devrait être de plein droit.

Si la prescription n'atteint que le droit d'action, la clause qui aménage la prescription ne porte alors que sur l'exigibilité de la créance. Elle devrait donc être classée avec les clauses qui modulent la créance. Son extension dans les deux hypothèses citées ci-dessus devrait dépendre de la demande de l'une des parties et du jugement d'opportunité du juge.

826 W.Dross, op.cit., p.730.

Puisque nous adhérons à la thèse processualiste dans l'analyse de la prescription, nous nous rallions donc au classement des clauses de prescriptions comme clauses modulatrices des obligations.

Dans les actions délictuelles exercées au sein de l'ensemble contractuel, aussi bien les clauses rallongeant la prescription, que les clauses ajoutant aux causes de suspension ou d'interruption peuvent trouver application, selon l'opportunité de leur mise en œuvre dans le cas d'espèce.

962. Par contre, dans les actions directes, seules les clauses qui abrègent la prescription peuvent avoir intérêt. La raison réside dans l'influence de la prescription de droit commun dans les actions directes. Nous avons déjà démontré que l'action directe pouvait produire ses effets même lorsque les créances concernées n'étaient pas exigibles. Or, si l'on se tient à l'analyse processualiste de la prescription, celle-ci n'influe que sur l'exigibilité de la créance. Il s'ensuit qu'elle n'a en principe aucun effet dans l'action directe. La solution est *à fortiori* la même lorsqu'une clause du contrat vient allonger le délai de prescription. En revanche, lorsque les parties ont convenu de raccourcir la prescription on doit se poser la question de savoir si les parties ont ainsi voulu donner à la prescription un rôle plus important qu'en droit commun. Même si l'exigibilité n'est pas une condition de l'exercice de l'action directe, il est peut être important de respecter ce que les parties ont convenu par rapport à la prescription, si celle-ci représente un intérêt particulier pour la stabilisation de leurs affaires. Les clauses qui raccourcissent la prescription peuvent donc éventuellement être opposables aux parties dans l'action directe, si l'utilité le commande.

Une autre clause intéressante, dont l'intérêt ne peut d'ailleurs se révéler que dans les ensembles contractuels, est la clause de divisibilité.

Sous-section II : La clause de divisibilité

963. La clause de divisibilité est une clause qui prévoit que l'annulation ou la résolution d'un contrat n'affectera pas d'autres contrats qui lui sont liés. A l'inverse la clause

d'indivisibilité prévoit que la nullité ou la résolution d'un contrat affectera d'autres contrats.

964. Les clauses de divisibilité et d'indivisibilité se distinguent de toutes les autres clauses que nous avons précédemment étudiées. Premièrement, il ne s'agit pas d'une clause contractuelle classique qui *peut* produire ses effets dans un groupe de contrats, mais d'une clause qui *ne peut* produire ses effets *que* dans le contexte d'un groupe de contrats. Ensuite, alors que les autres clauses concernent certains effets du contrat, les clauses de divisibilité ou d'indivisibilité concernent sa survie.

965. La clause de divisibilité est plus courante en pratique que la clause d'indivisibilité. Elle fait surtout l'objet d'un contentieux beaucoup plus abondant. Il n'y a pas vraiment de raison de remettre en cause la validité ou l'efficacité de la clause d'indivisibilité. Celle-ci s'analyse en effet en une clause résolutoire : si tel autre contrat vient à disparaître, le contrat contenant la clause d'indivisibilité est résolu de plein droit. Nous porterons donc notre étude sur la clause de divisibilité qui, elle, provoque un débat important quant à son efficacité.

La jurisprudence est très hésitante sur la question, même si la doctrine y est plutôt favorable. Nous ne pensons pas que l'efficacité de cette clause doit être remise en cause mais que son effet doit être encadré.

I-L'efficacité de la clause de divisibilité dans la jurisprudence

966. Jusqu'à récemment, cette question divisait la première chambre civile d'une part et la troisième chambre civile et la chambre commerciale d'autre part. La Chambre mixte vient récemment de rendre deux décisions pour mettre fin à cette divergence.

A-La divergence entre les chambres de la Cour de cassation quant à l'efficacité de la clause de divisibilité

967. La chambre commerciale sanctionnait comme non-écrite la clause de divisibilité qui contredisait l'unité économique de l'opération⁸²⁷. La cour faisait parfois aussi référence à l'opération économique « *résultant de la commune intention des parties* »⁸²⁸.

968. La troisième chambre civile s'est ralliée à cette solution, mais sans motiver sa décision par l'unité économique de l'opération. La cour a seulement fait référence à la « *commune intention des parties de rendre leur accord indivisible* »⁸²⁹.

969. La première chambre civile, par contre, s'est prononcée en faveur de l'efficacité de la clause de divisibilité nonobstant toute appréciation de la réalité économique de l'opération. La cour a estimé que la détermination de la divisibilité ou de l'indivisibilité de l'opération relève exclusivement de la volonté des parties et donc du pouvoir souverain des juges du fond⁸³⁰.

Face à cette divergence, la Chambre mixte de la Cour de cassation s'est finalement réuni pour trancher la question, se prononçant contre l'efficacité de la clause de divisibilité.

B-La Chambre mixte refuse de donner effet à la clause de divisibilité

970. La solution adoptée par la Chambre mixte le 17 mai 2013 sur les deux cas d'espèce a suscité beaucoup de réactions de la part de la doctrine, défavorables pour la plus grande partie.

1-Exposé des arrêts de la Chambre mixte du 17 mai 2013

971. Dans la première espèce il s'agissait de deux sociétés qui avaient conclu deux conventions interdépendantes. La première prévoyait l'installation d'un ensemble informatique et vidéo moyennant une redevance mensuelle. Par une deuxième convention,

827 Com., 15 février 2000, *Bull.civ.*, 2000, IV, n°29, *D.*2000, p.364 obs. Ph.Delebecque, *JCP éd.G* 2000, I, n°9, obs. A.Constnatin, *Defrénois* 2000, p.1118, obs. D.Mazeaud et Com., 24 avril 2007, *RDC* 2008, p.276, obs. D. Mazeaud.

828 Com., 24 avril 2007, précité note 152.

829 Civ 1ère, 28 octobre 2010, n°09-68014, *Bull.civ.* 2010, I, n° 213, *D.*2011, p.566, note D.Mazeaud.

830 Civ 3ème, 6 décembre 2011, n°10-21832, *RDC* 2012/2, p.518 obs. J.-B. Seube

la société utilisatrice s'engageait à louer le matériel pour une certaine durée. Une clause de divisibilité figurait dans le contrat de location. Suite au dysfonctionnement du matériel, la cour d'appel a prononcé la résiliation du contrat d'installation, mais aussi du contrat de location en raison de l'indivisibilité entre les deux contrats. La société bailleuse a fait alors un pourvoi en cassation en se fondant sur la divisibilité des deux conventions telle que prévu par la clause litigieuse.

972. Dans une deuxième espèce, une société avait conclu plusieurs contrats de télé-sauvegarde de ses fichiers. Elle a conclu, auprès d'une autre société, des contrats de location financière du matériel informatique. Une clause de divisibilité figurait dans le contrat de location financière. Le contrat de télé-sauvegarde des fichiers fut résilié pour inexécution. La société locataire demanda que le contrat de location financière soit également résilié en raison de l'interdépendance des deux contrats. La cour d'appel rejeté sa demande en se fondant sur la clause de divisibilité. La société bailleuse fut un pourvoi en cassation en invoquant l'interdépendance des deux contrats.

973. Sous un même attendu de principe, « *que les contrats concomitants ou successifs qui s'inscrivent dans une opération incluant une location financière, sont interdépendants ; que sont réputées non écrites les clauses des contrats inconciliables avec cette interdépendance* », la Chambre mixte rejeta le premier pourvoi et accueillit le deuxième⁸³¹.

974. Deux choses sont à noter dans cet arrêt. Premièrement qu'il est rendu sous le visa de l'article 1134. Ce qui est notable pour un arrêt qui, précisément, invite les juges du fond à méconnaître l'effet d'une clause du contrat, en raison de son incompatibilité avec l'économie de l'opération. Deuxièmement, que l'arrêt retient la même solution dans deux cas de figure pourtant distincts : alors que dans la première espèce il s'agit d'un ensemble contractuel bipartite, dans la deuxième il s'agit d'un ensemble multipartite.

Cet arrêt a suscité de nombreuses critiques de la part des auteurs.

2-La réaction de la doctrine face à l'arrêt de la Chambre mixte du 17 mai 2013

831 Ch. Mixte, 17 mai 2013, n°11-22768 et 11-22927, D.2013, p.1658, note D. Mazeaud, *Gaz.Pal.*, 4 juillet 2013, p.18 obs. D. Houtcieff, *JCP Ed.G* 2013, note F. Buy et 674, note J.B.Seube, *RDC* 2013/3, p.1331, note Y.-M. Laithier, *JCP éd.E* 2013, 1403, note D.Mainguay.

975. De nombreux auteurs ont vu dans cette décision (et dans les arrêts antérieurs ayant retenu la même solution) une application du principe de cohérence⁸³² que nous avons déjà exposé⁸³³.

Selon un auteur, sanctionner les clauses de divisibilité au motif qu'elles sont incohérentes avec l'économie générale du contrat témoigne d'une confusion entre deux notions distinctes : d'une part le concept « d'opération » qui décrit une réalité économique, et d'autre part l'interdépendance contractuelle qui désigne les effets juridiques qu'on peut tirer de cette unité économique⁸³⁴. L'auteur ajoute que les clauses de divisibilité ne remettent pas en cause l'unité économique de l'opération, mais qu'elles permettent juste de répartir les risques inhérents à la disparition d'un contrat de l'ensemble. Cette vision est d'ailleurs partagée par M.Seube⁸³⁵. Sur ce, les deux auteurs s'accordent pour dire que le respect de la volonté des parties aurait commandé de donner effet à la clause, qui ne porte pas atteinte à la cohérence du contrat.

Une autre critique adressée à l'arrêt remet en cause le pouvoir des juges d'annuler ou même de considérer une clause comme non écrite sans qu'elle soit interdite par aucun texte⁸³⁶.

Malgré ces critiques, nous approuvons - partiellement du moins - la solution retenue par l'arrêt.

II-Appréciation du bien-fondé de la solution

976. Nous ne pensons pas que la clause de divisibilité puisse produire ses pleins effets. Néanmoins, elle peut servir de présomption quant à la cause recherchée par le contrat.

832 Y.-M. Laithier, « La marche forcée vers l'interdépendance contractuelle », *Revue des Contrats*, 2013/3, p.1331, S.Chassagnard-Pinet, « Interdépendance contractuelle et clause de divisibilité », *Petites affiches*, , 25 octobre 2013, n°214, p.7 et M. Mekki, « Le nouvel essor du concept de clause contractuelle », *Revue des Contrats*, 2007/2, p. 239 s.

833 Voir *supra* n°769.

834 Y.-M. Laithier, « La marche forcée vers l'interdépendance contractuelle », *op.cit.*

835 J.-B.Seube, « Clauses de divisibilité et d'indivisibilité entre deux conventions », *Revue des Contrats*, 2012/2, p.518.

836 Y.-M. Laithier, « La marche forcée vers l'interdépendance contractuelle », *op.cit.*

A-Inefficacité de principe de la clause de divisibilité

977. La solution adoptée par la Chambre mixte peut mieux se comprendre sans doute lorsqu'on revient à la définition de l'ensemble contractuel. L'ensemble contractuel est formé par deux ou plusieurs contrats qui concourent à une même opération d'ensemble, et entre lesquels il existe un lien d'interdépendance ou de dépendance unilatérale⁸³⁷. Lorsque les contrats sont liés par des liens d'interdépendance, la disparition d'un contrat entraîne probablement celle de l'opération; or si cette opération sert de cause à l'autre contrat, ce dernier se trouve également dépourvu de cause et devient caduque. Dans l'hypothèse où l'un des contrats dépend unilatéralement de l'autre, l'effet est plus direct : la disparition d'un contrat entraîne automatiquement celle de l'autre qui se trouve dépourvu de cause.

Admettre la survie d'un contrat suite à la disparition d'un autre contrat qui constitue avec lui un ensemble contractuel revient donc à admettre l'existence d'un contrat sans cause. Or, l'acte abstrait n'est pas reconnu en droit français, du moins pas dans les relations à deux personnes⁸³⁸. Pour cette raison, nous pensons que l'arrêt de la Chambre mixte du 17 mai 2013 aurait dû être rendu au visa de l'article 1131 et non de l'article 1134.

978. D'un point de vue pratique, nous pensons que cette solution prétorienne s'aligne sur une politique adoptée depuis longtemps par le législateur, qui vise à la protection de la partie faible contre le risque de se trouver lié par un contrat qui ne lui porte aucun intérêt. Ainsi qu'en témoignent notamment les lois Scrivener I et II, visant à protéger les consommateurs à crédit de tels risques.

Cependant, nous ne pensons pas que les clauses de divisibilité doivent être totalement dénuées de toute efficacité.

B-Rôle de la clause de divisibilité comme simple indice de la cause réelle recherchée par les parties

837 Voir *supra* n°264 et 265.

838 Ch. Larroumet, *Droit civil, tome III, les obligations, le contrat*, Economica, 5ème édition, 2003, p.469s.

979. La clause de divisibilité peut servir d'indice de l'opération économique recherchée par les parties. Prenons l'exemple d'une personne qui conclut un contrat de prêt et un autre contrat d'achat de matériel pour son activité professionnelle. On pourrait présumer que le contrat d'achat sert de cause au contrat de prêt. Si le contrat d'achat contient une clause de divisibilité par rapport au contrat de prêt, la présomption serait inversée, le juge devrait chercher la cause du contrat dans un autre élément. Mais si, malgré la clause de divisibilité, le juge ne trouve pas d'autres éléments qui puissent servir de cause au contrat de prêt, la présomption créée par la clause tomberait. Le contrat d'achat serait alors la cause du contrat de prêt et le sort de ce dernier serait alors lié au sort du premier. La disparition de la cause réelle du contrat (qu'elle soit celle compatible ou incompatible avec la clause de divisibilité) entraîne la disparition du contrat.

La clause de divisibilité peut donc produire des effets dans le groupe de contrats, mais ces effets seraient doublement limités. Premièrement il s'agit d'un rôle médiat : la clause ne peut permettre aux parties de décider directement du sort de leur contrat. Elle permet seulement de déduire l'opération économique envisagée par les parties qui sert de cause au contrat litigieux. C'est l'existence et la survie de cette cause qui conditionne la survie du contrat qui contient la clause litigieuse. Deuxièmement, la clause ne peut servir que de présomption simple pour la détermination de cette cause. Elle n'a donc ni valeur de force obligatoire contractuelle, ni même valeur de force probante.

Conclusion chapitre II

980. Dans ce chapitre nous avons étudié quatre types de clauses en raison de l'intérêt doctrinal et pratique qu'elles suscitent lors de leur mise en œuvre dans les groupes de contrats : la clause pénale, les clauses limitatives de responsabilité, les clauses relatives à la prescription et enfin la clause de divisibilité.

