



Julia Pinier-Rafer

Les sanctions unilatérales de l'inexécution du contrat

PINIER-RAFER, Julia. *Les sanctions unilatérales de l'inexécution du contrat* **[en ligne]**. Sous la direction de Stéphanie PORCHY-SIMON. Thèse de doctorat : Droit mention droit privé. Lyon : Université Jean Moulin Lyon 3, 2023.

Disponible sur : <https://www.theses.fr/2023LYO30056>



Document diffusé sous le contrat *Creative Commons* « **Attribution – 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.



N° d'ordre NNT : 2023LYO30056

THÈSE DE DOCTORAT DE L'UNIVERSITÉ JEAN MOULIN LYON 3

Membre de l'université de Lyon

École doctorale n° 492 - Droit

Discipline : **Droit**
Mention : **Droit privé**

Soutenue publiquement le 15/12/2023, par

Julia PINIER-RAFER

Les sanctions unilatérales de l'inexécution du contrat

Laboratoire de recherche : **ERLJ, Équipe de recherche Louis Josserand**

Directrice de thèse : **Mme Stéphanie PORCHY-SIMON**

Rapporteurs :

M. Olivier DESHAYES

Professeur des universités, université Paris Nanterre

Mme Julia HEINICH

Professeure des universités, université de Bourgogne, Dijon

Devant le jury composé de :

Mme Stéphanie PORCHY-SIMON

Professeure des universités, université Jean Moulin Lyon 3. Directrice de thèse

M. Romain BOFFA

Professeur des universités, université Paris-Est Créteil. Président du jury

Mme Julia HEINICH

Professeure des universités, université de Bourgogne, Dijon. Rapporteuse

M. François CHÉNEDÉ

Professeur des universités, université Jean Moulin Lyon 3. Examineur

À ceux qui cultivent la réciprocité.

À celle, qui m'a appris qu'à deux, c'est toujours mieux.

REMERCIEMENTS

À ma directrice de thèse, Madame le Professeur Stéphanie Porchy-Simon, qui m'a guidée dans ce travail, avec une direction franche mais toujours bienveillante, je la remercie très sincèrement.

Aux membres de ma famille, qui m'ont tous soutenue, chacun à leur manière. Ils me montrent chaque jour que donner c'est recevoir. Je ne peux que les remercier une fois de plus.

Aux amis du doctorat et d'ailleurs, qui ont rendu l'expérience unique. Merci. J'adresse un remerciement spécial à Antoine, Brune-Laure, Charlotte, Capucine, Émeline, Florent, Jean-Baptiste et Mathilde, pour leur très grande contribution à ce travail.

À Marie et Simon qui sont là depuis le début. Qu'ils trouvent ici un témoignage sincère de mon amitié ne serait-ce que parce qu'ils m'ont écoutée parler, sans cesse, durant ces années.

À Vladimir, enfin, car avec lui j'apprends chaque jour. Qu'il sache surtout que, dans tout ce qu'il entreprend, « pour un dilettante ce monsieur est à vrai dire remarquablement doué »ⁱ.

ⁱ S. SWEIG, *Le joueur d'échecs*.

LISTE DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

A.P.D	Archives de philosophie du droit
AJ Contrat	Actualité juridique du contrat
AJ Famille	Actualité juridique famille
AJCA	Actualité juridique des contrats d'affaires
Al.	Alinéa
Art.	Article
Ass. Plén.	Assemblée plénière
B	Publié au bulletin d'information de la Cour de cassation
Bull. civ	Bulletin civil des arrêts de la Cour de cassation
C. civ.	Code civil
C. cons.	Code de la consommation
C. proc. civ.	Code de procédure civile
C. trav.	Code du travail
CA	Cour d'appel
Cass.	Cour de cassation
CCC	Contrats – Concurrence – Consommation
CEDH	Cour européenne des droits de l'homme
Cf.	<i>Confer</i>
Chron.	Chronique
Civ	Chambre civile de la Cour de cassation
CJUE	Cour de justice de l'Union Européenne
Coll.	Collection
Com.	Chambre commerciale de la Cour de cassation
Comm. com. électr.	Communication commerce électronique
Comm.	Commentaire
Comp.	Comparer
Cons. const.	Conseil constitutionnel
Concl.	Conclusion
D.	Recueil Dalloz
DC	Contrôle de constitutionnalité
Décr.	Décret
Defrénois	Répertoire du Notariat Defrénois
Dir.	Direction
DP	Dalloz périodique, disparu après 1941
Dr. et Patr.	Droit et patrimoine
Éd.	Édition
Ég.	Également
GAJC	Grands arrêts de la jurisprudence civile
Gaz. Pal.	Gazette du palais
<i>Ibid.</i>	<i>Ibidem</i>

<i>Infra</i>	Ci-dessous
I	Publié sur Internet
JCI	JurisClasseur
JCP E et A	La semaine juridique, édition entreprises et affaires
JCP G	La semaine juridique, édition générale
JORF	Journal Officiel de la République Française
LPA	Les petites affiches
N°	Numéro
Not.	Notamment
Obs.	Observation
<i>Op. cit.</i>	<i>Opere citato</i>
P.	Page
Précit.	Précité
Préf.	Préface
PUAM	Presses universitaires d'Aix-Marseille
PUF	Presses universitaires de France
RDC	Revue des contrats
RDI	Revue de droit immobilier
Rev. crit. DIP	Revue critique de droit international privé
Rép. Civ.	Répertoire de droit civil
Rép. Com.	Répertoire de droit commercial
Rev. dr. Assas	Revue de droit d'Assas
RGDA	Revue générale de droit des assurances
RIDC	Revue internationale de droit comparé
RJDA	Revue de jurisprudence de droit des affaires
RLDA	Revue Lamy de droit des affaires
RLDC	Revue Lamy de droit civil
RTD Civ.	Revue trimestrielle de droit civil
RTD Com.	Revue trimestrielle de droit commercial
S.	Suivant
Soc.	Chambre sociale de la Cour de cassation
Somm.	Sommaire
Spéc.	Spécialement
<i>Supra</i>	Ci-dessus
T.	Tome
Th.	Thèse
V.	Voir
v°	<i>Verbo</i>
Vol.	Volume

SOMMAIRE

Introduction

Partie 1 : Les critiques de l'intégration des sanctions unilatérales dans le droit commun

Titre 1 : Les critiques de l'intégration des sanctions unilatérales dans le droit de l'inexécution

Chapitre 1 : Les critiques des dispositions propres à chaque sanctions unilatérale

Chapitre 2 : Les critiques de la disposition commune à toutes les unilatérales

Titre 2 : Les critiques de l'intégration des sanctions unilatérales dans la théorie générale du contrat

Chapitre 1 : L'absence de cohérence entre l'intégration des sanctions unilatérales et la théorie générale du contrat

Chapitre 2 : L'absence de cohérence entre l'intégration des sanctions unilatérales et l'impératif de protection de la partie faible

Partie 2 : Les améliorations de l'intégration des sanctions unilatérales dans le droit commun

Titre 1 : L'amélioration de la protection de la partie faible dans les sanctions unilatérales

Chapitre 1 : La révision de la disposition commune aux sanctions unilatérales à l'aune de la protection de la partie faible

Chapitre 2 : La hiérarchisation du recours aux sanctions unilatérales à l'aune de la protection de la partie faible

Titre 2 : L'amélioration du régime des sanctions unilatérales

Chapitre 1 : La révision du régime des sanctions unilatérales à l'aune de la qualification et de la protection de la partie faible

Chapitre 2 : La révision des éléments complémentaires du régime à l'aune des spécificités de chaque sanction unilatérale, de la qualification et de la protection de la partie faible

Conclusion générale

INTRODUCTION

1. « Presque jamais créateur d'obligation, l'unilatéralisme selon les cas brise ou prolonge le contrat, freine ou accélère sa marche, parfois en corrige la direction, le perturbe en tout cas... »¹. L'unilatéralisme, dont le rôle ambigu est décrit par Monsieur Jestaz, représente « l'aptitude d'une personne à créer des effets de droit par l'expression de sa seule volonté »². Il peut prendre différentes formes : « unilatéralisme, droits potestatifs, prérogatives, facultés ou encore pouvoirs : sous la diversité du vocabulaire, il est une même réalité, celle de la puissance de la volonté unilatérale, qui se voit conférer par le contrat le pouvoir d'agir sur la situation existante, par exemple en modifiant ou en éteignant le contrat »³. L'unilatéralisme est loin d'être une nouveauté tant dans les législations étrangères⁴ qu'en droit interne. Diverses branches du droit français font, depuis toujours, appel au pouvoir de la volonté unique pour créer des effets

¹ Ph. JESTAZ, « Rapport de synthèse » in C. JAMIN et D. MAZEAUD (dir.), *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, Economica, 1999, p. 87 s., spéc. p. 99.

² L. AYNÈS, « Rapports introductifs » in C. JAMIN et D. MAZEAUD (dir.), *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, *op. cit.* p. 3 s., spéc. p. 3 n°1.

³A. ETIENNEY DE SAINTE-MARIE, « La validité des prérogatives contractuelles après la réforme du droit des contrats », *D.* 2017, p. 1312.

⁴ Par exemple, les sanctions unilatérales sont présentes. V. not. pour une comparaison intéressante des sanctions françaises de l'inexécution avec le droit belge, le droit suisse, le droit anglais, le droit allemand et le droit italien : M. FONTAINE et G. VINEY (dir.), *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles, études de droit comparé*, LGDJ & Bruylant, Bibliothèque de la faculté de droit de l'Université catholique de Louvain, 2001 et notamment M. FONTAINE, « Chapitre XXIV : les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles synthèse et perspective », *in ibid.*, p. 1019. V. sur le droit belge : S. STIJNS, « Chapitre XIII La résolution pour inexécution en droit belge : conditions et mise en œuvre », *in ibid.*, p. 513 s., p. 535 sur la résolution non judiciaire ; M. VAN DER MERSCH et D. PHILIPPE, « Chapitre XVI L'inexécution dans les contrat du commerce international », *in* M. FONTAINE et G. VINEY (dir.), *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles, études de droit comparé op. cit.* p. 701 s., spéc. p. 710, n°s 18 s sur la réduction du prix possible en Belgique. Le droit allemand reconnaît l'existence des mesures unilatérales telles que la réduction du prix ou la résolution unilatérale, v. en ce sens, C. WITZ, « La nouvelle jeunesse du BGB insufflée par la réforme du droit des obligations », *D.* 2002, p. 3156 ; C. JAMIN, « Vers la résolution unilatérale du contrat », *D.* 1999, p. 197 ; F. RANIERI, « Chapitre XVIII Les sanctions de l'inexécution du contrat en droit allemand » *in* M. FONTAINE et G. VINEY (dir.), *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles, études de droit comparé, op. cit.*, p. 811 s., spéc. p. 821 s. pour la réduction du prix et p. 825 s. pour la résolution en droit allemand. v. ég. sur le droit anglais : S. WITHAKKER, « Chapitre 9 La résiliation suite à une inexécution contractuelle et ses conséquences : retour sur le droit français à la lumière de l'avant-projet de réforme » *in* J. CARTWRIGHT, S. VOGENAUER et S. WITHAKKER (dir.), *Regards comparatistes sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, Société de législation comparé, 2010, p. 211 s.

de droit⁵. Sa représentation la plus emblématique relève sûrement du pouvoir unilatéral de l'administration sur l'administré⁶.

2. L'unilatéralisme en droit des contrats – En droit des contrats, il en va différemment, l'unilatéralisme aurait en effet « mauvaise presse »⁷. Le juriste s'en méfierait⁸. De telles affirmations n'ont rien d'étonnantes puisque le contrat est la manifestation de l'accord de volontés des parties. Or, l'unilatéralisme, qui se matérialise généralement dans cette matière par un acte juridique unilatéral, en est logiquement la négation⁹. Pourtant, si le droit des contrats est en principe réfractaire au développement de ce concept, ce type d'acte dans la théorie générale a toujours suscité un certain intérêt¹⁰. La tendance actuelle des règles du droit des contrats est en faveur du développement du pouvoir de la volonté unique (l'unilatéralisme) et de sa manifestation (l'acte unilatéral)¹¹.

⁵ Par exemple en droit de la famille : la reconnaissance d'un enfant naturel, V. C. civ. art. 334 et s. En droit du travail : Cass. Com. 8 juin 2017, n°14-29.618, *Bulletin Joly Société*, 2017, n°116, p. 544 s. obs. J.-F. BARBIÈRI : la démission est un acte juridique unilatéral ; M. FABRE-MAGNAN, « Le droit du travail vu du droit civil : l'unité du droit des obligations », *Semaine sociale Lamy*, 2002, n°1095 : cet auteur a démontré que l'unilatéralisme en droit du travail constituait une « tendance » sur laquelle le droit civil devrait prendre exemple pour faire évoluer le droit commun des contrats.

⁶ L. AYNÈS, « Rapports introductifs » *précit.* spéc. p. 4, n°3 : « Cet unilatéralisme est l'instrument de l'autorité que l'administration exerce sur les citoyens. Ceux-ci apparaissent alors comme des sujets, soumis à l'exercice d'un pouvoir politique [...] ». Dans le même sens, l'administration dispose d'un pouvoir unilatéral de modifier le contrat, V. L. FOLLIOT-LALLIOT, « Fasc. 32 : Exécution du contrat administratif – obligations contractuelles et pouvoirs de l'Administration », *JCI Contrats et marchés publics*, décembre 2022, spéc. §75 s.

⁷ L. AYNÈS, « Rapports introductifs » *précit.* spéc. p. 4, n°3 : « Cet unilatéralisme est l'instrument de l'autorité que l'administration exerce sur les citoyens. Ceux-ci apparaissent alors comme des sujets, soumis à l'exercice d'un pouvoir politique [...] » p. 3 n°1.

⁸ *Ibid.* spéc. p. 4, n°4 : « Cet unilatéralisme est l'instrument de l'autorité que l'administration exerce sur les citoyens. Ceux-ci apparaissent alors comme des sujets, soumis à l'exercice d'un pouvoir politique [...] ».

⁹ R. ENCINAS DE MUNAGORRI, *L'acte unilatéral dans les rapports contractuels*, LGDJ, t. 254, préf. A. LYON-CAEN Bibliothèque de droit privé, 1996, spéc. n°5 : « au moins sur le mode implicite, il semble largement admis que l'acte unilatéral n'a pas sa place au sein d'une théorie générale des contrats bien comprise ».

¹⁰ V. not non exhaustif, J. MARTIN DE LA MOUTTE, *L'acte unilatéral. Essai sur sa notion et sa technique en droit civil*, Sirey, 1951 ; M.-L. IZORCHE, *L'avènement de l'acte juridique unilatéral en droit privé contemporain*, préf. J. MESTRE, PUAM, 1995 ; R. ENCINAS DE MUNAGORRI, *L'acte unilatéral dans les rapports contractuels*, *op. cit.*

¹¹ V. en ce sens, M. MEKKI, « Les doctrines sur l'efficacité du contrat en période de crise », *RDC/I* 2010, p. 383, n°4 : Pour cet auteur, le suffixe -isme désignerait non pas une école de pensée mais des idées. « le socialisme, le solidarisme, le volontarisme social, l'individualisme [...] ». De la même manière, l'unilatéralisme pourrait alors traduire l'idée d'insérer dans le contrat des mesures unilatérales. Dans la même direction, P. LEMAY, *Le principe de la force obligatoire à l'épreuve du développement de l'unilatéralisme*, *op. cit.* spéc. p. 28, n°3. V. ég. L. MOLINA, *La prérogative contractuelle*, th. Paris I, 2020, spéc. p. 55, n°37 : « L'unilatéralisme et l'acte unilatéral se conçoivent alors comme les deux faces d'un même procédé, selon que l'on se place du point de vue de son auteur (unilatéralisme) ou de sa concrétisation (acte unilatéral) ».

3. La consécration de l'unilatéralisme dans le droit des contrats renoué – Désormais, selon l'article 1100 du Code civil, les obligations peuvent naître par contrat, acte juridique unilatéral ou par fait juridique. Lors de la formation du contrat, le droit positif reconnaît une nouvelle figure contractuelle, le contrat d'adhésion dont l'élaboration est réalisée par une seule des parties¹². La fixation unilatérale du prix dans les contrats cadre¹³ et dans les contrats de prestation de service¹⁴ est possible. L'article 1195 du Code civil consacre la révision pour imprévision¹⁵. Enfin, le droit de l'inexécution prévoit cinq sanctions unilatérales au titre des articles 1217 et suivant : l'exception d'inexécution¹⁶, l'exception d'inexécution anticipée¹⁷, la faculté unilatérale de remplacement du débiteur défaillant¹⁸, la réduction unilatérale et proportionnelle du prix¹⁹ et enfin, la résolution par notification²⁰.

4. Le rejet historique de l'unilatéralisme dans le contrat – Si l'unilatéralisme dispose désormais d'une place conséquente dans la théorie générale du contrat, il faut reconnaître qu'historiquement, cela n'a pas toujours été le cas. Ce concept n'a jamais été réduit à sa seule manifestation. Comme l'explique un auteur, « l'unilatéralisme exprimerait une nouvelle mutation, en droit des contrats, favorable à l'octroi de prérogatives unilatérales aux parties afin qu'elles puissent modifier ou rompre la relation contractuelle »²¹. Il est certain que son développement est le témoignage d'un bouleversement progressif de la théorie générale du contrat. Les principes fondateurs de celle-ci, telle que la force obligatoire²², sont déstabilisés par l'unilatéralisme. Lorsque la conception du contrat repose sur l'autonomie de la volonté²³, les mesures unilatérales entrent en contradiction avec celui-ci car corrélativement, le principe de sa force obligatoire justifie son intangibilité. Dans le Code civil de 1804, lors de la période de formation, il était nécessaire de sceller la rencontre des volontés dans le consentement des parties. Une place prépondérante était alors accordée au pouvoir de la volonté commune. Au contraire des droits spéciaux²⁴, en l'absence de disposition spécifique, les volontés individuelles

¹² C. civ. art. 1110 al. 2 (version en vigueur depuis le 01 octobre 2018).

¹³ C. civ. art. 1164 (version en vigueur depuis le 01 octobre 2016).

¹⁴ C. civ. art. 1165 (version en vigueur depuis le 01 octobre 2018).

¹⁵ C. civ. art. 1195 (version en vigueur depuis le 01 octobre 2016).

¹⁶ C. civ. art. 1219 (version en vigueur depuis le 01 octobre 2016).

¹⁷ C. civ. art. 1220 (version en vigueur depuis le 01 octobre 2016).

¹⁸ C. civ. art. 1222 (version en vigueur depuis le 01 octobre 2016).

¹⁹ C. civ. art. 1223 (version en vigueur depuis le 01 octobre 2018).

²⁰ C. civ. art. 1226 (version en vigueur depuis le 01 octobre 2016).

²¹ P. LEMAY, *Le principe de la force obligatoire à l'épreuve du développement de l'unilatéralisme*, préf. S. CHASSAGNARD-PINET, Mare & Martin, Bibliothèque de thèses, Lille, 2014, spéc. p. 28, n°3.

²² P. LEMAY, *Le principe de la force obligatoire à l'épreuve du développement de l'unilatéralisme*, op. cit.

²³ V. *infra* n°132 s.

²⁴ V. *infra* n°75 s.

n'avaient qu'une place très restreinte dans le droit commun. La place de la volonté isolée n'était pas non plus très prononcée lors de l'exécution du contrat où seul le *mutuus dissensus* pouvait défaire ou modifier ce que le *consensus* avait créé. En cas d'inexécution, en dehors d'un commun accord des parties, le juge était alors l'unique instance compétente pour régler le litige.

5. Le développement de l'unilatéralisme : l'essor jurisprudentiel – Cependant, en dépit d'un unilatéralisme quasi-inexistant dans le droit commun des contrats de 1804, la doctrine envisageait depuis longtemps d'y intégrer des possibilités d'adapter unilatéralement le contrat²⁵. C'est la jurisprudence toutefois qui en assurée le développement. La Cour de cassation consacrait, bien avant leur codification en droit positif, l'existence de nombreuses mesures offrant individuellement aux parties le pouvoir d'agir seules sur le contrat. Suivant une solution constante²⁶, en vertu de la prohibition des engagements perpétuels, l'une des parties pouvait, sauf abus, rompre unilatéralement un contrat à durée indéterminée. De même, l'exception d'inexécution, mécanisme autorisant le créancier à retenir l'exécution de son obligation jusqu'à ce que son débiteur s'exécute en retour²⁷, fut permise dès le XIX^e siècle²⁸.

Si « l'histoire de l'exception d'inexécution est celle d'une progressive conquête »²⁹, il nous semble que cela soit également le cas pour celle de l'intégration de toutes les mesures unilatérales dans le contrat. En effet, jusqu'à la fin du XX^e siècle, les traces d'unilatéralisme étaient souvent circonscrites au droit spécial³⁰ ou limitées à des situations contractuelles

²⁵ R. DEMOGUE, « Des modifications aux contrats par volonté unilatérale », *RTD Civ.* 1907, p. 245.

²⁶ V. par ex. Cass. Civ. 1^{ère}, 11 juin 1996, n°95-17.339, *CCC* 1996, comm. 68, note L. LEVENEUR ; *D.* 1996, 323, note L. AYNÈS.

²⁷ V. J. BÉGUIN, « Rapport sur l'adage "nul ne peut se faire justice à soi-même" en droit français » in Association Henri Capitant, « Nul ne peut se faire justice à soi-même : le principe et ses limites », t. XVIII, Dalloz, 1966, p. 41, spéc. p. 57 : cette mesure serait une mesure autorisée parce qu'elle dispose de « plus d'avantages que d'inconvénients ».

²⁸ V. *Ibid.* spéc. p. 52, n°1. L'auteur explique que toutefois la Cour de cassation a longtemps refusé de généraliser l'exception d'inexécution à tous les rapports synallagmatiques. Il cite un arrêt Cass. req. 1^{er} déc. 1897, S., 1899, I. 1174 où la Haute juridiction a refusé de consacrer une telle mesure. En l'espèce, un particulier avait refusé le paiement intégral de sa facture d'électricité. L'entreprise fournisseur avait alors interrompu l'abonnement d'électricité. Cela fut condamné par la Cour. V. not. R. CASSIN, *De l'exception tirée de l'inexécution dans les rapports synallagmatiques*, Sirey, 1914 ; J.-F. PILLEBOUT, *Recherche sur l'exception d'inexécution*, LGDJ, t. 119, préf. P. RAYNAUD, Bibliothèque de droit privé, 1971, spéc. p. 30, n°37 qui explique que la première fois que les juges ont utilisé l'expression « exceptio non adimpleti contractus », ce fut dans un arrêt CA Douai, 3 mars 1932. Il explique que malgré l'absence de terme exact dans la jurisprudence, le mécanisme était tout de même utilisé avant, V. not. cité par l'auteur : Cass. 13 mai 1833, S. 1833, I, 668 ; C. MALECKI, *L'exception d'inexécution*, LGDJ, t. 321, préf. J. GHESTIN Bibliothèque de droit privé, 1999, spéc. p. 61, n°61 qui explique que l'exception d'inexécution trouverait sa source au sein de l'anc. art. 1184 du Code civil même si cela paraît paradoxal. Son étude se propose entre autres de « montrer qu'il est permis d'affirmer que l'article 1184 du Code civil est le fondement de l'exception », V. ég. *ibid.* spéc. p. 76, n°77, l'auteur affirme que « l'article 1184 [anc.] du Code civil est le siège de la notion [d'exception d'inexécution] ».

²⁹ J. MESTRE, « Le contrôle judiciaire de l'exception d'inexécution », *RTD Civ.* 1986, 59.

³⁰ V. *infra* n°75 s.

particulières à l'image de la rupture des contrats à durée indéterminée. Les années 1990 marquent le tournant du développement de ces pouvoirs individuels dans le contrat. Cette décennie constitue, d'après nous, l'apogée du développement jurisprudentiel de ceux-ci. Par quatre arrêts en date du 1^{er} décembre 1995, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation a effectué un changement majeur dans les règles de la fixation du prix en autorisant le créancier à fixer unilatéralement le prix dans les contrats-cadres³¹, revirement de jurisprudence qu'il n'est plus nécessaire de présenter. Seulement trois ans après l'ouverture d'une fixation unilatérale du prix dans les contrats cadre, la Haute juridiction a déclaré que « la gravité du comportement d'une partie à un contrat peut justifier que l'autre partie y mette fin de façon unilatérale à ses risques et périls »³². En 1998, la jurisprudence « Tocqueville » a ainsi instauré un principe général de rupture unilatérale du contrat à durée indéterminée. Le 20 février 2001, les juges du Quai de l'Horloge ont rajouté que cette même solution était applicable, « peu important que le contrat soit à durée déterminée ou indéterminée »³³. Cette décision fut entérinée dans un arrêt de 2003 en reprenant le même attendu de principe³⁴ puis en 2007³⁵, 2008³⁶ et 2009³⁷. La rupture avec « la philosophie [traditionnelle] du Code civil »³⁸ semblait, à cet instant, inévitable.

³¹ Cass. Ass. Plén. 1 déc. 1995, n°93-13.688, n°91-15.578, n°91-15.999, n°91-19.653 ; *JCP G* 1996, II, 22565 concl. M. JÉOL, note J. GHESTIN ; *D.* 1996, p. 13, concl. M. JÉOL, note L. AYNÈS ; *JCP E* 1996, 776, note L. LEVENEUR ; *JCP N* 1996, n°13, p.493, étude D. BOULANGER ; *LPA* 27 déc. 1995, p. 11, note D. BUREAU et N. MOLFESSIS ; *Gaz. Pal* 1995. 2. 626, conc. JÉOL, note P. de FONTBRESSIN ; *CCC* 1996, n°5, chron. L. LEVENEUR ; H. CAPITANT, F. TERRÉ, Y. LEQUETTE et F. CHÉNÉDÉ, *GAJC*, T. 2., Dalloz, 13^e éd. 2015, spéc. n°152-155 ; *RTD Civ.* 1996, 153, obs. J. MESTRE ; *RTD Com.* 1996, 316, obs. B. BOULOC ; *RTD Com.* 1997, 1 étude M. JÉOL ; *RTD Com.* 1997, 7, étude C. BOURGEON ; *RTD Com.* 1997, 19, étude C. JAMIN ; *RTD Com.* 37, étude T. REVET ; *RTD Com.* 49, étude D. FERRIER ; *RTD Com.* 67, étude M. PEDAMON ; *RTD Com.* 75, étude P. SIMLER.

³² Cass. Civ. 1^{ère}, 13 oct. 1998, *Bull. civ.* I n°300 ; *D.* 1999, 197, note. C. JAMIN ; *D.* 1999, *Somm.* 115, obs. Ph. DELEBECQUE ; *JCP* 1999, II, 10133, note N. RZEPECKI ; *Defrénois* 1999, 374, obs. D. MAZEAUD ; *RTD Civ.* 1999, 374, obs. J. MESTRE ; H. CAPITANT, F. TERRÉ, Y. LEQUETTE et F. CHÉNÉDÉ, *GAJC*, *op. cit.* spéc. n°181.

³³ Cass. Civ. 1^{re}, 20 fév. 2001, *Bull. civ.* I, n°40 ; *D.* 2001, 1568, note C. JAMIN ; *Defrénois*, 2001, p. 705, note E. SAVAUX ; *RTD Civ.* 2001, p. 363, note J. MESTRE et B. FAGES.

³⁴ Cass. Civ. 1^{re}, 28 oct. 2003, n°01-03.662 ; *JCP G* 2004, II, 10, 108, note G. LACHÎÈZE ; *Defrénois* 2004, p. 378, note R. LIBCHABER ; *RLDC*, n°2, 1^{er} février 2004, comm. É. GARAUD.

³⁵ Cass. Com. 30 janv. 2007, n°05-43.896, inédit.

³⁶ Cass. Com. 23 sept. 2008, n°07-10.025 inédit ; *RTD Civ.* 2009, p. 320, note J. MESTRE et B. FAGES ; *RLDA* 2010, n°51, obs. D. MAZEAUD.

³⁷ La Cour de cassation rendit quatre arrêts relatifs à la rupture unilatérale en 2009 : Cass. Com. 28 oct. 2009, n°08-16.758 ; *JCP G* 2010, n°3, p. 50, note C. LACHÎÈZE ; Cass. Com. 30 juin 2009, n°08-14.944, inédit ; *JCP G* 2009, doct. 273, note P. GROSSER ; *D.* 2010, p. 233, note S. AMRANI-MEKKI et B. FAUVARQUE-COSSON ; Cass. Com. 31 mars 2009, n°07-20.991 ; *JCP G* 2009, doct. 273, note P. GROSSER ; *D.* 2010, p. 233, note S. AMRANI-MEKKI et B. FAUVARQUE-COSSON ; Cass. Com. 10 fév. 2009, n°08-12.415 ; *RTD Civ.* 2009, p. 319, note J. MESTRE et B. FAGES.

³⁸ C. JAMIN, « Chapitre XII Les conditions de la résolution du contrat : vers un modèle unique ? », in M. FONTAINE et G. VINEY (dir.), *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles. Etudes de droit comparé*, *op. cit.* p. 451 s. spéc. p. 482, n°17.

6. Le développement de l'unilatéralisme : l'essor doctrinal – Qualifié de « coup de tonnerre »³⁹, l'essor jurisprudentiel du développement de l'unilatéralisme dans le contrat a commencé à intéresser la doctrine. Celle-ci en a beaucoup commenté la pénétration en droit des contrats. De toute part, des notes de jurisprudence, articles de fond et diverses manifestations scientifiques ont vu le jour⁴⁰. En toile de fond de ce regain d'intérêt pour les mesures unilatérales développées par la jurisprudence, la question de l'équilibre du contrat a commencé à se poser. Certains auteurs ont affirmé que ces décisions nouvelles servaient en priorité l'objectif de l'équilibre contractuel⁴¹. Outre cet impératif, la doctrine s'est interrogée plus généralement sur le changement de paradigme de la philosophie du droit des contrats⁴². Les effets de la volonté isolée ont commencé à se dessiner malgré une philosophie encore très largement basée sur l'autonomie de la volonté⁴³. La pénétration de l'unilatéralisme dans le contrat a donc participé au germe de l'évolution de sa théorie générale. Grâce aux mesures unilatérales, les parties ont commencé à disposer d'une plus grande emprise sur le contenu du contrat⁴⁴, faisant *de facto* évoluer sa conception.

7. Le développement de l'unilatéralisme dans le contrat : les projets d'harmonisation européenne du droit des contrats – L'essor doctrinal relatif au développement de l'unilatéralisme dans le droit des contrats a trouvé écho parmi les projets d'harmonisation du droit européen des contrats⁴⁵. Pour reprendre Monsieur Gandolfi, « l'unification du droit dans

³⁹ C. JAMIN et D. MAZEAUD, « Avant-propos » in C. JAMIN et D. MAZEAUD (dir.), *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, op. cit. p. 1, spéc. p. 2.

⁴⁰ Sur les notes d'arrêts, v. *supra* notes de bas de page des n°26 à 32. ; A la suite des arrêts de 1995 et 1998 précités, un colloque intitulé « l'unilatéralisme et le droit des obligations » a vu le jour le 9 janvier 1998 sous l'égide du Centre de recherche européen de droit des obligations de l'Université Paris Val-de-Marne (Paris XII) et le Centre René-Demogüe pour la recherche interdisciplinaire et comparative en droit des contrats de l'Université de Lille 2, sous la direction de Messieurs Jamin et Mazeaud, v. en ce sens, C. JAMIN et D. MAZEAUD (dir.), *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, op. cit.

⁴¹ C. JAMIN et D. MAZEAUD, « Avant-propos » *précit.* p. 1 s.

⁴² L. AYNES, « Rapport introductif » *précit.* p. 3 s.

⁴³ P. LOKIEC, *Contrat et pouvoir : essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, LGDJ, t. 408, préf. A. LYON-CAEN, Bibliothèque de droit privé, 2004.

⁴⁴ C. JAMIN et D. MAZEAUD, « Avant-propos » *précit.* spéc. p. 2 : « Les parties n'ont jamais été aussi libres qu'aujourd'hui durant le 20^e siècle, car le juge souhaite peut-être moins qu'auparavant exercer un contrôle *a priori* sur le contenu de leur contrat ».

⁴⁵ Pour une harmonisation v. notamment, C. WITZ, « Plaidoyer pour un Code européen des obligations », *D.* 2000, chron. p. 79. V. ég. C. MOULY, « La doctrine, source d'unification internationale du droit », *RIDC* 1986, vol. 38, n°2, p. 351. *Contra* : P. LEGRAND, « Sens et non-sens d'un code civil européen », *RIDC* 1996, n°4, p. 776. Pour une critique de cette harmonisation : C. QUÉZEL-AMBRUNAZ (dir.), *Les défis de l'harmonisation européenne du droit des contrats*, Université de Savoie, 2012. L'harmonisation du droit des contrats est une question centrale ces dernières années : V. not. B. FAUVARQUE-COSSON, « Droit européen des contrats : bilan et perspectives pour la prochaine décennie », *RDC/I* 2010, p. 316 s. ; Y. LEQUETTE, « Recodification civile et prolifération des sources internationales », in *Le Code civil 1804-2004 – Livre du bicentenaire*, Dalloz, Litec, 2004, p. 171 s. ; M.-L. RUFFINI-GANDOLFI, « Problème d'unification du droit en Europe et droit européen des contrats », *RIDC* 2002, p. 1075 s. ; H. JÜRGEN-SONNENBERG, « L'harmonisation ou l'uniformisation européenne du droit des

le secteur des contrats peut constituer une occasion propice pour introduire dans les différents pays un certain nombre d'innovations normatives que la conscience sociale éprouve désormais comme nécessaires »⁴⁶. Les différents projets d'harmonisation européenne ont exercé une influence certaine et globale sur l'évolution du droit des contrats⁴⁷. Plus spécifiquement, ces derniers ont inspiré l'intégration des sanctions unilatérales de l'inexécution⁴⁸. En effet, ils prévoient tous la possibilité d'exercer des mesures unilatérales en cas d'inexécution du contrat. Les Principes du droit européens des contrats⁴⁹, et la révision de ces derniers proposée par l'Association Henri Capitant⁵⁰, découpés en différents chapitres, intègrent des sanctions unilatérales telles que l'exception d'inexécution⁵¹, la résolution⁵² ou encore la réduction du prix⁵³. Il en va de même pour les Principes Unidroit, relatifs aux contrats du commerce international⁵⁴. Pour ce qui est des sanctions de l'inexécution⁵⁵, ceux-ci disposent d'un chapitre

contrats sont-elles nécessaires ? », *Rev. Crit. DIP* 2002, p. 405 s., qui propose de suivre différentes « étapes » ; C. MAISONNEUVE, « Approche historique du droit européen des contrats » in *Livre vert relatif aux actions envisageables en vue de la création d'un droit européen des contrats pour les consommateurs et les entreprises, Contributions du LEJEP*, Lextenso 2011, p. 27 s ; O. DESHAYES, « Réponse au Livre vert de la Commission européenne "relatif aux actions envisageables en vue de la création d'un droit européen des contrats pour les consommateurs et les entreprises" », *RDC* 4 2011, p. 1469.

⁴⁶ G. GANDOLFI, « Introduction », in Académie des privatistes européens, G. GANDOLFI (coordinateur), *Code européen des contrats : avant-projet*, livre premier, Ed. Milan, Dott. A. GIUFFRÈ editore, 2004, p. LI ; C. MOULY, « La doctrine, source d'unification internationale du droit » *précit.*

⁴⁷ H. AUBRY, *L'influence du droit communautaire sur le droit français des contrats*, thèse Aix-Marseille, préf. A. GHOZI Institut de droit des affaires, 2002 ; V. RIVOLLIER, « L'influence du droit européen et international des contrats sur la réforme française du droit des obligations », *RIDC* 2017. 757 ; F. ANCEL, B. FAUVARQUE-COSSON et J. GEST, *Aux sources de la réforme du droit des contrats*, Essai, Dalloz, 2017, p. 20 : « La réforme du droit des contrats, longtemps suspendue dans l'attente d'une préemption par le droit européen, a trouvé avec le développement des projets de droit européen des contrats un élan nouveau, fédérateur »

⁴⁸ D. TALLON, « Le droit français de l'inexécution du contrat confrontés aux instruments d'unification » in L. VACCA (éd.), *Il contratto inadempito*, III Congresso Internazionale ARISTEC, Ginevra, 24-27 settembre 1997, edito da Giappichelli, 1999 ; C. MOULY, « La doctrine, source d'unification internationale du droit », *RIDC* 1986, vol. 38, n°2, p. 351 s. ; M. HÉRAIL, « L'influence du droit européen sur l'évolution des sanctions contractuelles » in F. COLLART-DUTILLEUL et C. COULON (dir.), *Le renouveau des sanctions contractuelles*, Economica, 2007, p. 63 s ;

⁴⁹ Les Principes du droit européen des contrats de la Commission Lando ont été élaborés entre 1974 et 2002. Pour la version originale : O. LANDO, H. BEALE (dir.), *Principles of European Contract Law, Parts I and II, combined and revised, prepared by the Commission on European Contract Law*, Kluwer Law International, 2000 ; Pour la version française V. G. ROUHETTE, I. DE LAMBERTERIE, D. TALLON et C. WITZ, *Principes du droit européen du contrat*, Société de législation comparée, 2003. Ci-après PDEC. Il faut rajouter également ajouter : Association Henri CAPITANT des Amis de la Culture Juridique Française et la Société de législation comparée, *Projet cadre commun de référence, Terminologie contractuelle commune*, Société de législation comparée, coll. Droit privé comparé et européen, B. FAUVARQUE-COSSON (dir), vol. 6, 2008.

⁵⁰ Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française et la Société de législation comparée, *Projet cadre commun de référence, Principes contractuels communs*, Société de législation comparée, coll. Droit privé comparé et européen, B. FAUVARQUE-COSSON (dir), vol. 7, 2008. Ci-après PCC.

⁵¹ V. PDEC, art. 9: 201.

⁵² V. PDEC art. 9: 301.

⁵³ V. PDEC art. 9: 401.

⁵⁴ UNIDROIT, « Principes relatifs aux contrats du commerce international », Rome, 4^{ème} version, 2016, disponible en ligne sur www.unidroit.org. Ci-après PU.

⁵⁵ UNIDROIT, « Principes relatifs aux contrats du commerce international » *précit.*

7 intitulé « Inexécution » au sein duquel se retrouvent l'exception d'inexécution⁵⁶, l'exécution forcée⁵⁷ et la résolution⁵⁸. Enfin, l'avant-projet de Code européen des contrats réalisé par l'Académie des privatistes européens⁵⁹ propose un chapitre VIII intitulé « Inexécution du contrat » où figurent notamment les sanctions d'exception d'inexécution⁶⁰, d'exécution forcée⁶¹, de réduction du prix⁶², et de résolution unilatérale⁶³.

Par ailleurs, le développement de l'unilatéralisme dans le droit rénové des contrats semble avoir également été influencé par un texte international⁶⁴, la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises⁶⁵. Dans la CVIM, les mesures unilatérales sont très présentes. Les sanctions de l'inexécution sont découpées en deux parties : celles offertes à l'acheteur insatisfait⁶⁶ et celles dédiées au vendeur mécontent⁶⁷. La CVIM n'utilise jamais le terme « inexécution » et lui préfère celui de « contravention ». Comme elle s'intéresse à la vente spécifique de marchandises, la contravention (ou l'inexécution) s'entend

⁵⁶ PU, art. 7.1.3.

⁵⁷ PU, art. 7.2.1 et 7.2.2.

⁵⁸ PU, art. 7.3.1.

⁵⁹ Académie des privatistes européens, G. GANDOLFI (coordinateur), *Code européen des contrats*, livre premier, Milan, Dott. A. Giuffrè editore, 2004. Ci-après Code Gandolfi ; J.-P. GRIDEL, « Sur l'hypothèse d'un Code européen des contrats : les propositions de l'académie des privatistes européens (Pavie) », *Gaz. Pal.* 22 et 25 fév. 2003, p.3 ; G. GANDOLFI, « Pour un Code européen des contrats », *RTD Civ.* 1992, 707 ; A. DEBET, « Le Code européen des contrats », *RDC/I* 2003, p. 217.

⁶⁰ *Code européen des contrats*, art. 108 « Droit du créancier de suspendre l'exécution dans les contrats synallagmatiques » in Académie des privatistes européens, G. GANDOLFI (coordinateur), *Code européen des contrats : avant-projet*, op. cit. p. 44.

⁶¹ V. *Code européen des contrats*, art. 111 « Exécution sous forme spécifique » in Académie des privatistes européens, G. GANDOLFI (coordinateur), *Code européen des contrats : avant-projet*, op. cit., p. 45.

⁶² *Code européen des contrats*, art. 113 « Réduction du prix » in Académie des privatistes européens, G. GANDOLFI (coordinateur), *Code européen des contrats : avant-projet*, op. cit. p. 46.

⁶³ *Code européen des contrats*, art. 114 « Droit à la résolution du contrat » in Académie des privatistes européens, G. GANDOLFI (coordinateur), *Code européen des contrats : avant-projet*, op. cit. p. 47.

⁶⁴ E. LOQUIN, « L'influence des principes directeurs du droit du commerce international sur les principes généraux du droit des contrats consacrés par la réforme du droit français des contrats », in C. JOURDAIN-FORTIER et M. MIGNOT (dir.), *Analyse comparée du droit français réformé des contrats et des règles matérielles du commerce international*, Travaux du CREDIMI, vol. 47, LexisNexis, 2016, p. 13 ; C. NOURISSAT, « Observations sur la réforme du droit des obligations à la lumière de la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises », *AJ Contrat* 2019, p. 24, qui développe les différentes bases de données relatives à la CVIM et à sa jurisprudence en particulier : La CVIM est accompagnée d'une « notice explicative » qui permet d'éclairer les différentes notions du texte. Elle est également accompagnée d'un Précis de jurisprudence nommé « CLOUT » disponible en ligne. Cette « base de jurisprudence française avec les décisions tant du fond que de la Cour de cassation reproduites en intégral et surtout accessible par référence au numéro d'articles de la Convention appliqués au cas par le juge » est disponible en ligne. ; C. WITZ, « L'adaptation du droit français interne aux règles de la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises » in *Mélanges Christian Mouly, Livre II*, 1998, p. 205.