981. Le caractère réparateur de la clause pénale explique qu'elle puisse être étendue dans les actions directes en réparation. En revanche, dans les actions délictuelles exercée par le membre de l'ensemble contractuel victime d'inexécution, le caractère comminatoire de la clause pénale interdit son extension.

982. La complexité des clauses limitatives de responsabilité s'explique par leur grande variété et la par leur possible confusion avec les clauses de non-obligation.

983. Le sort des clauses relatives à la prescription dépend de la conception qu'on adopte du mécanisme de prescription. Nous adhérons à la thèse processualiste selon laquelle la prescription a pour effet d'éteindre le droit d'action sans le droit substantiel. Il s'ensuit que les clauses qui portent sur la prescription doivent être classées avec les clauses modulatrices de l'obligation et que leur extension doit dépendre de l'appréciation du juge de fond.

984. Enfin, les clauses de divisibilité provoquent un débat dans la doctrine et dans la jurisprudence quant à leur efficacité. Nous ne pensons pas que la clause de divisibilité puisse produire d'effets directs quant au sort du contrat en cas de disparition des autres contrats de l'ensemble. Mais la clause peut servir de présomption simple quant à la détermination de la cause du contrat.

Conclusion titre II

985. Dans ce titre nous avons étudié le fondement juridique de l'extension vu de l'angle des clauses qui font l'objet de cette extension. Nous avons pu en retenir plusieurs conclusions. Nous retiendrons ici cinq remarques-clés :

986. Premièrement que les clauses à contenu obligationnel ne représentent qu'une catégorie très restrictive de clauses, principalement par ce que la définition technique de l'exécution forcée est très stricte.

987. Deuxièmement que des nuances assez fines entre les clauses peuvent conduire à des régimes différents dans les groupes de contrats. Ainsi en est-il par exemple la distinction entre clause pénale et clause de dédit sur la base de leur participation au *negotium* ; ou encore entre clause exonératoires et clause de non-obligation, avec les conséquences qui peuvent en résulter dans les ensembles contractuels.

988. Troisièmement, que l'opposabilité des clauses lors des actions en responsabilité dans les ensembles contractuels est conditionnée par la compatibilité de ces clauses avec la nature de la responsabilité délictuelle.

989. Quatrièmement, que la mise en œuvre de certaines clauses dépend de la qualification de l'objet de la clause. Il en est ainsi par exemple de la clause de prescription, dont l'effet dépend de l'approche substantialiste ou processualiste de la prescription. De même pour la clause pénale, dont l'effet dans les groupes de contrats dépend de l'objet qu'on considère comme principal : l'objet comminatoire ou l'objet indemnitaire.

990. Cinquièmement, que les parties n'ont pas la liberté de décider directement du sort de leur contrat dans le cadre de l'ensemble contractuel, par l'intermédiaire de la clause de divisibilité. La clause ne peut servir que de présomption simple pour la détermination de la cause du contrat.

Conclusion deuxième partie

991. Dans cette partie nous avons d'abord discuté du bien-fondé des décisions jurisprudentielles que nous avons exposées dans la première partie. Dans un effort de généralisation des décisions que nous ont paru justifiées, nous avons classé les clauses en plusieurs catégories, afin de déterminer leurs rôles respectifs dans le groupe de contrats.

992. Les clauses affectant l'existence ou le montant de la créance sont opposables de plein droit dans les actions directes et dans les actions délictuelles exercées par un membre de l'ensemble contractuel qui subit un dommage en raison d'une inexécution contractuelle ; à condition toutefois dans cette dernière hypothèse que la clause soit compatible avec la nature de la responsabilité délictuelle.

993. Les clauses qui modulent l'obligation peuvent s'étendre également dans les mêmes hypothèses, mais leur extension dépend d'un jugement d'opportunité du juge. Ces clauses doivent affecter la clause avant la survenance du conflit.

994. Les clauses de compétences peuvent s'étendre dans les chaînes de contrats et les ensembles contractuels afin d'unifier le contentieux. Leur extension est cependant conditionnée dans certains cas par la preuve que les parties ont accepté la clause.

995. L'extension de l'effet obligationnel d'une clause dans un groupe de contrats est limité à deux hypothèses bien précises : la transmission d'une clause à titre d'accessoire à l'ayant cause à titre particulier (dans les chaînes de contrats) et le cas où le respect de la force obligatoire de la clause le commande inévitablement (dans les ensembles contractuels).

996. D'autres clauses, à contenu non obligationnel, peuvent être opposables aux autres membres de l'ensemble contractuel si le juge estime que l'utilité le commande.

997. Nous devons également signaler le cas particulier de la clause de divisibilité qui a vocation à anéantir les effets principaux de l'ensemble contractuel, mais qui ne peut avoir qu'un effet limité.

Conclusion générale

998. Le droit est l'une de ces rares disciplines littéraires qui ont pourtant une vocation technique et professionnelle. Toute étude juridique doit donc reposer sur un raisonnement purement abstrait, faute de toute preuve empirique. Le chercheur en droit ne doit néanmoins jamais perdre de vue son but ultime, qui est d'ajouter à la compréhension et au contenu du droit positif.

999. Nous soulignons encore une fois que l'objectif de cette thèse n'est point de dresser une liste exhaustive des clauses qui peuvent produire des effets à l'échelle des groupes de contrats. Une telle recherche serait vaine, momentanée et surtout elle aurait pour effet d'ignorer deux réalités. La première est le caractère constamment évolutif de la jurisprudence, surtout dans un domaine encore en chantier, tel que les groupes de contrats. Le deuxième est qu'on ne peut jamais faire état de toutes les variétés possibles de clauses. Au nom de la liberté contractuelle, les parties peuvent moduler des clauses comme bon leur plaît, et la pratique ne cesse de créer de nouvelles formules.

Cette étude a donc voulu adopter une approche différente. Il s'agit de la création d'une méthode. Une méthode qui permet : de bien tracer les contours du problème, de comprendre dans quels cas une clause peut voir son effet étendu dans un groupe de contrats sans porter atteinte aux exigences de droit commun, et enfin, de justifier les rares exceptions où cette extension peut déroger au droit commun.

1000. En l'absence de codification et de consensus doctrinal sur tous les aspects des groupes de contrats, nous avons dû commencer notre étude par prendre position sur des problématiques encore pendantes, qui constituent le préalable de notre sujet. Nous avons démontré que l'ensemble contractuel se forme par le lien de cause, celle-ci étant entendue dans son sens moderne, c'est-à-dire comme « l'économie du contrat ». Les membres de l'ensemble contractuel multipartite et de la chaîne de contrats sont des tiers les uns par rapport aux autres. L'action directe qui constitue le moteur de la chaîne de contrats, s'analyse comme un mécanisme de compensation multilatérale légale. L'ensemble contractuel multipartite ne peut produire ses effets à l'égard des membres de l'ensemble

que si ceux-ci connaissent l'existence de l'ensemble au moment où ils ont conclu le contrat. Enfin, dans les ensembles contractuels bipartites, une distinction s'impose entre le véritable ensemble contractuel et entre le contrat unique complexe, ou divisé en plusieurs *instrumentum*. Nous avons adopté, pour opérer cette distinction, une approche chronologique qui permet de détecter le nombre de fois que les parties ont échangé leur consentement mutuel de réaliser une certaine opération.

1001. Une fois ces questions préalables réglées, nous avons ensuite étudié quelques décisions de jurisprudence qui traitent de l'extension de clauses au sein des groupes de contrats. Le but de cette approche était de chercher dans la jurisprudence les germes de principes généraux qui peuvent gérer l'extension des clauses dans les groupes de contrats. Ensuite nous avons soumis ces « germes » à un examen méthodique afin de décider de leur bien-fondé. A la lumière des décisions qui nous ont paru valablement justifiées, nous avons retirés quelques règles directrices. Le corpus de règles que nous avons dégagé de la jurisprudence, ajoutée aux réponses que nous avons apportées aux questions préalables, aboutissent ensemble à la création d'une méthode rigoureuse pour décider du sort de toute clause dans le contexte du groupe de contrats.

1002. La première étape dans cette méthode est de reconnaître le type de groupe de contrats auquel on fait face : s'agit-il d'un ensemble contractuel bipartite, d'un ensemble contractuel multipartite ou d'une chaîne de contrats ?

1003. Si c'est un ensemble contractuel bipartite, la première question qu'on devrait se poser serait de savoir s'il s'agit d'un seul contrat divisé en plusieurs *instrumentum*, ou d'un véritable ensemble contractuel. Dans le premier cas, la question de l'extension de la clause ne se pose même pas. S'agissant d'un même contrat, toutes les clauses contenues dans les divers *instrumentum* s'appliquent en toute logique à toute l'opération. Dans la deuxième hypothèse, l'ensemble contractuel bipartite nous a semblé un cas de figure assez marginal par rapport à la problématique de l'extension. Aucun texte n'empêche l'extension d'une clause contenue dans un contrat à un autre - l'article 1165 n'est point concerné dans cette hypothèse, puisqu'il s'agit des mêmes personnes dans les deux contrats – mais en pratique l'extension se révèle rarement nécessaire dans cette hypothèse. Si les parties ont toutes les deux consenti à créer deux contrats distincts, c'est

probablement qu'elles ont jugé que chacun des deux contrats devrait se suffire à lui-même.

1004. Si le groupe prend la forme d'une chaîne de contrats ou d'un ensemble multipartite, la problématique de l'effet relatif des contrats paraît alors sur le devant de la scène. Nous avons démontré que **l'article 1165 ne fait obstacle qu'à l'extension des clauses à contenu obligationnel**. Nous avons retenu cinq éléments caractéristiques qui permettent de reconnaître la clause qui génère des obligations. Si la clause a un contenu obligationnel, elle ne peut en principe être étendue aux autres membres de la chaîne ou de l'ensemble contractuel. Sinon, la clause est *potentiellement opposable*.

Si cette distinction entre les clauses qui génèrent des obligations et les autres qui n'en génèrent pas est apparue cruciale dans le contexte des groupes de contrats, sa portée ne se limite pas à ce domaine. Cette idée, avancée par M. Ancel il y a eu quinze ans, pourrait se révéler également importante dans tous les contextes juridiques contemporains où la mise en œuvre de l'article 1165 pourrait soulever problèmes.

1005. Nous voulons insister sur le concept d'opposabilité dont l'importance s'est révélée capitale pour le phénomène des extensions dans les groupes de contrats. **L'opposabilité apparaît comme un terrain neutre.** Une clause opposable n'est pas forcément étendue aux tiers. Elle *peut* néanmoins être étendue à certain tiers si la loi ou le juge l'estime nécessaire ou opportun. L'opposabilité est donc un point d'équilibre entre la légalité et l'utilité.

1006. Les dérogations à l'effet relatif des contrats ne sont qu'au nombre de deux. Dans les chaînes de contrats, cette dérogation se manifeste par la transmission des droits à l'ayant cause à titre particulier. Cette dérogation se justifie à la fois par l'article 1122 du code civil et par la notion de l'accessoire. Elle est limitée à la transmission des droits, à l'exclusion des obligations. Dans les ensembles contractuels une autre dérogation au principe de l'effet relatif des contrats apparaît lorsque le respect de la force obligatoire d'une clause l'exige nécessairement. Il s'agit d'un cas où une clause ne peut *par principe* produire ses effets entre les parties qu'en l'étendant à un autre membre de l'ensemble contractuel, et à condition que le membre qui se voit imposer la clause soit de mauvaise foi.

1007. Dans les chaînes de contrats, l'action directe est apparue comme un vecteur essentiel pour l'extension des clauses aux autres membres de la chaîne. Les clauses, sans effet obligationnel, qui affectent l'existence ou le montant de la créance sont de plein droit opposables aux autres membres de la chaîne. L'opposabilité des clauses qui « modulent » la créance - sans affecter son montant ou son existence - est soumise à l'appréciation souveraine du juge, suivant l'opportunité et la nécessité dans le cas d'espèce.

1008. Dans les ensembles contractuels multipartites, une hypothèse est apparue qui pourrait commander l'opposabilité de certaines clauses suivant le même régime que nous avons retenu pour l'action directe. Il s'agit de l'action délictuelle qui est exercée par un membre de l'ensemble contractuel qui subit un dommage en raison de l'inexécution d'un autre contrat de l'ensemble. Si cette jurisprudence est confirmée par des arrêts ultérieurs – cette solution est jusqu'à maintenant adoptée par une seule décision de premier degré – toutes les clauses qui affectent le montant ou l'existence de la créance de responsabilité devraient être étendues de plein droit au membre victime de l'inexécution. Une condition supplémentaire est cependant requise, c'est qu'il faut que la clause soit compatible avec la nature de la responsabilité délictuelle. Et les clauses modulatrices de la créance de réparation devraient être soumises au pouvoir souverain d'appréciation du juge, selon un jugement d'opportunité.

1009. Mise à part cette hypothèse, la jurisprudence admet l'opposabilité de certaines clauses aux autres membres de l'ensemble contractuel. Nous citerons ici, à titre d'exemple et non à titre exhaustif, l'opposabilité d'une clause de renonciation à recours à l'un des cocontractants en application du devoir de bonne foi, et l'interprétation d'une clause d'un contrat par référence à une autre clause d'un autre contrat du même ensemble. Le pouvoir créateur de la jurisprudence dans ce cas est sans limite. Puisqu'il s'agit de clauses sans effet obligationnel, les juges peuvent étendre leurs effets à chaque fois que la nécessité ou l'opportunité le requiert.

1010. Il faut ici souligner l'importance de conférer au juge une marge d'appréciation pour mesurer l'opportunité de l'extension de certaines clauses, à condition que ces clauses n'aient pas de contenu obligationnel. **Le développement de l'effet des groupes de contrat dépend étroitement de cette marge d'appréciation conférée au juge.** La marge

de manœuvre du juge n'a cessé d'augmenter durant les dernières années. Ce phénomène se voit aussi bien en droit des contrats (contrôle de l'équilibre des prestations, invitation des parties à renégocier le contrat en cas de la survenance d'un évènement imprévu, l'insertion d'obligations d'information et de sécurité dans certains types de contrats, la constatation du contrat judiciaire), mais aussi en dehors du droit des contrats⁸³⁹ (contrôle de l'application de la législation économique par les autorités de régulation, consécration croissantes des principes généraux du droit dans plusieurs branches du droit, la détermination de l'intérêt de l'enfant dans les litiges familiaux, de même que pour l'intérêt de l'entreprise dans le contentieux sociétaire)⁸⁴⁰. On demande de plus en plus du juge de faire un jugement d'opportunité, et d'arbitrer entre les différents intérêts qui forment l'enjeu du litige⁸⁴¹. Nous pensons que ce rôle nouveau du juge serait utile, voire nécessaire, pour que le groupe de contrats puisse produire ses pleins effets juridiques. Le pouvoir d'appréciation accordé au juge serait encadré par les règles générales que nous avons précédemment proposées.

Ce rôle créatif du juge pourrait être exercé de deux manières. Soit par une approche au cas par cas, soit par la construction de règles prétorienne à caractère général, à l'instar de la jurisprudence administrative. A chacune de ces méthodes ses avantages. Pour la première, la souplesse, pour la seconde la sécurité juridique. Nous imaginons que l'approche des juges pourrait se faire par un enchaînement des deux méthodes. Au début par une approche au cas par cas, ensuite avec la multiplication du contentieux, la jurisprudence pourrait construire un corpus de règles suffisamment riche pour gouverner les diverses hypothèses d'extension et de transmission de clauses dans les groupes de contrats.

839 J.Ghestin, « L'utile et le juste dans les contrats », *Archives de philosophie du droit*, tome 26, « L'utile et le juste », 1981, p.35

840 L.Cadiet, « L'hypothèse de l'américanisation de la justice française, Mythe et réalité », *Archives de philosophie du droit*, tome 45, « L'américanisation du droit », p.89.

841 M.-F. Desolneux, « L'imperium du juge », *Revue de jurisprudence commerciale*, n°11, novembre 1995, numéro spécial « L'échange de consentement » et D.Salas, « Le juge aujourd'hui », *Droits, Revue française de théorie, de philosophie et de culture juridiques*, n°34 « mots de la justice », p.61.

1011. La méthode que nous avons décrit jusque là est valable pour les différents types de clauses, à l'exclusion des clauses de compétence. Ces clauses n'ont pas d'effet obligationnel, elles sont donc potentiellement opposable aux tiers. Cependant, en raison de l'atteinte qu'ils peuvent porter à certains droits processuels fondamentaux, leur extension ne peut se faire - dans certaines hypothèses - que si l'on établit le consentement de toutes les parties à l'objet de la clause. Si cette volonté est établie, et si la bonne administration de la justice le requiert, la clause peut être étendue aux autres membres de la chaîne ou de l'ensemble.

1012. Les constatations que nous avons pu tirer à propos de l'extension des clauses de compétence (nécessité de la volonté comme condition préalable à l'extension et le recours à la bonne administration de la justice comme fondement juridique pour justifier l'extension) nous semblent valables au-delà du contexte du groupe de contrats. Elles seraient peut-être applicables également dans le contexte des groupes de sociétés, où la problématique de l'extension des clauses de compétence est aussi fortement présente que dans les groupes de contrats.

1013. L'intérêt de la méthode que nous avons développé dans cette thèse est premièrement de réaliser un compromis entre l'article 1165 du code civil et le développement de la notion de groupe de contrats. Il est réservé une place importante pour le pouvoir créateur du juge dans ce domaine, ce qui constitue un atout important pour que le droit positif puisse progressivement rendre compte de tous les aspects du groupe de contrats. Ce pouvoir créateur est néanmoins encadré par l'interdiction faite au juge d'étendre l'effet d'une clause qui a un contenu obligationnel.

Deuxièmement, cette méthode permet de construire le régime des groupes de contrats à partir d'une notion classique, bien connue des praticiens, qui est l'opposabilité. Ce qui évite de créer de nouveaux mécanismes pleinement nouveaux, dont il faudra des années ou même des décennies pour bien définir les contours.

Troisièmement, la méthode que nous avons adoptée permet de diviser le raisonnement pour l'extension des clauses en deux temps. D'abord, il faut réfléchir sur la *possibilité* de l'extension. La clause est-elle potentiellement opposable ? S'il s'agit d'une clause de compétence, la volonté des parties a-t-elle été respectée ? Dans un deuxième

temps on réfléchit à l'utilité de l'extension. Pour reprendre l'exemple des clauses de compétence, y aurait-il un risque de multiplication des recours et de contrariété des décisions si la clause n'est pas étendue ? Cette division du raisonnement permet de garantir, à la fois, la compatibilité des mécanismes d'extension avec les exigences du droit commun, et la nécessité ou l'opportunité de ces mécanismes.

Enfin, notre méthode permet de préciser le régime de l'action directe, ce très ancien mécanisme qui fut à l'origine de la théorie des groupes de contrats. L'opposabilité des clauses qui affectent l'existence ou le montant de la créance se ferait de plein droit, contrairement à d'autres hypothèses où l'opposabilité des clauses dépendrait de l'appréciation du juge. L'action directe jouit ainsi d'une sécurité juridique plus grande en raison de son importance particulière dans la pratique.

1014. Nous espérons que par l'intermédiaire de la méthode que nous proposons, cette thèse contribuera à amortir ce bouleversement que le droit civil encourt par la montée en puissance des groupes de contrats. L'objet de cette étude, que nous espérons accompli, est que cette transition du contrat unique au groupe de contrats se fasse de façon aussi harmonieuse que possible.

1015. Pour résumer, la méthode que nous avons mise place dans cette thèse repose sur sept points principaux :

- 1-La première étape est toujours d'identifier le type de groupe de contrats concerné.
- 2-Si la figure litigieuse est un ensemble contractuel bipartite, la question principale est alors de savoir s'il s'agit véritablement d'un ensemble contractuel, ou d'un seul contrat divisé en plusieurs *instrumentum*.
- 3-Si le groupe concerné prend la forme d'une chaîne de contrats ou d'un ensemble contractuel multipartite, la première question est alors de savoir si la clause litigieuse a un contenu obligationnel ou non-obligationnel.
- 4-Les clauses à contenu obligationnel ne peuvent être étendues aux autres membres du groupe, à deux exceptions près : l'extension des droits accessoires à la chose à l'ayant cause à titre particulier dans les chaînes de contrats, et le cas où la force obligatoire de la clause le commande nécessairement dans les ensembles contractuels.

5-Toute clause qui n'a pas de contenu obligationnel, est potentiellement opposable. Elle peut produire ses effets à l'échelle du groupe, notamment dans l'ensemble contractuel, à chaque fois que le juge le trouve nécessaire ou opportun.

6-L'opposabilité s'opère de plein droit pour les clauses qui déterminent le montant ou l'existence de la créance dans les actions directes et, possiblement, dans les actions délictuelles exercées par le membre de l'ensemble contractuel victime d'inexécution contractuelle.

7-Les clauses de compétence, malgré qu'elles soient potentiellement opposables, nécessitent dans certains cas le consentement préalable, même tacite de tous les membres concernés.

Bibliographie

I-Traités, manuels et ouvrages généraux

Aynès (A.), Vuitton (X.)

Droit de la preuve, Principes et mise en œuvre processuelle, LexisNexis, 2013.

Barthez (A.-S.) et Houtcieff (D.)

Traité de droit civil, Les sûretés personnelles, LGDJ, 2010.

Beurier (J.-P.)

Droits maritimes, Dalloz, deuxième édition, 2008.

Bonneau (T.) et Drummond (F.)

Droit des marchés financiers, Economica 2^{ème} édition, 2005 et 3^{ème} édition 2010.

Buffelon-Lanore (Y.) et Larribau-Terneyre (V.)

Droit civil Deuxième année, Dalloz, 2006.

Cadiet (L.), Clay (T.) et Jeuland (E.)

Médiation et Arbitrage, Alternative dispute resolution, Litec, LexisNexis, 2005.

Droit judiciaire privé, Lexisnexis, 2013.

Carbonnier (J.)

Droit civil, les Obligations, tome 4, 22^{ème} édition refondue, Puf, 2000.

Flexible droit, pour une sociologie du droit sans rigueur, 10^{ème} édition, LGDJ, 2001.

Cayrol (N.)

Droit de l'exécution, LGDJ, collection Domat droit privé, 2013.

Chabas (F.)

Leçons de droit civil, tome II/ premier volume, Obligations théorie générale, 8^{ème} édition, 1991.

De Bournonville (P.)

Droit judiciaire : l'arbitrage, Larcier, 2000.

Dekeuwer-Défossez (F.) et Blary-Clément (E.)

Droit commercial, actes de commerce, fonds de commerce, commerçants, concurrence, éditions Montchrestien-Lextenso, collection Domat droit privé, 10^{ème} édition, 2010.

Del Vecchio (G.)

Philosophie du droit, traduction de J. Alexis d'Aynac, 1954, réédition Dalloz, 2004.

Dross (W.)

Clausier, Dictionnaire des clauses ordinaires et extraordinaires des contrats de droit privé interne, Litec, 2^{ème} édition, 2011.

Droit des biens, éditions Lextenso et Montchrestien, collection Domat droit privé, 13^{ème} édition, 2012

Dupichot (Ph.)

Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés, LGDJ, 2005.

Fabre-Magnon (M.)

Droit des obligations I- Contrat et engagement unilatéral, PUF, collection « Thémis droit », 3^{ème} édition, 2012.

Flour (J.), Aubert (J.-L.) et Savaux (E.),

Les obligations, 1-l'acte juridiques, édition Colon, 8^{ème} édition 1998 et 13^{ème} édition 2008.

Les obligations, 3.Le rapport d'obligation, Sirey, 5^{ème} édition, 2007 et 8^{ème} édition, 2013.

Fouchard (Ph.), Gaillard (E.) et Goldman (B.)

Traité de l'arbitrage commercial international, Litec, 1996.

François (J.)

Traité de droit civil, tome 4, Les obligations, Régime général, LGDJ, 2^{ème} édition, 2011.

Ghestin (J.), Jamin (Ch.) et Billiau (M.)

Traité de droit civil, Les effets du contrat, LGDJ, 2001.

Les régimes des créances et des dettes, LGDJ, 2005.

Guinchard (S.)

Montagnier (G.) et Varinard (A.), Debard (T), *Institutions juridictionnelles*, Dalloz, 11^{ème} édition, 2011.

Guyon (Y.)

L'Arbitrage, Economica, 1995.

Jeantin (M.) et Le Cannu (P.)

Droit commercial, Instruments de paiement et de crédit, Entreprises en difficulté, Dalloz, 5^{ème} édition, 1999.

Jeuland (E.)

Droit processuel général, éditions Montchrestien-Lextenso, 2012.

Larroumet (Ch.)

Droit civil, tome III, les obligations, le contrat, Economica, 5^{ème} édition, 2003 et 6^{ème} édition, 2007.

Droit civil, les biens, droits réels principaux, Economica, 2004.

Leborgne (A.)

Voies d'exécution et procédures, Dalloz, 2009.

Mainguy (D.)

Contrats Spéciaux, Dalloz, 7^{ème} édition, 2010,.

Malaurie (Ph.) et Aynès (L.)

Les contrats spéciaux. Defrénois, 2004.

Droit civil, Les sûretés, La publicité foncière, Defrénois, 2004.

Malaurie (Ph.), Aynès (L.) et Stoffel-Munck (Ph.)

Droit civil, les obligations, Defrénois, 4^{ème} édition, 2009 et 6^{ème} édition, 2013.

Malinvaud (Ph.) et Fenouillet (D.)
Droit des obligations, Litec 11^{ème} édition, 2010.

Mayer (P.) et Heuzé (V.)
Droit International Privé, Domat Droit privé, LGDJ, 8^{ème} édition, 2004 et 10^{ème} édition, 2010.

Mélin (F.)
Droit des obligations, LGDJ, 2006.

Mignot (M.)
Droit des sûretés, éditions Montchrestien et Lextenso.

Mousseron (P.), Raynard (J.), Seube (J.-B.)
Technique contractuelle, Francis Lefebvre, 3^{ème} édition, 2005.

Oppetit (B.)
Théorie de l'arbitrage, PUF, 1998.

Ost (F.)
Dire le droit, Faire justice, Bruylant, 2^{ème} édition, 2012.

Piedelièvre (S.) et Gency-Tandonnet (D.)
Droit des transports, transports terrestres, aériens et maritimes, LexisNexis, 2013.

Pothier (R.-J.)
Traité des obligations, préface J.- L. Halpérin, réédition de la Bibliothèque Dalloz, 2011.

Puig (P.), François (J.)
Droit civil, Les sûretés personnelles, tome VII, sous la direction de Ch. Larroumet, 2004.

Remond-Gouilloud (M.)
Droit Maritime, Editions A. Pedone, 2^{ème} édition, 1993.

Rigaux (F.) et Fallon (M.)
Droit international privé, Larcier, troisième édition, 2005.

Robert (J.)
L'arbitrage, droit interne, droit international privé, Dalloz, 1983.

Rochfield (J.)
Les grandes notions du droit privé, collection Thémis, PUF, 2011.

Roland (H.), Boyer (L.)
Introduction au droit, Litec, 2002.

Tallon (D.), Harris (D.)
Le contrat aujourd'hui, comparaisons franco-anglaises, LGDJ, 1987.

Tandogan (H.)
Notions préliminaires à la théorie générale des obligations, Librairie de l'Université de Genève, 1972.

Terré (F.)
Introduction générale au droit, Dalloz, 8^{ème} édition, 2009.

Terré (F.), Simler (Ph.), Lequette (Y.)
Droit Civil Les obligations, Dalloz ,8^{ème} édition 2002 et 9^{ème} édition, 2005.

Vialard (A.)
Droit maritime, PUF, 1997.

Vidal (D.)

Droit français de l'arbitrage interne et international, Gualino, 2012.

II-Ouvrages spéciaux

Aydel (K.)

Crédit documentaire et connaissance, Larcier, 2012.

Berthiau (D.)

Droit de la santé, Mémentos LMD, Gualino éditeur, 2007.

Budin (R. Ph.)

Les clauses arbitrales internationales, Payot, 1993.

Cashin-Ranieri (E.)

Les cessions contractuelles de créances de sommes d'argent dans les relations civiles et commerciales franco-allemandes, LGDJ, 2001.

Cozian (M.)

L'action directe, LGDJ, 1969.

Deroussin (D.)

Histoire du Droit des Obligations, Economica, 2007.

Deschamp-Populin (C.)

La cause du paiement, une analyse innovante du paiement et des modes de paiement, préface d'A.Prum, Larcier, 2010.

Foriers (A.)

Groupes de Contrats et ensembles contractuels, quelques observations en droit positif, LGDJ, 2006.

Ghestin (J.)

Cause de l'engagement et validité du contrat, LGDJ, 2006.

Moréteau (O.), Newcombe (S.) et Tunc (A.)

Droit anglais des affaires, Dalloz, 2000.

Nammour (F.), Cabrillac (R.), Cabrillac (S.) et Lecuyer (H.)

Droit des obligations, Droit français-droit libanais, perspectives européennes et internationales, préface Pierre Catala, éditions Bruylant, DELTA et LGDJ, 2006.

Néret (J.)

Le sous-contrat, LGDJ, 1979

Pichonnaz (P.)

La compensation, analyse historique et comparative des modes de compenser non conventionnels, Editions universitaires de Fribourg Suisse, 2001.

Poughon (J.-M.)

Aubry et Rau, Leurs œuvres, Leurs enseignements, Presse Universitaire de Strasbourg, 2006.

Rampelberg (R.-M.)

Repères romains pour le droit européen des contrats, LGDJ, 2005.

Roblot (R.)

Les effets de commerce, Lettre de change, Billets à ordre et au porteur, Warrant, Facture protestable, Sirey, 1975.

Wintgen (R.)

Etude critique de la notion d'opposabilité, Les effets du contrat à l'égard des tiers en droit français et allemand, sous la direction de Jacques Ghestin, LGDJ, 2004.

III-Thèse et mémoires

Arzalier (S.)

La connexité en droit civil, préface de C. Caffard, thèse à l'Université de Paris IX, L'harmattan, 2002.

Assaf (R.)

Unification du régime juridique des conventions d'arbitrage interne et international, thèse de Doctorat en droit privé à l'Université de Paris II, 2008.

Babaei (I.)

La nature de la responsabilité des contractants à l'égard des tiers, thèse à l'Université de Paris I, 1997.