⁶⁵ La Convention de Vienne a été ratifiée à Vienne en 1980 et est entrée en vigueur en France le 1^{er} janvier 1988. Ci-après CVIM. Les points de comparaisons avec le droit français sont importants, V. C. MOULY, « Que change la Convention de Vienne sur la vente internationale par rapport au droit français interne ? », *D.* 1991, p. 77.

⁶⁶ V. CVIM, art. 45 à 52 « les moyens dont dispose l'acheteur en cas de contravention au contrat par le vendeur » (3^e partie, chap. II, section 3).

⁶⁷ V. CVIM, art. 61 à 65 « les moyens dont dispose le vendeur en cas de contravention au contrat par l'acheteur » (3^e partie chap. III, section 3).

d'une manière plus pratique comme la non-livraison de marchandise (qui s'apparente à une inexécution totale), la livraison incomplète (qui s'apparente à une inexécution partielle) ou encore la livraison non conforme (qui s'apparente alors à une inexécution défectueuse). Il existe deux types de contraventions, la contravention anticipée et la contravention essentielle. Selon l'article 25 de la CVIM, la contravention est « essentielle lorsqu'elle cause à l'autre partie un préjudice tel qu'elle la prive substantiellement de ce que celle-ci était en droit d'attendre du contrat, à moins que la partie en défaut n'ait pas prévu un tel résultat et qu'une personne raisonnable de même qualité placée dans la même situation ne l'aurait pas prévu non plus ». L'article 45 de la CVIM dispose qu'en cas d'inexécution, l'acheteur peut résoudre le contrat, obtenir des dommages et intérêts mais également réduire le prix du contrat. Les articles 71 et 72 de la CVIM permettent à une partie de suspendre l'exécution de ses obligations s'il s'avère que l'autre partie ne s'exécutera pas à l'échéance. Trois cas principaux dans lesquels il est possible pour une partie de suspendre son exécution sont prévus par le texte : - en cas de risque quant à la solvabilité du débiteur ; - en cas de risque quant à sa capacité à s'exécuter ; - et en cas de risque quant à son comportement qui laisserait à penser qu'il ne va pas s'exécuter correctement. Cette sanction de contravention anticipée s'assimile donc aisément à l'exception d'inexécution traditionnelle, consacrée au nouvel article 1219 du Code civil ainsi qu'à sa version anticipée nouvellement reconnue en droit français à l'article 1220 du même Code. C'est donc autour de ces deux types de contraventions qu'apparaissent les sanctions unilatérales de l'inexécution reprises pour la plupart dans la réforme du droit des contrats français : celles qui permettent l'exécution (exception d'inexécution, faculté unilatérale de remplacement du débiteur et réduction du prix) et celle qui permet de mettre fin au contrat (résolution).

Ainsi, depuis les années 2000, les discussions autour de l'unilatéralisme n'ont jamais cessé de croître, notamment en ce qui a concerné la refonte des sanctions de l'inexécution contractuelle⁶⁸. L'étude de la pratique et de la théorie, internationale et européenne, est un élément essentiel afin de déterminer la façon dont les sanctions unilatérales ont été consacrées en droit français. Ces différents textes, européens et internationaux, ont constitué une source d'inspiration qui a permis au droit français d'intégrer des mesures unilatérales dans le contrat lors de la réforme⁶⁹.

⁶⁸ F. COLLART-DUTILLEUL et C. COULON (dir.), *Le renouveau des sanctions contractuelles*, Economica, 2007.

⁶⁹ V. RIVOLLIÉ, « L'influence du droit européen et international des contrats sur la réforme française du droit des obligations », *RIDC* 2017. 757.

8. Le développement de l'unilatéralisme : les avant-projets de réforme du droit français des contrats – Publiée le 11 février 2016, l'*ordonnance n°2016-131* du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations est venue réformer le Sous-titre I du Titre III du Livre III du Code civil, après plus de 212 ans d'existence pérenne⁷⁰. Cette dernière a permis l'intégration de certaines mesures unilatérales dans les règles du droit commun des contrats. En plus des projets extérieurs, elle est le résultat de l'influence de propositions internes de modifications du droit des contrats⁷¹. Le premier projet⁷², communément appelé projet Catala a révélé une vision plutôt conservatrice du droit des contrats. Ce projet témoigne d'une volonté de codifier à droit constant les solutions jurisprudentielles au fil du temps afin d'entériner les évolutions factuelles du monde contractuel. Il s'agissait également d'une codification de continuité au travers de l'intégration des principes fondateurs et des valeurs premières issues du droit des contrats de 1804⁷³. En ce qui concerne les sanctions de l'inexécution, cet avant-projet proposait d'intégrer successivement l'exception d'inexécution⁷⁴, l'exécution forcée en nature, la résolution

⁷⁰ Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Elle est entrée en vigueur le 1^{er} octobre 2016 par voie d'ordonnance. L'ordonnance s'accompagne d'un rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, publié au *JORF* n°0035 du 11 février 2016 texte n°25. La loi n°2018-287 du 20 avril 2018, publiée au *JORF* du 21 avril 2018 est venue ratifiée l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, lui conférant alors une véritable valeur normative ; v. également pour une vision d'ensemble sur le nouveau texte Dossier « La réforme du droit des contrats : quelles innovations ? (Paris, 16 février 2016) », *RDC* 2016 n°Hors-série, p. 3 s. Cette ordonnance fait suite à l'avant-projet d'ordonnance publié par le ministère de la Justice le 25 février 2015.

⁷¹ Sans exhaustivité, V. Avant-projet TERRÉ en décembre 2008 : F. TERRÉ (dir.), *Pour une réforme du droit des contrats*, Dalloz, coll. « Thèmes & commentaires », 2008 ; Avant-projet de la chancellerie en juillet 2008 : Débat *RDC/I* 2009 qui a pour objet « le projet de réforme du droit des contrats élaboré par le Ministère de la Justice dans l'état dans lequel il était en septembre 2008 », p. 265. L. LEVENEUR, « Projet de la Chancellerie de réforme du droit des contrats : à améliorer », *CCC* 2008, repère 10 ; « une douteuse condition de contenu » ; A. GHOZI et Y. LEQUETTE, « La réforme du droit des contrats : brèves observations sur le projet de la chancellerie », *D.* 2008, 2609. S'en suivirent les projets de 2009 et de 2010-2011 jusqu'à celui de 2015, V. sur ces différents projets, F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE et F. CHÉNEDÉ, *Droit civil les obligations*, Précis Dalloz, 13^{ème} éd. 2022, spéc. p.48-49, n°63. V. ég. F. ANCEL, B. FAUVARQUE-COSSON et J. GEST, *Aux sources de la réforme du droit des contrats*, op. cit. p. 44 s. ; Avant-projet CATALA en 2005 : P. CATALA (dir.), *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, La Documentation française, 2006. V. aussi D. MAZEAUD, « La réforme du droit français des contrats : trois projets en concurrence » in *Liber Amicorum Christian Larroumet, textes réunis par S. BROS et B. MALLET-BRICOUT*, Economica, 2010, p. 329 s. Pour la présentation des propositions de modifications du droit des contrats proposées par les praticiens, v. *infra* n°15. V. notamment en ce sens N. DISSAUX et C. JAMIN, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016), commentaire des articles 1100 à 1386-1 du Code civil*, Dalloz, 2016, p. XI : Ces auteurs rappellent l'influence des projets Catala et Terré ainsi que ceux de la Chancellerie dans l'élaboration de la réforme du droit des contrats : « Par la publicité donnée à ces projets, les acteurs de la vie économique et juridique ont été en mesure d'émettre des observations. La Chancellerie a également préparé des avant-projets qui ont été largement diffusés et commentés ».

⁷² V. Y. LEQUETTE, « Chapitre 5 Les vraies origines de la réforme du droit des contrats » in Y. LEQUETTE, *Défense et illustration de l'ordre civil français*, Dalloz, 2023, p. 657, spéc. p. 661, n°6.

⁷³ P. CATALA, « La genèse et le dessein du projet », *RDC/I* 2006, p. 11.

⁷⁴ P. CATALA (dir.), *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, op. cit. art. 1157.

(judiciaire ou unilatérale)⁷⁵. La réduction unilatérale du prix et la résolution unilatérale anticipée n'étaient cependant pas mentionnées. C'est pourquoi, il fut qualifié de « code d'ajustement »⁷⁶. À l'inverse, l'ambition des membres du groupe de l'avant-projet Terré semble avoir été de proposer « un code de rupture »⁷⁷, surtout en ce qui concerne les mesures unilatérales. Dans les sanctions de l'inexécution se retrouvaient consacrées l'exécution forcée en nature, l'exception d'inexécution, la réduction du prix et la résolution du contrat (judiciaire, unilatérale et anticipée)⁷⁸. Enfin, à la suite de ces deux propositions doctrinales, le projet de la Chancellerie de 2008⁷⁹ semble avoir réalisé une « application [plus] timide de la doctrine de l'unilatéralisme »⁸⁰. Il faut toutefois remarquer qu'il a tenu compte des propositions précédentes pour intégrer des sanctions unilatérale telles que la résolution unilatérale et sa version anticipée ont été admises⁸¹.

Ainsi, si l'unilatéralisme dans le droit des contrats a toujours été existant, la croissance et l'intérêt pour le concept, tant au stade de la formation du contrat qu'au niveau des sanctions de l'inexécution, ne se sont réellement manifestés qu'à la fin du XX^e siècle. Plus spécifiquement, le début du XXI^e siècle a marqué le point de rupture avec le développement des projets d'harmonisations du droit des contrats sur le plan international et les différents avant-projets de réforme nationaux. Si l'idée de refonte n'était pas nouvelle⁸², le commencement de cette nouvelle ère marque une véritable fracture entre la période durant laquelle s'est manifestée l'envie de modifier le droit des contrats et celle de sa modification effective. Dès les années 2000, les propositions de rénovation étaient toutes d'accord sur la nécessité de faire pénétrer l'unilatéralisme (à des degrés plus ou moins différents) dans le droit français des contrats. Ce dernier devait être réécrit, en partie pour intégrer une telle innovation.

⁷⁵ P. CATALA (dir.), *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, op. cit., art. 1158.

⁷⁶ F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE et F. CHÉNEDÉ, *Droit civil les obligations*, op. cit. spéc. p. 45, n°61.

⁷⁷ *Ibid.* spéc. p. 46, n°61.

⁷⁸ F. TERRÉ, *Pour une réforme du droit des contrats*, op. cit. art. 97.

⁷⁹ Le projet de la Chancellerie de 2008 a fait l'objet de discussions dans la rubrique « Débats », *RDC/I* 2009. V. G. ROUHETTE, « Préface » in *Débat sur le projet de réforme du droit des contrats élaboré par le Ministère de la Justice*, *RDC/I* 2009, p. 265 s. L'auteur explique que le débat porte « le projet de réforme du droit des contrats élaborés par le Ministère de la Justice dans l'état dans lequel il était en septembre 2008 ». F. ANCEL, B. FAUVARQUE-COSSON et J. GESTHIN, *Aux sources de la réforme du droit des contrats*, op. cit., p. 44 : ce projet est basé sur « une approche comparatiste et européenne pour inscrire cette réforme [du droit des contrats] dans le mouvement européen ». V. ég. F. ANCEL, « Genèse, sources, esprit, structure et méthode », *RDC/I* 2009, p. 273.

⁸⁰ G. ROUHETTE, « Préface » *précit.* spéc. p. 268.

⁸¹ Ph. STOFFEL-MUNCK, « Exécution et inexécution du contrat », *RDC/I* 2009, p. 333. spéc. n°21 et n°26.

⁸² G. CORNU, *Regards sur le titre III du livre III du Code civil « Des contrats ou des obligations conventionnelles en général » (Essai de lecture d'un titre du Code) in La rénovation du Code civil*, éd. Panthéon-Assas, préf. Y. LEQUETTE, 2017, spéc. n°27 p. 171 et spéc. n°190, p. 396 ; F. TERRÉ, « Avant-propos » in *La réforme du droit des obligations*, Dalloz, 2016, p. IV : « L'entreprise de rénovation du Code civil a débuté au cours de la décennie 1960 ».

C'est ainsi qu'en 2016 avec la réforme du droit des contrats que l'unilatéralisme a semblé pénétrer pleinement le droit français, et plus spécifiquement le droit de l'inexécution.

9. La consécration de l'unilatéralisme : l'ordonnance portant réforme du droit des contrats et la loi de ratification de l'ordonnance – Auparavant, les sanctions de l'inexécution étaient dispersées et posaient des problèmes de cohérence⁸³. La réforme est venue les rassembler. Le Titre III du Livre III dispose désormais d'une section V « L'inexécution du contrat » composée des articles 1217 à 1231-7 du Code civil. Sans être autonome par rapport au droit des contrats, cette nouvelle partie du Code regroupe l'ensemble des dispositions prévues en cas de non-respect de ses obligations par l'une des parties au contrat. Le regroupement des règles spécifiques à l'inexécution a permis, à notre avis, de créer un droit de l'inexécution⁸⁴. Comme l'explique un auteur, un véritable droit de l'inexécution devrait présenter « une théorie de l'inexécution organisée dans un système cohérent, se suffisant à lui-même, réunissant et ordonnant l'ensemble des conséquences de l'inexécution du contrat – du choix entre les remèdes jusqu'aux critères d'évaluation des dommages et intérêts contractuels, en passant par l'articulation et le cumul des remèdes entre eux »⁸⁵. L'article 1217 prévoit la liste, l'articulation et le cumul des sanctions entre elles. Les articles 1218 et suivants traitent des conséquences de l'inexécution. Tous les éléments présents nous autorisent alors à croire que ces nouvelles règles sont constitutives d'un véritable droit de l'inexécution. À tous les moments de la vie du contrat, tant sur le plan de la formation que sur ceux de l'exécution et l'inexécution du contrat⁸⁶, l'unilatéralisme est présent. Toutefois, l'inexécution du contrat est sans doute la partie réformée la plus marquée par la présence des pouvoirs unilatéraux. Le nouvel article 1217 du Code civil regroupe le nouveau panel des sanctions de l'inexécution offertes au contractant déçu⁸⁷. En cas d'inexécution, le contractant victime de la défaillance de son débiteur peut, suivant certaines conditions, invoquer l'exception d'inexécution⁸⁸,

⁸³ D. TALLON, « L'inexécution du contrat : pour une autre présentation », *RTD Civ.* 1994, p. 223.

⁸⁴ L'idée de créer un droit de l'inexécution du contrat n'est pas récente. A propos de l'avant-projet Catala, v. M. FAURE-ABBAD, « La présentation de l'inexécution contractuelle dans l'avant-projet Catala », *D.* 2007, p. 165, qui se posait déjà la question de savoir si ce projet avait pour ambition de donner naissance à un droit de l'inexécution du contrat.

⁸⁵ *Ibid.*

⁸⁶ V. *supra* n°3.

⁸⁷ C. civ. art. 1217 (version en vigueur depuis le 01 octobre 2018) : la partie envers l'engagement n'a pas été exécuté, ou l'a été imparfaitement peut : - refuser d'exécuter ou suspendre l'exécution de sa propre obligation ; - poursuivre l'exécution forcée en nature de l'obligation ; - obtenir une réduction du prix ; - provoquer la résolution du contrat ; - demander réparation des conséquences de l'inexécution [...] ».

⁸⁸ C. civ. art. 1219 (version en vigueur depuis le 01 octobre 2016).

l'exception d'inexécution anticipée⁸⁹, l'exécution forcée en nature⁹⁰, la réduction du prix⁹¹, la résolution du contrat (et la nouvelle résolution par notification⁹²) ainsi que des dommages et intérêts⁹³. Seule, la résolution unilatérale anticipée n'est pas autorisée. De prime abord, ces dispositions permettent au créancier, dont l'obligation n'a pas été exécutée ou ne l'a été que partiellement, d'agir seul, dans certains cas particuliers, sans intervention du juge et sans accord de son débiteur. La mesure unilatérale, incarnée par la « décision d'un seul »⁹⁴, est alors pleinement intégrée dans le droit des contrats.

Le tableau de l'unilatéralisme imposé par la réforme du droit des contrats ne serait évidemment pas complet s'il n'était pas fait cas de la loi de ratification venue modifier certaines dispositions majeures⁹⁵. Outre les questions d'application de la loi dans le temps⁹⁶, la loi de ratification a suscité une littérature abondante sur son application⁹⁷. Cette loi est la dernière

⁸⁹ C. civ. art. 1220 (version en vigueur depuis le 01 octobre 2016).

⁹⁰ C. civ. art. 1221 et art. 1222 (version en vigueur depuis le 01 octobre 2018).

⁹¹ C. civ. art. 1223 (version en vigueur depuis le 01 octobre 2018).

⁹² C. civ. art. 1224 et art. 1226 (version en vigueur depuis le 01 octobre 2016).

⁹³ C. civ. art. 1217 (version en vigueur depuis le 01 octobre 2018).

⁹⁴ H. LÉCUYER, « La modification unilatérale du contrat » in C. JAMIN et D. MAZEAUD, *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, op. cit. p. 47 s., spéc. p. 55.

⁹⁵ V. Dossier « Le nouveau droit des obligations après la loi de ratification du 20 avril 2018 (Paris, 7 juin 2018), *RDC* 2018 n°Hors-série, p. 3 s.

⁹⁶ Pour une lecture approfondie sur la question de l'applicabilité dans le temps de la réforme du droit des contrats et de la loi de ratification v. notamment : A. BÉNABENT, « Application de la loi de ratification de la réforme des contrats (art. 16 de la loi du 20 avr. 2018), *D.* 2018, p. 1024 et « La digestion de la réforme (entrée en vigueur) », *RDC* 2016, p. 608 ; N. DISSAUX et C. JAMIN, « La réforme : pour quels contrats ? Brèves considérations sur le conflit de normes dans le temps » in N. DISSAUX et C. JAMIN, *Réforme du droit des contrats (loi n°2018-287 du 20 avril 2018 ratifiant l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016)*, Dalloz, 2018, supplément hors commerce du Code civil Dalloz 2019, p. 1 ; Pour un jugement sévère : D. HOUTCIEFF, « Loi de ratification de l'ordonnance de réforme du droit des contrats, de la preuve et du régime général des obligations : le droit schizophrène », *Gaz. Pal.* 17 avril 2018, n°15, p. 14 ; C. FRANCOIS, « Application dans le temps et incidence sur la jurisprudence antérieure à l'ordonnance de réforme du droit des contrats », *D.* 2016, 506 ; S. GAUDEMET, « Ratification de la réforme du droit des obligations : le droit transitoire », *RDC* 2018 n°Hors-Série, p. 59 et du même auteur « Dits et non-dits sur l'application dans le temps de l'ordonnance du 10 février 2016 », *JCP G* 2016, n°559 ; L. USUNIER, « Réforme du droit commun des contrats et détermination de la loi applicable aux contrats de distribution », *RLDA* 2016, n°Hors-série, p. 13 ; G. CHANTEPIE, « L'application dans le temps de la réforme du droit des contrats », *AJ contrat* 2016, 412 ; J.-D. PELLIER, « L'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations enfin ratifiée ! », *Dalloz actualités* 30 avr. 2018.

⁹⁷ Issue d'une longue période de navette entre les deux chambres du Parlement. V. pour une lecture approfondie sur la navette parlementaire de la loi de ratification v. not. : G. CHANTEPIE et M. LATINA, « Ratification de la réforme du droit des obligations : analyse de la deuxième lecture du Sénat », *D.* 2018, p. 309 ; F. PILLET, « La ratification par le Sénat de l'ordonnance réformant le droit des contrats : une démarche pragmatique, responsable et constructive », *LPA* 13 déc. 2017, n°248, p. 8 ; X. DELPECH, « 2018, une nouvelle année de réformes », *AJ Contrat* 2018, p. 1 ; « Loi de ratification de la réforme des contrats », *Flash Defrénois* 30 avr. 2018, n°17, p. 1. La loi n°2018-287 du 20 avril 2018 est finalement venue ratifiée l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, lui conférant ainsi une véritable valeur législative. La nouvelle rédaction des articles modifiés par la loi de ratification est entrée en vigueur le 1^{er} octobre 2018, sans en remplacer la numérotation. Pour une analyse complète de la nouvelle loi de ratification V. not. Dossier « Le nouveau droit des obligations après la loi de ratification du 20 avril 2018 (Paris, 7 juin 2018) », *RDC* 2018, n°Hors-Série et not. T. REVET, « L'achèvement de la réforme du droit commun des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, regard général », *RDC* 2018, n°Hors-série, p. 4 et D. MAZEAUD, « Le nouveau droit des obligations : observations conclusives », *RDC* 2018, n°Hors-série, p. 65 ; A. TADROS,

étape du « processus législatif entamé » au début du XXI^e siècle⁹⁸ de la refonte du droit des contrats dans le Code civil. Elle n'est définitivement pas une ratification « sèche », regrettée par une partie de la doctrine⁹⁹. Elle se situe, selon nous, dans la lignée de ce que certains auteurs ont appelé « une réforme de la réforme »¹⁰⁰ et ce, même si les retouches textuelles n'ont concerné que vingt articles. En ce qui concerne les sanctions unilatérales, deux modifications sont à noter. La condition de bonne foi du débiteur a été rajoutée à l'impossibilité d'avoir recours à l'exécution forcée en nature en cas de disproportion manifeste entre son coût pour le débiteur et son intérêt pour le créancier¹⁰¹. L'article 1223 relatif à la réduction unilatérale et proportionnelle du prix a été entièrement réécrit¹⁰². Avec la loi de ratification, l'unilatéralisme s'est définitivement mué en un unilatéralisme d'origine légale. Désormais, en cas d'inexécution (partielle ou totale) par le débiteur de l'une de ses obligations, le créancier dispose de quatre mesures qui permettent au contractant de « sauver » le contrat : l'exception d'inexécution, sa version anticipée, la faculté unilatérale de remplacement du débiteur défaillant et la réduction du prix. À défaut d'y parvenir, la résolution lui permet d'y mettre fin. Il convient de revenir sur ces nouvelles sanctions unilatérales, qui constituent le cadre de notre étude.

10. Les sanctions de l'inexécution du contrat – Notre étude propose de s'intéresser aux sanctions unilatérales de l'inexécution du contrat. Avant toute chose, il convient de préciser le sens accordé à la notion d'inexécution. Cette dernière constitue un large sujet. Les recherches sur ce thème sont légion¹⁰³ et ce, même si cette notion est « rarement étudiée en elle-même »¹⁰⁴.

« La ratification de l'ordonnance de réforme du droit des contrats : quelques incidences sur la pratique des affaires », *D.* 2018, p. 1162 ; A. LECOURT, « Incidences de la loi de ratification de l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations sur le droit des sociétés (loi n°2018-287 du 20 avril 2018, JO du 21 avr.) », *RTD Com.* 2018, p. 365.

⁹⁸ F. CHÉNEDÉ, « L'achèvement de la réforme du droit des contrats et des obligations : la ratification et la modification de l'ordonnance du 10 février 2016 », *AJ Famille* 2018, p. 258.

⁹⁹ Parmi les militants d'une ratification sèche : N. MOLFESSIS, « Pour une ratification sèche de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats », *JCP* 2017, n°1045 ; M. MEKKI, « Plaidoyer pour une rectification à la marge de l'ordonnance du 10 fév. 2016 sur la réforme du droit des obligations », *LPA* 24 oct. 2017, n°36, p. 11.

¹⁰⁰ Parmi les auteurs en faveur d'une réforme de la réforme : B. MALLET-BRICOUT, « Une ratification multidimensionnelle – A propos de la loi de ratification n°2018-187 du 20 avril 2018 », *RTD Civ.* 2018, p. 740 ; M. MEKKI, « La loi de ratification de l'ordonnance du 10 février 2016 – une réforme de la réforme ? », *D.* 2018, p. 900 ; F. CHÉNEDÉ, « Interprétation et amélioration du nouveau droit des contrats », *D.* 2017, p. 2214 ; D. MAZEAUD, « Quelques mots sur la réforme de la réforme du droit des contrats », *D.* 2018, p. 912 ; X. DELPECH, « "Réforme de la réforme" du droit des contrats : le Sénat persiste dans son opposition à l'imprévision », *AJ Contrat* 2018, p. 52.

¹⁰¹ C. civ. art. 1221 (version en vigueur depuis le 01 octobre 2018). V. *infra* n°28, spéc. n°33.

¹⁰² C. civ. art. 1223 (version en vigueur depuis le 01 octobre 2018). V. *infra* n°36, spéc. n°39.

¹⁰³ V. non exhaustif : C. CHABAS, *L'inexécution licite du contrat*, LGDJ t. 380, préf. D. MAZEAUD, Bibliothèque de droit privé, 2002 ; F. ROUVIÈRE, *Le contenu du contrat : essai sur la notion d'inexécution*, préf. C. ATIAS. PUAM, 2005.

¹⁰⁴ C.-É. BUCHER, *L'inexécution du contrat de droit privé et de droit administratif, Étude de droit comparé interne*, Dalloz, vol. 102, préf. L. LEVENEUR, coll. Nouvelles bibliothèques de thèse, 2011 spéc. p. 15, n°10.

Si l'on s'en tient au sens classique du terme, elle peut se définir comme le « non-accomplissement d'une obligation », soit « total ou partiel » et qui peut « résulter d'une omission ou d'une initiative, être due à la faute de la part du débiteur (inexécution fautive) ou à une cause étrangère (inexécution fortuite) »¹⁰⁵. Partant de cette définition, deux types d'inexécution peuvent se distinguer.

L'inexécution non imputable au débiteur – D'un côté, il existe l'inexécution involontaire du débiteur, que l'on peut qualifier comme une « impossibilité »¹⁰⁶. Dans cette hypothèse, l'obligation contractuelle n'est pas exécutée par le débiteur eu égard à une cause étrangère. En droit positif, ce type d'inexécution relève du champ d'application de l'article 1218 du Code civil¹⁰⁷. En cas de non-respect de ses obligations pour cause de force majeure, les parties disposent de deux issues. Soit l'empêchement est temporaire. Soit il est définitif. Dans la première hypothèse, l'article 1218 alinéa 2 dispose que « l'exécution de l'obligation est suspendue à moins que le retard qui en résulterait ne justifie la résolution du contrat ». En cas d'empêchement définitif, « le contrat est résolu de plein droit et les parties sont libérées de leurs obligations dans les conditions prévues aux articles 1351 et 1351-1 »¹⁰⁸.

L'inexécution imputable au débiteur – De l'autre côté, il faut faire état de l'inexécution volontaire, correspondant au non-respect d'une de ses obligations du contrat, par le débiteur de celle-ci, pour laquelle les dispositions respectives de l'article 1217 et des articles 1219 et suivants du Code civil sont applicables. En pareille situation, parce que le contrat valablement formé acquiert force obligatoire, « son inexécution appelle normalement une sanction, à moins que l'exécution n'ait été rendue impossible par la force majeure, c'est-à-dire un événement non imputable au débiteur »¹⁰⁹. Toutefois, il ne s'agit pas de confondre la sanction avec la punition¹¹⁰. L'inexécution du contrat, même volontaire, n'est pas forcément réalisée de manière

¹⁰⁵ G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, PUF, 14^e éd., 2022, v^o Inexécution.

¹⁰⁶ A. BÉNABENT, *Droit civil, Les obligations* LGDJ, 20^{ème} éd., 2023, spéc. p. 309, n^o351.

¹⁰⁷ C. civ. art. 1218 al. 1^{er} (version en vigueur depuis le 01 octobre 2016) : « Il y a force majeure en matière contractuelle lorsqu'un événement échappant au contrôle du débiteur, qui ne pouvait être raisonnablement prévu lors de la conclusion du contrat et dont les effets ne peuvent être évités par des mesures appropriées, empêche l'exécution de son obligation ».

¹⁰⁸ C. civ. art. 1218 al. 2 (version en vigueur depuis le 01 octobre 2016).

¹⁰⁹ F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE et F. CHÉNEDÉ, *Droit civil les obligations*, op. cit. spéc. n^o746, p. 839.

¹¹⁰ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, op. cit. v^o Punition : « 1. L'action de punir d'infliger, une peine, réprimer. 2. La peine infligée : terme générique (doctrinal) désignant une sanction destinée à ne pas indemniser la victime, mais à faire subir au coupable une souffrance de sa personne ou ses biens correspondant aux peines établies en matières répressives et aux peines privées ».

intentionnelle ou malveillante. Elle doit être détachée de toute connotation négative, acquise lorsqu'elle est utilisée dans un sens non juridique, et qui suppose que pour être puni, il faut avoir commis une faute. C'est pourquoi, nous préférons l'expression *inexécution imputable au débiteur* qui sera utilisée dans le cadre de ce travail.

Les sanctions de l'inexécution – Il convient, à présent, de préciser la notion de sanction. Elle est définie dans le langage commun comme une « approbation donnée à quelque chose te qui consacre son exactitude, sa validité et son caractère durable »¹¹¹. Du latin, *sanctio*, du verbe « *sancire* : établir une loi »¹¹², elle est aussi, en droit, « une punition, une peine »¹¹³ envers quiconque aurait commis une infraction. Par ces définitions, il semblerait facile d'en saisir le sens. Pourtant, celle-ci a longtemps été qualifiée comme « cette inconnue du droit »¹¹⁴. Avant les années 2000, le peu d'études sur le sujet le confirmait¹¹⁵. Toutefois, depuis plusieurs décennies, le développement des sanctions en droit contemporain est grandissant¹¹⁶. L'intérêt des chercheurs pour cette notion est croissant¹¹⁷. Celle-ci peut alors avoir différentes finalités, telles que « réprimer un comportement ou en tirer les conséquences »¹¹⁸. En ce sens, elle n'est pas toujours considérée comme une punition au sens commun du terme¹¹⁹. Monsieur Mazeaud indique que la sanction peut être une « mesure traduisant la réaction du droit en cas violation d'un devoir imposé par loi ou d'exercice illicite d'un pouvoir octroyé par la loi ou le

¹¹¹ TLFi (Trésor de la Langue Française informatisé), v^o Sanction. Elle est aussi « une peine ou récompense prévue pour assurer l'observation d'une loi, l'exécution d'une mesure réglementaire, d'un contrat ».

¹¹² G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, v^o Sanction.

¹¹³ *Ibid.*

¹¹⁴ Ph. JESTAZ, « La sanction ou l'inconnue du droit », *D.* 1986, 197.

¹¹⁵ V. not. Ch.-A MORAND, « La sanction » in « Vocabulaire fondamental du droit », *A.P.D.* t. 35, 1990, p. 293.

¹¹⁶ C. CHAINAIS et D. FENOUILLET, « Le droit contemporain des sanctions, entre technique et politique : Présentation et conclusions de la recherche collective » in C. CHAINAIS et D. FENOUILLET (dir.), *Les sanctions en droit contemporain, Volume 1. La sanction, entre technique et politique*, Dalloz, 2012, p. XI s., spéc. p. XIII.

¹¹⁷ C. CHAINAIS et D. FENOUILLET (dir.), *Les sanctions en droit contemporain, Volume 1. La sanction, entre technique et politique*, op. cit. ; C. CHAINAIS, D. FENOUILLET et G. GUERLIN, *Les sanctions en droit contemporain, Volume 2. La motivation des sanctions prononcées en justice*, Dalloz, 2013 ; D. FENOUILLET et T. GENICON (dir.), *Les sanctions en droit contemporain, Volume 3. De la théorie à la pratique : illustration à partir du droit de la consommation*, Dalloz, 2023 ; *La sanction*, préf. B. MALLET-BRICOUT, colloque du 27 nov. 2003 à l'Université Jean Moulin Lyon 3, L'Harmattan, 2007 ; *La sanction, Justice et cassation*, *Revue annuelle des Avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation*, Dalloz, 2005.

¹¹⁸ A. BÉNABENT, « Sanction et réparation » in « Les sanctions », *Justice et cassation, Revue annuelle des Avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation*, 2005, p. 91 s.

¹¹⁹ M. JAOUEN, *La sanction prononcée par les parties au contrat, Étude sur la justice privée dans les rapports contractuels de droit privé*, préf. D. MAZEAUD, Economica, 2013, spéc. p. 4, n^o3.

contrat »¹²⁰. C'est donc la « loi qui dispose d'une peine »¹²¹. On comprend alors que cette dernière peut également avoir différentes significations¹²², au point qu'il fut affirmé que celle-ci était « ambigu[e], noci[ve] et inutile »¹²³. Un auteur s'autorisa même à penser que ce terme pourrait « disparaître sans difficulté du vocabulaire juridique »¹²⁴. Malaurie explique que la sanction aurait deux significations distinctes : « ou bien elle consacre, approuve officiellement un acte, une loi, un règle » ; « ou bien, autre sens, apparemment tout contraire, elle constate que la méconnaissance d'une règle, d'un acte ou d'un fait, est contraire à la loi »¹²⁵. Si la définir n'est pas chose aisée, il semble toutefois possible d'en saisir le sens. Pour ce faire, plutôt que d'essayer de lui apporter une définition, en dehors de toute prise avec le réel, il faudrait peut-être repenser la sanction en fonction du domaine juridique au sein duquel elle se matérialise. Il faudrait envisager que cette notion puisse avoir différentes acceptions en fonction de son champ d'application. En d'autres termes, pour comprendre la sanction, il faudrait accepter qu'en droit administratif, son sens est différent de celui qu'on lui accorde en droit privé¹²⁶. De même, il faudrait aussi reconnaître que la sanction droit pénal¹²⁷ n'est pas semblable celle du droit civil et, notamment à celle du droit privé des contrats, thème premier de notre étude. Dans cette matière, la sanction a fait l'objet de nombreuses études. S'il existerait un intérêt certain à recenser ces dernières tel n'est pas l'objectif. Au contraire, nous proposons de nous concentrer sur les sanctions de l'inexécution du contrat. Ces dernières constituent également un large

¹²⁰ D. MAZEAUD, « Brèves réflexions sur quelques tendances lourdes » in C. CHAINAIS et D. FENOUILLET (dir.), *Les sanctions en droit contemporain vol.1, La sanction, entre technique et politique, op. cit.*, p. 235, spéc. p. 236.

¹²¹ F. ROUMY, « Les origines romano-canoniques du concept moderne de sanction » in C. CHAINAIS et D. FENOUILLET (dir.), *Les sanctions en droit contemporain vol.1, La sanction, entre technique et politique, op. cit.* p. 3, spéc. p. 26.

¹²² F. OST et M. VAN KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Publications des Facultés universitaires de Saint-Louis, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 221 s.

¹²³ Ch.-A MORAND, « La sanction » *précit.*

¹²⁴ *Ibid.*

¹²⁵ Ph. MALAURIE, « Les sanctions en droit privé », *Défrenois* 28 avril 2006, p. 316.

¹²⁶ La sanction en droit administratif peut se définir comme « toute mesure que les autorités administratives ont le pouvoir d'infliger elles-mêmes à des particuliers afin de réprimer un comportement fautif de ceux-ci », V. G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique op. cit.* v° Sanction (adm.). Il existe les sanctions administratives qui sont « celles qui répriment l'inexécution de la loi ou des réglementations », *ibid.*, v° Sanctions administratives. Les sanctions disciplinaires, qui en matière de contrats administratifs, sont des « mesures que l'administration peut décider elle-même à l'encontre de son cocontractant, qu'elles soient pécuniaires (amendes, dommages et intérêts) ou coercitives (mise en régie, séquestre, action par défaut, à la limite résiliation) », *ibid.* v° Sanctions disciplinaires. E. MULLER, G. ECKERT et J. WALINE, *Droit administratif*, Précis Dalloz Lefebvre, 29^e éd., 2023, spéc. p. 330, n°285 : comme l'expliquent ces auteurs, la sanction administrative est une sanction pénale. Toutefois, à côté de cette répression pénale, le droit administratif contemporain a vu se développer un droit administratif de la répression, c'est-à-dire la reconnaissance à l'administration elle-même un pouvoir de sanction ». Ces auteurs citent notamment J. MOURGEON, *La répression administrative*, LGDJ, t. 75, préf. O. DUPEYROUX, Bibliothèque de droit public, 1967 et Conseil d'État, *Les pouvoirs de l'administration dans le domaine des sanctions*, Étude, 1995.

¹²⁷ La sanction en droit pénal s'apparente généralement à la peine prononcée à la suite de la commission d'une infraction pénale, en ce sens, X. PIN, *Droit pénal général*, Lefebvre Dalloz, 15^e éd. 2023, spéc. p. 445, n°396 : « La peine donne tout son sens à l'infraction : elle en est la sanction nécessaire ».

champ d'étude dont la doctrine n'a de cesse, d'une manière globale¹²⁸, ou spécifique¹²⁹, de se saisir.

Ainsi, à partir du moment où la sanction contractuelle n'est pas considérée comme une punition¹³⁰, cette dernière pourrait alors se définir, comme le suggère Madame Jaouen comme « une mesure prononcée en réaction à la violation d'une norme »¹³¹, norme qui correspondrait en l'espèce à une obligation contractuelle. La violation doit se comprendre ici comme le non-respect d'une obligation. Cela peut alors signifier la non-exécution, totale, partielle ou encore l'exécution imparfaite de l'obligation. Autrement dit, la sanction serait *la mesure adoptée pour répondre à la non-exécution, imputable au débiteur, d'une de ses obligations contractuelle*. Le créancier de l'obligation non-exécutée dispose alors de différentes sanctions, autrement appelées « *sanctions de l'inexécution* » pour faciliter la lecture¹³². Celles-ci pourraient alors se définir comme *des mesures prononcées en réaction à la violation d'une obligation contractuelle, imputable au débiteur*. Au sein de ces dernières, deux catégories peuvent se distinguer. Il convient de les présenter pour isoler celle qui nous intéresse.

Les sanctions judiciaires – Les sanctions judiciaires constituent les sanctions classiques et traditionnelles auxquelles le créancier peut avoir recours en cas d'inexécution du contrat. Leur exercice nécessite obligatoirement une intervention du juge. Depuis sa création en 1804, le Code civil en prévoit trois : « l'exécution forcée, les dommages et intérêts et la résolution du contrat, même si la seconde n'est pas exclusive des deux autres, et si l'intérêt pratique de chacune dépend des espèces »¹³³. Avant la réforme, en « droit commun » des contrats, ou

¹²⁸ V. non exhaustif : Travaux de l'Association H. CAPITANT, *Les sanctions attachées à l'inexécution des obligations*, t. XVII, 1964, Dalloz, 1968 ; M. FONTAINE et G. VINEY (dir.), *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles. Études de droit comparé*, op. cit. ; Y.-M. LAITHIER, *Études comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, LGDJ, t. 419, pré. H. MUIR-WATT, Bibliothèque de droit privé, 2004 ; F. COLLART-DUTILLEUL et C. COULON (dir.), *Le renouveau des sanctions contractuelles*, Economica, 2007 ; M. JAOUEN, *La sanction prononcée par les parties au contrat, Étude sur la justice privée dans les rapports contractuels de droit privé*, op. cit. ; C.-É. BUCHER, *L'inexécution du contrat de droit privé et de droit administratif, Étude de droit comparé interne*, op. cit. ; C. POPINEAU-DEHAULLON, *Les remèdes de justice privée à l'inexécution du contrat étude comparative*, LGDJ, t. 498, Bibliothèque de droit privé, 2008.

¹²⁹ V. non exhaustif : T. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, LGDJ, t. 484, préf. L. LEVENEUR, Bibliothèque de droit privé, 2007 ; C. MALECKI, *L'exception d'inexécution*, op. cit. ; M. CORMIER, *Une limite à l'exécution forcée du contrat : la disproportion manifeste de l'article 1221 du Code civil*, th. Paris Panthéon-Assas, 2023, disponible en ligne.

¹³⁰ Il faut toutefois nuancer le propos et préciser que la responsabilité contractuelle peut être considérée comme une punition.

¹³¹ M. JAOUEN, *La sanction prononcée par les parties au contrat*, op. cit. spéc. p. 4, n°3.

¹³² L'expression « sanction de l'inexécution » signifie alors « sanction de l'inexécution du contrat, imputable au débiteur », permettant d'écarter les hypothèses d'impossibilité et l'application du principe de la force majeure. s

¹³³ Y.-M. LAITHIER, « Les sanctions civiles de l'inexécution du contrat imputable au débiteur : état des lieux », *JCP G* 2008, 1, 143.

suivant « la théorie générale »¹³⁴, ces dernières étaient « éparpillées à différents endroits du Titre III du Livre III »¹³⁵ du Code civil. Il existait celles réservées aux obligations de faire et de ne pas faire qui, si elles n'étaient pas respectées, entraînaient une condamnation du débiteur défaillant à des dommages et intérêts¹³⁶. S'en suivait l'exécution forcée indirecte qui autorisait le créancier à substituer un tiers pour faire exécuter l'obligation non réalisée par son débiteur¹³⁷. La responsabilité contractuelle était codifiée aux anciens articles 1146 à 1155 du Code civil. Enfin, l'exécution forcée en nature et la résolution du contrat étaient prévues par les alinéas 1 et 2 de l'article 1184 qui disposaient, sans plus de détails, que « la partie envers l'engagement n'a point été exécuté, a le choix ou de forcer l'autre à l'exécution de la convention lorsqu'elle est possible, ou d'en demander la résolution avec dommages et intérêts. La résolution doit être demandée en justice, et il peut être accordé au défendeur un délai selon les circonstances »¹³⁸. Désormais la liste des sanctions judiciaires possibles est évoquée à l'article 1217 du Code civil. Le caractère judiciaire de ces dernières est justifié par le principe de la force obligatoire du contrat. En vertu de celui-ci, « les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits »¹³⁹. Lorsqu'il ne s'exécute pas, le débiteur viole « la loi du contrat ». Dans ce cas, son créancier peut agir contre lui. Toutefois, le contrat étant devenu « une norme » pour les parties, ce dernier n'a d'autre choix que de faire intervenir le juge. Il s'agit de la seule issue possible pour ne pas porter atteinte à la force obligatoire du contrat. En effet, longtemps la doctrine a enseigné que l'intangibilité du contrat était le corollaire traditionnel du principe de la force obligatoire du contrat¹⁴⁰. En l'absence d'un *consensus* sur la modification du contrat et, en cas de litige, l'instance judiciaire était traditionnellement la seule compétente¹⁴¹.

Les sanctions unilatérales – À côté des sanctions judiciaires, il existe une catégorie plus innovante. Il s'agit des sanctions dite « unilatérales ». Celles-ci apparaissent comme l'antonyme des sanctions judiciaires. Les sanctions unilatérales peuvent être exercées par les

¹³⁴ Les deux termes sont souvent tenus pour synonymes même s'il existe des différences : v. É. SAVAUX, *La théorie générale du contrat mythe ou réalité ?*, LGDJ, t. 264, préf. J-L. AUBERT, Bibliothèque de droit privé, 1997, spéc. n°96 s., p. 73 s.

¹³⁵ F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE et F. CHÉNEDÉ, *Droit civil les obligations*, op. cit. spéc. n°746, p. 839.

¹³⁶ C. civ. anc. art. 1142 (version en vigueur du 17 février 1804 au 01 octobre 2016).

¹³⁷ C. civ. anc. art. 1143 et 1144 (version en vigueur du 17 février 1804 au 01 octobre 2016).

¹³⁸ C. civ. anc. art. 1184 al. 2 et 3 (version en vigueur du 17 février 1804 au 01 octobre 2016).

¹³⁹ C. civ. art. 1103 (version en vigueur depuis le 01 octobre 2016). V. ég. C. civ. art. 1134 anc. (version en vigueur du 17 février 1804 au 01 octobre 2016) : « Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites ».

¹⁴⁰ V. *infra* n°s 107, 148.

¹⁴¹ C. civ. anc. art. 1134 al. 2 (version en vigueur du 17 février 1804 au 01 octobre 2016) : «Elles [les conventions] ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise ».

parties en dehors de toute demande en justice. Ce type de mesure fait directement référence à l'unilatéralisme : « qui émane d'une seule personne, d'une volonté unique »¹⁴² et qui crée des effets de droit en dehors de tout consensus entre les parties. Une sanction unilatérale correspond alors à *une mesure prise en cas d'inexécution imputable au débiteur d'une obligation du contrat et qui émane d'une volonté unique, ayant des conséquences sur la poursuite ou la fin du contrat, en dehors de la saisine du juge et de tout consensus entre les parties.*

11. Cadre de l'étude : les sanctions unilatérales de l'inexécution du contrat – Les sanctions unilatérales sont de plusieurs sortes. Elles peuvent faire l'objet d'une catégorisation en fonction de leur but. D'abord, il y a celles qui incitent à l'exécution telles que l'exception d'inexécution¹⁴³ ou la faculté unilatérale de remplacement du débiteur défaillant dans le cadre de l'exécution forcée en nature¹⁴⁴. Ensuite, il y a celles qui permettent de réduire le prix de la prestation attendue lorsque cette dernière est imparfaitement exécutée, à l'image de la sanction de réduction unilatérale et proportionnelle du prix¹⁴⁵. Enfin, il existe la résolution qui met fin au contrat¹⁴⁶. L'ordonnance a permis de consacrer les *sanctions unilatérales* en droit positif. Une différence avec la notion de « remède » doit être soulevée. En effet, lors de la refonte du droit des contrats, une question de vocabulaire s'est posée. Fallait-il parler de sanctions ou de remèdes ?¹⁴⁷ « Le sujet passionnant du vocabulaire juridique » était lancé¹⁴⁸. Il n'était pas dénué d'importance dans la mesure où la réforme avait pour objectif la simplification du droit des contrats¹⁴⁹. Le projet de réforme du 25 février 2015 utilisait le terme de « remèdes ». Selon Monsieur Mekki, « le remède suppose la mise en œuvre de mécanismes permettant de préserver le lien contractuel en corrigeant ses défauts »¹⁵⁰. En effet, il s'agit principalement, comme a pu le qualifier Madame Ancel, « de procédés, à visée parfois préventive ou parfois curative, destinés à se prémunir ou à gérer les dangers ou les aléas de l'inexécution »¹⁵¹. Or, il faut remarquer que toutes les sanctions de l'inexécution prévues au nouvel article 1217 ne sont

¹⁴² G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, op. cit. v° Unilatéral.

¹⁴³ V. *infra* n°s 19 s.

¹⁴⁴ V. *infra* n°s 28 s.

¹⁴⁵ V. *infra* n°s 36 s.

¹⁴⁶ V. *infra* n°s 47 s.

¹⁴⁷ Y.-M. LAITHIER, « Les règles relatives à l'inexécution des obligations contractuelles », *JCP* 2015, supplément, n°21, p. 50.

¹⁴⁸ P.-Y. GAUTIER, « Faut-il avoir confiance dans la réforme ? », *RDC/3* 2015, p. 666.

¹⁴⁹ Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 *précit.*

¹⁵⁰ M. MEKKI, « Le juge et les remèdes à l'inexécution du contrat », *RDC/2* 2016, p. 400.

¹⁵¹ N. ANCEL, « Le juge et les remèdes à l'inexécution du contrat », *RDC/2* 2016, p. 408. C'est à ce titre que certains auteurs tel que N. ANCEL ont pu estimer qu'il ne s'agissait pas vraiment de sanction ni de remède à l'inexécution.

toujours basées sur l'idée de préservation du lien contractuel¹⁵². De plus, le terme de remède a été discuté parce qu'il était, selon certains auteurs, maladroitement fondé (et traduit) sur la notion de *remedies* existante en Common Law¹⁵³. Ce dernier n'était pas opportun car il existe une forte concurrence entre notre droit continental et les droits de traditions anglo-saxonnes¹⁵⁴. Enfin, ce dernier a pu être critiqué car il « dissimule et dénie qu'une règle ait été violée »¹⁵⁵. Pourtant, certains auteurs¹⁵⁶, à l'instar de Monsieur Mekki, auraient préféré que le droit des contrats utilise le terme de « remèdes », « pour englober à la fois, au sens strict les moyens permettant de remédier à certains maux afin de préserver le lien contractuel et, au sens large, y intégrer les sanctions définies comme une réaction à l'inexécution des obligations imputables au cocontractant »¹⁵⁷. Après de vifs débats, le terme de « sanction » a été consacré dans l'ordonnance¹⁵⁸. D'après nous, en entérinant celui-ci, le débat purement sémantique a été tranché¹⁵⁹, ce qui justifie que l'on ne consacrera pas davantage de développements à ce sujet. Dans cette étude, il conviendra alors d'utiliser le terme de sanctions unilatérales, à l'image de ce qui est réalisé en droit positif.

Ainsi, depuis le 1^{er} octobre 2016, date de son entrée en vigueur, le nouvel article 1217 du Code civil regroupe quatre sanctions unilatérales de l'inexécution. Cette disposition témoigne de la volonté du législateur de reconnaître la présence de l'unilatéralisme dans le contrat, afin de permettre au créancier, dont l'obligation n'a pas été exécutée ou ne l'a été que partiellement, d'agir seul sans intervention du juge et sans accord de son débiteur. Les avantages du recours à ces mesures qui sont, pour les principaux d'entre eux, la liberté contractuelle,

¹⁵² M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations. Contrat et engagement unilatéral*, t. 1, PUF, 6^{ème} éd., 2021, spéc. p. 763, n°987 : selon cet auteur, le terme de remèdes ne serait pas satisfaisant car « cette notion propre au champ médical ne convient que lorsqu'une guérison apparaît possible. Surtout, elle passe sous silence la connotation négative du terme "sanction", lequel est le plus approprié dès lors que le débiteur a manqué à sa parole ».

¹⁵³ B. DONDERO, « Étude – La réforme du droit des contrats – ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 », *JCP E et A* 2016, n°19, 1283.

¹⁵⁴ M. MEKKI, « Le juge et les remèdes à l'inexécution du contrat », *précit.*

¹⁵⁵ M. FABRE-MAGNAN, « Critique de la notion de contenu du contrat », *RDC/3* 2015, 639 s.

¹⁵⁶ J. ANTIPPAS, « Regard comparatiste interne sur la réforme du droit des contrats – réflexion sur l'identité contractuelle française », *AJDA* 2016, p. 1620 : « l'anglicisme « remèdes » à l'inexécution du contrat, issu du projet de 2015, ne lui fut finalement pas préféré par l'ordonnance, il est cependant permis de regretter l'abandon de ce qui semblait être, ou à tout le moins être devenu, un élément de l'identité contractuelle française. ».

¹⁵⁷ M. MEKKI, « Le juge et les remèdes à l'inexécution du contrat », *précit.*

¹⁵⁸ V. Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 *précit.*

¹⁵⁹ Certains auteurs continuent d'utiliser le terme « remèdes » : v. notamment R. LIBCHABER, *Le contrat au XXI^e siècle, L'ingénierie juridique et les nouveaux contrats d'affaires*, LGDJ, Lextenso, 2020, spéc. p. 104 s., n°78 s. ; Ph. MALINVAUD, M. MEKKI et J.-B. SEUBE, *Droit des obligations*, LexisNexis, 17^{ème} éd. 2023, spéc. p. 503, n°549. D'autres ne tranchent pas : A. SÉRIAUX et G. LARDEUX, *Manuel de droit des obligations*, PUF, 5^{ème} éd., 2023, spéc. p. 145, n°61. D'autres se sont adaptés aux termes de l'ordonnance, Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, LGDJ, 12^{ème} éd. 2022, spéc. P. 493, n°535 ; M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations. Contrat et engagement unilatéral*, *op. cit.*, spéc. p. 763, n°987.

l'efficacité économique et la rapidité du contentieux¹⁶⁰ sont nombreux, même s'il existe quelques dangers à exercer un pouvoir unilatéral sur la relation contractuelle¹⁶¹. Le principal relève du fait que ces sanctions peuvent être synonyme d'arbitraire c'est-à-dire être prises de manière injuste¹⁶².

12. Domaine de l'étude – Pour introduire « ce thème magnifique »¹⁶³ des sanctions unilatérales de l'inexécution contrat, il semble à présent nécessaire de déterminer l'objet de notre étude. Ce dernier sera circonscrit aux mesures prises par une seule partie au contrat : le créancier victime de l'inexécution d'un débiteur défaillant. Ces dernières s'incarnent par la « décision d'un seul »¹⁶⁴. Elles s'utilisent uniquement en cas d'inexécution imputable au débiteur. Elles sont au nombre de quatre : l'exception d'inexécution, la faculté unilatérale de remplacement du débiteur défaillant, la réduction unilatérale et proportionnelle du prix et, la résolution unilatérale. Deux d'entre elles peuvent exister en version anticipée, l'exception d'inexécution et la résolution unilatérale. Notre recherche se concentrera alors sur ces six sanctions de l'inexécution, même si la résolution unilatérale anticipée n'a pas été consacrée par la réforme du droit des contrats. Nos développements seront également délimités au droit commun des contrats¹⁶⁵. Celui-ci peut se définir comme « les règles qui sont communes à tous les contrats et même à toutes les conventions »¹⁶⁶, ou encore comme « l'ensemble des règles et de principes ayant vocation à régir tout convention »¹⁶⁷. Le cadre de l'étude sera alors limité aux règles communes applicables à tous les contrats, c'est-à-dire aux dispositions situées au

¹⁶⁰ D. FENOUILLET, « La notion de prérogative : instrument de défense contre le solidarisme ou technique d'appréhension de l'unilatéralisme ? », in Dossier « Les prérogatives contractuelles », *RDC*/2 2011, p. 644.

¹⁶¹ P. LOKIEC, *Contrat et pouvoir : étude de droit privé*, Lextenso, 2021, spéc. p. 158 ; S. BROS, « La place de l'unilatéralisme : progrès ou danger ? », *RDC*/4 2012, p. 1452 ; J. BÉGUIN, « Rapport sur l'adage "nul ne peut se faire justice à soi-même" en droit français » précit. p. 44 : « dangereuse pour la paix sociale, la justice privée apparaît, d'autre part, comme une atteinte directe au pouvoir (et au monopole des tribunaux) ». L'auteur poursuit en indiquant que c'est pouvoir judiciaire qui confère au justiciable une égalité de traitement et qui assure la garantie des droits de celui-ci.

¹⁶² G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, op. cit. v^o Arbitraire dans son sens péjoratif : « caractère injuste d'une décision ou du pouvoir de la prendre) ou d'une distinction qui n'est pas conforme aux exigences de la raison ou d'une morale et souvent dénuée de pertinence ».

¹⁶³ D. FENOUILLET, « Propos introductifs » in D. FENOUILLET et T. GENICON (dir.), *Les sanctions en droit contemporain, Volume 3. De la théorie à la pratique : illustration à partir du droit de la consommation*, op. cit. p. XI, spéc. p. XI.

¹⁶⁴ H. LÉCUYER, « La modification unilatérale du contrat » in C. JAMIN et D. MAZEAUD, *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, op. cit. p. 47 s., p. 55.

¹⁶⁵ Y. LEQUETTE, « Chapitre 4 Y aura-t-il encore en France, l'an prochain, un droit commun des contrats ? » in Y. LEQUETTE, *Défense et illustration de l'ordre civil français*, op. cit. p. 654, spéc. p. 659, « qui dit droit commun suppose, en effet, un corps de règles cohérent qui obéit à une logique d'ensemble ».

¹⁶⁶ G. CORNU, *Regards sur le titre III du livre III du Code civil « Des contrats ou des obligations conventionnelles en général » (Essai de lecture d'un titre du Code)*, op. cit. n^o41, p. 29.

¹⁶⁷ M. CABRILLAC, « Remarques sur la théorie générale du contrat et les créations récentes de la pratique commerciale » in *Mélanges dédiés à Gabriel Marty*, Université des sciences sociales de Toulouse, 1978, p. 237.

sein du Titre III « Des sources d'obligations », du Livre III « Des différentes manières dont on acquiert la propriété », Sous-titre I « Le contrat » du Code civil. Cette limitation à la théorie générale du contrat¹⁶⁸ appelle toutefois davantage de précisions. Il n'est pas question ici de développer les sanctions unilatérales dans tous les droits spéciaux. Le champ de l'étude serait alors beaucoup trop conséquent pour présenter une analyse approfondie de toutes les sanctions unilatérales existantes. Par ailleurs, et surtout, la diversité des contrats spéciaux complique une approche systémique de ces dernières. Cependant, les mesures unilatérales, qui sont connues dans le droit spécial pourront être mobilisées pour les besoins de ce travail, dans certaines hypothèses, afin d'éclairer la compréhension ou l'intégration des nouvelles sanctions unilatérales en droit commun lorsque cela sera nécessaire. De plus, il faut également préciser que ce travail s'intéressera aux dispositions relatives aux sanctions unilatérales prévues par le Titre III du Livre III du Code civil, c'est-à-dire à l'article 1217 et aux articles 1219 et suivants du Code civil¹⁶⁹. Enfin, l'étude se concentrera uniquement sur les dispositions issues de l'ordonnance portant réforme du droit des contrats de 2016 ainsi que les modifications de celles-ci apportées par la loi de ratification de 2018. Toutefois, lorsque cela semblera pertinent, elle fera appel aux divers avant-projets internes de réforme du droit des contrats ainsi qu'aux textes d'harmonisation européenne du droit des contrats et à la CVIM.

13. Objectif : une étude critique des sanctions unilatérales – L'ordonnance portant réforme du droit des contrats, malgré toutes les critiques générées par la voie empruntée pour modifier le Titre III du livre III du Code civil¹⁷⁰, poursuivait trois objectifs, « accessibilité, intelligibilité et attractivité »¹⁷¹. La question de l'équilibre contractuel était également une question centrale de cette dernière¹⁷². La réforme allait-elle faire ses preuves une fois

¹⁶⁸ L'expression « droit commun » est utilisée dans un sens général, sous-entendue comme l'ensemble des règles générales applicables à tous les contrats. « Théorie générale du contrat » et « droit commun des contrats » seront tenus pour synonymes. Il ne convient pas ici de revenir sur ce débat. Sur ce point V. É. SAVAUX, *La théorie générale du contrat, mythe ou réalité ?*, LGDJ, Bibliothèques de droit privé t. 264, 1997.

¹⁶⁹ L'article 1218 sur la force majeure est exclu du champ de l'étude, V. *supra* n°10.

¹⁷⁰ Sur ce point v. notamment, D. GALBOIS, *La notion de contrat : Esquisse d'une notion*, LGDJ, t. 603, préf. Y. LEQUETTE, Bibliothèque de droit privé, 2020 qui expose les différentes étapes de la réforme du droit des contrats, spéc. n°28, p. 27 : « C'est donc avec surprise que l'on a pris connaissance, d'abord, d'un projet de loi déposé au Sénat le 27 novembre 2013 relatif à « la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures » qui habilitait le Gouvernement à réformer par voie d'ordonnances certains volets du droit, et notamment le droit des contrats, le régime général des obligations et la preuve ; puis avec émoi que l'on a suivi les péripéties du projet ». L'auteur s'intéresse ici aux désaccords entre le Sénat et l'Assemblée nationale quant à la possibilité de réformer le droit des contrats par voie d'ordonnance.

¹⁷¹ M. MEKKI, « 3 questions contentieux commercial et droit des contrats : nouveau droit, nouveaux risques », *JCP E* 2016, 266.

¹⁷² S. LE GAC-PECH, « 3 questions : Un Code civil en quête d'équilibre ? », *JCP E* 2016, 39.

publiée ?¹⁷³ Entre modernité et codification à droit constant, les auteurs de la réforme ont essayé de concilier les théories de la doctrine contractuelle, qui se divise généralement « entre solidarisme et libéralisme »¹⁷⁴, en insérant une nouvelle protection de la partie faible et en promouvant une efficacité accrue des transactions économiques¹⁷⁵. Le but étant la simplification et l'innovation¹⁷⁶. Il semble alors pertinent de se prononcer sur l'accomplissement ou non de ces objectifs au travers des nouvelles sanctions unilatérales de l'inexécution en s'intéressant au régime d'exercice des sanctions. En effet, la section V « L'inexécution du contrat » du Titre III du Livre III du Code civil est sans doute la partie réformée du droit des contrats la plus marquée par la présence de l'unilatéralisme. *Le premier intérêt de cette étude sera donc de déterminer si, en ce qui concerne l'intégration des sanctions unilatérales en l'état du droit positif, les objectifs affichés par la réforme ont été atteints.*

D'après nous, il existe également un autre intérêt à étudier les sanctions unilatérales de l'inexécution depuis la réforme du droit des contrats. Le droit de l'inexécution est né avec cette dernière. Auparavant, les sanctions de l'inexécution étaient dispersées. Cela pouvait poser des problèmes de cohérence relatifs à la logique de système du droit des contrats. Par ailleurs, les sanctions unilatérales n'étaient pas codifiées. Désormais, l'article 1217 du Code civil dresse une liste de mesures envisageables pour le créancier victime de l'inexécution de son débiteur. Cette disposition offre au créancier « une vision globale de ses moyens d'action »¹⁷⁷, en regroupant ensemble les sanctions judiciaires et unilatérales. Il semble qu'il existe enfin un véritable « tableau cohérent des conséquences de l'inexécution » dans le Code civil, à l'image de ce qui était souhaité depuis plusieurs années¹⁷⁸. Cela revient-il à dire que le droit de l'inexécution est désormais systématisé ? *L'étude de l'intégration des sanctions unilatérales pourra alors être un élément d'éclairage intéressant pour savoir si le nouveau droit de l'inexécution a fait l'objet d'une véritable conceptualisation.*

¹⁷³ V. notamment en ce sens la table ronde organisée à propos du projet d'ordonnance de réforme en 2015 : L. LEVENEUR, « Table ronde : faut-il avoir confiance dans la réforme ? », *RDC* 2015, p. 661 ; F. BAUMGARTNER, « Faut-il avoir confiance dans la réforme ? », *ibid.* 2015, p. 671.

¹⁷⁴ R. CABRILLAC, *La recodification civile en France*, Éditions universitaires d'Avignon, Coll. Entre-vues, 2008, p. 17.

¹⁷⁵ P. GUIOMARD, « Les nouveautés de la réforme du droit des obligations », *Dalloz act.* 15 février 2016, la réforme affiche deux objectifs principaux : l'attractivité économique et la sécurité juridique.

¹⁷⁶ G. MEUNIER, « Droit des contrats : les enjeux d'une réforme ! », *D.* 2016, p. 416 ; M. LATINA, « l'essentiel de la réforme du droit des contrats », *Essentiel droit des contrats* 2016, n°3 ; N. MOLFESSIS, « Droit des contrats : que vive la réforme ! », *JCP* 2016, p. 180.

¹⁷⁷ J.-B. SEUBE, B. ATTIAS, M.-P. DUMONT-LEFRAND *et al.*, *Droit des contrats bilan de la réforme et loi de ratification*, Éditions législatives, 2018, p. 160.

¹⁷⁸ D. TALLON, « L'inexécution du contrat : pour une autre présentation », *précit.*, qui regrettait déjà l'éparpillement dans le Code civil de 1804 des sanctions de l'inexécution.

Enfin, l'étude des sanctions unilatérales invite à s'interroger sur la conception traditionnelle du contrat qui interdit *a priori* le recours aux sanctions unilatérales sauf exceptions particulières¹⁷⁹. L'intégration de ces nouvelles mesures constitue un véritable bouleversement. Les nouvelles sanctions s'intègrent-elles dans celle consacrée par la réforme ? Dans le cas contraire, il faudra envisager de se positionner sur le point de savoir si l'intégration des sanctions unilatérales ne risque pas de remettre en cause cette conception. *Un autre intérêt de l'étude des sanctions unilatérales sera donc de déterminer si l'intégration des sanctions unilatérales est cohérente au regard de la conception du contrat consacrée par la réforme.*

14. La démarche de cette recherche consiste donc à apprécier l'intégration de ces nouvelles mesures dans le droit commun des contrats, c'est-à-dire à la fois leur consécration technique et leur consécration théorique. La première étape repose sur l'identification des défauts des sanctions unilatérales à la lumière notamment des nombreuses critiques formulées contre ces dernières. Ce travail nécessite alors de vérifier la réalité de ces insuffisances et, le cas échéant, de leur apporter une correction. Améliorer l'intégration des sanctions unilatérales dans le droit commun des contrats est nécessaire afin que ces défauts ne remettent pas en cause leur efficacité et leur pérennité. « En droit comme ailleurs, chaque nouveauté ouvre autant de questions : à nouveaux mécanismes, nouvelles sollicitations pour l'imagination. »¹⁸⁰. À ce titre, la réforme et, à sa suite la réforme de la réforme¹⁸¹, peuvent laisser des questions en suspens¹⁸² relativement à l'admission des nouvelles sanctions unilatérales dans la théorie générale et à leur mise en œuvre effective dans le droit de l'inexécution. Il convient donc d'étudier cette reconnaissance dans le droit des contrats afin d'en déceler les éventuelles difficultés pour proposer une amélioration de l'intégration de celles-ci qui respecte les impératifs d'efficacité et de sécurité poursuivis par la réforme.

Par conséquent, il convient d'abord d'opérer une lecture critique de l'intégration des sanctions unilatérales dans le droit commun des contrats, suivant une double approche, à la fois théorique et pratique (Partie 1).

¹⁷⁹ V. *supra* n°5.

¹⁸⁰ A. BÉNABENT, « Les nouveaux mécanismes », *RDC*, 2016, n°Hors-série, p. 17 s.

¹⁸¹ Pour aller plus loin v. not. le colloque « Le nouveau droit des obligations après la loi de ratification du 20 avril 2018 » *précit.*

¹⁸² Pour une généralité sur les questions en suspens, V. not. Dossier, « Les nouveaux pouvoirs unilatéraux du contractant », *RDC*/3 2018, p. 503 ; Ph. STOFFEL-MUNCK, « Le nouveau droit des obligations : les questions en suspens », *RDC* 2018, n°Hors-Série, p. 52.

Une fois ce tableau dressé, nous serons alors en mesure de proposer des correctifs et des corrections qui favorisent la pérennité d'une intégration cohérente et efficace des sanctions unilatérales dans le droit commun des contrats (Partie 2).

Partie 1. Les critiques de l'intégration des sanctions unilatérales dans le droit commun des contrats

Partie 2. Les améliorations de l'intégration des sanctions unilatérales dans le droit commun des contrats

PARTIE 1 : LES CRITIQUES DE L'INTÉGRATION DES SANCTIONS UNILATÉRALES DANS LE DROIT COMMUN DES CONTRATS

15. En droit commun des contrats, l'intégration des sanctions unilatérales ne s'est pas faite sans difficultés. Entre le processus de réforme du droit des contrats¹⁸⁴ et les nombreuses discussions autour de ces nouveaux textes¹⁸⁵, les critiques de ces nouvelles dispositions sont venues de toute part.

Depuis la loi de ratification de 2018, on peut imaginer que le débat est clos et que le législateur a réussi à réaliser un compromis, entre toutes les parties prenantes à l'élaboration de réforme du droit des contrats¹⁸⁶, en intégrant cinq sanctions unilatérales dans le nouveau droit de l'inexécution¹⁸⁷.

Est-ce vraiment le cas ? L'étude des nouvelles sanctions unilatérales nécessite alors d'évaluer le degré de satisfaction de leur consécration dans le Livre III du Titre III du Code civil. D'abord, il faudra se concentrer sur les discussions relatives à l'intégration de chacune d'entre elles dans le nouveau droit de l'inexécution (Titre 1). Cette évaluation ne saurait être complète s'il n'était pas tenu compte des débats relatifs à leur rattachement au droit commun du contrat. Autrement dit, il faudra ensuite discuter de l'intégration de l'exception d'inexécution

¹⁸⁴ V. sur ce point, F. ANCEL, B. FAUVARQUE-COSSON et J. GEST, *Aux sources de la réforme du droit des contrats*, Dalloz, 2017, p. 46 s. Sur la méthode de consultation des différents acteurs de la réforme, v. T. REVET, « Méthodes », *RDC*/2 2016, p. 193.

¹⁸⁵ Sur le projet d'ordonnance (non exhaustif), v. Dossier « Le projet de réforme du droit des contrats », *RDC*/3 2015, p. 615 s. Sur l'ordonnance n°131-2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (non exhaustif) : M. MIGNOT, « Commentaires article par article de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations », *LPA* 26 fév. 2016 p. 8-13, *ibid.* 7 mars 2016, p. 7-13 ; *ibid.* 14 mars 2016, p. 7-15 ; *ibid.* 22 mars 2016, p. 6-13 ; *ibid.* 30 mars 2016, p. 7-15 ; *ibid.* 4 avr. 2016, p. 5-11 ; *ibid.* 13 avr. 2016, p. 7-14 ; *ibid.* 21 avr. 2016, p. 4-12 ; *ibid.* 26 avr. 2016, p. 6-15 ; *ibid.* 6 mai 2016, p. 10-21 ; *ibid.* 13 mai 2016, p. 6-19 ; *ibid.* 24 mai 2016, p. 5-15 ; *ibid.* 31 mai 2016, p. 4.

¹⁸⁶ V. *supra* n°8. La doctrine n'est pas la seule partie prenante à l'élaboration de la réforme du droit des contrats. La pratique a également été consultée, v. not. Association française des juristes d'entreprises (AFJE), « note publiée après examen du Projet d'Ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations publiée le 17 février 2015 (article 8 de la loi n°2915-177 du 16 février 2015 relative à la modernisation et à la simplification du droit dans les domaines de la justice et des affaires intérieures) », disponible en ligne sur <https://www.afje.org/info/afje-et-la-reforme-du-droit-des-contrats> [consultée le 03 mars 2023] ; « Projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, réponse de la CCI Paris Ile-de-France à la consultation ouverte par la Chancellerie », Rapport présenté par Y. FOUCHET et adopté le 7 mai 2015 ; « Observations sur diverses dispositions de la réforme du droit des contrats », Rapport remis à la Chancellerie le 20 avr. 2015, réalisé par cinq doctorants de l'Université Panthéon-Assas (Paris II) même du Laboratoire de droit civil dirigé par le Professeur Laurent Leveneur ; Haut Comité juridique de la Place financière de Paris, « Propositions d'amélioration de la rédaction des dispositions régissant le droit commun », le 10 mai 2017.

¹⁸⁷ V. *supra* n°9. Les cinq sanctions sont l'exception d'inexécution et sa version anticipée, la nouvelle exécution forcée en indirecte, la réduction du prix et enfin, de la résolution par notification,

et de sa version anticipée, de la faculté unilatérale de remplacement du débiteur défaillant, de la réduction du prix et de la résolution unilatérale dans la théorie générale (Titre 2).

Titre 1. Les critiques de l'intégration des sanctions unilatérales dans le droit de l'inexécution.

Titre 2. Les critiques de l'intégration des sanctions unilatérales dans la théorie générale.

TITRE 1 : LES CRITIQUES DE L'INTÉGRATION DES SANCTIONS UNILATÉRALES DANS LE DROIT DE L'INEXÉCUTION

16. L'intégration des sanctions unilatérales en droit commun a fait couler beaucoup d'encre. Entre les études globales des sanctions et les analyses propres à chacune d'elles, les productions doctrinales ont été nombreuses. Avec la loi de ratification, le débat n'avait pas pris fin et les nouvelles dispositions des articles 1217 et suivants ont continué d'être discutées et critiquées, par les praticiens et la doctrine, malgré la création d'un véritable droit de l'inexécution¹⁸⁸. Sans être exhaustif, faire état de ces nombreuses discussions semble être le préalable nécessaire afin de dresser le bilan de l'intégration intrinsèque des sanctions unilatérales. Il convient donc d'observer l'émergence des sanctions unilatérales en droit positif. Pour ce faire, une étude, sanction par sanction de leur intégration dans le nouveau droit de l'inexécution jusqu'aux multiples critiques auxquelles elles doivent encore faire face doit être menée (Chapitre 1). Ensuite, il apparaît nécessaire de s'intéresser à l'article 1217 du Code civil, qui présente en intégralité la liste des sanctions, judiciaires et unilatérales, auxquelles le créancier victime d'un débiteur défaillant peut avoir recours. En accordant une place de choix aux mesures unilatérales, à côté des sanctions judiciaires, le législateur a créé une véritable innovation, en matière de sanctions de l'inexécution, qui n'a pas manqué d'être saluée. Toutefois, la plupart du temps, les nouveautés enthousiasment autant qu'elles interrogent. C'est pourquoi, il faudra également faire état des différentes critiques, auxquelles le contenu de l'article 1217 du Code civil est confronté (Chapitre 2).

Chapitre 1. Les critiques des dispositions propres à chaque des sanction unilatérale

Chapitre 2. Les critiques de la disposition commune à toutes les sanctions unilatérales

¹⁸⁸ V. notamment, Dossier « Le nouveau droit des obligations après la loi de ratification du 20 avril 2018 », Paris le 7 juin 2018, *RDC* 2018, n°Hors-Série.

CHAPITRE 1 : LES CRITIQUES DES DISPOSITIONS PROPRES À CHAQUE SANCTION UNILATÉRALE

17. En général, lorsqu'il s'agit de critiquer, positivement ou négativement, l'intégration de chaque sanction unilatérale, des thèmes récurrents apparaissent¹⁸⁹. D'abord, la sanction est présentée, de son origine à sa codification. Ensuite, la rédaction de l'article est soumise à l'étude. À ce titre, parfois des défauts formels sont relevés. Enfin, les questions de fond sont abordées. Elle se traduisent par l'étude des conditions d'exercice mais aussi, par celles de la procédure de contestation du mauvais exercice (abusif ou irrégulier) de la sanction. Les critiques de ces derniers éléments sont souvent plus graves. Elles soulèvent la question de savoir à cause d'elles, les sanctions ne vont pas être considérées comme inefficaces ou défailtantes au risque d'être totalement inutilisées par les contractants.

Faire état de l'intégration des sanctions unilatérales dans le droit de l'inexécution suppose, au préalable, de revenir sur la présentation de ces dernières. Ensuite, il faudra rappeler les éventuelles critiques, de fond et de forme, dont elles ont pu faire l'objet, en se basant sur leur ordre d'apparition chronologique dans le Titre III du Livre III du Code civil. Pour évaluer la teneur des critiques propres aux sanctions unilatérales, il conviendra alors de les soumettre à un processus d'étude partant de leur présentation jusqu'à l'étude de leurs conditions d'exercice, basé sur leur ordre respectif d'apparition dans le Code civil. L'étude des sanctions par ordre chronologique nous apparaît comme la plus pédagogique, à l'instar des présentations réalisées par les ouvrages généraux¹⁹⁰. Par ailleurs, elle permet également de cibler les spécificités de

¹⁸⁹ N. DISSAUX et C. JAMIN, *réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations* (ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016), *commentaire des articles 1100 à 1386-1 du Code civil*, Dalloz, 2016 : la sanction est d'abord présentée. Ensuite, les conditions d'exercices de celle-ci sont étudiées. Enfin, les question en suspens sont développées. F. CHÉNEDÉ, *Droit des obligations et des contrats, consolidations – innovations – applications*, Dalloz, 3^{ème} éd., 2023 : ici l'auteur développe chaque sanction en étudiant les consolidations jurisprudentielles, les innovations issues de la codification, les éventuelles interrogations ainsi que les premières applications des sanctions unilatérales.

¹⁹⁰ La doctrine va très majoritairement dans le sens d'une analyse sanction par sanction en suivant la chronologie des articles 1219 et s. du C. civ. Pour s'en convaincre, il suffit d'ouvrir les ouvrages généraux en la matière, v. en ce sens (non exhaustif) : J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Droit civil les obligations l'acte juridique*, Sirey, 17^{ème} éd. 2022 ; Y. BUFFELAN-LANORE et V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit civil les obligations*, Hors collection Sirey, 18^{ème} éd. 2022-2023 ; F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE et F. CHÉNEDÉ, *Droit civil les obligations*, *op. cit.* ; L. AYNÈS, Ph. MALAURIE et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, *op. cit.* ; M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations, I- Contrat et engagement unilatéral*, *op. cit.* ; T. REVET et F. ZENATI, *Cours de droit civil – Contrats – théorie générale, quasi-contrats*, PUF, coll. Droit fondamental, 2014 ; Pour les ouvrages spécifiques relatifs à l'ordonnance de réforme : F. CHÉNEDÉ, *Droit des obligations et des contrats*, *op. cit.* O. DESHAYES, T. GENICON et Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, *Commentaire article par article*, à jour de la loi de ratification du 20 avril 2016, LexisNexis, 2^{ème} éd, 2018 ; T. DOUVILLE (dir.), *La réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, *commentaire article par article*, à jour de la loi de ratification du 20 avril 2018, Gualino,

chaque sanction. Bien qu'elles participent au même but – résoudre un problème d'inexécution contractuelle – les sanctions de l'inexécution n'ont pas toutes les mêmes finalités. Ainsi, l'exception d'inexécution, l'exécution forcée en nature et la réduction du prix permettent au créancier de parvenir à une forme d'exécution du contrat. Elles ont pour vocation d'essayer de préserver le lien contractuel. A l'inverse, le recours à la résolution unilatérale a pour unique mission de mettre fin au contrat. L'ordre de présentation des sanctions prévu par l'article 1217 du Code civil s'accorde avec ce découpage¹⁹¹.

L'étude des critiques doit alors être divisée en deux. En premier lieu, il y a celle relatives à la situation où le créancier peut encore tenter de sauver son contrat et obtenir l'exécution des obligations de son débiteur (section 1). A l'inverse, s'il estime que le contrat ne peut ou ne doit pas survivre, il peut y mettre fin. Les critiques relatives à la résolution devront, en second lieu, retenir notre attention (section 2).

Section 1 : Présentation et critiques des sanctions destinées à préserver le lien contractuel

18. Les sanctions qui ont pour objectif de préserver le lien contractuel, et donc de remédier à une situation d'inexécution, sont au nombre de trois. D'abord, l'exception d'inexécution¹⁹². Ensuite, la faculté de remplacement du débiteur défaillant pour obtenir l'exécution forcée en nature¹⁹³. Enfin, la réduction du prix¹⁹⁴. Si le créancier opte pour une de ces mesures, il faut imaginer qu'il espère parvenir à une issue favorable : l'exécution de son contrat. Pourtant, au sein de ces sanctions, il est encore possible d'affiner le raisonnement pour différencier l'exception d'inexécution de la faculté de remplacement du débiteur défaillant de la réduction du prix.

Effectivement, lorsque le créancier retient son exécution pour forcer le débiteur à s'exécuter, il agit pour l'inciter à l'exécution. Au contraire, lorsqu'il force l'exécution ou qu'il

2^{ème} éd., 2018 ; C. JAMIN et N. DISSAUX, *Réforme du droit des contrats (loi n°2018-287 du 20 avril 2018 ratifiant l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016)*, Dalloz, 2018.

¹⁹¹ M. MEKKI, « Le juge et les remèdes à l'inexécution du contrat », *RDC/2* 2016, p. 400. L'auteur propose une division des sanctions entre les « mesures préventives » qui « permettent à une partie de sécuriser l'exécution de ses obligations par son cocontractant ». L'exception d'inexécution classique et anticipée sont classées au sein de cette catégorie. Ensuite, il évoque les « mesure curatives, remèdes et sanctions » avec l'exécution forcée en nature sans le juge (faculté de remplacement du débiteur par un tiers), la réduction proportionnelle et unilatérale du prix et la résolution par notification. Toutefois, cette distinction n'est pas celle retenue pour les besoins de cette étude.

¹⁹² V. C. civ. art. 1219 (version en vigueur depuis le 01 octobre 2016) et art. 1220 (version en vigueur depuis le 01 octobre 2016).

¹⁹³ C. civ. art. 1222 (version en vigueur depuis le 01 octobre 2016).

¹⁹⁴ C. civ. art. 1223 (version en vigueur depuis le 01 octobre 2018).

met en œuvre une réduction du prix, il oblige son débiteur à s'exécuter d'une manière ou d'une autre. Par conséquent, le choix a été fait d'étudier l'exception d'inexécution d'une part, la faculté de remplacement du débiteur défaillant et la réduction du prix d'autre part, qui n'ont pas tout à fait le même rôle que l'exception d'inexécution. Au lieu d'inciter le débiteur à l'exécution (§1), ces deux mesures constituent une injonction de s'exécuter (§2).

§1 : Présentation et critiques de l'incitation à l'exécution

19. L'exception d'inexécution est la première sanction apparaissant dans la liste de l'article 1217 du Code civil. Pour comprendre son intégration en l'état du droit positif, il faut la présenter (A), et mettre en avant les éventuelles difficultés qu'elle soulève depuis sa codification (B).

A. Présentation de l'exception d'inexécution

20. La codification à droit constant : l'exception d'inexécution – L'*exceptio non adimpleti contractus* (ou exception d'inexécution) fait partie des nouvelles sanctions unilatérales de l'inexécution prévues à l'article 1217 du Code civil¹⁹⁵. Son régime est désormais développé à l'article 1219 du Code civil qui dispose que « une partie peut refuser d'exécuter son obligation, alors même que celle-ci est exigible, si l'autre n'exécute pas la sienne et si cette inexécution est suffisamment grave »¹⁹⁶. Cette mesure permet à une partie de refuser de s'exécuter si l'autre partie n'a pas exécuté son obligation en retour. Il s'agit d'une consécration nouvelle dans le Code civil de la sanction d'exception d'inexécution jusque-là uniquement prétorienne¹⁹⁷. Précisons, qu'à l'instar de l'ordonnance portant réforme du droit des contrats, les avant-projets de réforme français tout comme les projets d'harmonisation européens du droit des contrats prévoyaient également cette mesure¹⁹⁸. Pour mettre en œuvre l'exception

¹⁹⁵ Pour une vision générale du nouveau mécanisme d'exception d'inexécution du projet à l'ordonnance de réforme v. notamment : P. GROSSER, « Observations sur le projet de réforme du droit des contrats et des obligations », *LPA* 3 et 4 sept. 2015, n°176 et 177, p. 78, *ibid.* « La réforme en pratique. L'exception d'inexécution », *AJCA* 2014, p. 320 et du même auteur « Les sanctions de l'inexécution », *Dr. et Patr.* mai 2016, p. 70 ; Y.-M. LAITHIER, « Les règles relatives à l'inexécution des obligations contractuelles », *JCP G* 25 mai 2015, suppl. au n°21, p. 47 ; M. MEKKI, « Les remèdes à l'inexécution dans le projet d'ordonnance portant réforme du droit des obligations », *Gaz. Pal.* 30 avr. 2015, n°120, p. 37 ; A. AYNÈS, « Les remèdes unilatéraux (exception d'inexécution) » in Ph. STOFFEL-MUNCK (dir.), *Réforme du droit des contrats et pratique des affaires*, Dalloz, 2015, p. 113.

¹⁹⁶ C. civ. art. 1219 (version en vigueur depuis le 01 octobre 2016).

¹⁹⁷ V. notamment le Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, *précit.* V. par ex. Cass. Com. 19 déc. 1962, *Bull. civ.* III ; Cass. Soc. 31 mai 1967, *Bull. civ.* n°433.

¹⁹⁸ F. TERRÉ (dir.), *Pour une réforme du droit des contrats*, *op. cit.* art. 103 et 104 « une partie peut refuser d'exécuter son obligation si l'autre n'exécute pas la sienne, alors même qu'elle est exigible » ; P. CATALA (dir.),

d'inexécution, la jurisprudence exige traditionnellement que les obligations soient réciproques, exigibles et simultanées¹⁹⁹. La réciprocité, principe de l'exception d'inexécution, est évidemment conservée dans l'article 1219 du Code civil, puisqu'une partie peut refuser l'exécution si l'autre partie ne s'exécute pas. Elle ne s'applique que pour les contrats synallagmatiques²⁰⁰. Cependant, son domaine est élargi, notamment avec l'interdépendance des obligations nées de contrats distincts dans les ensembles contractuels au sein desquels cette nouvelle mesure peut s'appliquer²⁰¹.