Bacache-Gibeili (M.)

La Relativité des conventions et les groupes de contrats, thèse à Paris II Panthéon-Assas, 1996.

Bahans (J-M.)

Théorie générale de l'acte juridique et droit économique, thèse à Bordeaux IV, 1998.

Bazin-Beust (D.)

L'obligation de faire faire, thèse pour le Doctorat à l'Université de Caen, 2000.

Bertrand (L.)

L'opposabilité du contrat aux tiers, thèse pour le Doctorat d'Etat, université de Paris II, 1979.

Bigot-Goncalves (M.)

Les assurances de groupe, préface G. Wiederkehr, thèse à l'Université de Strasbourg, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2009.

Blanchin (C.)

L'autonomie de la clause compromissoire : un modèle pour la clause attributive de juridiction ? Mémoire pour le DEA de droit international (option droit international privé et commerce international), sous la direction de Mme H.Gaudemet-Tallon, LGDJ, 1994.

Bourassin (M.)

L'efficacité des garanties personnelles, préface de V.Brémont, et M.-N. Jobard-Bachelier, thèse à l'Université de Paris X, LGDJ, 2006.

Bourdon (V.)

La distribution de l'assurance par les associations, préface de J.Kullmann thèse à l'Université de Paris I, LGDJ, 2001.

Bros (S.)

L'interdépendance contractuelle, thèse de Doctorat à Paris II Assas, 2001.

Cesaro (J.-F.)

Le doute en droit privé, préface de B.Teyssié, thèse à l'Université de Paris II, LGDJ Diffuseur, 2003.

Collin (A.)

Pour une conception renouvelée de la prescription, thèse à l'Université de Toulouse I, 2010.

Cottet (M.)

Essai critique sur la théorie de l'accessoire en droit privé, thèse à l'Université de Paris XI, LGDJ, 2013.

De Bertier-Lestrade (B.)

Les conflits d'actes juridiques en droit privé, thèse à l'Université d'Aix-Marseille, préface L.Rozes, 2003.

Delebecque (Ph.)

Les clauses allégeant les obligations dans le contrat, thèse pour le Doctorat en droit à l'Université d'Aix-Marseille, 1981.

Delmas Saint-Hilaire (Ph.)

Le Tiers à l'Acte juridique, thèse à l'Université de Montesquieu (Bordeaux IV), LGDJ, 2000.

Deshayes (O.)

La transmission de plein droit des obligations à l'ayant cause à titre particulier, thèse à l'Université de Paris I, LGDJ, 2004.

Duclos (J.)

L'opposabilité, essai d'une théorie générale, thèse à l'Université de Rennes I, LGDJ, 1984.

Dupré-Dallemagne(A.-S.)

La force obligatoire du rapport d'obligation (recherche sur la notion d'obligation), préface Ph. Delebecque, thèse à l'Université d'Aix-Marseille III, Presse Universitaire d'Aix-Marseille, 2004.

El-Ahdab (J.)

La clause compromissoire et les tiers, thèse à Paris I, 2004.

Fiechter-Boulevard (F.)

La Transmission de l'Engagement dans les Contrats en Chaîne, thèse pour l'obtention du doctorat en droit privé à l'Université Pierre Mendès France, 1992.

Flour (Y.)

L'effet des contrats à l'égard des tiers en droit international, thèse pour le Doctorat d'Etat, Université Paris II, 1977.

Gaudemet (S.)

La clause réputée non écrite, préface de Y.Lequette, *Economica*, thèse à l'Université de Paris II, 2006.

Goubeaux (G.)

La règle de l'accessoire, LGDJ, 1969.

Goutal (J.-L.)

Essai sur le principe de l'effet relatif du contrat, préface de H. Batiffol, thèse d'Etat à l'Université de Paris II, Assas, LGDJ, 1981.

Guenzoui (Y.)

La notion d'accord en droit privé, préface de Ch. Hannoun, LGDJ, thèse à l'Université de Cergy-Pontoise, 2009.

Houtcieff (D.)

Le principe de cohérence en matière contractuelle, tome I, préface H. Muir Watt, thèse à l'Université de Paris XI, Presse universitaire d'Aix-Marseille, 2001.

Kpoahoun Amouso (A.)

Les clauses attributives de juridictions dans le transport maritime de marchandises, thèse à Aix-Marseille III, PUF, 2002.

Jamin (Ch.)

La notion d'action directe, thèse à l'Université de Paris I Panthéon, préface de J. Ghestin, LGDJ, 1991.

Juillet (Ch.)

Les accessoires de la créance, préface de Ch. Larroumet, thèse à l'Université de Paris II Assas, éditions Defrénois-Lextenso, 2009.

Lahana (M.)

Vers une théorie générale des clauses en droit des contrats, thèse présentée à l'Université de Paris II Assas, 2008.

La-Rizza (A.)

L'assurance et les tiers, variations sur le thème de la complexité des relations contractuelles, thèse de Doctorat en Droit à l'Université Lyon III Jean Moulin, 2002.

Leborgne (F.)

L'action en responsabilité dans les groupes de contrats, Etude de droit interne et de droit international privé, thèse pour le Doctorat à l'Université Rennes I, 1995.

Marmayou (J.-M.)

L'unité et la pluralité contractuelle entre les mêmes parties (méthode de distinction), thèse à l'Université d'Aix-Marseille, 2002.

Martinville (E.)

La sous-traitance de construction adaptation aux évolutions économiques en matière de construction, thèse à l'Université de Toulouse, Presse Universitaire d'Aix-Marseilles, 2004.

Pardoel (D.)

Les conflits de lois en matière de cession de créance, préface P.Lagarde, thèse à l'Université de Paris I, LGDJ, 1997.

Pellé (S.)

La notion d'interdépendance contractuelle, contribution à l'étude des ensembles de contrat, thèse pour le doctorat en droit de l'Université Panthéon-Assas, Dalloz, 2007.

Pochon (G.)

Clauses attributives de juridiction et convention sur la compétence, thèse à l'Université de Paris, 1958.

Primo (E.)

La transmission de la clause compromissoire dans la cession du contrat: une simple question de droit de l'arbitrage ?, mémoire de DEA à l'Université de Paris II, 2005.

Ramparany-Ravololomiarana (H.)

Le raisonnable en droit des contrats, thèse pour le Doctorat en droit, Université de Poitiers, 2008.

Roussille (M.)

La compensation multilatérale, thèse pour le Doctorat en Droit à l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne, 2004, édition Dalloz.

Rouvière (F.)

Le contenu du contrat : essai sur la notion d'inexécution, thèse à l'Université d'Aix-Marseille III, PUF, 2005.

Schroeder (C.)

L'arbitrage international et le cautionnement, mémoire sous la direction de M. Cohen, Université de Paris II Panthéon-Assas, 2002.

Seube (J.-B.)

L'indivisibilité et les actes juridiques, thèse à l'Université de Montpellier, Litec, 1999.

Teyssié (B.)

Les Groupes de contrats, thèse à Montpellier, LGDJ, 1975.

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, préface M. Fabre-Magnan, thèse à l'Université Paris I Panthéon, Presse Universitaire d'Aix-Marseille, 2012.

Train (F.-X.)

Les contrats liés devant l'arbitre du commerce international, préface de I.Fadlallah, thèse à l'Université de Paris X, LGDJ, 2003.

Zarrouk (A.)

L'implicite et le contenu contractuel, étude de droit comparé français et droit tunisien, préface de Ph. Delebecque, avant-propos de M.-K. Charafeddine, thèse à l'Université de Paris I, L'harmattan, 2012.

III-Ouvrages en anglais.

Born (Gary)

International Commercial Arbitration, volume 1, Wolters Kluwer, 2009.

Delvové (J.-L.), Pointon (G.H.) et Rouche (J.)

French Arbitration Law and Practice, Wolters Kluwer, 2ème édition, 2009.

Hanotiau (Bernard)

Complex Arbitrations multiparty, multicontract, multiissure and class actions, Kluwer Law International, 2005.

Lew (Julian) & Mistelis (Loukas) & Kröl (Stefan)

Comparative Commercial Arbitration, Kluwer Law International, 2003.

IV-Ouvrages en arabe

Abdel Sadek (A.M.)

Al-marga'a al-'am fi al-tahkim al-masri wal-arabi wal-dawli, “ Traité général de l'arbitrage égyptien, arabe et international”, Dar El Nahda al-'arabeyya, 2007.

Charaf-el-din (A.)

Al-rekaba al-kadaeya 'ala etefaq al-tahkim wa atharo fi do' ahkam mahkamet al-nakd, « Le contrôle judiciaire sur la convention d'arbitrage à la lumière de la jurisprudence de la Cour de Cassation », Dar El Nahda al-'arabeyya, 2007.

Elfeky (A. M.)

Al-nakl al-bahari lel-badae' fi zel kanoun al-tegara al-bahareyya rakam 8 gi sanet 1990 wa etefakeyyet al-omam al-motaheda li nakl al-badae' li 'am 1979 (qawa'ed Hambourg 1978), « Le transport maritime des marchandises, sous l'empire des lois maritimes numéro 8 pour l'année 1990 et le Pacte de Nations-Unies pour le transport maritime des marchandises de 1978 (les Règles de Humberg) », Dar al-nahda al-'arabeyya, 2008.

El-sanhoury (A.)

Al-wasit fel-kanoun al-madani, « Traité de droit civil », mise a jour par A. M. EL-maraghy, tome 1, projet de la Bibilothèque du juge au Club des Juges du Conseil d'Etat, 2008.

EL-tehewy (M. S.)

Al-tabi'a al kanouneya li etefaq al-tahkim, « La nature juridique de la convention d'arbitrage », Monchâet El-mâref, 2003.

Foda (A.)

Al-nesbeyya wal-ghayreyya fel kaoun al madani, derasa 'elemeyya fi do' fikh wa kada' mahkamet al nakd, « La relativité et le statut de tiers en droit civil, étude pratique à la lumière de la doctrine et de la jurisprudence de la Cour de Cassation », Dar al-fekr al-game'i, 1996.

Morcos (S.)

Nazareyet al-'Akd, « La théorie du contrat », Maison d'édition des universités égyptiennes, 1956.

Nassef (H. F.)

Nakl etefaq al-tahkim, « La transmission de la convention d'arbitrage », Dar El-nahda El-'arabeya 2003.

Salama (A.A.)

Al-tahkim fi al-mo'amalat al-maleya wal-dakheleya wal-dawleya, « L'arbitrage dans les relations commerciales internes et internationales », Dar El Nahda al-'arabeyya, 2006.

Selim (H.M.)

Al-nezam al-kanouni lel tahkim fi etar al-magmou'a al-'akdeyya, « Le régime juridique de l'arbitrage dans le cadre de l'ensemble contractuel », thèse de Doctorat à l'Université Aïn Chams, 2007.

VI-Articles et chroniques

Alpa (G.)

« Autonomie des parties et liberté contractuelle aujourd'hui », *Revue des Contrats*, 2009, p.826.

Ammar (D.)

« La clause d'arbitrage stipulée dans un contrat de mandat d'exploitation de films est opposable au mandataire substitué », *JCP, édition entreprise et affaires*, 2001, jurisprudence p. 1336.

Amrani-Mekki (S.)

« Indivisibilité et ensembles contractuels : l'anéantissement en cascade des contrats », *Répertoire du Defrénois*, 2002, p. 355, art. 3505

« Indivisibilité entre les contrats : cause ou volonté », *Recueil Dalloz*, 2012, p. 459.

Ancel (P.)

« Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *RTD droit civil*, 1999 p. 771.

« Présentation des solutions de l'avant-projet », *Revue des Contrats*, 2007 (1), p. 19s

Ancel (P.), Brun (P.), Forray (V.), Gout (O.), Pignarre (G.) et Pimont (S.)

« Points de vue convergents sur le projet de réforme du droit des contrats », *Jurisclasseur* 2008 (1) Doctrine I p.213.

Apchain (H.)

« Retour sur la notion de bonne administration de la justice », *AJDA*, 2013, n°11, Etudes, p.587

Atias (A.)

« Qu'est-ce qu'un contrat ? » in *Droit et économie des contrats*, sous la direction de Ch. Jamin, LGDJ, 2008

Aubert (J-L.)

« à propos d'une distinction renouvelée des parties et des tiers », *Revue de droit civil*, 1993, p. 263.

Aubert de Vincelles (C.)

« Les Montages contractuels », *Revue des contrats* 2007, p. 983.

« Ensembles contractuels : la cause encore et toujours », *Semaine juridique édition entreprise et affaires*, 21 avril 2011, n°16-17, p. 39s.

Aubert de Vincelles (C.), Pollaud-Dulian (F.)

« Le contrat-cadre, par delà des paradoxes », *RTD droit commercial*, 1996, p. 179.

Aynès (L.)

« La circulation du contrat », *Petites affiches, La loi*, 5 mai 2000 numéro 90.

Aynès (L.) et Stoffel-Munck (Ph.)

« Vers une plus grande sécurité juridique », *Revue Droit et Patrimoine*, 1^{er} juin 2011, , n° 204, p. 72.

Barbet (J.)

« Extension de la clause compromissoire à des parties non signataires du contrat: les juridictions françaises persistent...et signent», *Petites Affiches, La loi*, 11-12 Aout 2009, numéro 159-160

Beckhard (J.) et Birnbaum (N.)

« La relative théorie de la relativité (des contrats) », *Option finance*, numéro 1033, 15 juin 2009.

Bensaude (D.)

« Clause d'arbitrage à étendue limitée, commentaire sous l'arrêt de la Cour d'appel de Paris de la 1^{ère} chambre civile du 25 octobre 2012 », *Gazette du Palais*, 6 janvier 2013, n°6-8, p.18.

Berlioz (P.)

« Honneur au contrat », *Revue de jurisprudence commerciale*, 2013, n°6.

Bernardot (Ch.)

« Primauté de la clause attributive de juridiction sur toute autre règle de procédure : les notions d'indivisibilité et de « connexité » mises à mal », *Le droit maritime français*, janvier 2013, n°743, p.26.

Billiau (M.) et Raoul-Cormeil (G.)

« Obligations au profit des tiers », *Jurisclasseur commercial, contrats-distribution*, 1995, fasc. 130.

Blanc (G.)

« Clause compromissoire et clause attributive de juridiction dans un même ensemble contractuel, de la concurrence à la subsidiarité des tribunaux étatiques », *JCP éd. E*, 1997 n° 47, étude n° 707.

Bonassies (P.) et Delebecque (Ph.)

« Le droit positif français en 2012 », *Le droit maritime français*, juin 2013, hors-série n°17, p.64.

Boucobza (X.)

« La Clause compromissoire par référence en matière d'arbitrage commercial international », *Revue de l'arbitrage*, 1998, p. 49.

Boucobza (X.) et Serinet (Y-M.)

« L'extension de la clause compromissoire au sous-traitant et le principe de l'estoppel », *Revue des contrats*, 2012/2, p. 545.

Boularbah (Hakim)

« Les procédures parallèles et les tiers in international commercial arbitration » in *L'arbitrage et les tiers*, Bruylant, 2008.

Brignon (B.)

« Le tiers invité d'honneur dans la formation du contrat », *Lamy Droit civil*, octobre 2009, n° 64.

Cachard (O.)

« Honni soit qui mal y pense ! L'opposabilité de la clause compromissoire au cessionnaire du tiers porteur du connaissement de charte-partie », *Revue de droit commercial, maritime, aérien et des transports*, 2003, n°3 (juillet-août-septembre), p. 101.

Cadiet (L.)

« L'hypothèse de l'américanisation de la justice française, Mythe et réalité », *Archives de philosophie du droit*, tome 45, « L'américanisation du droit », p.89.

Carval (S.)

« Droit des tiers d'invoquer un manquement contractuel », *Revue des contrats*, 2007, p. 279.

« Contrat et tiers : une affaire de droits... et de devoirs », *Revue des contrats*, 2008 (2), p. 1151-1155.

Charbonneau (C.) et Pansier (F.-J.)

« Du renouveau de la notion de partie », *Répertoire du Notariat Deffrénois*, 2000, art. 37110, p. 284.

Charbonnel (L.)

« Brèves réflexions sur le fondement de l'opposabilité des clauses de différends dans les chaînes de contrats », *Petites affiches*, 29 juin 2011, n°128, p. 11.

Chassagnard-Pinet (S.)

« Interdépendance contractuelle et clause de divisibilité », *Petites affiches*, 25 octobre 2013, n°214, p.7.

Chevalier (P.)

« Transmission des clauses de compétence dans les chaînes communautaires de contrats : la CJUE va pouvoir trancher », *JCP éd. G*, n°52, 27 décembre 2010, n°1307 p. 2438.

Chevrier (E.)

« La clause attributive de compétence ne se transporte pas... sans acceptation du destinataire », *Recueil Dalloz*, 2005 (1), n°3, p. 214.

Clay (T.)

« Arbitrage et modes alternatifs de règlement des litiges », *Recueil Dalloz*, 2010, p. 2933.

Cohen (D.)

« Arbitrage et groupes de contrats », *Revue de l'arbitrage* 1997 p. 471.

Collart-Dutilleul (F.)

« Quelle place pour le contrat dans l'ordonnement juridique? », in *La nouvelle crise du contrat, actes du colloque organisé par le centre René-Demogue*, 2003

Courrèges (A.)

« Une action en nullité contre une seule clause d'un contrat est-elle recevable si cette clause est indivisible de l'ensemble du contrat ? », *Bulletin juridique des contrats publics*, octobre 2009, n°66, p. 411s.

Debat (O.)

« Le contrat, source de responsabilité envers les tiers », *Petites affiches*, 23 septembre 2003, p. 3.

Delebecque (Ph.)

« Le destinataire de la marchandise : tiers ou partie au contrat de transport ? », *Recueil Dalloz Affaires*, n°9, 30 novembre 1995, p. 189.

« Opposabilité des clauses de compétence au destinataire : la cause semble entendue », *Revue de droit maritime français*, mars 2012, p. 246.

« Opposabilité des clauses de compétence au destinataire : la cause est-elle si bien entendue ? », *Revue de droit maritime français*, mars 2012, p. 246

Delobel (D.)

« La force obligatoire du contrat en confrontation », *Petites affiches*, n°26, 6 février 2012.

Derache (C.)

« La transmission des clauses de règlement des litiges dans les groupes de contrats », *JCP éd. E*, 19 janvier 2012, n°3, p. 29.

Deshayes (O.)

« Clauses limitatives de responsabilité contractuelle et répartition des risques d'inexécution », *Revue des contrats*, 2008/3, p.1008.

« Circonscription et circulation de l'obligation de délivrance conforme », *Recueil Dalloz*, 22 juillet 2010, n°27, p. 1757.

Desolneux (M.-F.)

« L'imperium du juge », *Revue de jurisprudence commerciale*, n°11, novembre 1995, numéro spécial *L'échange de consentements*.

Dissaux (N.)

« Précisions sur les conditions de responsabilité d'un tiers pour violation d'un contrat », *La semaine juridique édition générale*, n°41, 5 octobre 2009.

Du Garreau -De la Méchenie (J.-H.)

« La vocation de l'ayant cause à titre particulier aux droits et obligations de son auteur », *Revue trimestrielle de droit civil*, 1944, p. 219.

Dupont-Legrand (B.)

« La transmission des accessoires du droit d'action dans les chaînes de contrats translatifs, un exemple de la tendance à l'objectivisation en matière contractuelle », *Revue de recherche juridique et de droit prospectif*, 2011, n°4, p. 1847.

Fadlallah (I.)

« Priorité à l'arbitrage: entre quelles parties ? », *Gazette du Palais*, mai-juin 2002, p. 914.

Fages (B.)

« Conséquences procédurales de l'existence de conventions indivisibles entre différentes parties », *Revue trimestrielle de droit civil*, 1/4/2012, n°2, p. 314.

Fontaine (M.)

« Observations sur les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité en Europe » in *Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité en Europe, Actes du colloque des 13 et 14 décembre 1990*, sous la direction de Jacques Ghestin, LGDJ, 1990.

Foriers (P.A.)

« Groupes de contrats et ensembles contractuels », *Contrat et Patrimoine*, LGDJ, 2006.

Gauthier (P.-Y.)

« Opposabilité du contrat par les tiers, pas trop d'arrêts « doctrinaux » », *Revue des contrats*, 2007/2, p. 558.

Gemei (H.)

« Les réactions des clients du Proche-Orient aux clauses limitatives de responsabilité des fournisseurs européens » in *Les clauses limitatives ou*

exonératoires de responsabilité en Europe, Actes du colloque des 13 et 14 décembre 1990, sous la direction de Jacques Ghestin, LGDJ, 1990.

Genicon (T.)

« Inexécution contractuelle invoquée par un tiers : nouvel effet – méfait ? – à propos des « zones commerciales de non-concurrence », *Revue des contrats*, 2011/1, p.65.

Ghestin (J.)

« L'utile et le juste dans les contrats », *Archives de philosophie du droit*, tome 26, *L'utile et le juste*, 1981, p.35.

« La notion de contrat », *Revue française de la théorie juridique*, n°12, *Le contrat*, 1990, p. 7.

« Nouvelles propositions pour un renouvellement de la distinction des parties et des tiers », *Revue trimestrielle de droit civil*, 1994, n°4, p.777.

« Observations sur le projet de réforme du droit des contrats », *Petites affiches* du 12 février 2009, n°31, numéro spécial sur le projet de réforme du droit des contrats, p.5.

Goldie-Genicon (ch.)

« L'assurance de groupe à l'épreuve de la législation sur les clauses abusives », *Recueil Dalloz*, 2008, p.2447

Gossement (A.)

« Les conditions de l'action directe en responsabilité civile du vendeur d'un sol pollué par son sous-acquéreur, au terme d'une chaîne de contrats de vente », *Petites Affiches*, 18 août 2004, n°165, p. 6.

Guelfucci-Thibierge (C.),

« De l'élargissement de la notion de partie au contrat...à l'élargissement de la portée de l'effet relatif », *Revue trimestrielle de droit civil*, 1994.

Hague-Chahine (F.)

« Essai d'une nouvelle classification des droits privés », *Revue trimestrielle des droits privés*, 1982, p. 705.

Helleringer (G.)

« Quand les parties font leur loi, Réflexions sur la contractualisation du pouvoir judiciaire », in *Repenser le contrat*, sous la direction de G.Lewkowicz et M.Xifaras, Dalloz, 2009, p.275.

Huchet (G.)

« La clause de médiation confrontée au régime juridique de la fin de non-recevoir », *Petites affiches*, 20 mars 2008, n°58, p.10.

Jestaz (P.)

« Rapport de synthèse, quel contrat pour demain ? », in *La nouvelle crise du contrat, actes du colloque organisé par le centre René-Demogé*, 2003.

Kenfack (H.)

« Droit commun et bail commercial », *JCP éd.E*, 15 janvier 2009, n°3, p.18.

Kullmann (J.)

« De l'aménagement contractuel de la preuve du vol à la liberté de la preuve du sinistre...la Convention européenne des droits de l'Homme à l'assaut du

contrat d'assurance », *Revue générale des droits des assurances*, 2004, n°3, p.561.

Lagarde (X.)

« Brèves réflexions sur l'attractivité économique du droit français des contrats », *Revue Dalloz*, 2005 (3), Chronique, p. 2745s.

« Observations sur l'avant projet de réforme du droit des obligations », *Petites Affiches*, 12 janvier 2009 numéro 31, p. 74.

Laithier (Y-M.)

« L'avenir des clauses limitatives et exonératoires de responsabilité contractuelles », *Revue des Contrats*, 2010 n°3, p. 1091s.

« La marche forcée vers l'interdépendance contractuelle », *Revue des contrats*, 2013/3, p.1331.

« L'obligation d'exécuter le contrat de bonne foi est-elle susceptible de clause contraire ? Réflexions comparatives », *Recueil Dalloz* 2014, p.33

Larroumet (Ch.)

« L'effet relatif des contrats et la négation de l'existence d'une action en responsabilité nécessairement contractuelle dans les ensembles contractuels », *JCP éd.G*, 1992, n°43, article 3531 p. 313s.

« Promesse pour autrui, stipulation pour autrui et arbitrage », *Revue de l'arbitrage*, 2005 (2) ».

Lasbordes (V.)

« L'actualité de la cession de créance », *Petites affiches*, 14 novembre 2002, n°228, p.4.

Laval (N.)

« La bonne administration de la justice », *Petites affiches, La loi*, n°160, p.12.

Leduc (X.)

« L'adhérant à une assurance de groupe et l'action directe de l'adhérant contre l'assureur », *Gazette du palais*, 2010, n°225 à 229, p. 34.

Leduq (X.) et Landel (J.)

« L'assurance de groupe à la lumière de la jurisprudence récente », *Revue générale de l'assurance terrestre*, 1991, p. 9s.

LeGallou (C.)

« L'assurance de groupe : qui est tiers, qui est partie ? », *Revue Lamy Droit civil*, juin 2010, n° 72, p. 13

« Chaîne de contrats : résolution du contrat initial et restitutions », *Revue Lamy Droit civil*, juillet/août 2010, n°73, p. 14.

Legros (C.)

« Dans une chaîne homogène de contrats translatifs, la clause compromissoire se transmet avec l'action contractuelle », *JCP éd.G*, 2001, jurisprudence, p.1390.

« Opposabilité au tiers des clauses attributives de juridiction contenues dans des connaissements maritimes », *La semaine juridique édition entreprise et affaires*, 15 octobre 2009, n°42.

Loquin (E.)

« Différence et convergence dans le régime de la transmission et de l'extension de la clause compromissoire devant les juridictions françaises », *Gazette du Palais*, mai-juin 2002, p. 898.

Maréchal (C.)

« L'estoppel à la française consacré par la Cour de cassation comme principe général d u droit », *Recueil Dalloz*, 2012, p.167.

Marmursztejn (M.)

« Les clauses de force majeure dans les contrats d'une compagnie pétrolière : une étude de cas », *Revue de droit international des affaires*, 1998, n°7, p.781.

Matray (Didier) et Matray (Gautier)

« La rédaction de la convention d'arbitrage » in *La Convention d'Arbitrage, Groupes de sociétés et groupe de contrats*, Bruylant 2007.

Mauguéri (V.)

« L'effet domino du contrat pivot », *Revue Lamy Droit Civil*, janvier 2009, numéro 56.

« Cession de dette : attention à l'effet relatif des contrats », *Revue Lamy droit civil*, juillet/août 2009, n°62, n°415-31, p.13.

« Cahier des charges d'un lotissement versus acte de vente », *Revue Lamy droit civil*, n°64, octobre 2009.

May (B.)

« Financement de projets informatiques : l'indivisibilité des contrats à la rescousse », *JCP éd. E*, 19 mars 2009 n° 12 article 1277 p. 15s

Mayer (P.)

« Les limites de la séparabilité de la Clause compromissoire », *Revue de l'arbitrage*, 1998, p. 359

Mazeaud (D.)

« Les Groupes de Contrats », *Petites affiches, La loi*, 5 mai 2000, numéro 90.
« Force obligatoire du contrat à l'égard des tiers », *Revue des contrats*, 2007, p. 267.

« Le régime d'indemnisation du tiers victime du préjudice causé par l'inexécution du contrat », *Revue des contrats*, 2007, p. 269.

« Le contrat et les tiers », *Revue des contrats*, 2010/3 p. 1226.

« Groupe de contrats, liberté contractuelle et réalité économique », *Recueil Dalloz*, 24 février 2011, p. 566s.

Mazeaud (D.), Revet (T.), Filiberti (E.)

« L'action en responsabilité du maître de l'ouvrage contre le sous-traitant qui a fourni les matériaux est de nature nécessairement délictuelle », *Revue des Contrats*, 2010/1.

Mekki (M.)

« Le nouvel essor du concept de clause contractuelle », *Revue des Contrats*, 2007/2, p. 239.

« La notion de clause pénale : la Cour de cassation se donne la peine... », *Gazette du Palais*, 8 février 2012, Chronique de jurisprudence p.400.

Mekki (M.) et Grimaldi (C.)

- « La gestion contractuelle du risque de la preuve (2^{ème} partie) », *Revue des contrats*, 2009/1, p.453.
- Mekki (M.) et Savaux (E.)**
« L'effet de la caducité du contrat sur la clause pénale », *Revue des contrats*, 2011/3, p.826.
- Mestre (J.) et Fages (B.)**
« Obligations et contrats spéciaux, obligations en général », *Revue trimestrielle de droit civil*, 2006, n°1.
- Moïny (J.-Ph.)**
« Cloud computing : validité du recours à l'arbitrage ? (partie II) droits de l'Homme et clauses abusives », *Revue Lamy droit immatériel*, n°78, janvier 2012, p.99.
- Moreau (B.)**
« Chronique, Procédure arbitrale, Cour de Cassation 2012, Jurisprudence arbitrale », *Revue de jurisprudence commerciale*, janvier/février 2013, numéro 1, p.23.
- Moreau (B.) et Degos (L.)**
« La Clause compromissoire réhabilitée », *Gazette du Palais*, 14 juin 2001, numéro 165, p. 6.
- Mouly (Ch.)**
« L'exécution forcée du pacte de préférence entre illusion et fiction », *Revue de droit prospectif*, 2008, 2.
- Moury (J.)**
« De l'indivisibilité entre les obligations et entre les contrats », *Revue trimestrielle de droit civil*, 1994, p. 255s
« Une embarrassante notion: l'économie du contrat », *Recueil Dalloz*, 2000, Chronique p. 382s.
- Mousseron (P.)**
« Clauses relatives à l'exécution du contrat », *JCP semaine juridique, Technique contractuelle, entreprise et affaire*, 23 décembre 2010, n°51-53.
- Niboyet (M.-L.)**
« Les avatars jurisprudentiels des clauses relatives à la compétence internationales », *La Gazette du Palais*, 12 décembre 2001, *Revue de jurisprudence*, n°346.
- Nourissat (C.)**
« Refonte du règlement Bruxelles I », *La semaine juridique entreprises et affaires*, 28 février 2013, n°9, p.32.
- Philippe (R.)**
« La « responsabilité contractuelle » : histoire d'un faux concept », *Revue trimestrielle de droit civil*, 1997, p. 323s.
- Piedelièvre (S.)**
« Compromis, clause pénale et effet relatif », *JCP éd.N*, n°12, 24 mars 2006, p. 598.
- Puig (P.)**
« Les garanties autonomes », *Petites affiches*, 27 mars 2008, n°63, p.9

« Actes de cession d'entreprise : clauses limitatives de responsabilité et étendues de la garantie », *Petites affiches*, 30 mai 2012, n°108, p.28.