L'inexécution en cause doit être « suffisamment grave », comme le précise la lettre de l'article 1219 du Code civil²⁰². À ce titre, cette mesure n'est acceptée que « si elle constitue une riposte mesurée à la défaillance du cocontractant et ne peut intervenir dans le cas d'une inexécution insignifiante »²⁰³. Elle doit donc être proportionnée. Elle est donc une sanction unilatérale car elle est « une pression exercée de manière extrajudiciaire en vue d'obtenir l'exécution par l'autre partie de son obligation »²⁰⁴. Parfois qualifiée avec la résolution comme des « remèdes dérogatoires accordés au débiteur placé dans une situation qu'il tient pour anormale, pathologique, préjudiciable à ses intérêts légitimes »²⁰⁵, le but de cette mesure est, dans un premier temps, de sauvegarder le contrat.

Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription, op. cit. art. 1157 ; v. G. ROUHETTE, I. DE LAMBERTERIE, D. TALLON et C. WITZ, *Principes du droit européen du contrat, op. cit.*, p. 367, art. 9: 201 : Droit de suspendre l'exécution (1) (chapitre 9), dans la section intitulée « suspension de l'exécution » (autrement appelée exception d'inexécution en droit français), il est énoncé « [qu'] une partie tenue d'exécuter dans le même temps que l'autre ou après elle peut, tant que le cocontractant n'a pas exécuté ou offert d'exécuter, suspendre l'exécution de sa prestation en tout ou en partie [...] ».

¹⁹⁹ W. DROSS, « L'exception d'inexécution : essai de généralisation », *RTD Civ.* 2014, p. 1. F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE et F. CHÉNEDÉ, *Droit civil, les obligations, op. cit. spéc.* p. 859-860, n°767.

²⁰⁰ Cette affirmation est une fois de plus à nuancer, v. en ce sens, F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE et F. CHÉNEDÉ, *Droit civil les obligations, op. cit.* p. 859, n°767.

²⁰¹ N. DISSAUX et C. JAMIN, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016), commentaire des articles 1100 à 1386-1 du Code civil*, 2016, *op. cit.* commentaire de l'article 1220, p. 127 ; F. CHÉNEDÉ, *Droit des obligations et des contrats, op. cit. spéc.* n°s128.52-128.53 qui cite Cass. Com. 12 juill. 2005, n°03-12.507, *RTD civ.* 2006, p. 307, obs. J. MESTRE et B. FAGES.

²⁰² C. civ. art. 1219 (version en vigueur depuis le 01 octobre 2016).

²⁰³ J.-B. SEUBE, B. ATTIAS, M.-P. DUMONT-LEFRAND *et al.*, *Droit des contrats bilan de la réforme et loi de ratification, op. cit.*, p. 166.

²⁰⁴ F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, *Cours de droit civil, Contrats, Théorie générale – Quasi-contrats, op.cit.*, p. 314 s., spéc. p. 314. Il s'agit pour eux, « une forme commutative de justice privée contrôlée par le juge ». *Contra* : W. DROSS, « L'exception d'inexécution : essai de généralisation », *précit.*, p. 1 ; O. DESHAYES, T. GENICON et Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, Commentaire article par article, op. cit.*, p. 541 : il s'agit de « l'une des sanctions extrajudiciaires à la disposition du créancier ».

²⁰⁵ C. ATIAS, « Les « risques et périls » de l'exception d'inexécution (limites à la description normative) », *D.* 2003, p. 1103.

L'exception d'inexécution, loin d'être une mesure de justice purement privée, est une mesure provisoire²⁰⁶, qui a pour but premier d'inciter la partie défaillante à remplir ses obligations. Comparable au « bouclier » et à « l'épée », selon les termes de Monsieur Deshayes, l'exception d'inexécution, dans la réforme du droit des contrats, a deux fonctions principales : la garantie et l'incitation²⁰⁷. Elle présente donc des liens avec l'équilibre contractuel du contrat²⁰⁸ et « contribue même à renforcer la force obligatoire » de ce dernier²⁰⁹.

Il arrive, cependant, qu'elle se termine en résolution du contrat. C'est donc pourquoi la faculté offerte au créancier non exécutée a parfois été pensée comme « une forme de résolution unilatérale du contrat synallagmatique », et donc comme un moyen de résolution unilatérale indirecte du contrat²¹⁰, même si cette affirmation ne fait pas l'objet d'un consensus²¹¹.

Comme l'explique Madame Roche-Dahan, lorsque l'*excipiens* exerce cette mesure, son but n'est pas toujours la poursuite du contrat. « La situation contractuelle apparaissant bloquée du fait de l'inexécution par l'une des parties de ses obligations, l'autre partie s'est autorisée à « s'affranchir » des siennes »²¹². Dans ce cas, l'exception d'inexécution est alors une des possibilités de rupture anticipée du contrat. Elle ne serait pas « un diminutif de la résolution judiciaire mais une entorse au principe suivant lequel seul le juge peut résoudre le contrat »²¹³. Or, le propos peut être nuancé et « l'exception d'inexécution n'est pas la résolution » car un retour à la situation antérieure doit toujours être envisageable²¹⁴. En effet, la résolution permet

²⁰⁶ W. DROSS, « L'exception d'inexécution : essai de généralisation », *précit.* p. 1. V. également, F. KENDERIAN, « Covid-19 : les limites de l'exception d'inexécution en matière de paiement des loyers commerciaux pendant la crise sanitaire », *D.* 2021, p. 728 qui qualifie l'exception d'inexécution de « mécanisme temporaire, qui paralyse l'exécution du contrat le temps que les parties parviennent à un accord ou que l'une d'entre elle demande la résolution. ».

²⁰⁷ O. DESHAYES, « L'exception d'inexécution doit-elle être proportionnée ? », note sous Cass. Civ. 1^{ère}, 12 mai 2016, n°15.20-834, *RDC/4* 2016, p. 654 : « L'exception d'inexécution est à la fois un mécanisme défensif de sauvegarde des intérêts de l'*excipiens* et un mécanisme comminatoire par lequel l'*excipiens* fait pression sur son cocontractant pour qu'il s'exécute. ».

²⁰⁸ C. ATIAS, « Les « risques et périls » de l'exception d'inexécution (limites à la description normative) », *précit.*

²⁰⁹ J. ROCHE-DAHAN, « L'exception d'inexécution, une forme de résiliation unilatérale du contrat synallagmatique », *D.* 1994, p. 255.

²¹⁰ *Ibid.*

²¹¹ *Contra* : D. HOUTCIEFF, « L'étendue des nouveaux pouvoirs unilatéraux du contractant », in Dossier « Les nouveaux pouvoirs unilatéraux du contractant », *RDC/3* 2018, p. 505 s.

²¹² J. ROCHE-DAHAN, « L'exception d'inexécution, une forme de résiliation unilatérale du contrat synallagmatique », *précit.* Cet auteur développe la jurisprudence relative aux concessions exclusives : « En effet, la Cour suprême fait la distinction entre, d'une part, la résolution unilatérale qui implique le fait pour le concédant victime de l'inexécution de choisir un autre concessionnaire et, d'autre part, l'exception qui autorise simplement le concédant à vendre lui-même ses produits. Dans un cas comme dans l'autre il y a bien rupture du contrat, mais dans la première hypothèse la rupture est irrémédiable, alors qu'il existe une chance de reprise des relations contractuelles dans le second cas. dans ce sens, l'exception d'inexécution apparaît comme un diminutif de la résolution unilatérale ».

²¹³ *Ibid.*

²¹⁴ C. JAMIN, « Les sanctions unilatérales de l'inexécution du contrat » in C. JAMIN et D. MAZEAUD (dir. de), *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, *op. cit.* p. 71 s., spéc. p. 78.

de mettre fin au contrat, l'exception d'inexécution de le suspendre. À cette fin, le doyen Carbonnier a, certes, pu considérer cette sanction comme un « diminutif de la résolution » mais pas comme une résolution unilatérale à part entière²¹⁵. Cette solution nous semble la plus satisfaisante et la plus représentative du but poursuivi par cette mesure, à savoir parvenir à l'exécution du contrat. Désormais, cette sanction fait partie de la liste des nouvelles sanctions unilatérales de l'inexécution. Son intégration en l'état du droit positif témoigne de l'importance du rôle joué par la jurisprudence dans le développement de l'exception d'inexécution, au même titre que la résolution unilatérale ou la fixation unilatérale du prix²¹⁶.

21. La nouveauté : l'exception d'inexécution anticipée – La véritable nouveauté de l'intégration de l'exception d'inexécution réside dans la consécration d'une nouvelle forme de cette mesure. Il s'agit de l'exception d'inexécution pour risque d'inexécution²¹⁷, autrement appelée *exceptio timoris*. Cette mesure s'apparente à une mesure de justice privée puisqu'elle se réalise en dehors de toute intervention judiciaire. Elle est également un moyen de pression dont dispose l'une des parties pour contraindre l'autre à s'exécuter. L'article 1220 du Code civil consacre cette dernière à la suite de l'exception d'inexécution classique. Son exercice doit être assorti d'une obligation de notification, à défaut de quoi une telle exception sera inopposable à l'autre partie.

Ce mécanisme, innovant en droit français positif n'est pourtant pas une nouveauté en droit international puisqu'il est largement utilisé dans le cadre de la Convention de Vienne²¹⁸,

²¹⁵J. CARBONNIER, *Droit civil Tome 4 Les obligations*, PUF, 22 éd. refondue, 2000, p. 352, spéc. [194] qui explique à propos de l'exception d'inexécution et la suspension du contrat : « En présence de certaines inexécutions que l'on peut croire n'être pas irrémédiables, le droit propose des mesures graves, moins définitives, que la résolution. Ces mesures provisoires, conservatoires, sont de deux sortes : l'exception d'inexécution et la suspension du contrat ».

²¹⁶ Sur la fixation unilatérale du prix, v. *supra* n°5 et sur la résolution unilatérale, v. *supra* n°5 et *infra* n°s 47 et s.

²¹⁷ J.-B. SEUBE, B. ATTIAS, M.-P. DUMONT-LEFRAND *et al.*, *Droit des contrats bilan de la réforme et loi de ratification*, *op. cit.* p. 163 s. ; A.-S. CHONÉ-GRIMALDI, « Sous-section 1 : l'exception d'inexécution » in T. DOUVILLE (dir. de), *La réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, commentaire article par article*, *op. cit.* p. 219-221 ; F. CHÉNEDÉ, *Les nouveau droit des obligations et des contrats*, *op. cit.* spéc. n°s128.60-128.62.

²¹⁸J.-B. SEUBE, B. ATTIAS, M.-P. DUMONT-LEFRAND *et al.*, *Droit des contrats bilan de la réforme et loi de ratification*, *op. cit.*, p. 166.

des Principes du droit européens des contrats ainsi que dans les Principes Unidroit²¹⁹, ainsi qu'en doctrine²²⁰.

Salué par certains auteurs, *l'exceptio temporis* permet d'anticiper l'inexécution et de renforcer les droits unilatéraux des contractants²²¹. À l'inverse, un autre courant de pensée estime que cette mesure peut être dangereuse. N'est-elle pas un moyen de faire pression sur son cocontractant ? Autrement dit, « la simple crainte d'une inexécution n'est-elle pas de nature à instaurer un climat délétère au sein des relations contractuelles ? »²²².

À notre sens, faire application de l'exception d'inexécution anticipée comme moyen de pression sur son créancier n'est pas un problème. Au contraire, cela peut être un réel atout pour les créanciers afin d'inciter leurs débiteurs à s'exécuter. L'ordonnance portant réforme du droit des contrats l'a consacré expressément, à l'inverse des avant-projets de réforme Terré et Catala qui préconisaient seulement de consacrer l'exception d'inexécution classique²²³.

22. Bilan du A – Au titre des nouvelles sanctions de l'inexécution de l'article 1217 du Code civil, il faut donc retenir que la réforme a intégré l'exception d'inexécution tant dans sa version classique consacrée de manière prétorienne que dans son aspect anticipé, aussi dit préventif. La loi de ratification n'a emporté aucun changement, les textes ayant conservé leur rédaction issue de l'ordonnance de 2016. Il faut saluer cette reconnaissance légale de l'exception d'inexécution classique. Il faut encenser l'intégration d'une véritable nouveauté au travers de l'exception d'inexécution préventive. Cependant, il convient d'analyser les éventuelles interrogations causées par les nouvelles dispositions relatives à ces mesures (B).

²¹⁹ G. ROUHETTE, I. DE LAMBERTERIE, D. TALLON et C. WITZ, *Principes du droit européen du contrat*, op. cit., art. 9 :201 ; G. GANDOLFI (coordinateur), *Code européen des contrats : avant-projet*, op. cit., art. 108 ; UNIDROIT, « Principes relatifs aux contrats du commerce international », Rome, 4^{ème} version, 2016, disponible en ligne sur www.unidroit.org, document pdf [consultée le 14 avril 2019], art 7.1.3 ; Association Henri CAPITANT des Amis de la Culture Juridique Française et la Société de législation comparée, *Projet cadre commun de référence, Principes contractuels communs*, op. cit. art. 10 :201.

²²⁰ Des auteurs s'étaient déjà intéressés à la question v. notamment A. PINNA, « L'exception pour risque d'inexécution », *RTD Civ.* 2003, p. 31.

²²¹ J.-D. BRETZNER, « Les conditions de l'exception d'inexécution par anticipation » in *Libres Propos sur la réforme du droit des contrats, Analyse des principales innovations de l'Ordonnance du 10 février 2016*, LexisNexis, 2016, p. 109 s.

²²² N. DISSAUX et C. JAMIN, *réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016), commentaire des articles 1100 à 1386-1 du Code civil*, 2016, op. cit. commentaire de l'article 1220, p. 128.

²²³ F. TERRÉ (dir. de), *Pour une réforme du droit des contrats*, op. cit., art. 160 : « Dans un contrat synallagmatique, chaque partie peut refuser d'exécuter son obligation si l'autre n'exécute pas la sienne, alors même qu'elle est exigible » ; P. CATALA (dir.), *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, op. cit. art. 1157 : « Dans un contrat synallagmatique, chaque partie peut refuser d'exécuter son obligation tant que l'autre n'exécute pas la sienne ».

B. Critiques relatives à l'exception d'inexécution

22. L'analyse de l'intégration de l'exception d'inexécution et de sa version anticipée, codifiées aux articles 1219 et 1220 du Code civil, nécessite d'être approfondie.

Les critiques relatives à cette sanction peuvent être de plusieurs ordres. Parfois, elles concernent les conditions d'exercice formel, mais aussi substantiels de ces dernières. Dans d'autres cas, elles concernent la procédure de contestation de celles-ci.

23. **Critique d'une condition de fond : l'inexécution suffisamment grave** – Selon les termes de l'article 1219 du Code civil, pour mettre en œuvre l'exception d'inexécution, il faut que l'obligation non exécutée par le débiteur soit suffisamment grave. *Quid* de la gravité de cette inexécution ?

L'article 1217 du Code civil dispose désormais que « la partie envers laquelle l'engagement n'a pas été exécuté, ou l'a été imparfaitement peut » mettre en œuvre les différentes sanctions de l'inexécution. Les textes relatifs aux sanctions de l'inexécution utilisent en effet des expressions disparates pour évoquer celle-ci. Par exemple, « en cas d'exécution imparfaite », s'il n'a pas encore payé, le créancier peut réduire le prix²²⁴.

A l'inverse, les articles relatifs à l'exception d'inexécution font référence, à l'inexécution suffisamment grave²²⁵. Cette différence de vocabulaire emporte des interrogations. Le choix des mots est toujours important. A titre d'exemple, bien avant la réforme, concernant la résolution judiciaire, Monsieur Jamin expliquait que la distinction entre les deux types de gravité (suffisamment grave et particulière gravité) était « un exercice périlleux qui frise l'arbitraire »²²⁶. La réforme n'a pas harmonisé le vocabulaire en matière d'inexécution.

Toutefois, pour avoir recours à la version anticipée de cette mesure, comme l'inexécution n'est pas encore avérée, il est nécessaire que les conséquences futures de l'inexécution soient suffisamment graves et évidentes. Dans ce cas, ce n'est pas le non-respect de ses obligations par le débiteur qui est mis en cause, mais les *conséquences*, pour le créancier, du non-respect de ses obligations par le débiteur. À la différence de l'exercice de l'exception classique, dans la version anticipée l'inexécution en elle-même n'a pas à présenter un certain

²²⁴ C. civ. art. 1223 (version en vigueur depuis le 01 octobre 2018).

²²⁵ C. civ. art. 1219 (version en vigueur depuis le 01 octobre 2018) et art. 1220 (version en vigueur depuis le 01 octobre 2018).

²²⁶ C. JAMIN, « Les conditions de la résolution du contrat : vers un modèle unique ? » in M. FONTAINE et G. VINEY (dir.) in *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles. op. cit.* p. 451, spéc. p. 481.

degré de gravité puisqu'elle n'a pas eu lieu. Au contraire, ce sont les conséquences en lien avec cette dernière qui doivent être suffisamment graves pour le créancier afin de justifier le recours à l'exception d'inexécution anticipée.

De fait, « ici encore se pose la question de l'appréciation qui sera faite par les juges de la notion de « gravité » des conséquences »²²⁷. Pour répondre à ces questions, nombreux sont les auteurs qui insistent sur la rédaction des contrats en prévoyant, par exemple, d'exclure purement et simplement la possibilité d'une exception d'inexécution anticipée par le biais d'une clause contractuelle ou encore en définissant contractuellement ce que les parties entendent au travers de la gravité suffisante de l'inexécution.

Doit-elle être appréciée *in concreto* ? À partir de quand faut-il l'estimer suffisamment grave ? Cette question renvoie également au *quantum* de l'inexécution, c'est-à-dire au fait qu'elle soit totale ou partielle. Avant la réforme de 2016, le recours à l'exception d'inexécution était justifié par un critère de proportionnalité. Autrement dit, l'exception d'inexécution était possible si son recours était proportionnel à l'inexécution²²⁸. Désormais, le critère nécessaire pour justifier le recours à cette mesure semble avoir évolué. La preuve de la gravité de l'inexécution peut suffire à engager cette mesure. Par conséquent, il faut s'interroger sur le point de savoir si le critère de proportionnalité de la riposte est abandonné ? Nous ne le croyons pas.

En effet, le recours à l'exception d'inexécution justifie que cette dernière présente une particulière gravité, ce qui laisse à penser que si la gravité de l'inexécution n'est pas suffisante, le recours à cette mesure sera nécessairement disproportionné. Le critère de la gravité de l'inexécution permet alors d'englober le critère de proportionnalité nécessaire à cette mesure. Enfin, la réforme semble avoir laissé le soin aux juges et aux conseils de définir ce qu'est une inexécution suffisamment grave. Il semble ainsi que l'appréciation de celle-ci s'opérera *in concreto*.

En tout état de cause, l'utilisation de l'expression « inexécution suffisamment grave » apparaît plutôt comme une fausse difficulté. Elle est assez claire, à partir du moment où l'on accepte que l'ancien critère de proportionnalité soit désormais caractérisé par la condition d'une inexécution suffisamment grave nécessaire à l'exercice de cette mesure. Dans cette hypothèse,

²²⁷ S. GUÉRIN et N. GENTY, « L'exception d'inexécution et les différentes formes de résolution du contrat », *AJ Contrat* 2017, p. 17.

²²⁸ En ce sens, la jurisprudence exigeait que le créancier rapport la preuve de l'inexécution par le débiteur ainsi que sa gravité : Cass. Civ. 1^{ère}, 18 déc. 1990, n°89-14.975 ; *RTD Civ.* 1996, 746, obs. J. MESTRE ; Civ. 1^{ère}, 4 fév. 2015, n°13-28.808 ; O. DESHAYES, « L'exception d'inexécution doit-elle être proportionnée ? », obs. sous Cass. Civ. 1^{ère}, 12 mai 2016, n°15-20.834, *précit.*

il n'y a pas lieu de reconnaître un véritable changement de conditions nécessaires à sa mise en œuvre.

Ainsi, et à notre sens, les nombreux arrêts, antérieurs à la réforme, qui jugent de la mise en œuvre de cette sanction²²⁹, semblent toujours être d'actualité²³⁰. En effet, le contentieux relatif à l'article 1219 du Code civil reste encore peu présent devant les tribunaux. Il faut noter qu'à ce jour, aucun arrêt majeur notable n'est intervenu en matière d'exception d'inexécution, sous l'empire du droit issu de la loi de ratification de 2018, que ce soit devant la Cour de cassation ou les cours d'appel. Seules quelques décisions issues des tribunaux de première instance sont à noter²³¹, sans modification majeure quant à la mise en œuvre de cette mesure. Cela pourrait donc signifier que l'intégration de l'exception d'inexécution dans le Code civil ne pose pas de difficulté majeure. Au contraire, la difficulté technique relative à l'exception d'inexécution figure plutôt dans son versant anticipé.

24. La complexité de l'exception d'inexécution anticipée – La version anticipée de l'exception d'inexécution entraîne avec elle plus de difficultés que l'exception d'inexécution classique. Sa mise en œuvre impose une procédure particulière qui réside dans une notification dans « les meilleurs délais »²³². À ce titre, certains auteurs mettent en avant qu'il n'existe aucun élément pour savoir comment les juges doivent définir ce qui rentre dans le cadre de la notion de « meilleurs délais »²³³. Par analogie, dans les textes où le créancier doit respecter un « délai raisonnable » la même question se pose, alors même que la notion de délai raisonnable n'est pas une nouveauté²³⁴. Nous reviendrons sur la question des délais ultérieurement²³⁵.

Il faut également que l'exception d'inexécution soit notifiée dans les meilleurs délais²³⁶. Là encore, une partie de la doctrine soulève des questions relatives à cette notification. Ainsi,

²²⁹ Par exemple, v. quelques arrêts récents en matière d'exception d'inexécution : Cass. Civ. 3^{ème}, 27 fév. 2020, n°18.20-865 ; Cass. Civ. 1^{ère}, 4 oct. 2017, n°16.18-416.

²³⁰ A ce titre, il faut souligner, que bien que datant de 2016, les contrats régis par les nouveaux textes commencent à devenir l'objet principal du contentieux de la Cour de cassation. Toutefois, cette dernière a encore fort à faire avec les litiges antérieurs à l'entrée en vigueur de l'ordonnance le 1^{er} octobre 2016.

²³¹ En ce sens, jurisprudence sur l'exception d'inexécution sous l'empire du droit nouveau (non exhaustif) : bail commercial, CA Aix en Provence, 2 mars 2023, n°20/00946, CA Aix en Provence, 23 fév. 2023, n°21/17270 ; contrat d'affacturage, CA Montpellier, 28 fév. 2023, n°21/02274 ; contrat de prestation de service, CA Bordeaux, 27 fév. 2023, n°20/05024 ; contrat de formation professionnelle, CA Besançon, 7 fév. 2023, n°21/00971.

²³² C. civ. art. 1220 *in fine* (version en vigueur depuis le 01 octobre 2016) : « Cette suspension doit être notifiée dans les meilleurs délais ».

²³³ S. GUÉRIN et N. GENTY, « L'exception d'inexécution et les différentes formes de résolution du contrat », *précit.* ; A. BÉNABENT, « Les nouveaux mécanismes », *précit.*

²³⁴ M. LAGELÉE-HEYMANN, « Le « raisonnable » dans le nouveau droit des contrats », *RDC/3* 2018, p. 475 s. : « l'ordonnance n'a fait qu'entériner le droit jurisprudentiel ».

²³⁵ V. *infra* n°90, 297 et s. et n°360.

²³⁶ C. civ. art. 1220 (version en vigueur depuis le 01 octobre 2016).

par exemple, « faut-il motiver cette notification et être en mesure de prouver que cette future défaillance est « manifeste » ? »²³⁷. Cette notification de suspension de l'exécution, qui ne prévoit pas expressément d'obligation de motivation, interroge quant aux contestations éventuelles pouvant intervenir *a posteriori*. Ces différents questionnement nous confirment que cette nouvelle mesure est complexe à mettre en œuvre. Le risque est qu'elle soit délaissée par les parties dans le cadre d'une clause d'exclusion contractuelle. C'est pourquoi, depuis son intégration en 2016, cette sanction anticipée et préventive a pu être qualifiée de « dangereuse et inutile »²³⁸. Pour pallier ces incertitudes, la majorité de la doctrine reconnaît alors que la rédaction des clauses des contrats doit prendre une importante part dans le bon fonctionnement de la réforme²³⁹.

À l'inverse de l'article 1220, l'exception d'inexécution classique ne suit aucune règle de procédure prévue par le texte. Faut-il comprendre qu'elle doit suivre les conditions classiques de mise en œuvre dégagée par la jurisprudence ?²⁴⁰ La réponse semble être positive. Cette mesure nouvellement codifiée n'est pas nouvelle en droit français. Il apparaît dès lors parfaitement logique que sa procédure de mise en œuvre n'ait pas été davantage précisée dans les textes. Elle n'est pour l'heure que peu contestée devant la jurisprudence²⁴¹. Enfin, il faut faire état d'une dernière interrogation soulevée par l'intégration de l'exception d'inexécution dans le Code civil.

25. Le contrôle du juge dans l'exception d'inexécution – Quel est le juge compétent pour contrôler l'exception d'inexécution (classique ou anticipée) ? En cas de contestation, le débiteur victime de la mesure peut saisir le juge. Classiquement, le juge judiciaire est compétent. Ensuite, comme cette mesure a pour effet de préserver le contrat en incitant l'autre partie à s'exécuter, elle est souvent considérée comme une mesure d'urgence. C'est pourquoi, dans certaines situations, le juge des référés peut être compétent. Il ne s'agit pas d'une nouveauté. En effet, le juge des référés peut suspendre les effets de la sanction unilatérale, le temps que

²³⁷ A. BÉNABENT, « Les nouveaux mécanismes », *précit.*

²³⁸ N. DISSAUX et C. JAMIN, *réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016), commentaire des articles 1100 à 1386-1 du Code civil*, 2016, *op. cit.* v. p. 128: commentaire de l'article 1220.

²³⁹ S. GUÉRIN et N. GENTY, « L'exception d'inexécution et les différentes formes de résolution du contrat », *précit.*: « D'autre part, ce nouveau texte nous invite, nous autres praticiens, à bousculer nos habitudes rédactionnelles, à travailler encore davantage la précision de nos clauses en collaboration avec nos clients pour déterminer l'opportunité de déroger à ces textes ou de les compléter ».

²⁴⁰ Sur les conditions de l'exception d'inexécution, v. F. CHÉNEDÉ, *Les nouveau droit des obligations et des contrats*, *op. cit.* spéc. n°128.53.

²⁴¹ Pour quelques décisions récentes (non exhaustif), v. par exemple : pour un contrat de prestation de service, CA Grenoble, 28 sept. 2022, n°22/00058 ; pour un contrat de vente, T. com. Angers, 17 nov. 2021, aff. 2020006070.

l'instance judiciaire tranche sur le fond²⁴², afin de de préserver le contrat²⁴³. La jurisprudence va en ce sens. A ce titre il est possible de citer la décision de la Cour de cassation du 29 mai 2001²⁴⁴ par laquelle la Haute juridiction a validé la suspension d'une mesure unilatérale, l'exception d'inexécution en l'espèce, par le juge des référés. *A fortiori*, le maintien prononcé par le juge des référés a été validé par les juges de cassation. Les effets de la mesure unilatérale peuvent être suspendus par le juge des référés²⁴⁵, jusqu'à ce que le juge judiciaire intervienne.

26. Conclusion du §1 – La codification à droit constant de l'exception d'inexécution doit être saluée. Elle est désormais une mesure unilatérale légale dont dispose le créancier pour obtenir l'exécution des obligations de son débiteur. Elle n'appelle pas de discussion particulière tant la jurisprudence a eu l'occasion, par le passé, de préciser le régime de cette sanction. *A priori* aucun changement de régime n'est à remarquer entre l'exception d'inexécution prétorienne, antérieure à la réforme de 2016 et le nouvel article 1219 du Code civil. À l'inverse, l'exception d'inexécution anticipée est une véritable nouveauté. Jusque-là ignorée du droit français, elle soulève tout de même quelques interrogations auxquelles il faudra tenter de répondre.

Deux autres sanctions unilatérales doivent désormais être étudiées. Il s'agit de la réduction du prix et de la faculté de remplacement du débiteur défaillant dans le cadre de l'exécution forcée en nature, qui ont également fait l'objet de différentes critiques. De la même manière que l'exception d'inexécution, ces deux mesures visent à préserver le contrat pour que les parties parviennent à une exécution satisfaisante de celui-ci. Toutefois, au lieu d'être une incitation à l'exécution, elles apparaissent comme une véritable injonction faite au débiteur défaillant de s'exécuter (§2).

²⁴² P. LEMAY, *Le principe de la force obligatoire à l'épreuve du développement de l'unilatéralisme*, op. cit. s., spéc. p. 478, n°348 : « dès que le juge des référés constatera une irrégularité qualifiée lors de l'exercice d'une prérogative contractuelle unilatérale, il pourra en suspendre les effets ».

²⁴³ M.-A. RAKOTOVAHINY, « Le maintien forcé du contrat ou l'éviction de la volonté individuelle ? », *LPA* 3 août 2011, n°153, p. 6, spéc. n°11 : « Le maintien forcé du contrat poursuit une finalité : la sauvegarde du contrat. ».

²⁴⁴ Cass. civ. 1^{re}, 29 mai 2001, Clinique Auguste Renoir et autre c/ Presse, inédit ; *RTD Civ.* 2001, p. 590, obs. J. MESTRE et B. FAGES.

²⁴⁵ J. MESTRE, « Rupture abusive et maintien du contrat », *RDC/I* 2005, p. 99 ; Ch. BOURGEON, « Rupture abusive et maintien du contrat : observations d'un praticien », *RDC/I* 2005, p. 109. B. MELIN-SOUCRAMANIEN, *Le juge des référés et le contrat*, préf. J. MESTRE, PUAM, 2000, p. 72 s.

§2 : Présentation et critiques des injonctions à l'exécution

27. Il existe deux mesures unilatérales permettant d'enjoindre le débiteur défaillant à s'exécuter. D'abord, le créancier peut exercer la faculté unilatérale de remplacement de son débiteur défaillant afin d'obtenir l'exécution forcée du contrat par un tiers, en dehors de toute intervention judiciaire. Celle-ci apparaît à la suite de l'exception d'inexécution dans la liste des sanctions de l'article 1217 du Code civil. Sa présentation et les différentes critiques dont elle a fait l'objet doivent être étudiées (A). Ensuite, les nouvelles sanctions prévoient la réduction unilatérale et proportionnelle du prix : le créancier d'une obligation imparfaitement exécutée peut tenter d'obtenir une réduction du prix de la prestation avec son débiteur, en se passant du juge pour parvenir à l'exécution du contrat. Ici, l'exécution du contrat sera différente de celle attendue lors de la conclusion de celui-ci, mais elle permettra au créancier qui l'accepte de recevoir quand même une exécution, et donc une issue à ses attentes. Elle doit donc également être développée (B).

A. Présentation et critiques de l'exécution forcée indirecte

28. De la même manière que pour l'exception d'inexécution, il faut présenter cette nouvelle mesure (1) avant d'essayer de déceler les éventuels défauts que son intégration peut sous-tendre (2).

1) Présentation de l'exécution forcée indirecte

29. L'exécution forcée en nature – En matière contractuelle, « si un contrat est signé entre les parties, c'est pour que la prestation promise soit exécutée et non pour obtenir le paiement de dommages et intérêts en cas d'inexécution »²⁴⁶. Depuis l'ordonnance portant réforme du droit des contrats, l'exécution forcée en nature demeure la sanction de principe des sanctions de l'inexécution en droit français.

À l'international, elle est également une sanction de référence. Dans la doctrine, en dehors de nos frontières, les principes Unidroit relatifs aux contrats du commerce international²⁴⁷ consacrent des dispositions à l'exécution forcée²⁴⁸. Les Principes du droit européen des contrats

²⁴⁶ J.-B. SEUBE, B. ATTIAS, M.-P. DUMONT-LEFRAND *et al.*, *Droit des contrats bilan de la réforme et loi de ratification*, *op. cit.* p. 168.

²⁴⁷ UNIDROIT, « Principes relatifs aux contrats du commerce international », *précit.*

²⁴⁸ PU, art. 7.2.1 et 7.2.2.

(PDEC) de la Commission Lando, et la révision française de ceux-ci par l'Association Henri Capitant²⁴⁹ prennent également en compte l'exécution forcée en nature. Le chapitre 9 s'intéresse aux divers moyens d'inexécution, dont l'exécution forcée fait partie²⁵⁰. Lorsqu'un contrat est conclu, les obligations de celui-ci doivent être respectées et exécutées. Dans la pratique internationale, en cas d'inexécution contractuelle, le principe de la CVIM demeure l'exécution forcée en nature du contrat à l'image des pays de tradition civiliste, contrairement aux pays de Common Law, où elle demeure l'exception²⁵¹. En effet, selon les commentateurs de la CVIM, « il est préférable de sauver le contrat parce qu'il a souvent demandé des démarches et négociations coûteuses »²⁵². C'est souvent le cas des contrats internationaux. L'exécution forcée en nature est donc favorisée dans la Convention. Toutefois, elle peut être écartée par une disposition spéciale : « un tribunal n'est tenu d'ordonner l'exécution en nature que s'il le ferait en vertu de son propre droit pour des contrats de ventes semblables non régies par la présente Convention »²⁵³. Par conséquent, au niveau international et européen, la faveur est à la reconnaissance de l'exécution forcée en nature comme sanction de l'inexécution.

Cependant, en ce qui concerne les projets de la doctrine européenne, il existe une exception où l'exécution forcée en nature n'est pas forcément une sanction de référence. Il s'agit de l'avant-projet de Code européen des contrats. Au sein de ce dernier, l'étendue des sanctions de l'inexécution diverge en fonction de l'inexécution constatée. Les articles 89-117 du Code Gandolfi relatifs à l'inexécution du contrat évoquent le terme d'inexécution « substantielle (*substancial*) »²⁵⁴. Dans le cas de d'une telle inexécution, le contrat est résolu de plein droit. A l'inverse, l'exécution forcée en nature est possible uniquement en cas d'inexécution non substantielle. Cette différence avec le droit français reste majeure et marque un fossé avec la réforme puisque, quel que soit le degré d'inexécution, l'exécution forcée demeure une sanction forte mise en avant pour tout type d'inexécution²⁵⁵. Les avant-projets de réforme prévoyaient tous une telle mesure.

Dans la même lignée que le projet Catala, l'article 159 du projet de la Chancellerie disposait que « la partie envers laquelle l'engagement n'a pas été exécuté, ou l'a été imparfaitement, peut, soit poursuivre l'exécution forcée de l'engagement, soit provoquer la résolution du contrat, soit

²⁴⁹ V. *supra* n°7.

²⁵⁰ G. ROUHETTE, I. DE LAMBERTERIE, D. TALLON et C. WITZ, *Principes du droit européen du contrat*, *op. cit.* art. 9: 101 et 9: 102.

²⁵¹ CVIM, art. 28.

²⁵² C. MOULY, « Que change la Convention de Vienne sur la vente internationale par rapport au droit français interne ? », *précit.*

²⁵³ CVIM, art. 28.

²⁵⁴ G. GANDOLFI (coordinateur), *Code européen des contrats : avant-projet, livre premier*, *op. cit.* p. 201.

²⁵⁵ C. civ. art. 1221 (version en vigueur depuis le 01 octobre 2018).

réclamer des dommages et intérêts, lesquels peuvent, le cas échéant, s'ajouter à l'exécution ou à la résolution »²⁵⁶. Les sanctions de l'inexécution regroupées dans trois sections successives formaient un triptyque « exécution forcée – résolution – dommages et intérêts »²⁵⁷. L'exécution forcée était la première sanction à apparaître dans le texte. Le projet Terré, quant à lui, proposait une « notion unitaire de l'inexécution » pour reprendre l'expression de Monsieur Rémy²⁵⁸. Il n'évoquait pas le terme de « sanctions » mais celui de « remèdes »²⁵⁹. Pour autant, comme dans les autres avant-projets, l'exécution forcée en nature était également la première sanction à être développée²⁶⁰. C'est donc pourquoi, à la lecture des avant-projets français de réforme du droit des contrats, largement inspirés des projets européens et internationaux²⁶¹, et depuis la réforme du droit des contrats, l'exécution forcée en nature semble demeurer la sanction de référence, conséquence directe de la force obligatoire du contrat. Il est donc logique que la réforme ait maintenu le principe de l'exécution forcée en nature, à l'image des tentatives d'harmonisation européenne, de la Convention de Vienne et des avant-projets de réforme du droit des contrats.

30. L'exécution forcée indirecte – L'exécution forcée indirecte a intégré le droit des contrats. Notons que celle-ci a été reformulée²⁶². Le Code civil accorde une place importante à une mesure unilatérale autorisant le créancier à faire exécuter l'obligation aux frais du débiteur

²⁵⁶ Avant-projet de la Chancellerie 2008, *précit.* art. 159.

²⁵⁷ P. STOFFEL-MUNCK, « Exécution et inexécution du contrat », Débats « La réforme du droit français des contrats en droit positif » (à propos du projet de réforme du droit des contrats élaboré par le ministère de la Justice dans l'état dans lequel il était en septembre 2008, *RDC/I* 2009, p. 333 s., spéc. p. 335.

²⁵⁸ P. RÉMY, « L'inexécution du contrat » in F. TERRÉ (dir.), *Pour une réforme du droit des contrats, op. cit.* p. 253 s., spéc. p. 256.

²⁵⁹ V. *supra* n°11.

²⁶⁰ F. TERRÉ (dir.), *Pour une réforme du droit des contrats, op. cit.* art. 97.

²⁶¹ V. not. F. TERRÉ (dir.), *Pour une réforme du droit des contrats, op. cit.* où des renvois réguliers sont effectués aux différentes sources européennes tels que le Code GANDOLFI, les principes du droit européen des contrats (PDEC) ou encore le Projet cadre commun de référence (PCR). L'avant-projet CATALA a été parrainé par l'Association Henri Capitant et Catala indique lui-même que ce projet a été inspiré malgré quelques divergences des travaux de la Commission Lando in P. CATALA, « Présentation générale de l'avant-projet » in P. CATALA (dir.), *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, La Documentation française, 2006, p. 11 s.

²⁶² Pour une vision générale de l'exécution forcée en nature dans la réforme V. not. : P. GROSSER, « Observations sur le projet de réforme du droit des contrats et des obligations », *LPA* 3 et 4 sept. 2015, n°s 176 et 177, p. 78 ; J. LE BOURG et Ch. QUÉZEL-AMBRUNAZ, « Article 1121 : l'exécution forcée en nature des obligations », *RDC* 2015, 782 ; Y.-M. LAITHIER, « Les sanctions de l'inexécution », in « La réforme du droit des contrats : quelles innovations ? (Paris, 16 février 2016) », *RDC* 2016, n°Hors-série, p. 39 s. ; D. MAINGUY, « Du 'coût manifestement déraisonnable' à la reconnaissance d'un 'droit d'option' » in Dossier « Réforme du droit des contrats, Le débat », *Dr. et Patr.* oct. 2014, p. 60 ; T. GENICON, « Contre l'introduction du 'coût manifestement déraisonnable' comme exception à l'exécution forcée en nature » in Dossier « Réforme du droit des contrats, Le débat », *Dr. et Patr.* oct. 2014, p. 63. ; Ph. CHAUVIRÉ, « Les dispositions relatives aux effets du contrat » in Association Henri Capitant des Amis de la Culture juridique française (dir.), *La réforme du droit des contrats : du projet à l'ordonnance*, Journée nationale tome XX/Nancy, Dalloz, coll. thèmes et commentaires, 2016, p. 43, spéc. p. 56.

(sauf destruction du bien)²⁶³. La nouveauté réside donc dans l'article 1221 du Code civil qui dispose désormais que « le créancier d'une obligation peut, après mise en demeure, en poursuivre l'exécution en nature sauf si cette exécution est impossible ou s'il existe une disproportion manifeste entre son coût pour le débiteur et son intérêt pour le créancier »²⁶⁴.

La distinction entre les obligations de donner, de faire et de ne pas faire est abandonnée²⁶⁵. L'article 1222 nouveau du Code civil refonde la faculté offerte au créancier de remplacer son débiteur défaillant par un tiers pour obtenir l'exécution des obligations non accomplies²⁶⁶. A ce titre, il est indiqué que « le créancier peut aussi, dans un délai et à un coût raisonnable, faire exécuter lui-même l'obligation »²⁶⁷, sans aucune intervention judiciaire²⁶⁸. Toutefois, l'article 1222 précise que le créancier doit faire intervenir le juge pour que le débiteur avance les sommes nécessaires en cas d'exécution ou de destruction forcée. Cette précision traduit ici une limite à l'unilatéralisme.

Ainsi, bien que la faculté de remplacement soit unilatérale, sa mise en œuvre, soumise à l'intervention du juge dans certain cas, ne l'est pas entièrement. A notre sens, même si la distinction entre les obligations de donner, de faire et de ne pas faire est expressément abandonnée dans le nouveau droit des contrats, il faut tout de même en tenir compte pour comprendre l'article 1222 du Code civil. Pour l'exécution des obligations de faire, la sanction reste unilatérale²⁶⁹ alors que pour les autres obligations, notamment celles de ne pas faire (en cas de demande de destruction du bien), le juge doit intervenir²⁷⁰. En fonction des cas, elle n'est donc pas entièrement unilatérale, notamment si le créancier avance les sommes nécessaires et

²⁶³ V. en ce sens sur le commentaire combiné des arts. 1221 et 1222 du Code civil : A.-S. CHONÉ-GRIMALDI, « Sous-section 2 : l'exécution forcée en nature » in T. DOUVILLE (dir. de), *La réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, commentaire article par article*, op. cit. p. 221-224 ; O. DESHAYES, T. GENICON et Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, Commentaire article par article*, op. cit. p. 547 à 557 ; Y.-M. LAITHIER, « L'exécution forcée en nature des obligations contractuelles » in J. CARTWRIGHT, B. FAUVARQUE-COSSON et S. WHITTAKER, *La réécriture du Code civil le droit français des contrats après la réforme de 2016*, op. cit. p. 271, spéc. p. 277-279. ; F. CHÉNEDÉ, *Droit des obligations et des contrats*, op. cit. spéc. n°128.71 s.