Rawach (E.)

« Observations sur la notion de clauses exonératoires de responsabilité selon les principes Unidroit », *Dalloz affaires*, 2 septembre 1999, numéro 172, p. 1234.

Remond-Gouilloud (M.)

« Ballade en règlement 44/2001 : de la détermination de la nature du contrat de transport aux conditions d'opposabilité de la clause de juridiction », *Revue de droit maritime français*, 1^{er} septembre 2012, n°736, p. 722.

Revet (T.)

« Objectivation ou subjectivation du contrat quelle valeur juridique ? », in *La nouvelle crise du contrat, actes du colloque organisé par le centre René-Demogue*, 2003, p. 83.

Rubellin-Devichi (J.)

« L'arbitrage et les tiers III- Le Droit de l'Arbitrage, Les solutions juridictionnelles », *Revue de l'arbitrage*, 1998. p. 515.

Salas (D.)

« Le juge aujourd'hui », *Droits, Revue française de théorie, de philosophie et de culture juridiques*, N°34 « mots de la justice », p.61.

Selim (H.)

« L'assureur et le procès arbitral », *Revue générale du droit des assurances*, 2010, n°2, p. 582.

Seube (J-B.)

« Ensemble indivisible de contrats (bail à construction et vente) et appréciation de la lésion », *Revue des contrats* 2011 (1), p. 176.

« Clauses de divisibilité et d'indivisibilité entre deux conventions, *Revue des contrats* », 2012/2, p.518.

« Stipulations de délais : prescription ou forclusion », *JCP éd. E*, février 2014, n°7, p.32.

Simon (F.-L.)

« Du bon usage de la technique contractuelle dans les contrats de distribution », *Cahiers de droit de l'entreprise*, n°4, juillet-août 2010, p.20.

Stoffel-Munck (Ph.)

« Contrats informatiques, petits montages pour échapper à bon compte à la garantie des vices infectant le logiciel créé », *Revue de communication, commerce électronique*, novembre 2002, p. 31.

Tassel (Y.)

« De la clause fio ou bord-à-bord et du destinataire tiers à la charte-partie », *Le droit maritime français*, septembre 2007, p.728.

Tercier (P.)

« La légitimité de l'arbitrage », *Revue de l'arbitrage*, 2011, n°3, p.653.

Tosi (J.-P.)

« Le Manquement contractuel dérelativisé », in *Mélanges Gobert, Ruptures Mouvement et Continuité du Droit*, Economica, 2004, p. 479s.

Youego (Ch.)

« Le bénéfice d'une clause de non-concurrence est transmissible », *La semaine Juridique édition notariale*, 1998, n°6, p.202.

Weiller (L.)

« Compétence du juge des référés en présence d'une convention d'arbitrage et extension de la clause au sous-traitant directement impliqué dans l'exécution du contrat », *Procédures*, n°1 janvier 2012, p. 18.

VII-Observations et notes sous arrêts

Arnaldez, (J-J.)

Obs. Sous Cass. Civ1ère, 6 mars 1996, Société Farhat Trading company c/ Scociété Daewoo, *Revue de l'arbitrage* 1997, p. 69.

Bonneau (T.)

« De la responsabilité de l'entreprise de marché en raison d'une panne de système informatique (à propos du jugement du Tribunal de commerce de Paris en date du 6 avril 2001) », *Revue de droit bancaire et financier*, n°2, mars/avril 20002, p. 97.

Bureau (D.)

Obs. Sous Cour d'Appel de Paris (1ère Ch.), 11 avril 1996, Société OIP c/ Société Pyramide, *Revue de l'arbitrage*, 1996, p. 467

Cachard (O.)

Obs. Sous Cass. Com, 8 octobre 2003, *Revue de l'arbitrage* 2004, p. 77.

Clerc-Renaud (L.)

« Retour sur les actions entre contractants extrêmes dans les chaînes de contrats », note sous Civ.1^{ère}, 20 mai 2010, *Petites affiches*, 23 mai 2011, Chronique de contrats spéciaux,, p.8 .

Coipel-Cordonnier (N.)

Commentaire sur l'arrêt de la 1^{ère} chambre civile du 8 février 2000, *Revue critique de droit international privé*, 2000, p. 763.

Daigre (J.-J.)

Commentaire sous l'arrêt de la première chambre civile du 3 décembre 1996, *JCP éd.E*, 1997, n°16, jurisprudence p. 85.

Delebecque (Ph.)

« La transmission de la clause compromissoire (à propos de l'arrêt Cass.Civ. 1^{re}, 6 novembre 1990) », *Revue de l'arbitrage*, 1991, p. 19.

Derains (Y.)

Obs. sous sentence CCI, aff. n° 5721 en 1990, *Journal du droit international*, 1990, p. 1019.

Fages (B.)

« Les garanties d'actif et/ou de passif peuvent-elles être transmises par voie de cession de créance ? » Observations sous Cour de cassation (Com),9 octobre 2012, *Revue des sociétés*, 2013, p.244

Gout (O.)

« Chaînes de contrats : Retour sur les actions entre les contractants extrêmes dans les chaînes de contrats », obs. sous Cass.civ.1^{ère}, 20 mai 2010, *Petites affiches*, 23 mai 2011, Chronique de contrats spéciaux., p.8 .

Groutel (H.)

« Assurance de groupe, clause compromissoire et modification du contrat initial », obs. sous Civ. 2^{ème}, 16 juin 2011, n°10-22.780, *Revue de responsabilité civile et assurances*, n°10, octobre 2011, p. 27, commentaires. 337 et 338.

Huet (A.)

« Conflit de juridiction », Obs. sous Com., 4 mars 2003, Société Hapag Lloyd Container Linie GmbH c/ Compagnie la Réunion Européenne, *Journal de droit international*, 2004, n°1, p. 197.

Hory (A.) et Pinsolle (Ph.),

commentaire sous l'arrêt de la cour d'appel de Paris (1^{ère} ch. C), 2 mars 2000, Société Jacob's Trade Group c/ Société Lalement NV., *Revue de l'arbitrage*, 2000, n°3, p.511.

Jarvin (S.)

Commentaire sous l'arrêt de la Cour d'appel de Paris (1^{ère} ch. C) du 7 juillet 1994, *Revue de l'arbitrage*, 1995, p. 107.

Lacroix (C.)

Note sous Cass. Ass. Plén, 6 octobre 2006, *Petites Affiches*, 22 janvier 2007, n16, p. 16.

Mathieu (B.)

Commentaire de l'arrêt de la première chambre civile du 7 juin 1995, *Recueil Sirey Dalloz*, 1996, jurisprudence, p.75.

Muir Watt (H.)

Commentaire sous l'arrêt de la 1^{ère} chambre civile du 9 janvier 2008, *Revue critique de droit international privé*, 2008, n°1.

Pradel (X.)

« Cession de créance et transfert de la clause compromissoire, à propos de l'arrêt de la deuxième chambre civile de la Cour de cassation du 20 décembre 2001 », *Recueil Dalloz* 2003, p.569.

VIII-Articles en anglais

Barcelo (John J.), Varady (Tibor) et Von Mehren (Arthur T.)

“ International commercial arbitration, a transnational perspective”, in *Casebook Series*, third edition, 2006.

Charaf Eldeen (Ahmed)

“B.O.T. package and settlement of their disputes (an Egyptian perspective)”, *Magalet al-tahkim al-'arabi*, n°4, août 2001, p.13.

Cox (Kristof)

“ Zen and the art of determining the effects of an arbitration award vis-a-vis third parties in international commercial arbitration ”, in *L'arbitrage et les tiers*, Bruylant 2008.

Wautelet (Patrick)

“Confidentiality and third party agreements in international commercial arbitration” in *L'arbitrage et les tiers*, Bruylant, 2008.

Index

- Action directe, 2,6, 22, 36, 39, 57, 71, 78, 80,81s, 163, 164, 273,277, 309, 314, 319, 323, 328, 331s, 342s, 404, 417, 418, 420, 423, 552, 567s, 575, 576, 578, 581, 582, 584, 585, 587, 588, 591, 593, 596, 601, 607, 608, 612, 634, 641, 643, 644, 647, 649, 650, 687, 695, 698, 700, 816, 847
- Affrètement, 76, 200, 487
- Anéantissements en cascade, 4, 53, 73, 77, 252
- Arbitrage, 330s, 341, 365s, 445, 449, 486, 535, 536, 537, 537, 539, 541, 540, 545, 546, 550, 594, 596, 602, 607, 608, 610s, 621
- Assurances de groupes, 497s
- Ayant cause à titre particulier, 605,655, 657s, 673s, 694, 995, 1006, 1014
- Bonne administration de la justice, 445, 541s, 609s, 744, 746, 747, 787s, 845, 1011
- cause, 6, 19, 25,67, 76s, 118, 234s, 266, 267
- Cautionnement, 200, 259, 262, 447, 509, 512s, 519, 744, 745, 747, 782, 784, 785
- Chaînes translatives de propriété, 76, 86, 334, 565, 634, 669, 701, 846
- Chargeur 460, 465, 466, 467, 468, 477, 478, 480, 481, 483, 484, 486, 487, 717
- Clause compromissoire, 4, 34, 35, 320, 326s, 337, 349, 364s, 418, 421, 425, 430, 433, 436s, 449s, 486, 512, 513, 518, 519, 535, 537, 539s, 550, 551, 591s, 699, 708, 735s, 787, 788, 791, 792, 796s
- Clause de divisibilité, 303, 963s, 980, 984, 990, 997
- Clause de garantie de passif, 2 8, 347, 349, 384s, 409, 410, 421, 422, 651, 665, 667
- Clause de non-concurrence, 8, 22, 320, 346, 349, 364, 377, 378s, 409, 410, 421, 422, 522, 530, 531, 559, 651, 667, 824
- Clause de non-garantie, 342, 343, 349, 372s, 409, 568, 571s, 58, 587, 588
clause de renonciation à recours, 320, 492, 755, 761, 876, 1009
- Clause limitative de responsabilité, 320, 344, 349, 373, 483, 532, 573, 579, 799, 802, 803.
- Clause pénale, 233, 274, 885, 900, 926s, 987, 989
- Compensation multilatérale, 139s, 164, 314, 404, 556, 584, 698, 845, 898, 904, 913, 984, 1000
- Condition suspensive, 16, 892
- Connaissance, 300, 334, 460, 463s, 712s

Contenu obligationnel, 352, 353, 389, 395, 522, 561, 664, 668, 694, 837, 846, 848, 853, 854, 898, 920, 986, 1004, 1010, 1013, 1015
 Contrat-cadre, 182, 201, 425, 432s, 550
 Droit de l'Union européenne, 333, 334, 634
 Droit maritime, 333, 334, 471s, 480s, 551, 707, 709
 Effet obligatoire, 321, 395, 398, 402, 412, 414, 521, 763, 844, 878
 Effet relatif des contrats, 41, 68, 157, 165, 349, 390s, 410, 417, 422, 522, 524, 553, 610, 809, 819s, 829, 836, 846, 1004, 1006
 Force majeure, 13, 914, 938, 939
 Garantie autonome, 509, 741, 742, 745
 Garantie des vices cachés, 2, 134s, 571, 873
 Indivisibilité, 6, 19, 195, 197, 199, 206, 208, 209, 212, 214s, 232, 267, 293, 301, 315, 338, 546, 642, 963, 964
 Interprétation, 721s, 777, 779, 843, 917
 Ensemble contractuel, 6, 8, 13, 25, 30, 32, 39, 40, 165s, 268s, 313, 315, 317, 423, 435, 436, 438, 441s, 450, 453, 455, 458, 459, 470, 480, 490s, 507, 508, 510, 514, 519, 520, 526s, 536, 538, 541, 542, 544, 546s, 703s, 846, 847, 849, 862, 894, 896, 903, 905, 907, 909, 911s, 922, 937, 951, 953, 961, 974, 977, 981, 990, 992, 996, 997, 1000s, 1008, 1009
 Mandat, 84, 305, 306, 311, 324, 333, 431, 500, 506, 508
Negotium, 169, 170, 356, 363, 376, 382, 388, 604, 854, 877s, 898, 918, 920, 929, 987
 Obligation, 16, 57, 63, 89, 93, 166, 175, 178, 180, 181, 185, 198, 208, 209, 220, 226, 236, 242, 243, 272, 286, 288, 289, 291, 307, 345, 349, 350, 353, 355s, 410, 422, 462, 465, 468, 492, 502, 507, 582, 585, 603, 604, 651, 658, 674s, 753, 767, 772, 803, 824, 835s, 848, 862, 865, 869s, 905, 908s, 993
 Opérations clé en main, 5, 305, 306
 Opposabilité, 31, 41, 68, 117, 134, 291, 294, 301, 352, 390, 397, 406s, 422, 491, 492, 493, 553, 559, 561, 579, 584, 612, 677, 730, 1005, 1013
 Prescription, 154, 462, 484, 955s, 980, 983, 989
 Sous-traitance, 5, 76, 77, 87, 116, 118, 153, 200, 333, 573, 574
 Stipulation pour autrui, 13, 14, 95, 109s, 163, 385, 391, 394, 396, 403, 405, 410, 416, 462, 492, 500, 502, 507, 658, 679, 687, 696, 755, 761, 763
 Transmission, 4, 11, 13, 21, 22, 26, 29, 39, 318, 319, 323s, 329, 336, 345s, 363, 364, 390, 404, 408s, 414, 416, 421, 422, 466, 559, 595, 604s, 697, 710, 716, 849, 995, 1006, 1010
 Transport maritime, 5, 458, 459s, 475, 480, 481, 486, 487, 714, 718

Table des matières

Sommaire.....	II
Liste des principales abréviations.....	IV
Introduction	1
Première Partie: L'extension de l'effet d'une clause au sein d'un groupe de contrats : un phénomène	19
Titre I Typologie des groupes de contrats	21
Chapitre I Les chaînes de contrats.....	22
Section I Physionomie de la chaîne de contrats	22
Sous-section I : L'analyse des relations entre les membres extrêmes d'une chaîne de contrats.....	23
I-Exposé des thèses en présence	23
A-Exposé des théories de M. Aubert, M. Ghestin et Mme Bacache-Gibeili.....	24
B-Autres propositions pour définir les parties au contrat	25
II-Essai de qualification des parties contractantes	26
A-Les termes du débat.....	27
B-L'enjeu de la qualification des parties contractantes	28
C-La qualification de partie contractante : la loi attributive de valeur juridique à la volonté et rejet des catégories hybrides	28
III-Les membres d'une chaîne de contrats, des tiers les uns par rapport aux autres.....	30
Sous-section II : les anéantissements en cascade : distinction entre les chaînes liées par la cause et celles liées par l'objet	31
I-Exposé de la jurisprudence :.....	31
II- Explication par M. Foriers des solutions divergentes retenues par la jurisprudence	32
III-Proposition d'une définition pour les chaînes de contrats :	33
Section II L'action directe, moteur de la chaîne de contrats	34
Sous-section I : Typologie des actions directes	35
I-Classification des actions directe selon le moment d'immobilisation de la créance	36
II- Classification des actions directes selon l'objectif poursuivi par l'action	37
III- Classification proposée par M. Néret	37
A-L'analyse sur laquelle repose la classification de M. Néret	38
B-Exposé de la classification	38
C-Critique de la classification de M. Néret	39
Sous-Section II : nature et fondement de l'action directe.....	41
I-Le débat sur la nature de l'action directe.....	41
A-L'hésitation de la jurisprudence quant à la nature de l'action directe dans les chaînes de contrats.....	41
1-L'état de la jurisprudence avant l'arrêt Besse	42
2-L'état de la jurisprudence depuis l'arrêt Besse	43
B-La division de la doctrine quant à la nature de l'action directe	44