²⁶⁴ C. civ. art. 1221 (version en vigueur du 01 octobre 2016 au 01 octobre 2018).

²⁶⁵ V. en ce sens, C. civ. art. anc. 1142 s. (versions en vigueur du 21 mars 1804 au 01 octobre 2016).

²⁶⁶ C. civ. art. anc. 1144 (version en vigueur du 21 mars 1804 au 01 octobre 2016).

²⁶⁷ C. civ. art. 1222 (version en vigueur depuis le 01 octobre 2016).

²⁶⁸ Sauf exception, v. C. civ. art. 1222 (version en vigueur depuis le 01 octobre 2016) : cet article précise que si le créancier veut faire détruire ou obtenir une avance de fonds nécessaires à la réalisation de l'obligation du débiteur défaillant, il doit agir directement devant le juge. Cela est dû aux dangereuses conséquences que pourraient avoir une telle mise en œuvre abusive d'un tel pouvoir par le créancier.

²⁶⁹ D. MAZEAUD, « Les sanctions de l'inexécution » in S. BROS (dir.), *Les innovations de la réforme du droit des contrats*, Actes du colloque organisé le 17 juin 2016 à l'Université d'Evry-Val d'Essonne, Institut Universitaire Varenne, coll. Colloques et Essais, 2018 p. 89, spéc. p. 92.

²⁷⁰ V. en ce sens C. civ. art. 1222 *in fine* (version en vigueur depuis le 01 octobre 2016).

demande au juge de forcer le créancier à le rembourser²⁷¹. Toutefois, le silence sur le caractère supplétif ou non de ce nouvel article peut laisser entendre que les parties pourraient les aménager « en supprimant par exemple l'exigence d'un recours préalable à la mise en demeure, pour la faculté de remplacement, ou à l'autorisation du juge, pour la faculté de destruction »²⁷². La mesure serait ainsi pleinement unilatérale. Dans ce cas, comme le craignent certains auteurs, la mesure unilatérale reprendrait une place principale dans ce dispositif et exposerait le créancier à un contrôle *a posteriori* du juge et à une augmentation du contentieux relatif à l'exécution forcée en nature²⁷³.

Enfin, il faut savoir que la loi de ratification a modifié l'article 1221 du Code civil en ajoutant la condition de bonne foi à l'impossibilité de l'exécution forcée lorsqu'il existe une disproportion manifeste entre son coût pour le débiteur et l'intérêt pour le créancier²⁷⁴. Seuls les débiteurs défaillants de bonne foi pourront être protégés contre une exécution forcée disproportionnée²⁷⁵. Or le changement n'est que « prophylactique : la règle générale prévue à l'article 1104 permettait, en tout état de cause de sanctionner le débiteur de mauvaise foi »²⁷⁶. Pour autant, certains auteurs critiquent encore cette nouveauté²⁷⁷. Ainsi, l'exécution forcée en nature a intégré une part d'unilatéralisme lors de la faculté de remplacement du débiteur défaillant. Le juge dispose encore d'une place de choix dans cette sanction puisque la sanction n'est pas unilatérale dans toutes les hypothèses.

²⁷¹ N. DISSAUX et C. JAMIN, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, (Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016), *Commentaire des articles 1100 à 1386-1 du Code civil*, *op. cit.* p. 131 « Un droit unilatéral qui sera certainement accordé avec circonspection, car il appartiendra ensuite au débiteur de se faire rembourser du montant de ses frais auprès du créancier dont on peut aisément imaginer qu'il se montrera récalcitrant [...] ce qui devrait inciter ce dernier à s'interroger sur le bien-fondé de la demande...et nous ferait revenir à la case départ ! ».

²⁷² P. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, *op. cit.* spéc. p. 503, n°544.

²⁷³ *Ibid.*

²⁷⁴ Pour une analyse approfondie de l'article 1221 dans sa nouvelle rédaction issue de la loi n°2018-287 du 20 avril 2018 ratifiant l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations v. notamment O. DESHAYES, T. GENICON et Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, *Commentaire article par article*, *op. cit.*, p. 547.

²⁷⁵ Pour une analyse approfondie de l'article 1221 dans sa rédaction issue de la loi n°2018-287 du 20 avril 2018 : v. notamment A.-S. CHONÉ-GRIMALDI, « Sous-section 2 : l'exécution forcée en nature » in T. DOUVILLE (dir.), *La réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, *commentaire article par article*, *op. cit.* p. 221-224.

²⁷⁶ A.-S. CHONÉ-GRIMALDI, « Sous-section 2 : l'exécution forcée en nature » in T. DOUVILLE (dir.), *La réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, *commentaire article par article*, *op. cit.* p. 221-224, spéc. p. 222.

²⁷⁷ V. notamment, H. BARBIER, « L'exécution et la sortie du contrat », in Dossier « Le nouveau droit des obligations après la loi de ratification du 20 avril 2018 », Paris le 7 juin 2018, *RDC* 2018, n°Hors-Série, n°115, p.40 s. Cet auteur critique l'exigence de bonne foi du débiteur : « d'ailleurs, il aurait mieux valu faire jouer à la faute lourde et au dol du débiteur le rôle que l'on fait désormais jouer à la bonne foi dans l'article 1221 du Code civil. »

31. L'exécution forcée en nature est maintenue dans le Code civil. Il faut le saluer car elle permet de préserver la force obligatoire du contrat et d'assurer sa bonne exécution. Un versant unilatéral est accordé à cette mesure par le mécanisme de l'exécution forcée indirecte qui s'apparente à la faculté de remplacement du débiteur défaillant par le créancier victime d'une inexécution. Pourtant, comme toutes les nouveautés, l'exécution forcée indirecte est sujette aux critiques (2).

2) Critiques relatives à l'exécution forcée indirecte

32. La faculté unilatérale de remplacement du débiteur défaillant du nouvel article 1222 du Code civil a fait l'objet de différentes discussions. Deux critiques principales ont retenu notre attention parce qu'elles intéressent l'exercice substantiel de cette nouvelle mesure.

33. L'abus du débiteur – La rédaction initiale de l'article 1221 du Code civil, issue de l'ordonnance, présentait différents types d'impossibilité interdisant au créancier d'avoir recours à l'exécution forcée en nature et donc, *a fortiori* à l'exécution forcée indirecte. Parmi celles-ci, il existait la disproportion manifeste entre son le coût pour le débiteur et l'intérêt pour le créancier. Il arrive qu'un débiteur mal intentionné décide volontairement de ne pas s'exécuter. La limite de la disproportion manifeste prévue par la version initiale de l'article 1221 pouvait créer des situations d'abus de la part des débiteur Pour le comprendre, il faut préciser la situation. En cas d'inexécution du débiteur, le créancier peut mettre en œuvre l'exécution forcée. Suivant la rédaction première de l'article 1221, le débiteur défaillant, de bonne ou de mauvaise foi, pouvait se soustraire à l'exécution forcée dès lors qu'il démontrait que le coût de son exécution allait être supérieur à l'avantage retiré par son créancier. Dans une telle hypothèse, le juge le alors condamnait simplement à une exécution par équivalent. La version initiale de l'article générait donc un risque d'abus de la part du débiteur défaillant. Il s'agit de la commission d'une faute lucrative²⁷⁸.

À notre sens, cette mauvaise foi latente du débiteur semblait tout de même avoir déjà été contrecarrée, avant la réécriture du texte, par la possibilité pour le créancier de cumuler les sanctions de l'inexécution avec une demande en dommages et intérêts. Cependant, cette demande devait nécessairement faire intervenir le juge. Était-ce alors réellement pertinent pour

²⁷⁸ F. PILLET, *Rapport*, Sénat, n°22, fait au nom de la commission des lois, déposé le 11 oct. 2017 à propos du projet de loi ratifiant l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, spéc. p. 70.

le créancier de faire appel au juge alors qu'il vient d'user d'une sanction unilatérale entièrement déjudiciarisée ? En effet, cela semble contradictoire avec les objectifs poursuivis par les mesures unilatérales : simplicité et rapidité de la sanction. En autorisant un cumul, l'indemnisation du créancier est plus importante mais la sanction unilatérale perd alors de son intérêt. Pourtant, comme nous l'avons évoqué, les avantages des mesures unilatérales sont nombreux²⁷⁹. À ce titre, les mesures unilatérales présentent une certaine rapidité dans la procédure, puisqu'elles écartent l'action en justice. Réintroduire le juge pouvait alors faire perdre de l'intérêt à la sanction unilatérale, même si cette saisine peut permettre une meilleure indemnisation du créancier victime de la mauvaise foi de son débiteur.

C'est pourquoi, pour éviter cette dérive, la loi de ratification a rajouté la condition de bonne foi du débiteur défaillant. La réforme de la réforme a donc réglé le problème. Le nouveau texte précise que seul le débiteur *de bonne foi* peut bénéficier de cette impossibilité de poursuite de l'exécution forcée. L'éventuel soustraction du débiteur de mauvaise foi à l'exécution forcée en nature en cas de disproportion manifeste n'est plus possible²⁸⁰.

Des incertitudes demeurent quant à l'appréciation de l'abus dans le cas où le débiteur est de mauvaise foi. *Quid*, par exemple de l'hypothèse d'une demande reconventionnelle par le défendeur (débiteur de mauvaise foi) arguant d'une mise en œuvre abusive d'une prérogative unilatérale à titre défensif ? Le juge sera alors tenu d'étudier la demande d'indemnisation au profit du créancier de bonne foi mais également celle au profit du débiteur de mauvaise foi. Le débiteur de mauvaise foi, pourra à titre de défense, demander au juge d'examiner un hypothétique abus dans la mise en œuvre de la sanction unilatérale. Il existe ainsi un risque que le juge caractérise un abus et qu'il condamne le créancier de bonne foi. La rédaction de l'article 1121 issue de la loi de ratification ne répond pas à cette question. Cette question de la bonne foi du débiteur dans l'exercice de la sanction unilatérale est un véritable point d'ombre dans l'exercice de l'exécution forcée indirecte. Elle témoigne, qu'à notre sens, les nouvelles sanctions unilatérales n'anticipent pas assez les difficultés que leur exercice peut poser. Par conséquent, certaines situations, à l'image de celles précitées, auraient pu être envisagées ou précisées pour éviter que la question de la mise en œuvre abusive soit laissée à l'appréciation pleine et entière des juges.

²⁷⁹ V. *supra* n°11.

²⁸⁰ M. CORMIER, *Une limite à l'exécution forcée du contrat : la disproportion manifeste de l'article 1221 du Code civil*, thèse Paris Panthéon-Assas, 2023, spéc. n°7. La jurisprudence a d'ailleurs réalisé une application anticipée de cette limite, v. Cass. Civ. 3^{ème}, 13 juil. 2022, n°21-16.407 et n°21-16.408 ; D. 2022, p. 1647 obs. T. GENICON, *RDI* 2022, p. 591, obs. J-L. BERGEL ; M. MEKKI et R. BOFFA, « Droit des contrats », D. 2022, p. 254, spéc. chron. R BOFFA, « L'application anticipée de la disproportion manifeste ».

34. L'exécution forcée et l'obligation de minimiser son dommage – Lorsque l'exécution forcée en nature indirecte est exercée par le créancier, une autre difficulté peut se poser. Est-il soumis à une obligation de minimiser son dommage²⁸¹ en faisant exécuter le contrat à moindre coût²⁸². Des auteurs se sont interrogés quant à la question de la création par le juge, au travers de l'article 1222 du Code civil, d'une « véritable obligation de *mitigation* », dès lors que le créancier a la faculté, en exécutant lui-même l'obligation inexécutée, de limiter son préjudice »²⁸³.

Cette question est d'une importance non négligeable puisqu'elle sous-tend la question plus générale du rôle du juge dans la création d'obligations à la charge des parties. De fait, le juge peut alors jouer un rôle moteur dans la mise en œuvre de la réforme. Cette affirmation, aussi banale qu'elle soit, n'est pas à négliger tant l'on sait l'importance créatrice du juge dans les concepts juridiques. Or, cette question relative à la création de nouvelles obligations par le juge au travers des nouvelles sanctions de l'inexécution crée des incertitudes qui sont, pour l'heure, toujours en suspens tant il faut garder à l'esprit la difficulté pour le juge d'intervenir dans le contrat sans pour autant venir en modifier sa substance²⁸⁴.

35. Bilan A – La faculté de remplacement du débiteur défaillant par le créancier pour obtenir l'exécution forcée en nature est désormais déjudiciarisée, sauf exceptions. Cette nouvelle mesure unilatérale est à saluer. La rédaction des articles 1221 et 1222 du Code civil apparaît satisfaisante. Pourtant, cette nouvelle mesure crée quelques incertitudes qu'il est possible de

²⁸¹ D. MAZEAUD, R. BOFFA et N. BLANC (dir.), *Dictionnaire du contrat*, LGDJ, 2018, spéc. n°181, « Obligation de minimiser le dommage » : il s'agit de l'obligation pour le créancier qui est victime d'une inexécution de limiter son préjudice. Réciproquement, « commet-il une faute susceptible de réduire son droit à indemnisation s'il ne le fait pas ? ».

²⁸² Y.-M. LAITHIER, « Les sanctions de l'inexécution du contrat », *RDC* 2016, n°Hors-Série, p. 39.

²⁸³ A. CHATAIN et J.-P. ERB, « Les conséquences de la réforme du droit des contrats sur l'intervention du juge », *JCP E et A* n°18, 14 mai 2017, 1245, spéc. n°12.

²⁸⁴ Pour rappel, v. l'arrêt Cass. Com. 10 juillet 2007, n°06-14.768, *Bull. civ. IV* n°188, dit « Les maréchaux » : « Attendu qu'en statuant ainsi, alors que si la règle selon laquelle les conventions doivent être exécutées de bonne foi permet au juge de sanctionner l'usage déloyal d'une prérogative contractuelle, elle ne l'autorise pas à porter atteinte à la substance même des droits et obligations légalement convenus entre les parties » ; *D.* 2007, 1955, obs. X. DELPECH ; *ibid.* 2007, 764 obs. R. SALOMON ; *ibid.* p. 2839, obs. P. STOFFEL-MUNCK ; *ibid.* p. 2844, obs. P.-Y. GAUTIER ; *ibid.* 2007 p. 2972, obs. B. FAUVARQUE-COSSON ; *RDC/4* 2007, p. 1107, L. AYNÈS ; *RDC/4* 2007, p. 1110, D. MAZEAUD ; *RTD civ.* 2007, 773, note B. FAGES ; *Dr. et Patr.* sept. 2017, p. 94, P. STOFFEL-MUNCK ; *RTD com.* 2007, 786, P. LE CANNU et B. DONDERO ; *RLDC* 2008, p. 6, Ph. DELEBECQUE ; *JCP G* 2007, n°340, p. 8, C. CHABAS ; *JCP G* 2007, II, 10154, D. HOUTICEFF ; *JCP E* 2007, D. MAINGUY et J.-L. RESPAUD ; *Défrenois* 30 oct. 2007, p. 1454, E. SAVAUX ; *CCC* 2007, n°294, L. LEVENEUR ; P. ANCEL, « Les sanctions du manquement à la bonne foi dans l'exécution du contrat. Retour sur l'arrêt de la Chambre commerciale du 10 juillet 2007 », in *Mélanges en l'honneur de D. TRICOT*, LexisNexis, Dalloz, 2011, p. 61 ; H. CAPITANT, F. TERRÉ, Y. LEQUETTE et F. CHÉNEDÉ, *Les gens arrêts de la jurisprudence civile*, t. 2, Dalloz, 13^{ème} éd., 2015, p. 163, n°164.

combler en proposant une amélioration globale des sanctions de l'inexécution,²⁸⁵. Si la nouvelle faculté de remplacement unilatérale est en partie satisfaisante, il n'en va pas de même pour la réduction du prix (B).

B. Présentation et critiques de la réduction du prix

36. Il s'agit, sans aucun doute, de la mesure la plus novatrice des sanctions unilatérales de l'inexécution. Totalement inédite en droit commun, la réduction du prix doit être présentée (1). Le nouveau texte doit ensuite être entièrement soumis à l'étude, parce qu'il a fait l'objet d'une refonte totale entre l'ordonnance et la loi de ratification de celle-ci. L'écriture, puis la réécriture de la réduction du prix a certainement donné naissance à l'article le plus critiqué des nouvelles sanctions de l'inexécution (2).

1) Présentation de la réduction du prix

37. L'intégration difficile de la réduction du prix – L'article 1223 du Code civil est une des nouveautés de la réforme²⁸⁶. Il faut le saluer car cette intégration n'était pas évidente.

À l'image des Principes Unidroit où la réduction du prix n'est pas évoquée expressément, même si un droit à correction d'une inexécution défectueuse est envisagé²⁸⁷, l'avant-projet Catala proposait ne mentionnait pas la réduction unilatérale du prix au sein d'une section 5 « De l'inexécution des obligations et de la résolution du contrat »²⁸⁸. De même, le premier projet de la Chancellerie de 2008 accordait une place assez modérée à l'unilatéralisme dans les sanctions de l'inexécution²⁸⁹. A ce titre, la possibilité de refaçon du contrat à travers la réduction

²⁸⁵ V. *infra* n^{os}253 et s.

²⁸⁶ Pour une vision générale de la réduction unilatérale du prix dans la réforme v. notamment E. SAVAUX, « Article 1223 : la réduction du prix », *RDC/3* 2015, p. 786 ; Y.-M. LAITHIER, « Les règles relatives à l'inexécution des obligations contractuelles » *précit.* ; M. MEKKI, « Les remèdes à l'inexécution dans le projet d'ordonnance portant réforme du droit des obligations », *Gaz. Pal.* 30 avr. 2015, n^o120, p. 37 ; A. AYNÈS, « Les remèdes unilatéraux (résolution unilatérale, réduction du prix) in Ph. STOFFEL-MUNCK (dir. de), *Réforme du droit des contrats et pratique des affaires*, op. cit. », p.113 ; O. DESHAYES, T. GENICON et Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, Commentaire article par article*, op. cit., à propos de la réduction du prix, p. 558 s. ; F. CHÉNEDÉ, *Les nouveau droit des obligations et des contrats*, op. cit. spéc. n^{os}128.130 s.

²⁸⁷ Principes UNIDROIT, *précit.* art. 7.1.4 et 7.2.3 et s.

²⁸⁸ P. CATALA (dir. de), *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, op. cit.

²⁸⁹ G. ROUHETTE, « Préface », in *Débat sur le projet de réforme du droit des contrats élaboré par le Ministère de la Justice*, *RDC/1* 2009, p. 265 s., spéc. p. 268. Le projet a fait « application timide de la doctrine de l'unilatéralisme ». L'avant-projet de réforme de la Chancellerie est divisé en deux : Ministère de la Justice, « *Projet de réforme du droit des contrats* », juillet 2008 et *ibid.*, « *Projet de réforme du régime des obligations et des quasi-contrats* », mai 2011.

unilatérale du prix n'était pas mentionnée. Ce n'est qu'en 2013, dans le second avant-projet de réforme du droit des contrats du ministère de la Justice que la réduction du prix a été intégrée²⁹⁰. À l'inverse, l'avant-projet Terré, plus avant-gardiste et cherchant à parvenir à une « notion unitaire de l'inexécution »²⁹¹, prévoyait la réduction du prix²⁹². Lors de la réforme de 2016, le législateur a tranché en faveur de l'intégration de la réduction du prix à l'article 1223 malgré les contestations d'une partie de la pratique²⁹³.

38. La réduction du prix et sa rédaction inquiétante dans la version issue de l'ordonnance de 2016 – Faculté *a priori* totalement unilatérale, le créancier pouvait, dans la rédaction initiale et transitoire de l'article 1223 issue de l'ordonnance de 2016, « après mise en demeure, accepter une exécution imparfaite du contrat et solliciter une réduction proportionnelle du prix. S'il n'a pas encore payé, le créancier notifie sa décision de réduire le prix dans les meilleurs délais »²⁹⁴. Dès 2016, la rédaction de ce texte a posé des problèmes. D'abord, la réduction devait être proportionnelle. Or, qui décide de la proportionnalité ? Aucune information n'était apportée par le texte et nous devons d'ores et déjà préciser que la loi de ratification n'a en rien précisé cette interrogation. Nous reviendrons ultérieurement sur la proportionnalité de cette mesure²⁹⁵.

Ensuite, suivant la rédaction de l'article 1223 issue de l'ordonnance de 2016, il a pu être affirmé que la sanction n'était pas purement unilatérale. Il s'agit à notre sens de la critique principale de l'article 1223. Elle est probablement celle qui a justifié son entière réécriture. En effet, dans l'ordonnance, il était indiqué que le créancier pouvait « solliciter une réduction proportionnelle du prix ». L'emploi du verbe « solliciter » a fait couler beaucoup d'encre et, certains auteurs ont justement démontré que l'article 1223, dans sa version initiale issue de

²⁹⁰ Ministère de la Justice, Avant-projet de réforme du droit des obligations, document de travail, 23 oct. 2013. V. art. 131 : « Le créancier peut accepter une exécution imparfaite du contrat et réduire proportionnellement le prix. S'il n'a pas encore payé, le créancier notifie sa décision dans les meilleurs délais ».

²⁹¹ P. RÉMY, « L'inexécution du contrat », *précit.* spéc. p. 256.

²⁹² F. TERRÉ (dir. de), *Pour une réforme du droit des contrats, op. cit.* art. 107 : « Le créancier peut accepter une exécution non conforme du débiteur et réduire proportionnellement le prix. Il peut, s'il a déjà payé, obtenir le remboursement du surplus. Il peut demander des dommages et intérêts pour tout autre préjudice ». Ce projet est inspiré des PDEC qui prévoient la réduction du prix, v. G. ROUHETTE, I. DE LAMBERTERIE, D. TALLON et C. WITZ, *Principes du droit européen du contrat, op. cit.*, p. 393 : art. 9: 401 : Droit de réduire le prix (1) (chapitre 9) : « la partie qui accepte une offre d'exécution non conforme au contrat peut réduire le prix ».

²⁹³ En ce sens, Association française des juristes d'entreprises (AFJE), « note publiée après examen du Projet d'Ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations publiée le 17 février 2015 (article 8 de la loi n°2915-177 du 16 février 2015 relative à la modernisation et à la simplification du droit dans les domaines de la justice et des affaires intérieures) », *précit.* : à propos de la réduction du prix, « nous nous interrogeons sur la nécessité même de cet article ».

²⁹⁴ C. civ. art. 1223. (version en vigueur du 01 octobre 2016 au 01 octobre 2018).

²⁹⁵ V. *infra* n°457 et s.

l'ordonnance, laissait entendre que, pour que le créancier obtienne une réduction du prix, le juge devait nécessairement intervenir²⁹⁶. Cette intervention judiciaire venait alors contredire la nature unilatérale de la mesure, en empêchant le créancier d'agir seul, en se passant du juge²⁹⁷.

De plus dans la rédaction initiale, l'acceptation du débiteur n'était *a priori* pas considérée comme une condition nécessaire à la réduction du prix²⁹⁸ même si l'article disposait que « s'il n'a pas encore payé, le créancier notifie sa décision de réduire le prix dans les meilleurs délais »²⁹⁹. Cependant, dans le silence des textes, l'interprétation contraire était également parfaitement possible même si, à notre sens, l'acceptation du débiteur n'était pas une condition de validité de la réduction du prix.

Dans l'hypothèse où le prix n'avait pas été payé par le créancier, celui-ci devait notifier au débiteur son intention de réduire le prix. Mais, *quid* de l'hypothèse où le créancier avait déjà payé ? Dans ce cas, devait-il nécessairement faire appel au juge ? *A priori*, la réponse était positive, dans le silence des textes sur une quelconque procédure unilatérale. Ainsi, comme l'a soulignée une partie de la doctrine, dans la version de rédaction initiale et transitoire, « en définitive c'est le juge qui aura le dernier mot »³⁰⁰. Il fallait en conclure que dans cette hypothèse, la sanction n'était pas unilatérale³⁰¹. Le retour de l'intervention d'une instance tierce pour réduire le prix entraînait en contradiction avec l'intégration des mesures unilatérales en matière d'inexécution, et notamment avec la nouvelle faculté de résiliation unilatérale ouverte au créancier avec la réforme. Suivant cette lecture, la résolution était unilatérale alors que la réduction du prix ne l'était pas entièrement car pour exercer la réduction le créancier devait faire intervenir le juge. Les rédacteurs de l'ordonnance n'ont pas su appréhender la réduction du prix à l'aune du développement de l'unilatéralisme et ce même si le Rapport présenté au Président de la République avait affiché cet objectif : « l'article 1223 offre la possibilité au créancier d'une obligation imparfaitement exécutée d'accepter cette réduction sans devoir saisir le juge en diminution du prix »³⁰².

²⁹⁶ V. notamment en ce sens, P.-Y. GAUTIER, « La réduction proportionnelle du prix, exercice critiques de vocabulaire et de cohérence » in *Libres Propos sur la réforme du droit des contrats, Analyse des principales innovations de l'Ordonnance du 10 février 2016*, LexisNexis, 2016, p. 117 s., spéc. p. 118.

²⁹⁷ A. ÉTIENNEY DE SAINTE MARIE, « La validité des prérogatives contractuelles après la réforme du droit des contrats », *précit.*

²⁹⁸ *Ibid.*

²⁹⁹ C. civ. art. 1223 (version en vigueur du 01 octobre 2016 au 01 octobre 2018).

³⁰⁰ N. DISSAUX et C. JAMIN, *réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016), commentaire des articles 1100 à 1386-1 du Code civil*, 2016 *op. cit.* commentaire de l'article 1223, p. 133.

³⁰¹ A. BÉNABENT, « Les nouveaux mécanismes », *précit.* spéc. n°13 : « Que reste-t-il du pouvoir unilatéral ? », à propos de la réduction du prix.

³⁰² Rapport au Président de la République, *précit.* à propos des articles 1223 et s. C. civ. sur la réduction du prix.

39. La réécriture de la réduction proportionnelle du prix – Largement critiquée dans l’ordonnance pour ses imperfections et sa confusion³⁰³, la réduction unilatérale a été entièrement réécrite lors de la loi de ratification de 2018. La réécriture de l’article 1223 du Code civil est, sans aucun doute, la modification la plus significative de la loi de ratification en ce qui concerne les modifications apportées aux sanctions de l’inexécution entre 2016 et 2018. Désormais, dans sa version définitive, issue de la loi de ratification de 2018, l’article précité dispose, en son premier alinéa, « [qu’] en cas d’exécution imparfaite de la prestation, le créancier peut, après mise en demeure et s’il n’a pas encore payé tout ou partie de la prestation, notifier dans les meilleurs délais au débiteur sa décision d’en réduire de manière proportionnelle le prix. L’acceptation par le débiteur de la décision de réduction de prix du créancier doit être rédigée par écrit. »³⁰⁴. Couplée avec la modification apportée à l’article 1217 où le créancier peut désormais « obtenir une réduction du prix » plutôt que de la solliciter, la nouvelle rédaction de l’article 1223 n’en est pas moins confuse. Certes, le créancier demeure à l’origine de la démarche de réduction, mais l’acceptation du débiteur était-elle considérée comme une condition nécessaire à la mise en œuvre de l’article 1223 ?

Comme l’indique Monsieur Mekki, il faut être prudent car l’acceptation peut être « équivoque »³⁰⁵. En effet, ce dernier précise qu’en cas de contestation de la réduction du prix, l’acceptation écrite permet de faire peser la charge de la preuve sur le débiteur mais elle ne doit pas purement et simplement interdire une action en justice³⁰⁶. C’est pourquoi, afin qu’elle soit valable, cette acceptation doit présenter toutes les caractéristiques de la transaction de l’article 2044 du Code civil, « par laquelle le débiteur renonce en connaissance de cause à toute action en justice »³⁰⁷. Cette acceptation remet-elle en cause le caractère unilatéral de la mesure ? *A priori*, la réponse peut être négative, si l’on considère que l’acceptation n’est pas une condition

³⁰³ A.-S. CHONÉ-GRIMALDI, « Sous-section 3 : la réduction du prix » in T. DOUVILLE (dir.), *La réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, commentaire article par article*, op. cit. p. 225-227, spéc. p. 225 « il est délicat d’exposer les solutions retenues dans le droit dit intermédiaire tant l’article 1223 dans sa rédaction initiale était confus » ; C. JAMIN et N. DISSAUX, *Réforme du droit des contrats (loi n°2018-287 du 20 avril 2018 ratifiant l’ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016)*, op. cit. « Sanctions de l’inexécution (art. 1217) », p. 42 s., spéc. p. 45 : « La ratification du texte était si calamiteuse que le législateur l’a remaniée à la faveur de la ratification de l’ordonnance du 10 février 2016. » ; V. ég. « Projet d’ordonnance portant réforme du droit des contrats, réponse de la CCI Paris Ile-de-France à la consultation ouverte par la Chancellerie », *précit.* p. 20 s. qui proposait de mieux encadrer cette mesure.

³⁰⁴ C. civ. 1223 (version en vigueur depuis le 01 octobre 2018).

³⁰⁵ M. MEKKI, « La loi de ratification de l’ordonnance du 10 fév. 2016 – une réforme de la réforme ? », *D.* 2018, p. 900.

³⁰⁶ *Ibid.* : « Car si l’on suit l’analyse de l’Assemblée nationale (Rapp. AN, 1^{re} lecture, p. 88), le but de cette acceptation par écrit est d’interdire toute action en justice. Or, comme cette interdiction risque parfois d’être qualifiée, dans le cadre d’une QPC ou d’un contrôle de conventionnalité, d’atteinte excessive au droit à un recours effectif au juge ou au droit à un procès équitable ».

³⁰⁷ *Ibid.*

de validité de la réduction du prix mais seulement une « protection » pour le débiteur défaillant afin qu'il puisse contester, s'il le désire, le bien-fondé de la mesure prise par le créancier³⁰⁸, en effectuant une transaction, à son tour avec son créancier³⁰⁹. Dans ce cas, la réduction du prix semble demeurer alors une mesure unilatérale³¹⁰. Cependant, nous estimons que dans le silence des textes, il est parfaitement possible de considérer que l'acceptation du débiteur est une condition de validité essentielle à la mise en œuvre de cette mesure. Il faut d'ailleurs préciser que quelques décisions vont en ce sens³¹¹. Dans ce cas, la mesure n'est plus entièrement unilatérale.

À la lecture de l'article, le doute subsiste. L'article 1223 *in fine* dispose de l'hypothèse où le créancier a déjà payé. Dans ce cas, il doit se mettre d'accord avec son débiteur et à défaut, saisir le juge³¹². Dans une telle situation, la mesure unilatérale est alors écartée au profit d'une discussion avec le débiteur défaillant. À notre sens, dans cette dernière hypothèse, l'acceptation du débiteur est obligatoire, à défaut de laquelle, la saisine du juge est envisageable. Finalement, de la même manière que pour la rédaction initiale de l'article 1223 dans l'ordonnance de 2016 où un doute pouvait surgir, la question de savoir si l'acceptation par le débiteur de la réduction du prix depuis sa réécriture est une condition d'exercice de l'article 1223 du Code civil n'est pas tranchée encore définitivement résolue. Les décisions récentes ne sont que des arrêts d'appel, encore susceptibles de faire l'objet d'une contestation devant la Cour de cassation.

En conclusion, le caractère unilatéral de la réduction du prix n'est pas total dans la nouvelle rédaction de la réduction du prix. Cela est regrettable. Pour maintenir l'unilatéralisme de la mesure, il faudrait, à notre avis, considérer que l'acceptation par le débiteur, à l'inverse de la jurisprudence, n'est pas une condition de validité de la mesure. Toutefois, quand bien même la réduction du prix garderait un caractère fondamentalement unilatéral, sa nouvelle rédaction laisse subsister des doutes, « comme si le législateur avait quelques scrupules, pour

³⁰⁸ C. JAMIN et N. DISSAUX, *Réforme du droit des contrats (loi n°2018-287 du 20 avril 2018 ratifiant l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016)*, *op. cit.* « Sanctions de l'inexécution (art. 1217) », p. 42 s., spéc. p. 45 ; H. BARBIER, « L'exécution et la sortie du contrat », *précit.* spéc. p. 42.

³⁰⁹ M. MEKKI, « La loi de ratification de l'ordonnance du 10 fév. 2016 – une réforme de la réforme ? », *précit.*

³¹⁰ P. LEMAY, « La réduction du prix du contrat en cas d'exécution imparfaite : un pas en avant, deux pas en arrière », *D.* 2018, 567 : « Le doute est levé mais à quel prix ! ».

³¹¹ V. CA Montpellier, 10 nov. 2022, n°22/01068 : « S'il est exact que les dispositions de l'article 1223 du code civil permettent au créancier d'une obligation, en cas d'inexécution imparfaite de la prestation, s'il n'a pas encore payé tout ou partie de la prestation, de notifier dans les meilleurs délais après mise en demeure au débiteur de cette obligation sa décision d'en réduire le prix e manière proportionnelle, *cette réduction de prix ne s'impose qu'en cas d'accord du débiteur, et à défaut de parvenir à un accord tant sur le principe que sur le montant de cette réduction, seule une décision judiciaire est susceptible de reconnaître cette réduction de prix et d'en évaluer le montant* ». Nous soulignons.

³¹² C. civ. art. 1223 al 2 (version en vigueur depuis le 01 octobre 2018) : « Si le créancier a déjà payé, à défaut d'accord entre les parties, il peut demander au juge la réduction du prix »

une fois, à consacrer une forme d'unilatéralisme en droit des contrats »³¹³. Pourtant, certains sont satisfaits de cette réécriture et valident l'encadrement du caractère unilatéral de la réduction du prix. A ce titre, Monsieur Barbier a d'ailleurs affirmé : « on peut plutôt penser que la sanction de réduction unilatérale est déjà suffisamment déjudiciarisée, et considérer avec prudence son entière déjudiciarisation par l'effet de l'acceptation du débiteur »³¹⁴.

Une balance semble avoir été réalisée entre l'unilatéralisme de la mesure et les risques de celui-ci, anticipés par les rédacteurs. Voilà pourquoi l'article prévoit deux hypothèses. D'une part, si le créancier n'a pas payé, la mesure pourrait être considérée comme entièrement unilatérale. Cependant, nous estimons que l'acceptation n'a pas à être une condition essentielle à l'exercice de cette sanction, à l'inverse de la tendance jurisprudentielle récente. D'autre part, si la prestation a été payée, le créancier doit se mettre d'accord avec son débiteur en cas d'inexécution imparfaite. Ici l'acceptation par le débiteur semble être une condition nécessaire à la réduction du prix. A défaut d'accord, pour réduire le prix, le créancier doit saisir le juge. Cette hypothèse est la plus risquée car elle demande au débiteur de rendre une partie du prix déjà payé. Par conséquent, en cas de désaccord le droit des contrats fait intervenir un tiers, le juge pour trancher le litige. Le caractère unilatéral de la réduction du prix n'est donc pas total. Pour le comprendre, il faut distinguer, à l'instar des nouveaux textes, les cas où le créancier a déjà payé et ceux dans lesquels tout ou partie du prix n'a pas encore été versé.

La réforme n'est pas allée au bout du développement de la prérogative unilatérale, pour éviter certains conflits. Il faut le saluer, mais peut-être aussi regretter ces errances de rédaction de l'article à l'heure où la tendance semble être la simplification des dispositions. Au fond, la rédaction de l'article 1223, depuis la loi de ratification, n'a pas forcément rendu la mesure plus lisible, même si elle a tenté de lever les principales difficultés de rédaction issues de l'ordonnance de 2016. L'acceptation nécessaire du débiteur conduit la mesure unilatérale à ne plus l'être.

40. Pour comprendre pourquoi l'article 1223 du Code civil a été réécrit à l'occasion de la loi de ratification de l'ordonnance en 2018, nous avons mis en avant les confusions de la rédaction initiale de l'article qui interrogeait sur le caractère unilatéral de la mesure. Cette même confusion a été maintenue par la réécriture de l'article lors de la loi de ratification de

³¹³ C. JAMIN et N. DISSAUX, *Réforme du droit des contrats (loi n°2018-287 du 20 avril 2018 ratifiant l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016)*, op. cit. « Sanctions de l'inexécution (art. 1217) », p. 42 s., spéc. p. 45.

³¹⁴ H. BARBIER, « L'exécution et la sortie du contrat », *précit.* spéc. p. 42.

l'ordonnance en 2018. Cette nouvelle rédaction ne convainc pas davantage. Elle interroge encore sur le caractère unilatéral de la réduction du prix, qui *a priori* ne l'est plus vraiment. En effet, si l'on se base sur la jurisprudence récente, il semblerait que les juges considèrent que l'acceptation par le débiteur est une condition essentielle à l'exercice de l'article 1223 du Code civil dans l'hypothèse où le créancier n'a pas encore payé.

De plus, depuis sa rédaction définitive issue de la loi de ratification, la réduction du prix semblent pouvoir faire l'objet de différentes critiques dont il faut état (2).

2) Critiques relatives à la réduction du prix

41. L'exécution imparfaite – A l'image de « l'inexécution suffisamment grave », condition nécessaire à l'exception d'inexécution, la réduction du prix impose une « exécution imparfaite » pour être mise en œuvre. Or, comme le remarque un auteur, « nul ne sait ce que recouvre l'expression : quantité manquante ou qualité insuffisante, certes mais aussi retard d'exécution ? et même inexécution totale ? »³¹⁵. Cette expression peut donc poser des difficultés quant à la mise en œuvre du texte mais également en cas de contestation devant le juge. La réforme n'a pas harmonisé les expressions relatives à l'inexécution. Pourtant, à l'instar de l'exception d'inexécution, il faut admettre que l'exécution imparfaite peut recouvrir différentes situations *in concreto*³¹⁶. Cependant, l'obligation de motivation n'est pas prévue dans cette sanction, ce qui semble paradoxal³¹⁷. En cas de contestation, le juge appréciera si l'inexécution est imparfaite en se basant sur les éléments de fait apportés par les parties.

Les hypothèses d'exécution imparfaite sont donc nombreuses. A partir du moment où une inexécution de quelque nature qu'elle soit est avérée, il semble qu'il faudra conclure à une exécution imparfaite. L'absence de précision quant à la nature de l'inexécution laisse donc un grand pouvoir d'appréciation au juge et aux parties quant à la possibilité de mettre en œuvre la mesure ou de la contester³¹⁸. Le débiteur qui décide de contester la réduction du prix doit pouvoir prouver qu'il s'est exécuté parfaitement. Cependant, à partir du moment où l'exécution ne correspond pas à ce qui a été convenu, il faut admettre que l'exécution sera toujours qualifiée

³¹⁵ H. BARBIER, « L'exécution et la sortie du contrat », *précit.*

³¹⁶ F. CHÉNEDÉ, *Droit des obligations et des contrats*, *op. cit.* spéc. n°128.141 : « l'exécution tardive peut-elle être considérée comme une exécution imparfaite au sens de l'article 1223 ? » et « l'inexécution fortuite, non imputable au débiteur, peut-elle donner lieu à une réduction du prix ? ».

³¹⁷ Dans le même sens, « Projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, réponse de la CCI Paris Ile-de-France à la consultation ouverte par la Chancellerie » *précit.* spéc. p. 23 qui propose d'encadrer plus la réduction du prix, « notamment en termes de motivation de la décision ».

³¹⁸ J.-S. BORGHETTI, « A la recherche d'une sanction méconnue de l'inexécution contractuelle : la correction de la mauvaise exécution », *Mélanges en l'honneur de F. Collart-Dutilleul*, Dalloz 2017, p. 131 s.

d'imparfaite. Contrairement à l'exception d'inexécution, ou à la faculté de remplacement du débiteur défaillant dans le cadre de l'exécution forcée en nature, la réduction du prix peut être mise en œuvre plus facilement par le créancier, à partir du moment où l'exécution n'est pas conforme à ses attentes.

La réforme n'a pas choisi de cantonner cette mesure aux situations où l'inexécution est suffisamment grave. Or, cette mesure peut être sévère pour le débiteur qui, dans certaines situations, n'a pas d'autre choix que de s'exécuter imparfaitement. Nous pensons ici aux hypothèses où le débiteur n'est pas en mesure de fournir la marchandise souhaitée (par exemple à cause d'un problème de production du produit fini) alors même que le contenu du contrat était déterminé à l'avance lors de la conclusion de ce dernier. Dans ce cas, faut-il convenir que si le débiteur parvient à exécuter son obligation avec une marchandise différente mais de quantité et de qualité équivalentes ou suffisantes, le créancier insatisfait, pourra user de la réduction du prix pour être avantagé ? Dans ce genre d'hypothèse, il est parfaitement concevable d'imaginer que la réduction du prix soit mise en œuvre valablement par le créancier. En effet, ce dernier est alors victime d'une exécution imparfaite (non conforme à ce qui avait été prévu). L'exercice de la réduction du prix nous apparaît envisageable même si le débiteur est en mesure de prouver que l'exécution est conforme aux termes du contrat, en offrant par exemple « une prestation de qualité conforme aux attentes légitimes des parties en considération de sa nature, des usages et du montant de la contrepartie »³¹⁹. Dans ce cas, il apparaît que le débiteur pourrait se voir appliquer une réduction du prix car il n'est pas en mesure de livrer la chose effectivement prévue au contrat. Ce n'est qu'en cas de contestation *a posteriori* que le débiteur pourra arguer d'une exécution parfaite, en termes de quantité et de qualité de la marchandise livrée. Or, avec le renversement de la charge de la preuve et le nouveau contrôle du juge *a posteriori*, il est possible de douter que certains débiteurs viennent contester cette mesure, notamment dans des situations de déséquilibre entre les parties. Tout dépend alors de ce que recouvre la notion d'exécution imparfaite³²⁰.