1-La controverse contractuelle/ délictuelle.....	44
2-L'action directe : une action purement légale.....	45
II-Le débat sur le fondement de l'action directe	46
A-Les différents fondements proposés par la doctrine pour justifier l'action directe	46
1-L'action directe justifiée par des mécanismes juridiques classiques	47
a-L'action directe justifiée par la stipulation pour autrui	47
α-Exposé de la théorie	47
β-L'identification de la chaîne de contrats à la stipulation pour autrui dans la jurisprudence	48
∞-Critique de la thèse de l'assimilation de la chaîne de contrats à une stipulation pour autrui	49
b- L'action directe justifiée par le mécanisme de la cession de contrats ou la cession de dettes	50
c-L'action directe comparée à une action <i>de in rem verso</i>	51
d-L'action directe assimilée au privilège du conservateur	52
2-L'action directe justifiée par des concepts juridiques abstraits	53
a-L'action directe fondée sur la notion de justice commutative :.....	54
α- Exposé de la thèse	54
β- Objections à la thèse	55
b-La notion d'accessoire comme base juridique pour l'action directe	56
α-Exposé de la théorie	56
β-Critiques de la théorie	57
3-L'origine légale de l'action directe :.....	59
B-L'action directe comme compensation légale multipartite	60
1-Exposé de la thèse	61
a-La compensation multilatérale :	61
b-Application du mécanisme de la compensation multilatérale sur l'action directe.....	63
α-Analyse simple de l'action directe.....	63
β-Applicabilité des conditions de la compensation à l'action directe	64
2-L'intérêt de la qualification de l'action directe en compensation légale multilatérale.....	67
3-Conséquences de l'assimilation de l'action directe à une compensation multilatérale.....	69
Conclusion chapitre I	70
Chapitre II Les ensembles contractuels entre deux parties	72
Section I L'unicité ou la multiplicité contractuelle.....	72
Sous-section I : Les différents fondements proposés par la doctrine comme critère d'unicité contractuelle.....	73
I-Les critères subjectifs de l'unicité contractuelle	74
II-Les critères objectifs de l'unicité contractuelle.....	76
A-La cause comme fondement de l'unicité contractuelle	76
B-Distinction entre l'unicité et la multiplicité contractuelle basée sur la définition structurelle du contrat.....	78
Sous-section II : Qualification de l'unicité contractuelle basée sur l'échange des consentements entre les parties	79
I-Ideé de base.....	79

II-Démonstration.....	80
A-Méthode.....	80
B-Illustration	83
C-Intérêts	84
Section II Les liens entre les contrats.....	84
Sous-section I : ensemble contractuel, interdépendance, et indivisibilité, quelques remarques de terminologie	85
I-La définition de l'ensemble contractuel	85
A-L'ensemble contractuel dans la jurisprudence	86
B-La définition de l'ensemble contractuel dans la doctrine	87
C-La définition de l'ensemble contractuel dans les avant-projets de réforme du code civil	89
II-Indivisibilité et interdépendance : deux mots pour désigner un même concept	91
A-L'indivisibilité et l'interdépendance selon Bernard Teyssié.....	91
1-Exposée de la distinction entre indivisibilité et interdépendance selon B. Teyssié.....	91
2-Objections contre la distinction entre indivisibilité et interdépendance.....	92
B-Interdépendance et indivisibilité en jurisprudence : deux synonymes.....	94
Sous-section II : fondement des imbrications contractuelles.....	95
I-Les différents fondements avancés par la doctrine pour expliquer les liens inter- contractuels	96
A-L'interdépendance contractuelle expliquée par la volonté des parties ou « l'indivisibilité subjective »	96
1-L'indivisibilité subjective dans la jurisprudence	96
2-L'indivisibilité subjective dans la doctrine	97
3-Objections contre l'indivisibilité basée sur la volonté des parties	98
B-L'indivisibilité entre les contrats basée sur les articles 1217 et 1218 du code civil	99
1-Le développement prétorien de l'indivisibilité entre les contrats sur base des articles 1217 et 1218 du code civil	99
2-Explications doctrinales de l'indivisibilité objective des contrats	101
3-Objections contre l'indivisibilité objective	102
C-La condition résolutoire comme fondement des imbrications contractuelles	103
1-L'utilisation de la condition par le législateur pour relier le contrat de crédit à consommation et le contrat de vente	103
2-Critique de la condition résolutoire comme moyen de relier les contrats	104
II-La cause comme fondement pour expliquer les liens inter-contractuels.....	105
A-Une redéfinition de la cause	105
1-La classification traditionnelle de la doctrine entre cause subjective et cause objective	106
2-Le mouvement de subjectivisation de la cause ou l'économie du contrat	107
a-L'arrêt club vidéo	107
b-L'apparition de la notion d'économie du contrat dans la doctrine.....	108
c-La permanence de la cause tout au long de la survie du contrat.....	109
B-Le rôle de la cause comme moyen d'unifier l'ensemble contractuel	110
1-Le rôle de la cause dans les ensembles contractuels selon la doctrine majoritaire	110
2-La cause comme fondement d'indivisibilité contractuelle dans la jurisprudence	112
3-Critique de la cause comme fondement des imbrications contractuelle	113

4-Réponse aux critiques contre l'utilisation de la cause comme fondement pour l'unification de l'ensemble contractuel	114
C-Proposition d'une définition de l'ensemble contractuel à partir de la cause	114
1-Le rôle de l'économie du contrat dans la reconnaissance d'une opération d'ensemble	115
2-Le rôle de l'économie du contrat dans la création de liens entre les contrats	116
3-Récapitulatif et proposition d'une définition de l'ensemble contractuel	118
Conclusion chapitre II	119
Chapitre III Les ensembles contractuels entre plusieurs parties	121
Section I La définition des relations entre les membres de l'ensemble contractuel multipartite	121
Sous-section I : La sphère des parties dans les ensembles contractuelles selon la jurisprudence	122
Sous-section II : La sphère des parties dans les ensembles contractuelles selon la doctrine	124
I-Les propositions des auteurs pour la qualification des membres de l'ensemble contractuel	124
II-Notre point de vue : les membres de l'ensemble contractuel sont des tiers les uns par rapport aux autres	126
Section II La protection des droits des membres de l'ensemble par l'exigence d'une connaissance préalable	128
Sous-section I : Nécessité de protection des droits du tiers	128
I-Le rôle de la connaissance dans la protection des attentes légitimes du tiers	129
A-Les trois cas de figures prévues par MM. Ghestin, Jamin et Billiau	129
B-La nécessité de la publicité pour le transfert de la propriété	130
C-La responsabilité délictuelle pour contribution à la violation d'une obligation contractuelle	131
II-Le rôle particulier de la connaissance dans le cadre de l'imbrication contractuelle	131
A-La volonté de protéger les attentes légitimes des membres de l'ensemble contractuel	132
B-La connaissance, une condition d'efficacité et non pas de validité de l'ensemble contractuel	133
Sous-section II : Le contenu exact de la connaissance	134
I-Etendue et moment d'appréciation de la connaissance	134
II-Connaissance ou acceptation ?	136
III-Modes particuliers de preuve de la connaissance	138
A-Le recours aux présomptions pour établir la connaissance de l'existence de l'ensemble contractuel	138
B-Le recours à des mécanismes juridiques de droit commun pour établir la connaissance de l'ensemble contractuel	139
1-Le mandat comme moyen de preuve de la connaissance dans les opérations « clé en main »	139
a-La notion d'opération "clé en main"	139
b-Le recours au mandat tacite dans les opérations « clé en main »	140
2-L'action de concert comme moyen de preuve de connaissance de l'ensemble contractuel	141

Conclusion chapitre III	142
Conclusion titre I	144
Titre II Les différentes hypothèses d’extension de l’effet des clauses au sein d’un groupe de contrats	145
Chapitre I Extension et transmission de l’effet d’une clause dans une chaîne de contrats	147
Section I Les hésitations de la jurisprudence.....	148
Sous-section I : Extension de l’effet des clauses de compétence.....	148
I-L’extension de la clause compromissoire à l’occasion d’une action directe	149
II-L’extension de la clause attributive de juridiction dans l’action directe.....	151
III-Conflits entre clauses de compétence au sein d’une chaîne de contrats	153
Sous-section II : L’extension et la transmission des autres clauses au sein d’une chaîne de contrats	156
I-L’extension des autres clauses lors de l’action directe	156
II-La transmission de certaines clauses dans les chaînes de contrats	158
Section II L’extension d’une clause au sein d’une chaîne de contrats au regard de l’article 1165 du code civil	159
Sous-section I : La nature des clauses qui font l’objet d’une extension	160
I-Distinction entre la force obligatoire du contrat et son contenu « obligationnel »	161
A-Exposé de la thèse de M. Ancel.....	161
B-Critères de qualification de l’obligation	162
1-Exposé des principales thèses	162
2-Les cinq éléments caractéristiques de l’obligation.....	164
II-Qualification des clauses qui font l’objet de transmission ou d’extension à l’occasion d’une action directe	166
A-Confrontation des éléments caractéristiques de l’obligation et des clauses de compétence	166
B-Confrontation des éléments caractéristiques de l’obligation et des clauses de non- garantie, des clauses limitatives de garantie et des clauses limitatives de responsabilité	168
C-Confrontation des éléments caractéristiques de l’obligation et des clauses de non- concurrence	169
D- Confrontation des éléments caractéristiques de l’obligation et des clauses de garantie de passif	170
Sous-section II : L’extension et la transmission des clauses confrontées à la relativité de l’effet obligatoire du contrat	171
I-Sens et portée de l’effet relatif des contrats.....	172
A-L’article 1165 dans la doctrine moderne	172
B-La double limite de l’article 1165 du code civil	175
1-Exposé de l’interprétation de l’article 1165	175
2-Intérêts de l’interprétation proposée de l’article 1165.....	178
II-L’extension et la transmission de clauses dans une chaîne de contrats : violation de l’effet relatif des contrats ou opposabilité des conventions ?	179
A-La violation de l’effet relatif des contrats par la transmission de la clause de non- concurrence et de la clause de garantie de passif.....	179

B-L'extension des clauses de compétence, des clauses de non-garantie et des clauses limitatives de responsabilité : une illustration du principe d'opposabilité des conventions aux tiers.....	180
1-Définition de l'opposabilité	180
2-L'opposabilité des clauses de compétence, des clauses de non-garantie et des clauses limitatives de responsabilité dans les chaînes de contrats.....	182
Conclusion Chapitre I.....	185
Chapitre II L'extension des clauses dans un ensemble contractuel	187
Section I L'extension des clauses <i>rationae materiae</i>	187
Sous-section I : Elimination des faux cas d'extension.....	188
I-L'extension d'une clause au sein d'un groupe de contrats suppose une multiplicité contractuelle.....	189
II-La mise en œuvre des clauses contenues dans un contrat-cadre pour régir les contrats d'application.....	191
Sous-section II : L'extension <i>rationae materiae</i> dans la jurisprudence	194
I-Extension d'une clause compromissoire dans un ensemble contractuel entre deux parties	194
II-La présence de plusieurs clauses de compétence au sein d'un ensemble contractuel bipartite	197
A-Conflict entre deux clauses compromissoires dans un même ensemble contractuel	198
B-Conflict entre deux ou plusieurs clauses attributives de juridiction au sein d'un même ensemble contractuel.....	200
C-Conflict entre une clause attributive de juridiction et une clause compromissoire contenues dans un même ensemble contractuel	201
Section II L'extension des clauses <i>rationae personae</i> dans les ensembles contractuels ...	203
Sous-section I : L'extension <i>rationae personae</i> dans la jurisprudence.....	204
I-L'extension <i>rationae personae</i> en droit du transport	204
A-Le débat sur les liens entre les parties prenantes de l'opération de transport.....	204
1-Le débat sur la nature des liens entre les parties prenantes de l'opération de transport maritime	205
a-Le débat doctrinal sur la nature de l'action du destinataire contre le transporteur	206
b-L'action du destinataire contre le transporteur expliquée par une cession de créance qui lui est consentie par le chargeur.....	208
c-L'ensemble contractuel formé par l'opération de transport maritime.....	210
2-Le lien contractuel entre toutes les parties prenantes dans le transport routier.....	211
B-Exposé de la jurisprudence sur l'extension des clauses du contrat de transport au destinataire.....	211
1-Le contentieux de l'extension de la clause attributive de juridiction contenue dans un connaissance au destinataire de la marchandise	212
a-L'inopposabilité de la clause attributive de juridiction interne au destinataire	212
b-L'hésitation de la jurisprudence à propos de l'opposabilité de la clause attributive de juridiction internationale.....	213
c-Remarques générales sur le sort des clauses attributives de juridiction interne et internationale en droit maritime.....	216
2-Autres cas d'extension de clauses au sein des contrats de transport.....	217
II-L'extension <i>rationae personae</i> en droit des assurances	222

A-L'extension des clauses au sein d'ensemble contractuel impliquant un contrat d'assurance individuelle	222
B-L'extension de clauses au sein d'un ensemble contractuel dans l'assurance de groupe.....	226
1-La complexité des ensembles contractuels d'assurance de groupe	226
2-L'extension rationae personae au sein des ensembles d'assurance de groupe	229
III-L'extension rationae personae dans les ensembles contractuels comportant une sûreté personnelle	233
A-L'hésitation de la jurisprudence quant à l'opposabilité des clauses attributives de compétence à la caution.....	234
B-Le refus de principe d'étendre la clause compromissaire à la garantie autonome.....	236
IV- Autres hypothèses d'extension <i>rationae personae</i> au sein d'ensembles contractuels	237
A-L'extension d'une clause d'exclusivité contenue dans un bail commercial à un autre locataire.....	238
B-L'opposabilité de la clause limitative de responsabilité aux tiers en matière de marchés financiers.....	243
Sous-section II : Le conflit de clauses de compétence dans un ensemble contractuel multipartite	245
I-Conflit entre deux ou plusieurs clauses compromissaires au sein d'un ensemble contractuel multipartite	246
A-Le cas où les parties ont prévu une clause d'arbitrage multipartite.....	246
B-Le cas où les parties n'ont rien prévu.....	247
1-L'extension d'une clause compromissaire à un tiers dont le contrat contient une clause compatible	247
2-La consolidation des procédures arbitrales.....	252
II-Conflit entre une clause compromissaire et une clause attributive de juridiction contenues dans un même ensemble contractuel	253
Conclusion Chapitre II	254
Conclusion Titre II	256
Conclusion première partie.....	257
Deuxième partie : Base juridique de l'extension et de la transmission des clauses au sein des groupes de contrats	259
Titre I Justification de l'extension ou de la transmission d'une clause au sein d'un groupe de contrats	261
Chapitre I Justification de l'extension et de la transmission d'une clause au sein d'une chaîne de contrats.....	262
Section I de l'extension de certaines clauses au sein d'une chaîne de contrats	262
Sous-section I : Les clauses ayant pour objet de déterminer le montant de la créance	263
I-Bref rappel des solutions retenues par la jurisprudence à propos de l'extension des clauses limitatives de responsabilité ou de garantie dans les chaînes de contrats	263
II-La double justification de l'extension des clauses limitatives de responsabilité ou de garantie dans les chaînes de contrats.....	264
A-Justification par le biais de la compensation multipartite	264
1-Application à la clause de non-garantie ou limitative de garantie.....	264
2-Application à la clause limitative de responsabilité	265