Par conséquent, la condition « [d'] exécution imparfaite » peut créer des difficultés lors de la mise en œuvre de la réduction du prix³²¹. C'est pourquoi, il est possible d'insérer des clauses pour convenir de la définition pour les parties de l'exécution imparfaite en l'espèce. Dans ce cas, les parties peuvent définir précisément ce qu'elles entendent par exécution imparfaite. Par

³¹⁹ C. civ. art. 1166 (version en vigueur depuis le 01 octobre 2016).

³²⁰ V. *infra* n°442.

³²¹ P. LEMAY, « La réduction du prix du contrat en cas d'inexécution imparfaite : un pas en avant, deux pas en arrière ? », *précit.*

exemple, une clause qui accepterait qu'un produit de même quantité et de même qualité soit considéré comme une exécution « parfaite », pourrait alors venir exclure l'exécution imparfaite.

A ce titre, certains auteurs se sont interrogés quant au possible contrôle des clauses venant aménager la mise en œuvre d'une telle sanction en mettant en garde contre cette possibilité³²². Par exemple, une clause de définition d'exécution parfaite pourrait être stipulée dans un contrat de prestation de service : « seront considérés comme des cas d'exécution imparfaite au sens de l'article 1223 du Code civil, ceux imputables au prestataire et susceptibles de donner lieu à sa responsabilité » ou encore « un retard dans l'exécution de la prestation n'excédant pas X jours ne sera pas, à lui seul, considéré comme une imperfection ouvrant droit à réduction »³²³. De plus, dans les contrats d'adhésion, si de telles clauses sont stipulées en faveur de la partie forte, il faut faire attention à ce qu'elle ne crée pas une « dissymétrie des pouvoirs : interdire à l'adhérent de réduire le prix ou diminuer les possibilités de réduction, sans contrebalancer ces désavantages par une diminution de prérogative du rédacteur »³²⁴.

La solution préconisée est alors la prudence quant à la rédaction des clauses de définition de l'exécution imparfaite dans tous les types de contrats et surtout, dans des contrats d'adhésion, qui risquent de se voir plus facilement sanctionnés sur le terrain du déséquilibre significatif que les contrats de gré à gré pour lesquels l'article 1171 du Code civil n'est pas applicable³²⁵. Finalement, à la lecture de l'article 1223 du Code civil, la condition d'exécution imparfaite pour parvenir à la réduction unilatérale du prix semble ne pas poser de difficulté. Cependant, l'analyse poussée de cette condition fait naître des interrogations quant à cette condition.

42. Les conditions d'exercice de la réduction du prix : les exigences de mise en demeure et de notification dans les meilleurs délais – L'article 1223 du Code civil prévoit plusieurs conditions dans le cas où le créancier n'a pas encore payé. Il doit notifier le débiteur de son intention de réduire le prix, dans les meilleurs délais. Aucune information supplémentaire n'est donnée. À notre sens, cette expression « meilleurs délais » fait référence à l'exigence d'un délai raisonnable³²⁶, apprécié *in concreto* par les juges en cas de contestation.

Par ailleurs, la réduction du prix prévue à l'article 1223 du Code civil interroge sur l'intérêt, selon les situations, d'exiger le respect d'un tel délai. Il suffit pour s'en convaincre de

³²² C. NOBLOT, « Article 1223 du Code civil : la clause de définition de l'exécution imparfaite », *CCC* 2019, n°2 form. 2.

³²³ *Ibid.*

³²⁴ *Ibid.*

³²⁵ *Ibid.*

³²⁶ V. *infra* n°s 297 et s. et n°371.

suivre l'exemple employé par Monsieur Hamelin, « lorsque la chose livrée n'est pas de la qualité convenue, ne faut-il pas mieux accepter tout de suite une qualité moindre plutôt que d'attendre la qualité promise ? Tout l'intérêt d'accepter une exécution imparfaite et de réduire proportionnellement le prix est finalement de gagner du temps. Or la mise en demeure suppose d'en perdre raisonnablement... »³²⁷.

Pour être exercé valablement, l'article 1223 impose, dans la procédure de réduction du prix, le respect d'une exigence de mise en demeure, dans les meilleurs délais. Sur ce point, l'article a été critiqué pour sa rédaction imprécise, issue de l'ordonnance. Ce dernier prévoyait deux hypothèses.

D'abord, il y avait celle où le créancier n'avait pas encore payé. Dans ce cas il devait notifier au débiteur, « sa décision de réduire le prix dans les meilleurs délais »³²⁸. La mise en demeure était-elle obligatoire ? On peut supposer que la réponse était positive, puisqu'il faut comprendre que la notification peut s'apparenter à une interpellation suffisante du débiteur et donc correspondre à l'article 1344 du Code civil qui dispose que « le débiteur est mis en demeure de payer soit par une sommation ou un acte portant interpellation suffisante, soit, si le contrat le prévoit, par la seule exigibilité de l'obligation »³²⁹.

Ensuite, dans l'hypothèse où le prix avait été payé, le créancier pouvait, accepter une exécution imparfaite et solliciter une réduction du prix « après mise en demeure »³³⁰. Dans une telle hypothèse, des auteurs ont posé la question de savoir, qui, du créancier ou du débiteur, était concerné par cette obligation de mise en demeure. S'agissait-il de la mise en demeure du créancier par le débiteur d'accepter l'exécution imparfaite ou la mise en demeure du débiteur par le créancier de réduire le prix ? Des auteurs ont alors expliqué que la rédaction de l'article 1223 issue de l'ordonnance de 2016 était en interférence avec l'article 1345 du Code civil, dans sa rédaction inchangée depuis l'ordonnance de 2016, relatif à la mise en demeure du créancier par le débiteur³³¹. Selon Monsieur Lécuyer, dans le cas où le créancier a déjà payé, la mise en demeure n'est valable que si elle est faite « du créancier par le débiteur »³³². Dans ce cas, la mise en demeure à appliquer devait être celle de l'article 1345 du Code civil qui dispose que « lorsque le créancier, à l'échéance et sans motif légitime, refuse de recevoir le paiement qui

³²⁷ J.-F. HAMELIN, « L'exercice des nouveaux pouvoirs unilatéraux du contractant », *RDC*/3 2018, p. 514.

³²⁸ C. civ. art. 1223 (version en vigueur du 01 octobre 2016 au 01 octobre 2018).

³²⁹ C. civ. art. 1344 (version en vigueur depuis le 01 octobre 2016).

³³⁰ C. civ. art. 1223 (version en vigueur du 01 octobre 2016 au 01 octobre 2018).

³³¹ H. LÉCUYER, « L'inexécution du contrat », *CCC* 2016, dossier n°7 ; P. DUPICHOT avec la collaboration de J.-D. BRETZNER et M. THOMAS, « User des prérogatives contractuelles », *JCP E*, 23 juin 2016, n°25, 1375, spéc. n°24.

³³² H. LÉCUYER, « L'inexécution du contrat », *précit.*

lui est dû, ou l'empêche par son fait, le débiteur peut le mettre en demeure d'en accepter ou d'en permettre l'exécution ». Or, les conditions de la mise en demeure du débiteur de l'article 1345 ne correspondent pas à celles nécessaires pour l'exercice de la réduction du prix de l'article 1223. De fait, selon cet auteur, l'exigence de mise en demeure posait « un problème d'harmonisation entre l'article 1223 et l'article 1345 du Code civil »³³³.

Dans le cadre de la réduction du prix, le débiteur doit mettre en demeure le créancier, qui a déjà payé, d'accepter l'exécution imparfaite. Or, l'article 1345 exige que le créancier est mis en demeure par le débiteur uniquement dans les cas où il refuse de recevoir le paiement qui lui est dû ou s'il empêche de le recevoir. Tel n'est ainsi pas le cas de l'article 1223 du Code civil. En 2016, il semblait donc y avoir, pour certains auteurs, un errance de rédaction relative à l'exigence de mise en demeure dans l'exercice de l'article 1223, dans sa rédaction issue de l'ordonnance, dans le cas où le créancier avait déjà payé. Cette errance aurait alors créé une contradiction entre les articles 1223 et 1345 ou, *a minima*, une interférence entre les deux articles pour reprendre l'expression de Monsieur Dupichot³³⁴.

La loi de ratification a clarifié cette difficulté puisque l'article 1223 a été entièrement réécrit. L'article 1345 du Code civil n'a fait l'objet d'aucune modification. Ainsi depuis la loi de ratification, les deux hypothèses subsistent lorsqu'il s'agit de mettre en œuvre la réduction du prix. Toutefois, à notre sens, elles apparaissent plus claires concernant l'exigence de mise en demeure. Lorsque le créancier a déjà payé, il doit se mettre d'accord sur la réduction du prix avec le débiteur, à défaut il peut saisir le juge. Il doit prévenir le débiteur pour entamer des discussions, et donc, à notre sens, le mettre en demeure de s'exécuter, ou à défaut de discuter de la réduction ou de la saisine du juge. Il doit donc inévitablement le mettre en demeure dans le respect de l'article 1344 du Code civil. Si le créancier n'a pas encore payé, il doit également mettre en demeure le débiteur de s'exécuter parfaitement, avant de lui notifier sa volonté de réduire le prix. Le créancier doit « après mise en demeure et s'il n'a pas encore payé tout ou partie de la prestation, notifier dans les meilleurs délais au débiteur sa décision d'en réduire de manière proportionnelle le prix ». La rédaction est plus claire. L'article 1223 nécessite donc dans toutes les hypothèses, une mise en demeure du débiteur par le créancier et donc le respect de l'article 1344 du Code civil. En somme, l'interférence entre les articles 1345 et 1223 du Code civil a disparu avec les modifications apportées par la loi de ratification. Pour exercer la

³³³ H. LÉCUYER, « L'inexécution du contrat », *précit.*

³³⁴ Sur les interférences entre les articles 1223 et 1345 du Code civil mais aussi pour les questions que soulèvent plus généralement la réduction du prix, P. DUPICHOT avec la collaboration de J.-D. BRETZNER et M. THOMAS, « User des prérogatives contractuelles », *précit.*, spéc. n°24.

réduction du prix, il convient donc d'appliquer l'article 1344 du Code civil qui concerne la mise en demeure du débiteur. Sur ce point, la rédaction confuse de l'article 1223 semble donc avoir été surmontée sur ce point.

Enfin, pour exercer la réduction du prix, il est nécessaire de respecter l'exigence de notification qui doit intervenir après la mise en demeure, dans le cas où le créancier n'a pas encore payé. Le contenu de cette dernière n'est pas évident. Malgré sa réécriture, l'article 1223 laisse encore de nombreuses questions en suspens. « Que doit contenir la notification de la décision (unilatérale cette fois) de réduction du prix ? »³³⁵. Par exemple, pour préciser le contenu de la notification, certains auteurs militent en faveur d'une obligation de motivation du créancier dans la réduction du prix³³⁶. Il s'agit d'une première question. *Quid* ensuite des conséquences sur la notification, des clauses qui viendraient aménager la réduction du prix ?³³⁷ Ces dernières doivent-elles être précisées dans la notification ? À notre sens, le contenu de la notification pourrait être davantage encadré, aménagé et précisé³³⁸. Mais pourrait-elle être écartée ? Cela semble possible mais pas automatique. Pour ce faire, il faut mettre en parallèle, l'exigence de notification avec le nouveau contrôle des clauses abusives. En effet, il peut exister des interrogations relatives à l'aménagement de la notification dans le cadre des contrats d'adhésion³³⁹. Si toutes les conditions de mise en œuvre de la réduction du prix sont respectées, cette dernière peut avoir lieu. Elle a lieu de manière proportionnelle.

43. La réduction proportionnelle – La réduction du prix doit être proportionnelle³⁴⁰. À ce titre, le texte dispose explicitement que le créancier doit « notifier dans les meilleurs délais au débiteur sa décision d'en réduire de manière proportionnelle le prix »³⁴¹. Or, par rapport à quoi la réduction doit-elle être proportionnelle ? « A l'inexécution du débiteur ? A l'intérêt retiré du créancier ? Le créancier est-il le seul à décider du sens des proportions ? Probablement pas »³⁴².

³³⁵ P. DUPICHOT avec la collaboration de J.-D. BRETZNER et M. THOMAS, « User des prérogatives contractuelles », *précit.*, spéc. n°24.

³³⁶ V. notamment sur ce point, F. CHÉNEDÉ, « La réduction du prix », *RDC* 2017, p. 571 s. ; P. LEMAY, « L'inexécution du contrat : la réduction du prix » in M. LATINA et G. CHANTEPIE (dir. de), *Blog de réforme du droit des obligations*, billet du 10 avr. 2015, disponible sur <http://reforme-obligations.dalloz.fr/2015/04/10/linexecution-du-contrat-la-reduction-du-prix/>.

³³⁷ A. BÉNABENT, « Les nouveaux mécanismes », *précit.*

³³⁸ V. *infra* n°355 et s.

³³⁹ A. BÉNABENT, « Les nouveaux mécanismes », *précit.*

³⁴⁰ F. CHÉNEDÉ, *Les nouveau droit des obligations et des contrats*, *op. cit.* spéc. n°128-151.

³⁴¹ C. civ. art. 1223 (version en vigueur depuis le 01 oct. 2018).

³⁴² N. DISSAUX, « Les nouvelles sanctions en matière contractuelle », *AJ Contrat* 2017, p. 10.

De plus, la notion de proportionnalité dans la réduction du prix emporte une autre interrogation relative à la faute du créancier dans la mise en œuvre de la sanction. Par exemple, si le créancier exerce la réduction du prix une mesure, le débiteur peut la contester. Si cette contestation aboutit, on peut considérer que le débiteur a subi un préjudice du fait de l'exercice « fautif » de la part de son créancier. Ici, le créancier n'a pas commis d'abus dans la mise en œuvre de la sanction. Toutefois, il a causé un préjudice au débiteur en exerçant la sanction puisque cette dernière a été contestée par le débiteur. Dans ce cas, *quid* de la faute du créancier ?³⁴³ Ici, la faute se différencie de l'abus. Il faut alors apprécier ce préjudice et qualifier la faute commise par le créancier. Or, les conséquences de l'exercice abusif ou irrégulier des sanctions de l'inexécution n'ont absolument pas été anticipées dans la réforme et peuvent alors poser des problèmes. *Quid* du contrôle de la réduction proportionnelle ? Enfin, il est possible de soulever le problème de la compatibilité entre la réduction du prix et une demande de dommages et intérêts, dans la mesure où la réduction du prix peut être envisagée comme « une forme de réparation du préjudice éprouvé par le créancier en raison de la défaillance de son débiteur »³⁴⁴. Toutes les sanctions ne sont pas compatibles entre elles et le juge et les parties devront arriver à manier ces questions d'exclusion, de cumul et d'inclusion pour éviter un fort contentieux³⁴⁵. Les questions précédemment évoquées créent donc des doutes quant à la mise en œuvre d'une réduction du prix proportionnelle.

44. Bilan B – Toutes les étapes de la réduction du prix peuvent faire l'objet de remarques. Elles créent chacune à leur manière des interrogations qui peuvent engendrer des difficultés dans l'exercice de la sanction. Par rapport aux autres mesures unilatérales, la réduction du prix est celle qui crée le plus d'incertitudes. L'analyse de la jurisprudence n'est pour l'heure pas d'un grand secours et la Cour de cassation n'a pas encore eu l'occasion de discuter d'un litige relatif à la mise en œuvre du nouvel article 1223 du Code civil³⁴⁶. Cependant, les juges du fond sont réticents à appliquer l'article 1223 dans son versant unilatéral³⁴⁷. L'article a déjà été réécrit

³⁴³ J. MOURY, « La détermination du prix dans le « nouveau » droit commun des contrats », *D.* 2016, p. 1013.

³⁴⁴ Ph. DELEBECQUE, « L'articulation et l'aménagement des sanctions de l'inexécution du contrat », *Dr. et Patr.* 2016, n°259.

³⁴⁵ H. BARBIER, « L'articulation des sanctions contractuelles : entre exclusivité, cumul et inclusion », *RTD Civ.* 2018, p. 661.

³⁴⁶ V. par ex. pour un rejet de la mise en œuvre de l'art. 1223 C. civ. dans le cadre d'un contrat de vente de marchandise : CA Douai, 12 janv. 2023, n°21/02860.

³⁴⁷ V. CA Montpellier, 10 nov. 2022, n°22/01068 : « S'il est exact que les dispositions de l'article 1223 du code civil permettent au créancier d'une obligation, en cas d'inexécution imparfaite de la prestation, s'il n'a pas encore payé tout ou partie de la prestation, de notifier dans les meilleurs délais après mise en demeure au débiteur de cette obligation sa décision d'en réduire le prix de manière proportionnelle, *cette réduction de prix ne s'impose qu'en cas d'accord du débiteur, et à défaut de parvenir à un accord tant sur le principe que sur le montant de cette*

avec la loi de ratification mais en l'état, sa réécriture n'est toujours pas satisfaisante. De trop nombreuses difficultés relatives à cette rédaction sont encore à prévoir.

45. Conclusion du §2 – L'exécution forcée en nature demeure, à ce jour, la sanction phare du droit français, permettant de préserver la force obligatoire du contrat. La faculté de remplacement du débiteur défaillant pour obtenir cette exécution intègre également le droit de l'inexécution avec une nuance. En cas de destruction du bien, le créancier doit faire intervenir le juge pour qu'il accepte la mesure. Les risques de conflits lors de cette mesure sont nombreux et posent des questions notamment en cas d'abus du débiteur. Enfin, la réduction unilatérale et proportionnelle du prix est la mesure qui a été la plus débattue lors de l'intégration de l'unilatéralisme dans les sanctions de l'inexécution. Ses conditions d'exercice sont encore discutées. L'intégration de cette sanction devrait alors faire l'objet d'une amélioration.

46. Conclusion de la section 1 – L'article 1217 prévoit trois sanctions unilatérales pour préserver le lien contractuel. L'exception d'inexécution est issue d'une codification à droit constant. La nouveauté réside dans l'insertion de l'exception d'inexécution anticipée et préventive. Les conditions d'exercice de cette nouvelle mesure interrogent. La faculté de remplacement du débiteur défaillant et la réduction du prix ne sont pas en reste et leur intégration peut poser des problèmes notamment quant à leur mise en œuvre effective. La réforme aurait pu davantage anticiper ces difficultés. Par conséquent, l'intégration des sanctions unilatérales qui veillent à préserver le contrat ne nous semble pas totalement satisfaisant sur le plan technique de leur praticabilité. *Quid* de celle de la résolution unilatérale ? A l'inverse de celles qui viennent d'être étudiées, cette mesure a pour but de mettre fin au contrat (section 2).

Section 2 : Présentation et critiques de la résolution par notification

47. La résolution unilatérale intègre le droit de l'inexécution à l'article 1224 du Code civil qui prévoit les trois modes de résolution du contrat³⁴⁸. Outre la clause résolutoire, elle se place dans le texte avant la résolution judiciaire. Elle n'est pas une véritable nouveauté tant ses conditions et son régime ont été développées par la jurisprudence. Il n'en demeure pas moins

réduction, seule une décision judiciaire est susceptible de reconnaître cette réduction de prix et d'en évaluer le montant ». Nous soulignons.

³⁴⁸ C. civ. art. 1124 (version en vigueur depuis le 01 octobre 2016) : « La résolution résulte soit de l'application d'une clause résolutoire soit, en cas d'inexécution suffisamment grave, d'une notification du créancier au débiteur ou d'une décision de justice ».

qu'elle a fait son entrée dans le nouveau droit des contrats. Il convient de la présenter (§1) avant d'analyser l'article 1226 du Code civil qui prévoit sa mise en œuvre et les différentes critiques qui ont pu être réalisées à son sujet (§2).

§1 : Présentation de la résolution par notification

48. La résolution par notification n'est pas une véritable nouveauté. Son historique jurisprudentiel a largement contribué à lui accorder une place en droit français. Pour comprendre sa codification dans la réforme, il faut donc étudier rapidement l'historique de l'intégration résolution unilatérale (A) puis son intégration dans le droit de l'inexécution (B).

A. Historique de la résolution par notification

49. « La création d'un pouvoir de résiliation unilatérale »³⁴⁹ – La jurisprudence et les tentatives d'harmonisation européenne du droit des contrats ont respectivement créé et développé la résolution unilatérale par notification. En 1998 avec sa célèbre jurisprudence dite « Tocqueville », la Cour de cassation a instauré un principe général de rupture unilatérale du contrat en cas de comportement suffisamment grave du débiteur défaillant. Elle a déclaré que « la gravité du comportement d'une partie à un contrat peut justifier que l'autre partie y mette fin de façon unilatérale à ses risques et périls »³⁵⁰. Ce nouveau pouvoir accordé au créancier était le bienvenu. Il lui permet « une prompt ré-allocation des ressources [...] ce qui lui évite de perdre son temps et son argent »³⁵¹. Le 20 février 2001, la Cour de cassation a ajouté que cette même solution est applicable, à tous les contrats sans distinction de durée³⁵². En harmonisant sa jurisprudence aux contrats de toutes durées, la Haute juridiction a sous-entendu remettre en cause le principe de la résolution judiciaire pour y insérer un principe de résiliation unilatérale à tous les contrats synallagmatiques en cas de comportement suffisamment grave du débiteur défaillant, aux risques et périls du créancier³⁵³. À la fin du XX^e siècle, et à la suite de

³⁴⁹ Pour une analyse développée v. notamment, P. LEMAY, *Le principe de la force obligatoire à l'épreuve du développement de l'unilatéralisme*, op. cit., spéc. p. 100, n°57 s.

³⁵⁰ Cass. Civ. 1^{ère}, 13 oct. 1998, *précit.* v. *supra* n°5.

³⁵¹ C. JAMIN, « Les sanctions unilatérales de l'inexécution du contrat : trois idéologies en concurrence » *précit.* spéc. p. 76 et du même auteur, « Les conditions de la résolution du contrat : vers un modèle unique ? », *précit.*, spéc. p. 511, n° 36.

³⁵² Cass. Civ. 1^{ère}, 20 fév. 2001, *précit.*

³⁵³ C. JAMIN, « L'admission d'un principe de résolution unilatérale du contrat indépendant de sa durée », *D.* 2001, p. 1568 : « en refusant expressément de distinguer entre les contrats à durée déterminée et à durée indéterminée, l'arrêt présenté entend bien remettre en cause, du moins s'agissant des contrats qui s'exécutent dans la durée, le

ces arrêts, la doctrine estime que le développement de la résolution unilatérale pouvait constituer une modification de la philosophie traditionnelle du contrat. En effet, autoriser un tel pouvoir conduit à glisser vers « une philosophie libérale soucieuse de privatiser les rapports sociaux et d'assurer une plus grande efficacité économique »³⁵⁴. Le développement de la résolution unilatérale et l'accroissement des pouvoirs unilatéraux en général, ont conduit les juristes à développer une discussion de fond relative à la remise en cause des fondements classiques du contrat et, notamment à la modification du principe sa force obligatoire³⁵⁵.

La réforme a consacré la résolution par notification au titre de l'article 1226 du Code civil. Les juristes français se sont inspirés des projets d'harmonisation européenne du droit des contrats. Les PDEC accordent une place à la résolution unilatérale³⁵⁶. Elle est le mode de résolution possible du contrat. À l'inverse, la révision des PDEC prévoit d'autres modes de résolution³⁵⁷. Celle-ci peut également être judiciaire ou conventionnelle. En conservant la substance du texte de la résolution unilatérale des PDEC, les rédacteurs de la révision de ceux-ci proposent également d'ajouter l'exigence d'une notification lors de l'exercice de la résolution unilatérale³⁵⁸. Cette insistance, propre aux juristes français, sur l'obligation de notification, dans les jalons du principe de résolution, montre l'importance d'encadrer la résolution unilatérale au travers de l'exigence de notification. Ainsi dans la même direction, le nouveau texte de la résolution dans le Code civil reprend expressément cette préconisation introduite dans la révision des Principes du droit européen des contrats réalisée par l'association Henri Capitant. En effet, il est désormais acté que « le créancier peut, à ses risques et périls, résoudre le contrat par voie de notification »³⁵⁹.

système actuel de la résolution pour inexécution en revenant sur son caractère judiciaire et peut-être sur son effet rétroactif. ».

³⁵⁴ *Ibid.*

³⁵⁵ C. JAMIN, « Les conditions de la résolution du contrat : vers un modèle unique ? », *précit. spéc.* p. 511-512, n° 36, à propos du choix possible entre la résolution judiciaire et le développement de la résolution unilatérale « le choix réservé aux juristes français entre l'un et l'autre systèmes paraît donc avant tout fondé sur des arguments idéologiques – quel sens voulons-nous donner à la force obligatoire ? – qui me semblent en dernière analyse dépendre assez largement de présupposés culturels, c'est-à-dire de la représentation plus ou moins consciente du rôle social que nous entendons faire jouer au contrat ».

³⁵⁶ G. ROUHETTE, I. DE LAMBERTERIE, D. TALLON et C. WITZ, *Principes du droit européen du contrat, op. cit.*, p. 372, art. 9: 301 : « Une partie peut résoudre le contrat s'il y a inexécution essentielle de la part du cocontractant ».

³⁵⁷ Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française et la Société de législation comparée, *Projet cadre commun de référence, Principes contractuels communs, op. cit.*, p. 690- 697.

³⁵⁸ *Ibid.* 10: 301 « Une partie peut résoudre le contrat s'il y a inexécution essentielle de la part du cocontractant. La résolution s'opère par voie de notification telle que prévue à l'article 10 : 303. En cas de retard, le créancier peut aussi résoudre le contrat en vertu de l'article 9:106 alinéa 3. », modification de l'art. 9: 301 des PDEC.

³⁵⁹ C. civ. art. 1226 (version en vigueur depuis le 01 octobre 2016).

50. Le refus de consécration de la résolution unilatérale anticipée – Pourtant, contrairement à une partie de la doctrine européenne, le droit français a toujours refusé de consacrer la résolution pour inexécution anticipée. Cette sanction est profondément marquée par son unilatéralisme puisqu'elle permet au créancier de résoudre le contrat, alors même que le débiteur n'a pas commencé l'exécution du contrat s'il s'avère qu'il est manifeste que l'inexécution n'aura pas lieu. Or, en France, et ce malgré la réforme, la résolution pour inexécution anticipée n'est pas admise. Seule l'exception d'inexécution anticipée, possibilité pour le créancier de suspendre l'exécution du contrat tant que le débiteur ne s'est pas exécuté et qu'il est manifeste qu'il ne s'exécutera pas à l'échéance, est possible³⁶⁰.

Dans les projets européens, la résolution unilatérale pour inexécution anticipée est admise et ses atouts sont indéniables puisque, selon les rédacteurs du Cadre commun de référence, « elle témoigne d'un souci de réactivité qui va dans le sens d'une meilleure adaptation des réponses juridiques aux problèmes de la vie économique »³⁶¹. Cependant, selon eux, cette sanction anticipée demeure discutable et les risques d'abus ont largement été mis en avant dans la révision des principes du droit européen des contrats. A titre d'exemple, que se passe-t-il s'il s'avère que le débiteur a finalement prévu de s'exécuter et que le risque d'inexécution ne se révèle pas ? Pour contrer ces potentielles dérives, les rédacteurs du Cadre commun de référence ont proposé dans les Principes contractuels communs, « d'associer davantage le débiteur à la décision de résolution : on peut envisager d'exiger une déclaration expresse d'inexécution future de sa part »³⁶². Ainsi, ils ont remplacé l'article 9: 304 des PDEC par l'article 10: 308 qui distingue deux cas de figures ; - s'il est certain que le débiteur ne va pas s'exécuter à l'échéance, eu égard à ses déclarations ou à manière d'agir, la résolution unilatérale est envisageable ; - au contraire, « lorsque l'inexécution essentielle n'est pas manifeste, le créancier est seulement fondé à demander une garantie relative à l'exécution [...] »³⁶³. La création d'une double hypothèse quant à la certitude de l'inexécution essentielle du contrat démontre que la possibilité de résolution anticipée n'est pas totale. Ainsi, dans la deuxième hypothèse de l'article, si l'inexécution n'est pas manifeste, le créancier perd son droit de résolution unilatérale anticipée. Sa seule et unique alternative réside alors dans la demande d'une garantie d'exécution à son débiteur. Bien qu'assez subtile, cette nuance témoigne du recul de l'unilatéralisme dans la réécriture des PDEC rédigés par l'Association Capitant. Le Cadre commun de référence est le

³⁶⁰ C. civ. art. 1220 (version en vigueur depuis le 01 octobre 2016).

³⁶¹ Association Henri CAPITANT des Amis de la Culture Juridique Française et la Société de législation comparée, *Projet cadre commun de référence, Principes contractuels communs, op. cit.*, p. 706.

³⁶² *Ibid.* p. 709.

³⁶³ *Ibid.* art. 10 : 308 (modifié).

projet qui semble avoir influencé l'intégration de la résolution unilatérale en droit français. Toutefois, la réforme française du droit des contrats est beaucoup plus tranchée sur l'unilatéralisme dans les sanctions de l'inexécution et, a refusé d'intégrer cette sanction de résolution unilatérale anticipée au régime de l'inexécution, ce qui est pourtant regrettable. A notre sens, en refusant cette disposition, la réforme n'est pas allée au bout de l'intégration des sanctions unilatérales dans le droit de l'inexécution³⁶⁴.

51. La résolution unilatérale dans les avant-projets de réforme – L'avant-projet Catala proposait une réorganisation des sanctions de l'inexécution dans une section 5 « De l'inexécution des obligations et de la résolution du contrat »³⁶⁵. Le projet Catala était plutôt clair sur le sujet, l'unilatéralisme devait être très strictement encadré car ses dérives pouvaient être importantes. Cet encadrement découlait de la vision conservatrice du projet, réfractaire à l'intégration des pouvoirs unilatéraux dans le contrat. Pour éviter d'accorder une place trop importante à la résolution unilatérale, l'article 1158 disposait sobrement que le créancier peut « de lui-même, mettre en demeure le débiteur défaillant de satisfaire à son engagement dans un délai raisonnable, à défaut de quoi il sera en droit de résoudre le contrat »³⁶⁶. L'avant-projet Catala n'usait pas de l'appellation résolution unilatérale car, selon ses rédacteurs, celle-ci avait « de quoi choquer »³⁶⁷. L'exercice d'un tel pouvoir devait alors demeurer exceptionnel. Sa consécration, à côté de la résolution judiciaire était donc implicite. La Chancellerie, largement inspirée par l'avant-projet Catala³⁶⁸, adoptait la même position que ce dernier en ce qui concerne l'intégration de la résolution unilatérale. Certains commentateurs ont reconnu que « la résolution unilatérale [dans le projet de la Chancellerie] n'a été consacrée qu'à reculons »³⁶⁹ parce que l'exercice des sanctions unilatérales était encadré par de nombreuses conditions formelles et substantielle destinées à protéger le débiteur défaillant d'une résolution unilatérale abusive³⁷⁰. Ce fort encadrement est toutefois discutable. Selon nous, il aurait pu conduire les

³⁶⁴ V. *infra* n°281 et s.

³⁶⁵ P. CATALA (dir.), *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, *op. cit.* Le projet de la Chancellerie prévoyait les mêmes modes de résolution du contrat, v. Avant-projet de la chancellerie, *précit.* art. 159 : « la partie envers laquelle l'engagement n'a pas été exécuté, ou l'a été imparfaitement, peut, soit poursuivre l'exécution forcée de l'engagement, soit provoquer la résolution du contrat, soit réclamer des dommages et intérêts, lesquels peuvent, le cas échéant, s'ajouter à l'exécution ou à la résolution ».

³⁶⁶ P. CATALA (dir.), *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, *op. cit.* art. 1158.s

³⁶⁷ *Ibid.*, p. 106.

³⁶⁸ F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE et F. CHÉNEDÉ, *Droit civil, les obligations*, *op. cit.* spéc. p. 48, n°63.

³⁶⁹ Ph. STOFFEL-MUNCK, « Exécution et inexécution du contrat » *précit.*

³⁷⁰ Ph. STOFFEL-MUNCK, « Exécution et inexécution du contrat » *précit.* ; D. MAZEAUD, « Rapport de synthèse » in *Débats « La réforme du droit français des contrats en droit positif »* (à propos du projet de réforme du droit des contrats élaboré par le ministère de la Justice dans l'état dans lequel il était en septembre 2008, *RDC/I* 2009, p. 397.

créanciers à préférer le recours aux sanctions judiciaires et à les dissuader d'avoir recours aux sanctions unilatérales. L'intégration de ces dernières aurait alors pu perdre de son intérêt.

À l'inverse, le projet Terré envisageait quatre modes de résolution du contrat (conventionnelle, judiciaire, unilatérale et anticipée). La résolution anticipée était admise à l'article 1111 de cet avant-projet. Un article entier était consacré à la résolution par notification³⁷¹. Celle-ci occupait d'ailleurs la première place avant tous les autres modes de résolutions possibles (anticipé, par la stipulation d'une clause résolutoire et judiciaire). En accordant une place essentielle et première à cette mesure, les rédacteurs du projet Terré avaient pour ambition de faire de la résolution unilatérale le principe en matière de résolution du contrat. Les autres modes de résolution devenant alors les exceptions.

52. La justification de la limitation de la résolution unilatérale dans les avant-projets de réforme – Sur les trois propositions d'avant-projets présentées, une seule, celle du groupe de travail coordonné Monsieur Terré, accordait une place conséquente à la résolution unilatérale. Une différence d'approche entre les divers avant-projets de réforme du droit des contrats était présente. D'un côté, l'avant-projet Terré assumait un avant-gardisme important. De l'autre côté, le projet Catala, attaché aux valeurs contractuelles traditionnelles françaises, était plus timide, même s'il accordait tout de même une place au « pouvoir de la volonté »³⁷². On peut s'interroger sur le point de savoir pourquoi les projets Catala et celui de la Chancellerie sont restés mitigés sur la question de l'intégration des mesures unilatérales dans le contrat. Cette place réduite de la résolution unilatérale s'explique, selon nous, par le maintien d'une conception traditionnelle du contrat. Cette dernière, en vertu du principe de sa force obligatoire, corollaire de l'intangibilité du contrat, obligeait à un encadrement drastique des mesures unilatérales³⁷³.

À l'inverse, le groupe de travail Terré proposait une intégration effective et très importante de l'unilatéralisme dans les sanctions de l'inexécution. On suppose alors que les rédacteurs de ces propositions pressentaient la nécessité de prendre en compte l'évolution du droit des contrats, notamment sur le plan de son efficacité. Par exemple, l'avant-projet Terré consacrait la figure des contrats d'adhésion³⁷⁴.

³⁷¹ F. TERRÉ (dir. de), *Pour une réforme du droit des contrats*, op. cit. art. 1110.

³⁷² P. CATALA, « Présentation générale de l'avant-projet », in P. CATALA (dir.), *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, op. cit. p. 11 s., spéc. p. 15.

³⁷³ V. *infra* n^{os} 132 et s.

³⁷⁴ F. TERRÉ (dir.), *Pour une réforme du droit des contrats*, op. cit. art. 10 al. 2 : « Le contrat d'adhésion est celui dont les stipulations essentielles, soustraites à la discussion, ont été unilatéralement déterminées à l'avance ». En effet, le groupe de travail explique dans son rapport de présentation que « le contrat d'adhésion, le contrat cadre et

53. Bilan du A – L'historique de la pénétration de la résolution unilatérale est riche et varié. Issu de la jurisprudence, complété par la doctrine d'harmonisation européenne et discuté lors des avant-projets de réforme en droit français, ce mécanisme a fait l'objet de nombreuses discussions. Finalement, entre les différentes propositions, la réforme a fait un choix mesuré, celui de l'intégration de la résolution unilatérale par notification (B).

B. Codification de la résolution par notification

54. La faculté de rupture unilatérale dans les contrats à durée indéterminée – En vertu de l'article 1193 du Code civil, et non modifiée par la loi de ratification, les mesures unilatérales dans l'exécution du contrat sont interdites, sauf dispositions légales contraires³⁷⁵. Ces exceptions ne sont pas une nouveauté. Il existait déjà, auparavant, des causes légales permettant à un des cocontractants d'agir, en dehors d'une quelconque intervention judiciaire, pour résoudre le contrat mais jamais pour le réviser. Au moment de l'exécution du contrat, le législateur a conservé le principe de rupture unilatérale des contrats à durée indéterminée. Le nouvel article 1211 du Code civil dispose que « lorsque le contrat est conclu pour une durée indéterminée, chaque partie peut y mettre fin à tout moment, sous réserve de respecter le délai de préavis contractuellement prévu ou, à défaut, un délai raisonnable »³⁷⁶. Ce principe n'est pas nouveau puisqu'il a acquis, en 1999, une valeur constitutionnelle³⁷⁷. Il trouve sa justification dans la prohibition des engagements perpétuels. Ainsi sous réserve de respecter un préavis, le contrat peut être résolu de plein droit par l'une des parties. Cette faculté a été maintenue dans les contrats à durée indéterminée par la loi de ratification de 2018 qui n'a apporté aucune modification de ce texte. Cependant, si le contrat est à durée déterminée, cette faculté de rupture est impossible selon les termes de l'article 1212 du Code civil³⁷⁸.

les contrats interdépendants, qui sont devenus des figures incontournables » pour les praticiens, font l'objet, pour la première fois dans le code civil d'une définition » *in* version PDF en ligne disponible sur La documentation française, spéc. p. 3.

³⁷⁵ C. civ. art. 1193 (version en vigueur depuis le 01 octobre 2016) : « Les contrats ne peuvent être modifiés ou révoqués que du consentement mutuel des parties, ou pour les causes que la loi autorise ».

³⁷⁶ C. civ. art. 1211 (version en vigueur depuis le 01 octobre 2016).

³⁷⁷ Cons. const. 9 nov. 1999, n°99-419 DC Cons. const. 9 nov. 1999, n°99-419 DC « PACS » ; *JO* 16 nov. 1999 : *Recueil Lebon* p. 116 ; *RTD Civ.* 2000, p. 109 note J. MESTRE et B. FAGES ; *JCP G* 2000, I, 210, étude N. MOLFESSIS ; *RRJ*, 2002, p. 1199, LA FEMÉNIA ; *D.* 2000, 203, note R. PIASTRA.

³⁷⁸ C. civ. art. 1212 al. 1^{er} (version en vigueur depuis le 01 octobre 2016) : « Lorsque le contrat est conclu pour une durée déterminée, chaque partie doit l'exécuter jusqu'à son terme ».

55. La nouvelle résolution unilatérale par notification – La consécration de la résolution unilatérale se retrouve au nouvel article 1226 du Code civil : « le créancier peut, à ses risques et périls, résoudre le contrat par voie de notification »³⁷⁹. Le texte consacre, dans les mêmes termes que la Cour de cassation en 1998, une résolution aux risques et périls du créancier³⁸⁰. De nombreuses étapes procédurales encadrent ce mode de résolution du contrat. Le créancier doit mettre en demeure le débiteur de s'exécuter, dans un délai raisonnable, en précisant expressément qu'à défaut d'une exécution satisfaisante, celui-ci sera en droit de résoudre le contrat³⁸¹. Ces conditions d'exercice permettent d'encadrer le principe général de résolution unilatérale. La loi de ratification n'a pas modifié l'article 1226 du Code civil.

56. Le renversement de la hiérarchie des modes de résolution – L'article 1224 du Code civil présente les trois modes de résolution offerts au créancier déçu : l'application d'une clause résolutoire, la résolution par notification et la résolution judiciaire³⁸².

A priori, cet article ne repose ni plus ni moins que sur une codification à droit constant³⁸³. Il reprend les solutions antérieures acquises de la jurisprudence sur les clauses résolutoires, la résolution unilatérale aux risques et périls du créancier et la résolution judiciaire³⁸⁴. Cependant, la résolution unilatérale prend une place de choix dans les « nouveaux » modes légaux de résolution du contrat. Ainsi, le changement majeur de la recodification de la résolution réside dans la nouvelle hiérarchisation des modes de résolution³⁸⁵.

Antérieurement à la réforme, le principe, posé à l'ancien article 1184 du Code civil, était celui d'une priorité à la résolution judiciaire. Comme l'indique le Rapport au Président de la République accompagnant le texte de l'ordonnance, « la résolution unilatérale n'est cependant plus appréhendée comme une exception au principe de la résolution judiciaire, mais est traitée

³⁷⁹ C. civ. art. 1226 (version en vigueur depuis le 01 octobre 2016).

³⁸⁰ V. *supra* n°5.

³⁸¹ Pour une analyse de la résolution par notification depuis la réforme, v. not. O. DESHAYES, T. GENICON et Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, Commentaire article par article*, op. cit. p. 573 s. ; F. CHÉNEDÉ, *Droit des obligations et des contrats*, op. cit. n°s128.190-128.197.

³⁸² Pour une vision générale sur la nouvelle résolution depuis la réforme, v. not. : C. PELLETIER, « Article 1226 : les conditions d'exercice de la résolution unilatérale aux risques et périls du créancier », *RDC/3* 2015, p. 788 ; Y.-M. LAITHIER, « Les sanctions de l'inexécution du contrat », *précit.* et « Les règles relatives à l'inexécution des obligations contractuelles », *précit.* ; Ph. STOFFEL-MUNCK, « La résolution par notification : questions en suspens » *précit.*

³⁸³ N. DISSAUX et C. JAMIN, *réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016), commentaire des articles 1100 à 1386-1 du Code civil*, 2016, op. cit. commentaire des art. 1224 à 1230, p. 136 s., spéc. p. 137-138.

³⁸⁴ V. *supra* n°5.

³⁸⁵ P.-Y. GAUTIER, « La hiérarchie inversée des modes de résolution du contrat » in Dossier « Réforme du droit des contrats, Le débat », *Dr. et Patr.* oct. 2014, p. 70.

comme une faculté autonome offerte au créancier, qui victime de l'inexécution aura désormais le choix, en particulier en l'absence de clause résolution expresse, entre les deux modes résolutions, judiciaire ou unilatérale »³⁸⁶. Le but est d'accroître l'efficacité économique du contrat³⁸⁷. Ainsi, le renversement de hiérarchie des modes de résolution est justifié par la poursuite de cet objectif. La réalisation d'un tel objectif conduirait alors à reclasser au second plan la résolution judiciaire³⁸⁸.

57. Conclusion du §1 – Par conséquent, l'intégration de la résolution unilatérale était largement prévisible et totalement inévitable, tant la règle a été développée par la jurisprudence antérieure et, discutée en doctrine. A ce titre, cette intégration doit être saluée. Cependant, il faut regretter le refus de la consécration de la résolution anticipée, qui aurait permis d'aller au bout de l'intégration de l'unilatéralisme dans le contrat³⁸⁹. Outre le renversement des modes de résolution généré par l'insertion de la résolution unilatérale à côté des autres modes de résolution possibles, quelques difficultés peuvent apparaître. Comme toute nouvelle consécration, l'article 1226 du Code civil a été critiqué sur différents points. Il faut en faire état afin d'évaluer le degré de satisfaction de l'intégration de la résolution par notification dans le droit de l'inexécution (§2).

§2 : Critiques relatives à la résolution par notification

58. L'intégration de la résolution unilatérale dans le droit de l'inexécution n'est pas sans critiques. D'abord, comme pour les autres sanctions unilatérales, la mise en œuvre de cette sanction peut interroger. Ensuite, la jurisprudence a démontré qu'il existe un autre type de difficulté propre à la résolution unilatérale et relatif à son aménagement conventionnel. Il faut donc étudier la mise en œuvre (A) et l'aménagement contractuel de cette sanction (B).

³⁸⁶ Rapport au Président de la République *précit.* à propos des articles 1224 et s. du Code civil sur la résolution.

³⁸⁷ *Ibid.*

³⁸⁸ A.-S. CHONÉ-GRIMALDI, « Sous-section 4 : la résolution » in T. DOUVILLE (dir.), *La réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, commentaire article par article, op. cit.* p. 227-236, spéc. p. 227 « En plaçant sur un pied d'égalité les trois formes de résolution, le nouveau texte rompt définitivement avec le principe de la résolution judiciaire – qui se voit même placée en dernier dans la liste ! »

³⁸⁹ V. *infra* nos 281 et s.

A. Critiques relatives aux conditions d'exercice de la résolution par notification

59. Résolution en cas d'inexécution suffisamment grave – La résolution par notification doit être mise en œuvre en cas « d'inexécution suffisamment grave »³⁹⁰. Le choix des mots a son importance³⁹¹. Antérieurement à la réforme, Monsieur Jamin soulignait déjà la difficulté à différencier, sans tomber dans l'arbitraire, entre les deux types de gravité de l'inexécution évoquées en jurisprudence pour mettre en œuvre la résolution³⁹². Ainsi, selon lui, chercher à distinguer une inexécution suffisamment grave et d'une particulière gravité n'était pas nécessaire, sauf à complexifier la mise en œuvre de la résolution. À ce titre, le même raisonnement peut s'appliquer à la résolution unilatérale désormais codifiée. L'article 1224 du Code civil rend la résolution possible en cas d'inexécution suffisamment grave. En contestation de la résolution unilatérale, l'article 1226 du Code civil dispose *in fine* que « le créancier doit alors prouver « la gravité de l'inexécution »³⁹³.

En l'espèce, s'évertuer à trouver une différence entre les deux serait peut-être alors aller trop loin dans le processus sémantique. En effet, que représente l'expression « une inexécution suffisamment grave » dans le nouvel article 1226 ? N'est-elle pas la même inexécution que l'inexécution d'une particulière gravité, un comportement d'une particulière gravité utilisée en jurisprudence³⁹⁴ ? Avant la réforme, la jurisprudence retenait « le comportement suffisamment grave » du débiteur pour justifier d'une résolution unilatérale³⁹⁵. Aujourd'hui, il faut être en présence d'une inexécution suffisamment grave, d'une particulière gravité. Rien n'interdit alors que, pour engager la résolution unilatérale, le créancier démontre une inexécution suffisamment grave au travers du comportement d'une particulière gravité du débiteur.

Ainsi, *a priori* la gravité de l'inexécution ou le comportement suffisamment grave représentent, à notre sens, chacun à leur manière, une inexécution contractuelle permettant de

³⁹⁰ C. civ. art. 1224 (version en vigueur depuis le 01 octobre 2016).

³⁹¹ V. par exemple pour la différence entre remèdes et sanctions, *supra* n°11.

³⁹² C. JAMIN, « Les conditions de la résolution du contrat : vers un modèle unique ? » in M. FONTAINE et G. VINEY (dir.) *in Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles. Études de droit comparé, op. cit.* p. 451, spéc. p. 481.

³⁹³ C. civ. art. 1226 *in fine* (version en vigueur depuis le 01 octobre 2016).

³⁹⁴ V. notamment E. GARAUD, « La rupture unilatérale pour inexécution suppose un comportement grave du débiteur défaillant », sous Cass. Civ. 1^{re}, 28 oct. 2003, n°01-03.662 *précit.* : « toute la difficulté est de cerner ce que recouvre la notion de *comportement grave* ».

³⁹⁵ Pour la résolution unilatérale, Cass. Civ. 1^{re}, 13 oct. 1998, n°96-21.485 *précit.*

faire jouer la résolution unilatérale. Or, le débat reste à trancher par les juges et la doctrine s'intéresse à cette question³⁹⁶. Nous aurons également l'occasion d'y revenir³⁹⁷.

60. La procédure de résolution unilatérale : de la mise en demeure à la notification – Tout comme l'exception d'inexécution, la résolution unilatérale nécessite une mise en demeure. En parallèle de la mise en demeure, certaines sanctions de l'inexécution nécessitent une notification³⁹⁸. Elle permet d'informer le débiteur de la décision prise par le créancier d'activer telle ou telle sanction. Celle-ci est notamment exigée dans l'exercice de la résolution de l'article 1226 du Code civil qui en porte le nom. Résoudre le contrat n'est envisageable qu'à la condition que le créancier informe son débiteur de l'intention qui l'anime : mettre fin à la relation contractuelle. La notification diffère de la mise en demeure puisqu'elle arrive dans un second temps. La résolution du contrat prend effet avec la notification de celle-ci. Cette notification suscite cependant des interrogations puisqu'elle contient « les raisons qui la motivent »³⁹⁹. Elle est assortie d'une obligation de motivation.

Des auteurs se sont interrogés sur le point de savoir s'il est nécessaire que les « les raisons invoquées dans la notification de la résolution du contrat »⁴⁰⁰ soient similaires aux « termes de la mise en demeure ». Dans un premier temps, le créancier doit mettre en demeure le débiteur défaillant de s'exécuter, mais cette mise en demeure n'a pas à être motivée. *A priori*, le créancier doit seulement constater l'inexécution en cause et préciser qu'en cas d'échec dans l'exécution, le contrat pourra être rompu. Il doit informer le débiteur de ses intentions. Dans un second temps, si l'inexécution persiste, le créancier doit notifier le débiteur de la résolution du contrat ainsi que des raisons qui expliquent ce choix, en motivant expressément sa décision. Techniquement, l'obligation de motivation n'est obligatoire que pour la notification de la résolution et, non dans le contenu de la mise en demeure de celle-ci.

Dans les faits, existe-t-il une véritable différence de contenu entre ces deux interpellations ? Dans les deux cas, le créancier doit prévenir le débiteur de ce qu'il compte faire. Une première différence entre ces deux étapes réside alors dans le fait que lors de la notification, le contrat va effectivement être résolu. Au moment de la mise en demeure, le débiteur avait encore une

³⁹⁶ S. GUÉRIN et N. GENTY, « L'exception d'inexécution et les différentes formes de résolution du contrat », précit. : « les juges vont-ils désormais exclure tout « comportement » qui ne serait pas qualifiable d'« inexécution contractuelle » ? »

³⁹⁷ V. *infra* n°414 et s.

³⁹⁸ V. not.C. civ. art. 1220 (exception d'inexécution), art. 1225 (clause résolutoire) et art. 1226 (résolution par notification). Pour les trois articles, la version applicable est celle est en vigueur depuis le 01 octobre 2016.

³⁹⁹ C. civ. art. 1226 (version en vigueur depuis le 01 octobre 2016).

⁴⁰⁰ V. not. sur ce point P. DUPICHOT avec la collaboration de J.-D. BRETZNER et M. THOMAS, « User des prérogatives contractuelles », *précit.* spéc. n°20.

chance de satisfaire à son engagement. Ensuite, la seconde différence réside dans le fait que la notification doit expressément être motivée⁴⁰¹. À l'inverse, la mise en demeure ne prévoit pas d'obligation de motivation expresse et doit simplement contenir une interpellation suffisante⁴⁰².

Toutefois, dans une perspective prospective, on pourrait envisager que la mise en demeure et la notification devraient être motivées toutes les deux afin de sécuriser la mise en œuvre unilatérale de la sanction, autrement dit pour éviter les dérives de mise en œuvre arbitraire d'une telle sanction. Dans la mise en demeure, la motivation résiderait alors dans le fait de prévenir le débiteur défaillant de ce qu'il encourt parce qu'il n'exécute pas une des obligations du contrat, obligation non exécutée qui doit être expressément mentionnée dans la rédaction de l'interpellation. Dans la notification de la résolution, le créancier doit expliquer pourquoi il résout le contrat. Il pourrait donc très bien reprendre le contenu de la mise en demeure en constatant que le débiteur ne s'est toujours pas exécuté. On pourrait alors imaginer que la mise en demeure contienne alors une obligation de motivation implicite, à la différence de celle contenue dans la notification qui est obligatoire. Dans ce cas, les contenus de la mise en demeure et de la notification seraient donc relativement proches. Toutefois, une dernière différence entre ces deux « motivations » montre, selon nous, que le contenu de la mise en demeure et celui de la notification ne seront jamais similaires.

En effet, il est possible d'imaginer des raisons différentes invitant à la résolution unilatérale avancées par le créancier entre la mise en demeure et la notification. Lors de la mise en demeure, le créancier devrait plutôt évoquer les obligations non exécutées par celui-ci pour faire valoir son droit de résoudre le contrat en cas d'inexécution persistant. Il invoquerait alors les raisons pour lesquelles il somme son débiteur de s'exécuter. À l'inverse, dans la notification, il doit exprimer son souhait définitif de rompre le contrat. Ici, la motivation sera quelque peu différente. En plus de l'inexécution, cette dernière pourra également être justifiée par la non-action du débiteur pour donner suite à la mise en demeure. Il existerait donc au moins une raison supplémentaire de vouloir mettre fin au contrat. C'est pourquoi, la crainte d'une éventuelle redondance entre les contenus respectifs de la mise en demeure et de la notification n'est, à notre sens, pas fondée.

⁴⁰¹ C. civ. art. 1226 al. 3 (version en vigueur depuis le 01 octobre 2016) : « Lorsque l'inexécution persiste, le créancier notifie au débiteur la résolution du contrat et les raisons qui la motivent ».

⁴⁰² C. civ. art. 1344 (version en vigueur depuis le 01 octobre 2016) : « Le débiteur est mis en demeure de payer soit par une sommation ou un acte portant interpellation suffisante, soit, si le contrat, le prévoit, par la seule exigibilité de l'obligation ».

Pour autant, cette interrogation est légitime car sur ce point, l'article 1226 est silencieux sur le contenu de ces deux interpellations⁴⁰³. Cette interrogation nécessitait d'être présentée dans une optique d'anticipation, c'est-à-dire dans l'hypothèse d'un éventuelle agrandissement domaine d'application de l'obligation de motivation réalisé par la jurisprudence.

61. La motivation de la notification de la résolution – En reprenant la procédure de mise en œuvre de la résolution, le texte 1226 du Code civil prévoit que notification doit obligatoirement être motivée. L'obligation de motivation n'est pas présente dans toutes les sanctions de l'inexécution⁴⁰⁴. Pour autant, elle se retrouve dans la résolution par notification qui la prévoit expressément⁴⁰⁵. L'obligation de motivation est relativement discutée en doctrine⁴⁰⁶. Par exemple, certains auteurs militent en faveur d'une obligation de motivation du créancier dans la réduction du prix⁴⁰⁷. Cette obligation de motivation tend-elle à être généralisée ? En effet, elle pourrait notamment être très utile en matière de contestation dans la mise en œuvre d'une sanction. Ainsi, bien que non généralisée, il serait alors possible d'envisager que les sanctions unilatérales de l'inexécution devraient toutes être motivées pour se préserver des contestations et permettre au juge d'avoir une assise explicite sur laquelle se baser pour déterminer si oui ou non la sanction mise en œuvre l'a été de façon abusive⁴⁰⁸.

L'obligation de motivation serait alors le moyen de contrôler l'exercice du pouvoir unilatéral accordé à l'une des parties pour permettre de prendre en considération, *a minima* du moins, les intérêts de l'autre partie⁴⁰⁹. L'exigence de l'obligation de motivation dans la notification de la résolution unilatérale et son éventuelle généralisation sous condition aux autres sanctions unilatérales sera développée ultérieurement⁴¹⁰. Pour l'heure, les questions de

⁴⁰³ Les textes relatifs à la mise en demeure sont également silencieux sur le contenu de la mise en demeure et sa motivation.

⁴⁰⁴ Y.-M. LAITHIER, « Les sanctions de l'inexécution du contrat », *précit.* : « De manière générale, la réforme ne consacre par l'idée chère à certains auteurs selon laquelle tout exercice d'un pouvoir contractuel devrait être motivé ».

⁴⁰⁵ V. notamment le colloque « Réflexions croisées – la motivation », *RLDC* 2012, n°89.

⁴⁰⁶ C. civ. art. 1226 (version en vigueur depuis le 01 octobre 2016) : « lorsque l'inexécution persiste, le créancier notifie au débiteur la résolution du contrat et les raisons qui la motivent ». Nous soulignons. Voir ég. T. REVET, « L'obligation de motiver une décision contractuelle unilatérale, instrument de vérification de la prise en compte de l'intérêt de l'autre partie », *RDC/2* 2004, p. 580.

⁴⁰⁷ V. notamment sur ce point, F. CHÉNEDÉ, « La réduction du prix », *précit.* ; P. LEMAY, « L'inexécution du contrat : la réduction du prix » in M. LATINA et G. CHANTEPIE (dir. de), *Blog de réforme du droit des obligations, précit.*

⁴⁰⁸ V. *infra* n°290.

⁴⁰⁹ En ce sens, D. MAZEAUD, « Unilatéralisme et motivation en droit des contrats », *D.* 2001, p. 3237. ; v. ég. T. REVET, « Réflexions sur l'unilatéralisme dans le droit rénové des contrats » in *Études en la mémoire de Philippe NEAU-LEDUC, Le juriste dans la cité*, LGDJ, 2018, p. 887 s., spéc. n°12 « En cas de contestation par l'autre contractant, le juge doit donc s'assurer que, dans l'élaboration de sa décision, le contractant investi d'un pouvoir contractuel unilatéral a effectivement et suffisamment tenu compte de l'intérêt de l'autre partie, en sus du sien. ».

⁴¹⁰ V. *infra* n°s290 et s., n°s300 et s. et n°s362 et s.

sa généralisation et l'opportunité de l'avoir imposée dans l'exercice de la résolution unilatérale doivent être mises de côté.

Au contraire, il s'agit ici d'étudier les éventuelles difficultés que l'obligation de motivation peut causer dans la mise en œuvre de la sanction de la résolution unilatérale. Effectivement, cette obligation interroge. Après avoir motivée la notification de rompre le contrat, « sera-t-il possible d'invoquer par la suite d'autres raisons ? »⁴¹¹. Autrement dit, le créancier victime de l'inexécution est-il tenu jusqu'au bout par la motivation émise lors de la notification de rupture du contrat ? De même, que se passe-t-il en cas d'absence de motivation ? Certains auteurs ont pu déclarer à ce titre que « lorsque le créancier insatisfait omettra de motiver sa décision, il s'exposera à ce que le débiteur allègue que sa carence caractérise un « *trouble manifestement illicite* » au sens de l'article 873, alinéa 1^{er} du Code de procédure civile et sollicite[ra] du juge des référés une ordonnance destinée à paralyser de façon temporaire les effets de la résiliation »⁴¹².

Pour l'heure, la jurisprudence n'est pas très éclairante sur ces questions, et très peu de décisions du fond ont eu affaire à la question de l'obligation de motivation sous l'empire du droit positif. La réforme n'apporte pas de précisions sur le contenu de l'obligation de motivation. Il faut regretter les difficultés créées par cette nouvelle exigence⁴¹³ et faire cas, à présent, de celles relatives à l'aménagement conventionnel de la résolution (B).

B. Critiques relatives à l'aménagement conventionnel de la résolution par notification

62. La rédaction des clauses ne permet pas toujours de priver d'effet toutes les sanctions de l'inexécution. Pour s'en convaincre, il suffit de regarder la jurisprudence à propos de la résolution par notification et notamment un arrêt en date du 8 février 2018, où la jurisprudence indique que les clauses venant aménager les modalités de rupture du contrat sont inapplicables à cette sanction⁴¹⁴. Ainsi, bien que non respectées, elles n'entravent pas le jeu de la résolution par notification.

⁴¹¹ M. STORCK, « Inexécution d'un contrat synallagmatique : résolution et exception d'inexécution », *Essentiel Droit des affaires*, 5 juillet 2017.

⁴¹² P. DUPICHOT avec la collaboration de J.-D. BRETZNER et M. THOMAS, « User des prérogatives contractuelles », précit., spéc. n°19.

⁴¹³ V. *infra* n°s300 et s. et n°364.

⁴¹⁴ H. BARBIER, « L'inapplicabilité des modalités contractuelles de rupture du contrat unilatéralement résolu », note sous Cass. Civ. 3^e, 8 fév. 2018, n°16-24.641, *RTD Civ.* 2018, p. 404 et du même auteur, « L'exécution et la sortie du contrat », *précit.*, spéc. p. 45.

Cette décision antérieure à la réforme mais relativement récente, a laissé une nouvelle question en suspens : l'aménagement conventionnel venant exclure la possibilité de résolution unilatérale, à la différence des autres modes de résolution (clause résolutoire et résolution judiciaire), est-il envisageable ? En principe, au nom de la liberté contractuelle, il serait parfaitement envisageable de créer ce type de clause, d'ailleurs aucune décision ne va dans le sens d'une telle interdiction. Les clauses venant interdire le recours à la résolution unilatérale, à condition de laisser aux parties une autre possibilité de résoudre le contrat, ne devraient pas être interdites. A partir du moment où les parties disposent d'un moyen de mettre un terme au contrat en cas d'inexécution, au nom du principe de la liberté contractuelle, rien n'interdit d'exclure le recours à la résolution unilatérale.

De fait, pourquoi la jurisprudence semble *a priori* refuser l'aménagement conventionnels des modalités de la résolution unilatérale ? Implicitement, en rendant l'exécution de la résolution unilatérale de l'article 1226 imperméable aux clauses d'aménagement des modalités de rupture, la Cour de cassation semble indirectement encadrer les clauses relatives aux modalités de rupture et donc celle relatives à la résolution. Si l'exclusion conventionnelle de la résolution est tolérée, au nom de la liberté contractuelle, ce même principe ne doit pas entraver les possibilités d'aménagements conventionnels des modalités de la rupture unilatérale. Cependant, à notre sens, il apparaît plus dangereux pour les parties d'aménager les modalités de rupture du contrat notamment en admettant qu'une simple inexécution puisse donner lieu à la rupture unilatérale du contrat, que d'interdire purement et simplement le recours à la résolution unilatérale. De même, le mécanisme des clauses résolutoires qui permet d'aménager les modalités de résolution du contrat, et autorise l'aménagement des modalités de la résolution unilatérale viendrait alors faire doublon avec le mécanisme des clauses résolutoires.

La résolution unilatérale est une sanction légale et non conventionnelle, prévue légalement par les textes à l'instar des clauses résolutoires. Elle doit garder son rôle de sanction légale du contrat et, si son aménagement conventionnel est possible dans les faits, aucune décision de jurisprudence n'est venue autoriser une telle pratique. Il est alors envisageable qu'à l'image de la décision de 2018 relative à l'aménagement des modalités de la rupture unilatérale que les juges interdisent une telle possibilité, ou du moins la limite. Pourtant, une telle solution pourrait s'avérer contraire au principe de liberté contractuelle, d'autant plus que l'article 1226 du Code civil n'est pas d'ordre public. Pour éviter tout ce questionnement, ces problèmes liés aux nouvelles sanctions de l'inexécution, il convient de noter que le rôle des rédacteurs d'acte est capital. Ceux-ci doivent composer avec les juges pour faire valoir, au nom de la liberté

contractuelle, un aménagement toujours plus efficace des sanctions unilatérales de l'inexécution, en évitant les censures. Finalement, ce n'est qu'à ce prix qu'il est possible d'envisager une application paisible des sanctions unilatérales de l'inexécution. Pour l'heure, en l'état actuel, l'aménagement contractuel des sanctions de l'inexécution, et plus spécifiquement de la résolution unilatérale, interroge et la réforme n'est pas davantage éclairante sur ce point⁴¹⁵.

63. Conclusion du §2 – A l'image de l'exception d'inexécution, la résolution unilatérale est issue d'une codification à droit constant. Il faut donc saluer son intégration dans le Code civil. Pourtant, bien que connue des juristes depuis de nombreuses années, cette nouvelle mesure légale crée des difficultés. Elle interroge sur sa mise en œuvre mais aussi sur son aménagement. Fort heureusement, ces difficultés peuvent être surmontées⁴¹⁶.

64. Conclusion de la section 2 – Destinée à mettre fin au contrat, la résolution unilatérale est une mesure fondamentale des sanctions de l'inexécution. Désormais, une partie peut mettre fin au contrat en se passant du juge. Certes, cette prérogative existait déjà en jurisprudence mais c'est la première fois qu'elle fait l'objet, en droit commun, d'une codification spécifique. Certains diront qu'il était temps. D'autres peuvent être encore réticents à cette intégration. Il n'en demeure pas moins que la résolution a désormais toute sa place en droit français. Avec un passif jurisprudentiel aussi important, il aurait été possible de penser que sa codification soit plus simple, très claire. Il n'en est rien et comme les autres sanctions unilatérales, des difficultés, de rédaction et de fond, apparaissent. L'article 1226 du Code civil laisse, lui aussi, des questions en suspens.

⁴¹⁵ V. *infra* n^{os}82 et s.

⁴¹⁶ V. *infra* n^{os}253 et s.

CONCLUSION DU CHAPITRE 1

65. L'analyse de chaque sanction unilatérale a conduit à les introduire les unes après les autres et à en relever les différentes critiques. La présentation de chaque mesure a montré que chaque sanction unilatérale dispose d'un régime propre. Le constat est celui d'une absence d'uniformité des conditions d'exercice de celles-ci. À l'inverse, les nombreuses critiques dont elles peuvent faire l'objet ont révélé des thèmes communs tels que la rédaction des nouvelles dispositions, l'aménagement conventionnel, la mise en œuvre procédurale, l'exercice des conditions de fond ou encore la contestation de chaque mesure. En l'état du droit positif, chaque sanction présente *a minima* une de ces difficultés, qu'elles soient formelles ou substantielles. Le nombre important de ces premières critiques aboutit à admettre que l'intégration, en l'état, des sanctions unilatérales dans le Code civil, n'est pas entièrement satisfaisante.

Ce premier constat nous conduit à nous interroger à présent sur l'origine de ces différents défauts. Sont-ils dus à des imprécisions dans la rédaction des textes ou, au contraire, sont-ils plus profonds ? En d'autres termes, il apparaît intéressant de se demander si ces défauts sont surmontables. Parce que les sanctions unilatérales sont désormais insérées dans le droit commun de l'inexécution, les griefs formulés contre celles-ci sont-ils temporaires ? Ces différentes difficultés ne risquent-elles pas de dissuader les créanciers d'avoir recours aux sanctions unilatérales ? À ce stade de l'étude, les réponses ne sont pas évidentes.

Les défauts des sanctions sont de plusieurs ordres. D'abord, certains sont temporaires et le peu, voire l'absence, de jurisprudence sous l'empire du droit positif en la matière les intensifie, ou du moins ne permet pas de les atténuer. La codification pure, sans que les textes n'aient encore été appréhendés régulièrement par les tribunaux, génère parfois des difficultés temporaires. Or, le temps et l'utilisation des nouvelles dispositions et leur contestation devant les tribunaux exercent un rôle non négligeable lorsqu'il s'agit d'éclaircir les nouvelles dispositions ou de les adapter⁴¹⁷. Ce temps, durant lequel les nouvelles mesures unilatérales

⁴¹⁷ Par exemple, il n'est pas rare que la jurisprudence s'approprie des dispositions pour en éclaircir le sens, ou parfois même le complexifier. A ce titre, il est possible de penser aux différentes déformations jurisprudentielles de la cause qui ont conduit à diverses utilités de celles-ci. Sur les différentes utilités de la cause, v. en ce sens (non exhaustif) : J.-M. GUÉGEN, « le renouveau de la cause en tant qu'instrument de justice contractuelle », *D.* 1999, p.352 ; J. GHESTIN, « Le renouveau doctrinal actuel de l'absence de cause », *JCP* 2006, I. 194. ; X. LAGARDE, « Sur l'utilité de la théorie de la cause », *D.* 2007, 740 ; D. GUÉRIN-SEYSEN, « Libres propos sur l'instrumentalisation et la pérennité de la notion de cause », *Petites affiches*, 19 septembre 2011 n° 186, p. 8 s. ;

vont prendre vie, pourrait alors permettre de répondre à certaines interrogations posées par les textes notamment lorsque les sanctions unilatérales sont déjà connues, en jurisprudence, à l'image de la résolution unilatérale ou de l'exception d'inexécution. Ensuite, il en va de même lorsque les défauts présentés peuvent s'apparenter à des erreurs de plume, à l'image de la rédaction de l'article 1223 du Code civil relatif à la réduction proportionnelle et unilatérale du prix qui a été largement discuté. A ce titre, certaines sanctions unilatérales sont peut-être simplement victimes de maladresses de rédaction, qu'il sera alors facile de corriger, ou du moins, qui n'empêcheront pas les parties victimes d'une inexécution d'y avoir recours. Enfin, dans une moindre mesure, dans certains cas, ces défauts sont plus structurels et portent sur le fond de la sanction. Surmonter ces derniers apparaît plus complexe. Nous pensons ici aux incertitudes relatives à l'exercice de l'exception d'inexécution anticipée ou encore au contenu de l'obligation de motivation nécessaire à la notification de la résolution unilatérale.

66. Il faut donc retenir que les difficultés propres à chaque sanction, prises isolément, ne nous apparaissent pas comme insurmontables. En effet, la codification des nouvelles sanctions repose, pour la plupart d'entre elles, sur une reprise à droit constant des solutions jurisprudentielles antérieures. Si les textes sont parfois insuffisants à combler les difficultés posées par l'exercice de ces nouvelles mesures, la jurisprudence antérieure pourrait continuer à être utile pour préciser et développer le régime des nouvelles sanctions unilatérales. Insérer légalement des sanctions unilatérales était devenu nécessaire, tant le recours à celles-ci était devenu courant. Par conséquent, à notre avis, c'est plutôt l'importance du nombre des critiques propres à chaque sanction unilatérale qui inviterait à penser que les sanctions unilatérales présentent des difficultés plus profondes et plus difficilement surmontables que des simples maladresses, imprécisions ou lacunes de rédaction. L'étude des critiques des sanctions unilatérales dans un cadre plus général, avec les sanctions judiciaires, devrait continuer de convaincre, que l'intégration de ces dernières dans le droit positif, est insatisfaisante et nécessite une amélioration significative (chapitre 2).

T. GENICON, « Théorie de la cause : les vraies raisons pour lesquelles on y revient sans cesse », *RDC/4* 2013, p. 1321.

CHAPITRE 2 : LES CRITIQUES DE LA DISPOSITION COMMUNE À TOUTES LES SANCTIONS UNILATÉRALES

67. **L'article 1217 du Code civil** – Faire état des critiques de l'intégration des sanctions unilatérales dans les sanctions de l'inexécution suppose de revenir sur l'article 1217 du Code civil. Cette nouvelle disposition constitue désormais le point de départ du droit de l'inexécution en droit commun. Le droit de l'inexécution n'est plus dispersé dans le Code civil au travers de différentes dispositions⁴¹⁸. L'article regroupe le panel des sanctions, unilatérale et judiciaires, offertes au créancier en cas d'inexécution de son débiteur. Ces dernières sont dorénavant présentées très clairement. Une liste complète de celles-ci est dressée. Cette nouvelle disposition concerne « la partie envers laquelle l'engagement n'a pas été exécuté » et celle victime d'une inexécution imparfaite⁴¹⁹. Elle présente les différentes possibilités offertes au créancier victime de l'inexécution, dont une nouvelle liste de sanctions unilatérales. Enfin, le dernier alinéa de cet article prévoit que les sanctions peuvent se cumuler entre elles, lorsqu'elles ne sont pas incompatibles⁴²⁰.

En outre, rappelons que les textes de la réforme sont accompagnés d'un Rapport au Président de la République, ayant pour objectif « d'expliquer dans l'ordre du code les textes adoptés en indiquant les intentions qui ont guidé les rédacteurs de l'ordonnance »⁴²¹. Ce dernier propose notamment d'éclairer les interrogations relatives à l'article 1217. Cependant, il se contente de rappeler que « cet article énumère en son premier alinéa l'ensemble des sanctions à la disposition du créancier d'une obligation non exécutée »⁴²². Il poursuit en précisant que « l'ordre de l'énumération n'a aucune valeur hiérarchique, le créancier victime de l'inexécution étant libre de choisir la sanction la plus adaptée à la situation »⁴²³. Sur le plan théorique, il faut

⁴¹⁸ Le droit de l'inexécution était auparavant dispersé au travers de nombreuses dispositions du Code civil, v. en ce sens, le Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 *précit.* « En effet, le régime de l'inexécution contractuelle constitue assurément l'une des carences du code civil, dont les règles en la matière sont éparées et incomplètes : l'exécution en nature par exemple est traitée avec les obligations de faire et de ne pas faire, et les obligations de donner ; les textes sont muets sur l'exception d'inexécution ; enfin la résolution est évoquée à l'occasion des obligations conditionnelles ».

⁴¹⁹ C. civ. art. 1217 (version en vigueur depuis le 01 octobre 2018) : « la partie envers laquelle l'engagement n'a pas été exécuté ou l'a été imparfaitement, peut [...] ».

⁴²⁰ À ce titre, le Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 *précit.*, indique également que le dernier alinéa règle l'articulation entre ces différents remèdes qui peuvent se cumuler s'ils ne sont pas incompatibles et rappelle que les dommages et intérêts sont toujours compatibles avec les autres sanctions si les conditions de la responsabilité civile sont réunies ».

⁴²¹ F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE et F. CHÉNEDÉ, *Droit civil, les obligations, op. cit.*, p. 50, spéc. n°63.

⁴²² Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 *précit.* « Section 5 : L'inexécution du contrat ».

⁴²³ Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 *précit.*, « Section 5 : L'inexécution du contrat ».

saluer la présence de l'article liminaire de présentation des nouvelles sanctions⁴²⁴. Toutefois, vis-à-vis des sanctions unilatérales, ce dernier peut faire l'objet de critiques.

68. Les critiques tirées de la présentation formelle des sanctions – D'abord, il est permis de s'interroger sur l'exhaustivité de la nouvelle liste des sanctions unilatérales, puisque la réponse n'apparaît pas davantage dans le Code civil que dans le Rapport au Président de la République⁴²⁵. Certes, les sanctions unilatérales peuvent se cumuler⁴²⁶, mais de quelle manière, puisque l'article 1217 n'est pas d'ordre public ? Enfin, *quid* de leur aménagement contractuel dont ni le Code civil ni le Rapport ne disent mot ? Il conviendra donc d'exposer les différentes critiques relatives à la présentation formelle de l'article 1217 du Code civil, qui concernent la liste, le cumul et les hypothèses d'aménagement conventionnel des sanctions unilatérales.

69. Les critiques tirées de l'absence de hiérarchisation des sanctions de l'inexécution – Ensuite, comme l'indique le Rapport au Président de la République, dans la présentation de sanctions, il n'existe pas de hiérarchie entre elles, c'est-à-dire qu'aucune référence n'est faite quant à la façon dont les sanctions s'articulent entre elles⁴²⁷. Il faut donc comprendre qu'aucune sanction n'a priorité sur une autre. Les sanctions unilatérales ne priment pas sur les sanctions judiciaires, et inversement. De fait, la place des mesures unilatérales de l'inexécution, parmi le panel des sanctions offert au créancier victime, peut *a priori* se développer librement. En l'absence d'une telle hiérarchie, la liberté contractuelle⁴²⁸ est favorisée et place le recours aux sanctions unilatérales sur le même plan que celui des sanctions judiciaires, alors qu'auparavant ces dernières étaient privilégiées en cas d'inexécution. Quelles sont les conséquences de cette absence de hiérarchie ? Avant d'en faire état, il sera nécessaire de relever les différentes critiques relatives à cette absence.

En ce qui concerne l'intégration des sanctions unilatérales, deux types de critiques doivent être évoqués. Le premier concerne la présentation formelle de ces nouvelles sanctions réalisée par l'article 1217 du Code civil (section 1). Le second aura trait aux conséquences relatives à

⁴²⁴ Y.-M. LAITHIER, « Les sanctions de l'inexécution », *précit.*

⁴²⁵ Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016, *précit.* : à propos de l'article 1217, « Cet article énumère en son premier alinéa l'ensemble des sanctions à la disposition du créancier d'une obligation non exécutée ».

⁴²⁶ C. civ. art. 1217 *in fine* (version en vigueur depuis le 01 octobre 2018).

⁴²⁷ TLFi, v° Hiérarchie (fig.) : « Classification, de gradation croissante ou décroissante selon une échelle de valeur, de grandeur ou d'importance. ».

⁴²⁸ C. civ. art. 1103 (version en vigueur depuis le 01 octobre 2016).

l'absence hiérarchie entre les sanctions judiciaires et unilatérales, au sein de cette même disposition (section 2).

Section 1 : Les critiques de la présentation formelle de l'article 1217

70. Le législateur a pris le parti de réaliser une présentation plus ordonnée du droit de l'inexécution selon l'objectif de simplification des textes imposé par l'ordonnance⁴²⁹. L'article 1217 du Code civil dresse une liste de sanctions prédéfinies, judiciaires et unilatérales, dont peut user la partie victime d'une inexécution. Au sein de cet article, le cumul des sanctions est également possible. Toutefois, concernant les sanctions unilatérales, ce dernier a fait l'objet de nombreuses discussions⁴³⁰ et pose encore aujourd'hui différents problèmes⁴³¹. Corrélativement, étudier les sanctions unilatérales sous le prisme de l'article 1217 conduit à la question de l'aménagement contractuel de celles-ci, totalement passé sous silence par la réforme. Ainsi, parce que l'article 1217 du Code civil est totalement inédit, il faut admettre que ce dernier génère diverses interrogations, auxquelles les sanctions unilatérales n'échappent pas.

D'abord, l'exhaustivité et le cumul des sanctions sont les premiers points à étudier pour déceler les éventuelles difficultés de l'article 1217 du Code civil (§1). Ensuite, l'article 1217 du Code civil invite à s'intéresser aux possibilités d'aménagements conventionnels des sanctions unilatérales et aux hypothétiques difficultés qui peuvent se poser, puisque la réforme est silencieuse sur ce point (§2).

⁴²⁹ Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016, *précit.* : « L'ordonnance se propose par conséquent de regrouper l'ensemble des règles relatives à l'inexécution contractuelle en une seule section, divisée en cinq sous-sections respectivement consacrées aux différentes sanctions de l'inexécution, et présentées à titre liminaire à l'article 1217. ». Selon ce même rapport, les consultations diverses de la doctrine et des différents praticiens du droit ont permis « d'aboutir à un texte répondant aux objectifs fixés de modernisation, de simplification, d'accessibilité et d'efficacité du droit commun des contrats et du régime des obligations, et susceptible de répondre aux attentes des praticiens. ».

⁴³⁰ En ce sens (non exhaustif), Y.-M. LAITHIER, « Les sanctions de l'inexécution du contrat », *précit.* ; J.-F. HAMELIN, « L'exercice des nouveaux pouvoirs unilatéraux » in Dossier « Les nouveaux pouvoirs unilatéraux du contractant », *RDC/3* 2018, p. 514 ; H. BARBIER, « L'exécution et la sortie du contrat », *précit.*

⁴³¹ H. LÉCUYER, « L'inexécution du contrat », *précit.* ; Ph. DELEBECQUE, « L'articulation et l'aménagement des sanctions de l'inexécution du contrat », *précit.* La jurisprudence sur le cumul des sanctions de l'inexécution est florissante, en ce sens v. O. DESHAYES, « La stipulation des sanctions contractuelles n'exclut pas la mise en œuvre des solutions issues du droit commun des obligations », *JCP G*, 8 avril 2019, n°14, p ; 642 s. note sous Cass. 3^{ème} civ. 14 fév. 2019, n°17-31.665 ; H. BARBIER, « L'articulation des sanctions contractuelles : entre exclusivité, cumul et inclusions », *précit.*

§1 : Les critiques relatives à la liste et au cumul des sanctions unilatérales

71. Sur le plan formel, l'article 1217 dresse une liste des sanctions de l'inexécution, nouvelle et, *a priori*, exhaustive qu'il convient de présenter pour savoir si celle-ci est impérative lorsqu'il s'agit des sanctions unilatérales (A). *In fine*, l'article évoque le point du cumul des sanctions, qu'il faut également soumettre à l'étude, pour témoigner des éventuelles difficultés non abordées par la réforme (B).

A. Les critiques relatives à l'exhaustivité incertaine de la liste des sanctions unilatérales

72. Le regroupement des sanctions de l'inexécution – L'article 1217 présente les sanctions de l'inexécution. Il vient surtout les regrouper, car il faut se souvenir qu'avant la réforme, celles-ci étaient dispersées dans le Code civil⁴³². Par ailleurs, certaines n'étaient même pas codifiées⁴³³. Cette nouvelle disposition consacre l'œuvre jurisprudentielle relative aux nouvelles mesures unilatérales⁴³⁴. Dans l'objectif de clarification des textes, l'article 1217 traduit donc une simple présentation des nouvelles sanctions s'offrant au créancier victime d'une inexécution, quelle qu'elle soit⁴³⁵. Ce regroupement doit alors être salué car il permet, en une simple lecture, au contractant victime de l'inexécution de savoir comment protéger ses propres intérêts, sans avoir à rechercher dans divers articles du droit des contrats, la sanction adéquate. Toutefois, cette nouvelle présentation des sanctions de l'inexécution suscite des interrogations.

73. La question des modalités de choix de la sanction – En cas d'inexécution, une partie doit-elle impérativement choisir une sanction prévue à l'article 1217 ? Cette question posée par la présentation de l'article 1217 n'est pas propre aux sanctions unilatérales. Elle se pose également pour les sanctions judiciaires. En effet, bien que commune à tous les types de sanction, les zones d'ombre qui demeurent sont particulièrement regrettables dans le domaine des sanctions unilatérales, peut-être parce qu'elles sont prises aux risques et périls du créancier.

⁴³² Les règles relatives à la résolution étaient codifiées à l'art. anc. 1184 du Code civil, l'exécution forcée aux articles 1142 et 1143 anc. du Code civil (version en vigueur du 17 février 1804 au 01 octobre 2016).

⁴³³ Il est fait référence ici à la réduction du prix et à l'exception d'inexécution, classique ou préventive.

⁴³⁴ Pour l'exception d'inexécution, v. par ex. Cass. Com. 19 déc. 1962, bull. civ. n°523, *précit.* ; Cass. Soc. 31 mai 1967, bull. civ. n°433, *précit.* Pour la résolution, v. également Cass. Civ. 1^{ère}, 13 oct. 1998, Bull. Civ. n°300, *précit.*

⁴³⁵ H. BARBIER, « L'exécution et la sortie du contrat », *précit.* ; Y.-M. LAITHIER, Les sanctions de l'inexécution du contrat, *précit.*

En l'absence d'impérativité de l'article 1217 du Code civil, il est possible d'envisager que les créanciers aient recours à d'autres mesures unilatérales. De plus, aucune information n'est donnée pour éclairer les modalités du choix de la sanction, unilatérale ou judiciaire, offert au créancier⁴³⁶. S'il commet une faute dans sa propre exécution, dispose-t-il toujours d'un libre choix dans le recours aux sanctions unilatérales ou judiciaires ?⁴³⁷ *A posteriori*, peut-il modifier son choix de sanction alors qu'il vient de mettre en œuvre une sanction unilatérale et décider d'avoir recours à une sanction judiciaire ? Par exemple, le créancier qui met en demeure son débiteur de s'exécuter dans un laps de temps déterminé, à défaut de quoi il résoudra le contrat par voie unilatérale, peut-il en cas d'inexécution constatée, décider d'avoir recours au juge plutôt que de notifier la résolution ? *A priori*, le droit au juge l'y autorise⁴³⁸. Toutefois, ces questions laissées sans réponse conduisent à regretter le silence du législateur sur la question des modalités du choix de la sanction par le créancier. Encore une fois, puisque l'article 1217 du Code civil n'est pas d'ordre public, on peut supposer que cette absence favorise la liberté contractuelle. Cependant, dans certaines situations, les modalités de choix peuvent avoir une importance cardinale notamment lorsque les contractants sont placés dans une situation déséquilibrée. Les modalités de choix d'une sanction unilatérale ou judiciaire sont donc une première interrogation posée par l'article 1217 du Code civil. Celle-ci n'est pas la seule.