B-Justification par la théorie de l'enrichissement sans cause	266
III-Principe : l'extension des clauses qui déterminent le montant des créances dans les chaînes de contrats	268
A-Enoncé du principe : extension de plein droit des clauses qui déterminent l'existence ou le montant de toutes les créances en jeu.....	268
B-Critique de la jurisprudence qui rejette l'opposabilité de la clause de non-garantie ou limitative de responsabilité contenues dans le contrat du demandeur à l'action directe	270
Sous-section II : Le fondement de l'extension des clauses de compétence dans les chaînes de contrats.....	271
I-Fondement de l'extension de la clause compromissoire dans les chaînes de contrats.....	271
A-Synthèse de la jurisprudence sur l'extension des clauses compromissoires dans une action directe.....	272
1-Bref rappel des solutions retenues par la Cour de cassation et la cour d'appel de Paris	272
2-Critique des fondements avancés par la jurisprudence	273
a-Objections contre le principe de validité et d'efficacité propres	273
b-Objections contre le principe de l'accessoire comme justificatif de l'extension de la clause compromissoire	274
c-Objections contre le critère de la volonté implicite	276
B-La bonne administration de la justice comme fondement de l'extension de la clause compromissoire	278
1-Les obstacles potentiels à l'extension de la clause compromissoire	278
a-L'opposabilité de la clause compromissoire ne porte pas atteinte au principe de l'effet relatif des contrats	278
b-Le recours à l'arbitrage interne est une dérogation au principe du droit d'accès au juge naturel.....	279
c-Le recours à l'arbitrage implique renonciation à certaines garanties du procès	280
2-La notion de bonne administration de la justice	283
3-Les lacunes en droit de l'arbitrage auxquelles la bonne administration de la justice peut remédier.....	284
4-L'applicabilité du principe de la bonne administration de la justice dans le contexte particulier de l'extension de la clause compromissoire lors de l'action directe	286
II-Analyse juridique de l'extension de la clause attributive de juridiction dans les chaînes de contrats.....	287
A-Bref rappel de la jurisprudence sur l'extension de la clause attributive de juridiction dans les chaînes de contrats	287
B-Justification de l'extension de la clause attributive de juridiction.....	288
1-Les obstacles à l'extension de la clause attributive de juridiction	288
2-Le fondement de l'extension de la clause attributive de juridiction.....	289
a-La justification de l'extension de la clause attributive de juridiction dans un contexte interne	289
b-La justification de l'extension de la clause attributive de juridiction dans un contexte international	291

Section II Fondement de la transmission de certaines clauses dans les chaînes de contrats	293
Sous-section I : La transmission de la clause de non-concurrence et de garantie de passif comme accessoire de la chose	294
I-L'article 1122, base légale de transmission des accessoires dans les chaînes de contrats	294
A-L'applicabilité de l'article 1122 aux ayant cause à titre particulier	294
B-La nature de la transmission prévue par l'article 1122	296
II-La notion d'accessoire	297
III-Applicabilité des conditions de la transmission au regard de l'article 1122 à la clause de non-concurrence et à la clause de garantie de passif	300
A-L'applicabilité des conditions de la transmission à la clause de non-concurrence	300
B-L'applicabilité des conditions de la transmission à la clause de garantie de passif	301
Sous-section II : Appréciation critique de la transmission de la clause de non-concurrence et de la clause de garantie de passif dans les chaînes de contrats	301
I-Appréciation de la non-transmissibilité de l'obligation de non-concurrence	302
A-L'état actuel du droit positif sur la transmission des dettes à l'ayant cause à titre particulier	302
1-Un principe de non-transmissibilité des dettes ?	303
2-La transmission des obligations par le moyen de l'obligation <i>propter rem</i>	303
B-Appréciation du bien-fondé de la transmission des dettes à l'ayant cause à titre particulier	304
1-L'appréciation de la notion d'obligation <i>propter rem</i>	304
2-L'inapplicabilité de l'article 1122 à la transmission d'obligations envers les ayants cause à titre particulier	305
a-Le débat sur le sens du verbe stipuler	305
b-La différence de logique entre la transmission des créances et celles des dettes à l'ayant cause à titre particulier	306
3-La transmission des obligations liées à la chose par l'acceptation de l'ayant cause à titre particulier	306
II-Appréciation de l'opportunité de la transmission des créances et de la non-transmission des dettes à l'ayant cause à titre particuliers	308
A-L'opportunité de la transmission des créances et la non transmission des dettes pour l'auteur	308
B-L'opportunité de la transmission des créances et la non-transmission des dettes pour le propriétaire originaire	309
III-Principe : transmission des créances et non-transmission des dettes à l'ayant cause à titre particulier	310
Conclusion chapitre I	311
Chapitre II Justification de l'extension de certaines clauses dans les ensembles contractuels	313
Section préliminaire Rôle passif de l'ensemble contractuel dans l'extension d'une clause	313
Sous-section I : la confusion du litige	314
Sous-section II : rôle passif de l'ensemble contractuel en droit maritime	315

I-L'indifférence de l'ensemble contractuel quant à la problématique de la transmission de la clause attributive de juridiction.....	315
A-Bref rappel de la jurisprudence étudiée.....	315
B-Preuves de l'indifférence de l'ensemble contractuel quant à l'extension de la clause attributive de juridiction au destinataire.....	316
II-Rôle passif de l'ensemble contractuel à l'extension de la clause de choix de loi	317
Section I L'ensemble contractuel, élément de fait soumis à l'appréciation du juge.....	318
Sous-section I : le rôle interprétatif de l'ensemble contractuel	318
I-L'interprétation des clauses contenues dans un contrat par référence à une clause contenue dans un autre contrat	319
A-La prise en compte de l'ensemble contractuel dans l'interprétation des contrats selon les principes directeurs de l'interprétation en droit français	319
1-L'inadaptation de la méthode classique à expliquer le rôle de l'ensemble contractuel dans l'interprétation.....	319
2-La possibilité d'intégrer l'ensemble contractuel dans la conception moderne de l'interprétation.....	321
B-Limites de la prise en considération de l'ensemble contractuel dans l'interprétation.....	322
C-Enoncé de la règle	324
II-Le rôle de l'ensemble contractuel dans la présomption de volonté d'inclure certains litiges dans le champ d'application des clauses de compétence.....	326
A-La présomption de volonté d'étendre le champ d'application d'une clause compromissoire dans les ensembles contractuels bipartites.....	326
B-La présomption de volonté d'étendre l'effet de la clause compromissoire dans les ensembles contractuels contenant une sûreté personnelle	328
1-Bien-fondé de la présomption de volonté d'étendre la clause de compétence à la caution ou au garant première demande.....	328
2-Le fondement de l'extension de l'effet de la clause de compétence au contrat de sûreté personnelle	330
3-Proposition de règle	331
II-Le rôle de l'ensemble contractuel pour la mise en œuvre de certaines notions juridiques au contour imprécis.....	332
A-Le rôle de l'ensemble contractuel dans la mise en œuvre de la bonne foi	332
1-Les données du problème	333
a-La conception de la bonne foi dans la doctrine.....	333
b-Bref rappel des solutions retenues par la jurisprudence sur l'application de la notion de bonne foi dans les ensembles contractuels	334
2-Définition du rôle de l'ensemble contractuel dans l'application du devoir de bonne foi	335
a-Analyse des deux arrêts étudiés sur la mise en œuvre de la bonne foi dans les ensembles contractuels	335
α- La mise en œuvre de la fonction interprétative de la bonne foi.....	335
β-Mise en œuvre de la fonction d'enrichissement du contrat.....	336
b-Proposition de règle	338
B-Le rôle de l'ensemble contractuel dans la mise en œuvre du principe de cohérence....	339
1-La notion de cohérence	340

a-Le fondement juridique de la cohérence	340
b-Diverses applications du principe de cohérence	340
c-La cohérence du contenu contractuel	341
2-L'incompatibilité entre clauses attributives de juridiction et le principe de cohérence	342
a-La sanction des clauses attributives de juridiction incompatibles dans un même contrat	342
α-Exposé de la jurisprudence	343
β-Analyse du raisonnement de la jurisprudence sur la sanction des clauses attributives de juridiction	343
b-La sanction de l'incompatibilité entre clauses attributives de juridiction incompatibles dans un ensemble contractuelle (Com., 28 mars 1995)	344
α-Bref rappel des faits	344
β-Analyse de l'arrêt.....	345
C- Le rôle de l'ensemble contractuel dans la mise en œuvre de la bonne administration de la justice	346
1-Bref rappel de la jurisprudence	347
2-Influence de l'ensemble contractuel sur l'exigence de la bonne administration de la justice	347
3-Proposition de règles.....	349
Section II L'ensemble contractuel, un élément de droit qui s'impose au juge	351
Sous-section I : l'opposabilité d'une clause limitative de responsabilité en cas de responsabilité délictuelle pour inexécution contractuelle	351
I-Données du problème	352
A-Bref rappel de la jurisprudence.....	352
B-L'opposabilité de la clause limitative de responsabilité : une solution qui ne peut trouver d'explication que par l'existence d'un ensemble contractuel	352
II-Rôle de l'ensemble contractuel dans l'opposabilité de la clause limitative de responsabilité	354
A-Analyse du rôle de l'ensemble contractuel dans l'arrêt étudié	354
B-Bien-fondé de la solution	355
C-Proposition de règle ?.....	358
Sous-section II : l'extension de l'effet obligationnel d'une clause lorsque le respect de sa force obligatoire le commande	359
I-Les données du problème	359
A-Bref rappel de l'arrêt étudié.....	359
B-L'arbitrage difficile entre la force obligatoire du contrat et entre l'effet relatif des contrats.....	360
1-Domaine de la confrontation de la force obligatoire du contrat et de l'effet relatif : identité de cause ou d'objet	360
2-Les termes exacts du débat	361
C-L'évolution de la jurisprudence sur le pacte de préférence.....	362
II-La confrontation de la force obligatoire du contrat et l'effet relatif des contrats dans l'ensemble contractuel.....	364
A-Le rôle de l'ensemble contractuel dans la confrontation de la force obligatoire du contrat et l'effet relatif des contrats	364

B-Appréciation du bien-fondé de la solution.....	365
C-Proposition de règle	367
Conclusion chapitre II	368
Conclusion titre I.....	370
Titre II Analyse des clauses pouvant produire des effets à l'échelle du groupe de contrats.....	371
Chapitre I Définition de quelques catégories particulières de clauses	372
Section I Définition des clauses créatrices d'obligations.....	372
Sous-section I : la notion d'exécution forcée comme élément essentiel de l'obligation...	373
I-La notion de droit à l'exécution.....	373
A-Les conditions d'exercice du droit à l'exécution forcée.....	373
B-Contenu du droit à l'exécution.....	374
II-Manifestation de l'exécution forcée comme élément caractéristique de l'obligation...	375
A-Synthèse des composantes de l'exécution forcée comme éléments caractéristiques de l'obligation	376
B-Application de l'exécution forcée à certaines clauses particulières	378
Sous-section II : la participation de la clause à la réalisation du <i>negotium</i>	379
I-La notion de <i>negotium</i>	380
II-La nécessité du <i>negotium</i> pour définir l'obligation.....	382
III-Etude de certaines clauses particulières à l'aune de leur participation au <i>negotium</i> ...	383
Section II Les clauses influentes sur les obligations.....	385
Sous-section I : Les clauses qui affectent l'existence ou le montant de l'obligation.....	385
I-Les clauses en faveur du créancier	386
A-Les clauses qui augmentent le montant d'une créance.....	387
B-Les clauses qui assurent la survie de l'obligation en cas de force majeure	389
II-Les clauses en faveur du débiteur	392
A-Distinction entre le régime des clauses relatives à la responsabilité et celui des clauses relatives à l'obligation	392
B-Régime des clauses d'exception d'inexécution dans les groupes de contrats.....	394
Sous-section II : la notion de clause modulatrice de la créance.....	396
Conclusion chapitre I	399
Chapitre II Etude de certaines clauses problématiques dans les groupes de contrats	402
Section I Les clauses qui influencent l'existence et le montant de la créance de réparation	402
Sous-section I : la clause pénale	403
I-Généralités sur la clause pénale	403
A-Définition et encadrement légal de la clause pénale.....	403
B-La complexité de la clause pénale.....	404
II-Mise en œuvre de la clause pénale dans un groupe de contrats.....	405
A-Mise en œuvre de la clause pénale dans les actions directes en réparation	405
B-Inopposabilité de la clause pénale dans l'ensemble contractuel.....	407
Sous-section II : la clause limitative de responsabilité	408
I-Les différents types de clauses limitatives de responsabilité.....	408
A-Les clauses relatives à l'existence de l'obligation de réparer	408
B-Les clauses relatives au paiement de la créance de réparation.....	410

II-Mise en œuvre des clauses limitatives de responsabilité dans les groupes de contrats	410
A-L'extension des clauses limitatives de responsabilité dans les actions directes en réparation	410
B-Extension des clauses limitatives de responsabilité dans les ensembles contractuels	412
Section II D'autres clauses problématiques dans les groupes de contrats	413
Sous-section I : les clauses relatives à la prescription	413
I-Le débat sur la nature de la prescription.....	414
A-Arguments en faveur de la thèse substantialiste.....	414
B-Arguments en faveur de la thèse processualiste	415
C- La prescription n'éteint que le droit d'action sans le droit substantiel.....	417
II-Le régime des clauses de prescription dans les groupes de contrats	417
Sous-section II : La clause de divisibilité	418
I-L'efficacité de la clause de divisibilité dans la jurisprudence	419
A-La divergence entre les chambres de la Cour de cassation quant à l'efficacité de la clause de divisibilité.....	419
B-La Chambre mixte refuse de donner effet à la clause de divisibilité	420
1-Exposé des arrêts de la Chambre mixte du 17 mai 2013	420
2-La réaction de la doctrine face à l'arrêt de la Chambre mixte du 17 mai 2013	421
II-Appréciation du bien-fondé de la solution.....	422
A-Inefficacité de principe de la clause de divisibilité.....	423
B-Rôle de la clause de divisibilité comme simple indice de la cause réelle recherchée par les parties	423
Conclusion chapitre II	424
Conclusion titre II.....	426
Conclusion deuxième partie	427
Conclusion générale	429
Bibliographie	437
Index	459