74. La liste des sanctions de l'inexécution : une liste exhaustive ? – Il s'agit ici de savoir si la liste des sanctions est exhaustive. Le rapport au Président de la République est très clair sur ce point. Elle ne l'est pas. Il ne saurait d'ailleurs en être autrement en vertu du principe de la liberté contractuelle⁴³⁹. De plus, il est acquis que la jurisprudence a, pour grande partie, permis de créer des sanctions unilatérales. En effet, il n'est pas rare, ni nouveau, que les juges, par leurs décisions pratiques, créent de nouvelles sanctions, comme en témoignent la naissance jurisprudentielle de l'exception d'inexécution, de la résolution unilatérale mais également celle de la fixation unilatérale du prix⁴⁴⁰. La création et le régime de ces dispositions ont été façonnés par la jurisprudence. Or, la jurisprudence fait suite à des décisions de justice, amorcées par les

⁴³⁶ Y.-M. LAITHIER, « Les sanctions de l'inexécution du contrat », *précit.*

⁴³⁷ *Ibid.*

⁴³⁸ S. GUINCHARD (S.) (dir.), *Droit et pratique de la procédure civile*, Dalloz action 2021-2022, « Titre 31 – Les garanties d'une bonne justice », spéc. n°31.11 : « l'accès au juge est alors un des éléments clés de l'accès au droit, conçu comme un attribut majeure de la citoyenneté : il offre à chacun la possibilité d'une considération pour ses revendications ».

⁴³⁹ En vertu de ce principe, les parties sont libre de contracter ou de ne pas contracter et de choisir le contenu du contrat, v. M. LATINA, « Liberté contractuelle », *Rép civil Dalloz*, mise à jour avril 2023, n°s101 s. V. ég. *infra* n°83.

⁴⁴⁰ Cass. Ass. Plén. 1^{er} déc. 1995, n°93-13.688, n°91-15.578, n°91-15.999, n°91-19.653 *précit.*

conseils. En ce sens, la liberté contractuelle a pu, dans une certaine mesure, favoriser la création de mesures unilatérales.

Par conséquent, à notre sens, deux interprétations sont possibles à propos de la question de savoir si la liste présentée à l'article 1217 du Code civil est exhaustive ou non. Dans une certaine mesure, comme il s'agit d'un droit neuf, qui a tenté d'anticiper au maximum les problèmes d'inexécution, il est possible de penser que la liste de l'article 1217 est exhaustive. Les parties n'auront alors d'autres choix que d'avoir recours à une sanction prévue par l'article. D'un autre côté, à défaut d'indication contraire, il est aussi envisageable de considérer que cette dernière n'est pas exhaustive et d'imaginer que d'autres sanctions pourront s'ajouter à cette nouvelle présentation, au fil du temps, pour compléter le nouveau droit de l'inexécution. D'abord, rien n'interdit à la jurisprudence de créer une sanction hors liste, totalement inédite non encore codifiée à l'image de ce qui a été fait lorsqu'ont été respectivement créées l'exception d'inexécution, la réduction unilatérale du prix et la résolution par notification grâce au pouvoir créateur du juge. Toute la question repose alors sur le point de savoir si elle le fera réellement maintenant que les sanctions unilatérales ont été codifiées. Ensuite, il faut également s'interroger sur le point de savoir si les parties pourront avoir recours à une sanction inédite, hors liste, jurisprudentielle ou totalement *sui generis*. Il n'est pas impossible d'envisager qu'à l'avenir, les conseils de créanciers victimes d'inexécution tentent d'utiliser des sanctions unilatérales nouvelles, non codifiées, à l'image de la résolution unilatérale anticipée, qui n'a pas été consacrée par la réforme du droit des contrats, pour tenter de pallier l'inexécution inévitable mais non encore avérée du débiteur défaillant de leur client. Dans ce cas, même si la résolution par anticipation n'est pas admise en droit français, il est envisageable qu'elle prenne corps en jurisprudence, par une création des conseils et une reconnaissance légale par les juges. De fait, les juges pourront parfaitement accepter d'assouplir les textes pour créer des sanctions unilatérales nouvelles, entièrement inédite ou avec un régime aménagé.

Si l'on considère que la liste de l'article 1217 n'est pas exhaustive, encore faut-il pour que les parties usent d'une sanction de l'inexécution non codifiée et que les juges l'entérinent, que l'article 1217 ne soit pas d'ordre public⁴⁴¹. Il faut pouvoir y déroger. Là encore, sur ce point le Rapport au Président de la République tranche le problème en déclarant que les sanctions de l'inexécution ne sont pas d'ordre public⁴⁴². Cette absence d'impérativité de l'article 1217 nous conduit alors à penser que la liste des sanctions n'est pas exhaustive. De plus, par l'absence du caractère d'ordre public de l'article 1217 et en vertu du principe de liberté contractuelle de

⁴⁴¹ Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 *précit*.

⁴⁴² *Ibid.*

l'article 1102 du Code civil, les parties peuvent toujours aménager contractuellement les suites d'une inexécution⁴⁴³. Cet aménagement peut alors venir modifier et façonner différemment le régime des sanctions prévues à l'article 1217 du Code civil. Il ne tient qu'aux rédacteurs d'actes d'être inventifs pour donner naissance à de nouvelles mesures unilatérales ou modifier leur régime, qui feront certainement l'objet de contentieux et pour lesquelles les juges valideront ou non leur existence et leur légalité. Dans une telle hypothèse, ils pourraient alors éventuellement entériner la création de nouvelles sanctions totalement innovantes et inédites. L'absence d'impérativité de la liste permettrait donc de croire que les parties, appuyées par les juges, ou les juges eux-mêmes pourront créer, dans l'avenir, des sanctions unilatérales nouvelles.

75. La dérogation à l'article 1217 en dehors d'un quelconque aménagement contractuel ? – Une autre interrogation induite par la nouvelle présentation de l'article 1217 réside dans la possible dérogation à la liste, en dehors d'un quelconque aménagement contractuel. Sur ce point, il apparaît que, à la lecture, l'article 1217 n'est pas aussi clair qu'il n'y paraît. Aucune indication relative à l'aménagement conventionnel des sanctions unilatérales et judiciaires ne se décèle dans le texte. De même, le Rapport accompagnant l'ordonnance ne l'évoque pas. Seul le principe de liberté contractuelle prévu à l'article 1102 du Code civil laisse alors supposer qu'un tel aménagement est possible. Cette question relative aux possibilités d'aménagement des sanctions n'est pourtant pas anodine. En effet, il existe un risque que les sanctions prévues à l'article 1217 soient écartées par une clause du contrat. *A fortiori*, si les sanctions unilatérales demeurent inutilisées, car écartées conventionnellement, il faudrait alors conclure que l'intégration des nouvelles sanctions unilatérales dans le droit de l'inexécution est imparfaite. Le propos doit tout de même être nuancé.

D'abord, les nouvelles sanctions unilatérales de l'article 1217 du Code civil sont les plus courantes. C'est d'ailleurs ce qui explique qu'elles aient fait l'objet d'une codification au titre du droit commun de l'inexécution.

Ensuite, il faut comprendre que les sanctions unilatérales présentées par l'article 1217 du Code civil sont, dans une large mesure, inspirées du droit spécial des contrats⁴⁴⁴. En vertu de l'adage, *specialibus generalibus derogant*⁴⁴⁵, les parties peuvent faire appel aux règles propres du contrat spécial qu'elles ont conclues. Si des règles particulières sont applicables, aucun problème ne se pose. Ainsi, concernant les contrats nommés classiques tels que la vente, le bail,

⁴⁴³ V. *infra* n°83 et s.

⁴⁴⁴ H. BARBIER, « L'articulation des sanctions contractuelles : entre exclusivité, cumul et inclusions », *précit.*

⁴⁴⁵ Les lois spéciales dérogent aux lois générales.

le mandat ou encore le prêt, les règles spéciales régiront l'inexécution du contrat. Il est intéressant d'ailleurs de préciser, sur ce point, que les sanctions unilatérales ne sont pas nouvelles en droit spécial des contrats. Elles sont déjà présentes de longue date dans les règles de l'inexécution des contrats spéciaux.

A titre d'exemple, en droit de la vente, l'exception d'inexécution permet, par l'article 1612 du Code civil, à l'acheteur de refuser de payer le prix tant que la chose n'a pas été reçue⁴⁴⁶. D'autres sanctions aujourd'hui consacrées de façon unilatérale étaient présentes en droit de la vente, telles que les facultés de rétractation d'une partie. Bien qu'elles ne soient pas des sanctions à proprement parler, celles-ci démontrent que « l'unilatéralisme peut être utilisé comme un moyen de protection d'une partie » et qu'il ne s'agit pas d'une véritable nouveauté de la réforme⁴⁴⁷.

De même, la réduction du prix est un autre exemple de la présence des sanctions unilatérales en droit spécial. En effet, la réduction du prix existait déjà en droit de la vente avec l'action estimatoire qui sanctionne les vices cachés avec l'article 1644 du Code civil⁴⁴⁸, ou encore avec l'article L217-10 du Code de la consommation qui traite de la garantie légale de conformité des biens de consommation. Certes, bien que la sanction de la réduction du prix de l'article 1644 se rapproche de la nouvelle possibilité offerte par la réforme du droit des contrats, cette action n'est néanmoins pas considérée comme unilatérale, puisqu'elle fait nécessairement intervenir le juge. Toutefois, il faut admettre que le mécanisme de réduction du prix, dans sa globalité, et non dans sa version unilatérale, n'est pas une nouveauté dans le domaine de la vente. De plus l'article 1657 du Code civil dispose que, « en matière de vente de denrées et effets mobiliers, la résolution de la vente aura lieu de plein droit et sans sommation, au profit du vendeur, après l'expiration du terme convenu pour le retirement »⁴⁴⁹. En matière de denrées périssables, le Code civil accepte donc que le vendeur puisse se sortir rapidement du contrat afin de trouver un autre acquéreur afin d'éviter de perdre ses marchandises. Cette faculté du vendeur peut alors s'apparenter à une forme d'exception d'inexécution, si l'exécution du contrat n'a pas été finalisée. Étendu aux ventes commerciales et civiles notamment⁴⁵⁰, et soumis à certaines

⁴⁴⁶ Pour information complémentaire, v. C. civ. art. 1948 qui permet également la même possibilité concernant le contrat de dépôt.

⁴⁴⁷ S. BROS, « La place de l'unilatéralisme : progrès ou danger ? » *précit.* : « les facultés de rétractation que le législateur a instituées dans les ventes à distance, dans les ventes par démarchage, dans les ventes à crédit et dans les ventes immobilières ».

⁴⁴⁸ C. civ. art 1644.

⁴⁴⁹ C. civ. art. 1657.

⁴⁵⁰ Pour les ventes commerciales v. notamment Cass. Civ., 27 fév. 1828, *DP.* 1828, 1, p. 146 ; Cass. Com. 27 mai 1983, *Bull. civ.*, IV, n°155, p. 136 et pour les ventes civiles v. notamment Req. 11 juill. 1882, *DP.* 1883, 1, p. 304.

conditions, cet article démontre que l'unilatéralisme était déjà présent dans le Code civil⁴⁵¹ bien avant la réforme du droit des contrats ou les projets de réforme du droit des contrats spéciaux⁴⁵². Il a été expliqué que cet article s'était « bilatéralisé » avec le développement de la pratique du laissé pour compte⁴⁵³. Il s'agit de la situation où l'acheteur pouvait refuser de prendre livraison de la marchandise (défectueuse ou livrée trop tardivement) et la laisser à la charge du débiteur⁴⁵⁴. Dans une telle situation, cette pratique ne consistait plus en une exception d'inexécution mais, bel et bien, en une résolution unilatérale car « l'acheteur entend mettre fin au contrat de manière définitive »⁴⁵⁵. Cette résolution, bien que soumise au contrôle du juge, n'en demeure pas moins unilatérale puisque le contrôle effectué par le juge n'intervient qu'*a posteriori*⁴⁵⁶. Ainsi, nombreux sont les exemples en droit de la vente où étaient et sont ouvertes des facultés unilatérales à l'une ou l'autre des parties dans la phase d'inexécution du contrat. Dans le Code civil, il existait donc déjà des règles unilatérales. Le véritable intérêt d'insérer des sanctions unilatérales au titre du droit commun peut donc être remis en question. En effet, certains contrats spéciaux valident le principe de la rupture unilatérale selon des règles particulières propres à chacun.

C'est ainsi, que dans le cas du bail à durée indéterminée sans écrit, la rupture unilatérale prend forme au travers du congé par lequel le bailleur peut se libérer du preneur⁴⁵⁷. A l'inverse, lorsque le bail est à durée déterminée, il ne peut prendre fin qu'au terme fixé. En cas de rupture anticipée, seule la résolution judiciaire est envisageable par le biais de l'article 1741 du Code civil. Les règles classiques de rupture du contrat de bail ne diffèrent pas des règles classiques du droit des contrats, demeurées inchangées depuis la réforme, à l'image des nouveaux articles 1210 et 1211 du Code civil qui, respectivement, prohibent les engagements perpétuels et autorisent la rupture unilatérale dans les contrats à durée indéterminée, et du nouvel article 1212 du Code civil qui l'interdit dans les contrats à durée déterminée. Finalement, les règles du bail intègrent en leur sein une part d'unilatéralisme, existant déjà antérieurement à la réforme du droit des contrats et au projet de réforme du droit des contrats spéciaux.

⁴⁵¹ C. JAMIN, « Les conditions de la résolution du contrat : vers un modèle unique ? » *précit.* spéc. p.473-474 : « il faut cependant que le terme ait été fixé dans le contrat, ce qui exclut qu'il résulte uniquement d'une mise en demeure de prendre livraison avant une certaine date. Il faut en outre que le défaut de retraitement résulte d'une faute de l'acheteur. ».

⁴⁵² *Avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux*, Commission présidée par le Professeur Philippe STOFFEL-MUNCK, juillet 2022, disponible en ligne : <http://www.textes.justice.gouv.fr/textes-soumis-a-concertation-10179/la-reforme-du-droit-des-contrats-speciaux-34548.html> [page consultée le 10/01/2023].

⁴⁵³ C. JAMIN, « Les conditions de la résolution du contrat : vers un modèle unique ? », *précit.*

⁴⁵⁴ *Ibid.*

⁴⁵⁵ *Ibid.*

⁴⁵⁶ *Ibid.*

⁴⁵⁷ C. civ. 1736.

De plus, en matière de contrat de bail, la rupture unilatérale, telle qu'elle est désormais consacrée en droit commun, est possible depuis bien longtemps lorsque l'on se penche sur le droit spécial de ce type de contrat. Par exemple, en matière de bail d'habitation, l'article 12 de la loi du 6 juillet 1989 précise que le preneur peut rompre le bail à tout moment en donnant congé au bailleur et en respectant un délai de préavis légalement fixé. Au titre de l'article 15 de cette même loi, le propriétaire bailleur peut rompre unilatéralement le contrat à condition qu'il justifie d'un motif légitime, « notamment l'inexécution par le locataire de l'une des obligations qui lui incombent »⁴⁵⁸.

Enfin, le bail n'est pas le seul contrat spécial qui offre des mesures unilatérales aux contractants, depuis la création du Code civil. Le prêt, défini à l'article 1874 du Code civil, n'est également pas en reste sur la possibilité de rupture unilatérale. A titre d'exemple, celle-ci est envisageable dans le cadre du commodat à durée indéterminée⁴⁵⁹. Sur ce point le projet de réforme du droit des contrats spéciaux maintient cette faculté de résiliation unilatérale⁴⁶⁰.

Dans le cadre du mandat, l'article 2003 du Code civil dispose que le contrat prend fin si le mandataire y renonce. L'article 2007 du même code prévoit alors que la renonciation doit s'effectuer par le biais d'une notification au mandant. Celle-ci est libre sous réserve d'indemnisation du mandant en cas de préjudice subi à cause de la rupture, indemnisation évidemment non requise dans l'hypothèse où le mandataire mettrait fin au contrat pour impossibilité de continuer⁴⁶¹. La renonciation s'apparente ici à la rupture unilatérale du contrat de mandat mais il est nécessaire de préciser qu'elle n'est possible que pour le mandat dit « salarié » et non pour le mandat d'intérêt commun qui ne peut être révoqué que du consentement mutuel des parties ou pour une cause légitime⁴⁶². A la différence du droit commun, le droit spécial du mandat autorise la rupture unilatérale de celui-ci dans certains cas. Pour autant, cela ne signifie pas forcément que les mesures unilatérales sont davantage tolérées en droit commun qu'en droit spécial. A ce titre, il faut remarquer que la rupture unilatérale est envisageable, non pas parce que le contrat de mandat est un contrat tellement particulier qu'il

⁴⁵⁸ Loi n° 89-462 du 6 juillet 1989 tendant à améliorer les rapports locatifs et portant modification de la loi n° 86-1290 du 23 décembre 1986, dans sa version en vigueur depuis le 01 juillet 2021, modifiée par l'article 11 de la loi n°2020-936 du 30 juillet 2020 et l'article 5 de l'ordonnance n°2020-71 du 29 janvier 2020 : art. 15.

⁴⁵⁹ V. en ce sens, Cass. Civ 1^{re}, 2 juill. 2014, n°13-17532 qui vient confirmer Cass. Civ. 1^{re}, 3 fév. 2004, *Bull. civ.* I, n°34.

⁴⁶⁰ *Avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux, op. cit.* art. 1901 : « A défaut de terme convenu, chaque partie peut mettre fin au prêt, sous réserve de respecter un préavis raisonnable ».

⁴⁶¹ C. civ. art. 2007.

⁴⁶² V. en ce sens, Cass. civ. 13 mai 1885, *DP* 1885, 1, 350, jurisprudence constante depuis lors. Pour une confirmation récente, v. Cass. com. 15 mai 2007, n°06-12.282, obs. B. BOULOC, *RTD Com.* 2008, 172. En l'espèce, la rupture du mandat d'intérêt commun est possible car le mandataire a manqué à son obligation de loyauté, le manquement venant alors caractériser la faute grave.

nécessite de suivre un régime qui lui est propre, mais bien davantage parce ce contrat est intrinsèquement et presque quasiment toujours conclu en fonction de la personne du cocontractant. La rupture unilatérale permet alors, dans des contrats pourvus d'un fort *intuitu personae*, de mettre fin à la relation, en laquelle l'un des contractants n'a plus confiance. C'est ce qui explique très probablement la présence de mesures unilatérales dans le mandat ou encore le dépôt comme nous venons de le développer. En effet, cette explication trouve également à s'appliquer pour le contrat de dépôt qui, selon les dispositions de l'article 1944 du Code civil, peut prendre fin dès que le déposant le désire, excepté les cas où le dépositaire dispose « [d'] une saisie ou d'une opposition à la restitution et au déplacement de la chose déposée »⁴⁶³.

À l'inverse, le dépositaire n'est pas autorisé à rompre unilatéralement le contrat, sauf dans l'hypothèse d'un contrat de dépôt à titre onéreux à durée indéterminée⁴⁶⁴. Dans ce cas, le dépôt suit les règles classiques de la prohibition des engagements perpétuels. Finalement, la liste des contrats spéciaux qui comportent en leur sein des traces d'unilatéralisme antérieurement à la réforme est longue. Il est possible de rajouter l'article 1780 alinéa 2 du Code civil qui, depuis sa création, prévoit la possibilité de rupture dans le contrat d'entreprise. Cette présentation non exhaustive démontre que l'unilatéralisme dans l'inexécution des contrats spéciaux n'est pas une nouveauté, bien qu'il reste principalement cantonné au pouvoir de rupture unilatérale de ces contrats.

Au travers de ces quelques exemples, cette première analyse du droit spécial démontre qu'il peut être difficile d'articuler droit commun et droit spécial avec de nouvelles règles unilatérales en droit commun, qui sont, dans certaines situations, la copie conforme des règles du droit spécial. Les parties devront tenir compte de cette première critique pour déterminer les règles applicables à leur contrat, en cas d'inexécution. Par conséquent, il y a fort à parier que les nouvelles sanctions unilatérales de droit commun ne seront pas privilégiées lorsque d'autres prérogatives unilatérales, mieux connues et plus spéciales, permettront de régler le litige convenablement. La liste de l'article 1217, dans certaines situations, va donc faire doublon avec les règles du droit spécial. *Specialia generalibus derogant...* Cependant, nous estimons que cet effet doublon démontre au contraire, que les règles actuelles de l'inexécution du droit commun des contrats sont fortement inspirées du droit spécial.

⁴⁶³ C. civ. art. 1944 *in fine*.

⁴⁶⁴ V. Cass. Com. 15 juill. 1970, Bull. civ. IV, n°244, p. 213, n°68-12486,

76. La complémentarité entre le droit spécial et les sanctions de l'article 1217 du Code civil – Dans certains cas, les règles communes peuvent venir compléter les règles spéciales et renforcer les sanctions unilatérales, notamment lorsque celles-ci sont inadaptées à la situation. En effet, le projet de réforme du droit des contrats spéciaux⁴⁶⁵ maintient le recours aux sanctions unilatérales et prend en compte les sanctions de l'article 1217 du Code civil en cas d'inexécution des contrats spéciaux. A ce titre, en droit de la vente, l'article 1644 du projet prévoit également le recours aux mesures unilatérales de l'article 1217 du Code civil⁴⁶⁶. Pour ce type de contrat, la diminution proportionnelle du prix en cas de contenance non conforme au contrat est également envisagée aux articles 1683 et suivants du projet⁴⁶⁷. En matière de contrat de location, l'article 1725-3 du projet prévoit la possibilité pour le locataire d'avoir recours à des mesures unilatérales si le propriétaire du bien n'entretient pas correctement la chose louée⁴⁶⁸. Le propriétaire peut unilatéralement mettre fin au bail, si le locataire « manque à prendre possession de la chose louée dans un délai raisonnable », après mise en demeure⁴⁶⁹. Le projet prévoit encore des mesures unilatérales pour le contrat d'entreprise⁴⁷⁰ et le prêt⁴⁷¹ et enfin le mandat⁴⁷². Couplées aux règles du droit de commun des articles 1217 et suivants, ces nouvelles mesures unilatérales permettent de compléter les règles du droit spécial. Les mesures

⁴⁶⁵ *Avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux, op. cit.* Pour une vue générale sur l'avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux, v. (non exhaustif), H. PLANCKAERT, « Réforme du droit des contrats spéciaux : où en est-on ? », *RLDC* 2023/213 ; S. TISSEYRE, « L'avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux : entre tradition et modernité », *RLDC* 2023/211, n°7267 ; A. PORTMANN, « Réforme des contrats spéciaux : présentation de l'avant-projet », *Dr. et Patr.* 2023, n°328 ; F. LABARTHE, « Avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux : faut-il ériger la mixité en principe de qualification », *D.* 2023, p. 559 ; Dossier « Libres réflexions autour de la réforme des contrats spéciaux », *RDC/3* 2022 ; V. MONTEILLET et G. CERQUEIRA (dir.), *L'avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux*, Société de législation comparée, 2023.

⁴⁶⁶ *Avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux, op. cit.* art. 1644 al. 1^{er} : « Conformément aux articles 1217 et suivants, quand le vendeur est tenu à garantie, l'acheteur a le choix de rendre le bien et de se faire restituer le prix ou de garder le bien et de se faire rendre une partie du prix ou de demander la mise en conformité du bien ».

⁴⁶⁷ *Ibid.* art. 1683 : « Si la vente d'un immeuble a été faite avec indication de la contenance, à raison de tant la mesure, et si le vendeur ne peut délivrer à l'acquéreur la quantité indiquée au contrat, il est obligé de souffrir une diminution proportionnelle du prix à moins que n'ait été stipulée aux mêmes fins l'application d'une clause pénale. Il en est de même lorsque l'acquéreur n'exige pas la délivrance de la quantité convenue ».

⁴⁶⁸ *Ibid.* art. 1725-3 : « Le locataire doit souffrir tous travaux et mesures urgents, quelque incommodité qu'ils lui causent. Il peut néanmoins réduire le loyer à due proportion. Si l'accomplissement de ces travaux ou mesures prive durablement le locataire de l'usage de la chose, il peut résilier unilatéralement le contrat ».

⁴⁶⁹ *Ibid.* art. 1730.

⁴⁷⁰ *Ibid.* art. 1780 : « Le client peut résilier, par sa seule volonté, le contrat d'entreprise, quoique l'ouvrage soit déjà commencé, en dédommageant l'entrepreneur de toutes ses dépenses, de tous ses travaux, et de tout ce qu'il aurait pu gagner dans cette entreprise ».

⁴⁷¹ *Ibid.* pour le prêt à usage voir. art. 1879 dernier alinéa : « Dans les autres cas, le prêt s'éteint par sa résiliation par l'une ou l'autre des parties, sous réserve d'un préavis raisonnable. » ; v. aussi art. 1879-1 : « Si le prêt est désintéressé, il prend également fin, même avant terme et nonobstant toute clause contraire, par notification motivée, s'il survient au prêteur un besoin pressant et imprévu de sa chose » ; pour le prêt de consommation v. art. 1901 : « A défaut de terme convenu, chaque partie peut mettre fin au prêt, sous réserve de respecter un préavis raisonnable ».

⁴⁷² *Ibid.* arts. 2015 et s.

unilatérales de droit commun sont donc à notre sens, un complément des règles spéciales, qui doivent s'appliquer en priorité.

77. Les sanctions unilatérales pour tous les types de contrats ? – Enfin, une autre imperfection de la liste de l'article 1217 relève de son champ d'application en droit commun. La consécration des sanctions unilatérales risque de créer des difficultés lorsqu'elles seront appliquées dans le cadre des contrats d'adhésion. Pour le comprendre, il faut garder à l'esprit que depuis la réforme, une protection spéciale est accordée à la partie faible, lors de la formation et en cours d'exécution du contrat⁴⁷³. En cours d'exécution, la catégorie des contrats d'adhésion⁴⁷⁴ permet de protéger les parties faibles. Il s'agit d'un type particulier de contrat, nouvellement consacré par la réforme et salué par une partie de la doctrine⁴⁷⁵. Qualifiés de contrats spéciaux par certains⁴⁷⁶, ceux-ci font désormais partie intégrante du paysage

⁴⁷³ Au stade de la formation, la réforme consacre une disposition relative à l'abus de dépendance économique, v. C. civ. art. 1143 (version en vigueur depuis le 01 octobre 2018). En cas d'exécution, elle protège les parties à un contrat d'adhésion contre le déséquilibre significatif, v. C. civ. art. 1171 (version en vigueur depuis le 01 octobre 2018).

⁴⁷⁴ V. notamment pour l'historique du contrat d'adhésion, F. CHÉNEDÉ, « Raymond Saleilles, Le contrat d'adhésion (1^{re} partie) », *RDC/I* 2012, p. 241 et « Raymond Saleilles, Le contrat d'adhésion (2^{ème} partie) », *RDC/3* 2012, p. 1017. V. aussi G. BERLIOZ, *Le contrat d'adhésion*, LGDJ, t. 132, Bibliothèque de droit privé, 1973; G. DEREUX, « La nature juridique des contrats d'adhésion », *RTD Civ.* 1910, p. 503 ; C. POULIQUEN, « Le rôle de la volonté en matière de qualification des contrats », *Revue Juridique de l'Ouest*, 2000-4, p. 409-439. Pour l'intégration du contrat d'adhésion en droit commun : D. MAZEAUD, « La protection par le droit commun » in C. JAMIN et D. MAZEAUD (dir.) *Les clauses abusives entre professionnels*, Economica, 1999, p. 33 et s. ; E. GAUDEMET, « Saleilles, 1855-1912 », *Revue bourguignonne de l'université de Dijon* 1912, p. 1 s. ; F. CHÉNEDÉ, « Raymond Saleilles, Le contrat d'adhésion (1^{re} partie) », *RDC/I* 2012, p. 241 et « Raymond Saleilles, Le contrat d'adhésion (2^{ème} partie) », *RDC/3* 2012, p. 1017 ; T. REVET, « Les critères du contrat d'adhésion. Art. 1110 du Code civil », *D.* 2016, p. 1771 ; R. BOFFA, « Article 1108 : le contrat d'adhésion » in Dossier « Projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats : articles choisis », *RDC/3* 2015, p. 736. ; D. MAZEAUD, « Le nouveau droit des obligations : observations conclusives » in « Le nouveau droit des obligations après la loi de ratification du 20 avril 2018 (Paris, 7 juin 2018) », *précit.* ; Pour une explication des « conditions générales » v. notamment C. DELANGLE, « Le nouveau dispositif consacré aux contrats d'adhésion », *JCP E & A* 2017, n°35, Dossier 1452, p. 25-28 ; Sur le contrat d'adhésion dans la réforme voir T. REVET, « Les critères du contrat d'adhésion », *D.* 2016, chron. p. 1771 s ; F. CHÉNEDÉ, « Le contrat d'adhésion de l'article 1110 du Code civil », *JCP G* 2016, n°27, Libres propos 776, p. 1334-1338. ; B. FAGES, J. HEINICH, F. BUY *et al.*, *Le Lamy droit du contrat*, Wolters Kluwer, 2019, n°1298. T. REVET, « L'incohérent cantonnement, par l'Assemblée nationale, du domaine du contrat d'adhésion aux contrats de masse », *D.* 2018, p. 124. ; M. MEKKI, « La notion de contrat d'adhésion : on est loin de la « haute définition » ! » in Dossier « Le contrat d'adhésion », *RDC/2* 2019, p. 112 s. ; L. ANDREU, « Le nouveau contrat d'adhésion », *AJCA* 218, p. 262 s. ; v. notamment F. CHÉNEDÉ, « Interprétation et amélioration du nouveau droit des contrats », *D.* 2017, p. 2214 et « La réforme du droit des contrats et le dialogue entre les chambres », *AJ Contrat* 2018, p. 25 ; D. MAZEAUD, « Contrat d'adhésion : nouvelle version, nouvelle désillusion... », *JCP* 2018, n°3, édito p. 57. ; Dossier « Le contrat d'adhésion » in *RDC/2* 2019 ; S. PELLET, « Heureuse réforme de la définition du contrat d'adhésion », *L'ESSENTIEL Droit des contrats* n°5, 2018, p. 1 ; T. REVET, « Le temps d'après », *RDC/I* 2018, p. 1. Pour une vue d'ensemble sur le nouveau contrat d'adhésion après la loi de ratification v. le dossier sur « Le contrat d'adhésion » in le Dossier « Le contrat d'adhésion » in *RDC/2*.

⁴⁷⁵ V. notamment, N. BLANC, « Contrat d'adhésion et déséquilibre significatif après la loi de ratification », *RDC* 2018, Hors-série, p. 20 ; M. MEKKI, « La loi de ratification de l'ordonnance du 10 février 2016 – Une réforme de la réforme », *précit.* ; R. BOFFA, « Article 1108 : le contrat d'adhésion » *précit.*

⁴⁷⁶ V. notamment, A. CAYOL, « Le contrat d'adhésion : un contrat spécial ? », *RLDC* n°160, 1^{er} juin 2018. ; F. CHÉNEDÉ, « Raymond Saleilles, Le contrat d'adhésion (2^{ème} partie) », *précit.*

contractuel français⁴⁷⁷. Des règles spéciales leurs sont attitrées au titre du contrôle généralisé des clauses abusives et de l'interprétation des contrats⁴⁷⁸. Le but de celles-ci est d'éviter d'accentuer les déséquilibres naturels entre ces contractants. Toutefois, au titre de l'inexécution, l'article 1217 ne tient pas compte des contrats d'adhésion. Le législateur semble avoir estimé que la protection des clauses du contrat était suffisante pour protéger les situations contractuelles déséquilibrées. C'est pourquoi les sanctions unilatérales ne font donc aucune différence d'application entre les contrats de gré à gré et d'adhésion. Pourtant, les contrats d'adhésion présentent pourtant des particularités indéniables, très différentes du contrat de gré à gré, que le droit commun prend encore trop peu en compte⁴⁷⁹. À notre avis, il aurait été logique d'étendre cette protection de la partie faible instaurée par la réforme lors des périodes de formation et d'exécution à celle de l'inexécution du contrat.

Afin d'être davantage protégé, il est curieux que le recours aux sanctions unilatérales ne soit pas réservé, pour la partie faible dans les contrats d'adhésion, à l'instar du droit de la consommation, et inversement, interdit à la partie forte. En effet, « la nécessité d'un droit de la consommation s'est fait sentir lorsqu'on a pris conscience que les postulats d'égalité et de liberté, sur lesquels repose le droit commun des contrats dans le Code civil, n'étaient qu'un mythe »⁴⁸⁰. C'est pourquoi, pour protéger le consommateur, victime parfois d'inégalités dans le contrat, des règles particulières protectrices de cette catégorie particulière de cocontractants ont vu le jour⁴⁸¹.

L'influence de la législation consumériste sur le droit civil des contrats n'est plus à démontrer, et bien qu'elle soit apparue plus tardivement, elle n'en demeure pas moins un terrain intéressant pour le développement des mesures unilatérales⁴⁸². Effectivement, le droit de la consommation a exercé, et exerce encore, une influence certaine sur le droit civil. Bien

⁴⁷⁷ V. en ce sens, F. CHÉNEDÉ, « Raymond Saleilles, Le contrat d'adhésion (2nde partie) » *précit.* Selon cet auteur, il a pu être affirmé qu'insérer dans le Code civil, un régime propre aux contrats d'adhésion reviendrait à perdre de vue ce qu'est le titre III du livre III du Code civil en ce sens qu'il « devrait être réservé aux contrats "classiques", de gré à gré, qu'avait à l'esprit le législateur de 1804 lorsqu'il a adopté le titre III du livre III » et certains affirmèrent alors que le droit antérieur à la réforme était suffisamment parvenu à encadrer les contrats d'adhésion, en apercevant « les dangers (les clauses accessoires) » et en proposant « les remèdes (interprétation *in favorem* et éviction des clauses abusives) » au travers de règles spéciales et de la jurisprudence, sans devoir insérer dans le droit commun une réglementation particulière et propre aux contrats d'adhésion.

⁴⁷⁸ V. pour les clauses abusive, C. civ. art. 1171 (version en vigueur depuis le 01 octobre 2018) et pour l'interprétation des contrats, C. civ. art. 1190 (version en vigueur depuis le 01 octobre 2016).

⁴⁷⁹ V. *infra* n°204 et s.

⁴⁸⁰ G. RAYMOND, « Fasc. 902 : Domaine d'application du droit de la consommation », *JCI Commercial*, mise à jour 31 janv. 2020, spéc. n°1.

⁴⁸¹ *Ibid.*, spéc. n°s1-3.

⁴⁸² J. CARBONNIER, *Droit civil Tome 4 les obligations*, PUF, 22^{ème} éd. refondue, 2000, p. 22, spéc. [6] : « la brusque montée d'une législation protectrice des consommateurs a été, en tous pays, un des phénomènes juridiques les plus voyants des années 70 (cf. *Travaux de l'Association CAPITANT*, 1973, *R.I.D.C.*, 82, 507-1113) ».

qu'encore très jeune, il est déjà apte à donner des leçons au droit civil⁴⁸³. En 1993, le Code de la consommation apparaît et, avec lui, la consécration de ce nouveau droit spécial relativement distinct de la théorie générale des contrats⁴⁸⁴. « En effet, de nombreux mécanismes tempèrent l'approche traditionnelle qui est faite de la relation contractuelle : la liberté contractuelle est limitée, l'équilibre du contrat est contrôlé, les facultés de rupture unilatérale sont proclamées »⁴⁸⁵.

À titre d'illustration, et sans rentrer dans des développements exhaustifs, la faculté de résiliation unilatérale du contrat de services et de communications électroniques est offerte au seul consommateur, au titre de l'article L224-34 du Code de la consommation. Le fournisseur est donc exclu de cette disposition⁴⁸⁶. En dehors de la faculté de résiliation unilatérale, le droit de rétractation offert au consommateur est une mesure unilatérale emblématique de ce droit spécial. Par ailleurs, l'article L121-20 du Code de la consommation prévoit que « le consommateur dispose d'un délai de sept jours francs pour exercer son droit de rétractation sans avoir à justifier de motifs ni à payer de pénalités, à l'exception, le cas échéant, des frais de retour »⁴⁸⁷. Cet article prévoit la possibilité, pour le consommateur déçu, de revenir sur son choix, sans qu'il ne subisse aucune pénalité. Cette faculté offerte au consommateur est représentative des mesures unilatérales présentes en droit de la consommation. Et, même si elle ne fait pas partie de la catégorie des sanctions à proprement parler, elle témoigne de l'influence de l'unilatéralisme en ce matière qui a inspiré le droit commun des contrats.

À la suite de ces différents exemples non exhaustifs, il n'est alors pas inenvisageable, à l'instar du droit de la consommation, que dans certains contrats, en l'espèce dans les contrats d'adhésion, les parties tentent d'utiliser les facultés unilatérales, et donc *a fortiori*, les sanctions unilatérales pour régler leurs différends. En l'état, en droit commun, l'intégration des contrats d'adhésion – qui fera l'objet de développements plus détaillés ultérieurement⁴⁸⁸ – témoigne

⁴⁸³ V. notamment J. CALAIS-AULOY, « L'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats », *RTD Civ* 1997, p. 239 s. D'autres à l'inverse sont anxieux quant à la création de ce nouveau droit, par peur, que celui-ci ne s'étende de plus en plus, jusqu'à prendre le pas sur les règles de droit commun des contrats : J. CARBONNIER, *Droit civil Tome 4 les obligations, op. cit.*, p. 24, spéc. [6], « L'évènement de 1993, c'est qu'au flanc de notre système civil d'obligations a été accroché un système *autopoïétique* (les normes engendrent les normes) dont on ignore comment il pourra être maîtrisé ».

⁴⁸⁴ Ph. STOFFEL-MUNCK, « L'autonomie du droit contractuel de la consommation : d'une logique civiliste à une logique de régulation », *RTD Com.* 2012, p. 705.

⁴⁸⁵ P. LEMAY, *Le principe de la force obligatoire à l'épreuve du développement de l'unilatéralisme, op. cit.* spéc. p. 94, n°52.

⁴⁸⁶ C. cons. art. L224-34 (ord. n°2021-650 du 26 mai 2021, art. 47) : « **Le consommateur** peut résilier le contrat, sans aucun frais, en cas d'écart significatif, permanent ou fréquent, entre les performances réelles d'un service de communications électroniques, autre qu'un service d'accès à l'internet, et les performances mentionnées dans le contrat. [...] ». Nous soulignons.

⁴⁸⁷ Le délai s'étendra à trois mois, si le professionnel ne l'a pas informé sur son droit de rétractation.

⁴⁸⁸ V. *infra* n°208 et s.

d'une prise de conscience de ce que les parties ne sont plus placées sur un pied d'égalité, même virtuelle, dans tous les contrats. Comme en droit de la consommation, dans les contrats d'adhésion, « l'une des est dominée par l'autre, soit en raison d'une inégalité économique (l'une doit nécessairement se procurer un bien ou un service que détient l'autre), soit en raison d'une inégalité de savoir (l'ignorance technique et juridique met l'un des contractants en état d'infériorité par rapport à l'autre qui dispose de la connaissance) »⁴⁸⁹. Ainsi, il est possible d'envisager que, dans ces contrats particuliers, les parties faibles décident de faire appel aux sanctions unilatérales et, que les juges facilitent pour cette catégorie particulière de cocontractant le recours aux mesures unilatérales.

Contrairement au droit spécial, le droit commun ne réserve pas l'utilisation des sanctions unilatérales à la partie faible. A l'inverse, la partie « forte » peut parfaitement mettre en œuvre une sanction unilatérale de manière abusive en usant de sa « domination » sur l'autre partie. Or, *quid* du risque de l'usage abusif ou excessif des sanctions unilatérales par la partie forte au contrat ? Le danger est réel car lorsque les parties ont recours aux sanctions unilatérales, le juge n'est pas concerné, sauf en cas de contestation *a posteriori* : le risque d'abus est donc augmenté par l'absence d'un jugement extérieur impartial pour trancher le litige. Dans ce cas, pour protéger la partie faible en cas d'inexécution, ne pourrait-on pas envisager de faciliter le recours aux sanctions unilatérales à cette même partie ? A l'inverse, n'aurait-il pas fallu interdire ce dernier à la partie forte ? Au contraire, aurait-il fallu interdire purement et simplement le recours aux sanctions unilatérales dans ce type de contrat ?

En étant silencieux sur la façon de protéger la partie faible dans l'exercice des sanctions de l'inexécution, il semble qu'il puisse exister un risque d'accentuation des déséquilibres entre les parties à des contrats d'adhésion. Pour tenir compte des inégalités dans ce type de contrat, une distinction entre la partie forte et la partie faible pour exercer les sanctions unilatérales, aurait pu être réalisée. C'est pourquoi, il nous semble que l'absence de prise en compte du type de contrat dans les sanctions de l'inexécution est un défaut de la présentation des nouvelles sanctions unilatérales. Le problème est ouvert et devra faire l'objet d'une réponse ultérieure⁴⁹⁰.

78. Bilan A – En conclusion, la présentation de l'article 1217 du Code civil ne semble pas défectueuse. Au contraire, celle-ci doit être saluée tant elle participe à la souplesse et l'adaptabilité du droit de l'inexécution. Cependant, il semble qu'elle présente un défaut majeur et général. La liste des sanctions est critiquable car elle témoigne d'une absence de volonté de

⁴⁸⁹ G. RAYMOND, « Fasc. 902 : Domaine d'application du droit de la consommation », *précit.*, spéc. n°s 1.

⁴⁹⁰ V. *infra* n°s 255 et s.

protection de la partie faible dans l'exercice des sanctions unilatérales, dont la liste est prévue par l'article 1217. En effet, cette absence pourrait éventuellement créer des hypothétiques abus, par la partie forte à un contrat d'adhésion, dans la mise en œuvre de celles-ci. Parallèlement, l'autre risque est que certaines sanctions unilatérales soient peu utilisées par les parties faibles à ce type de contrat, délaissées au profit des règles du droit spécial ou aux sanctions judiciaires⁴⁹¹, qui semblent plus à même de protéger leurs intérêts, face à leurs cocontractants placés dans une situation de supériorité. Enfin, si la liste des sanctions n'est pas exhaustive, tel qu'en dispose le rapport au Président de la République, l'article 1217 du Code civil indique expressément que lorsque cela est possible, les sanctions peuvent se cumuler entre elles. A la lecture, cet heureux cumul s'avère pourtant complexe pour les sanctions unilatérales, et n'est pas sans critiques (B).

B. Les critiques relatives au cumul des sanctions unilatérales

79. La règle de cumul des sanctions de l'inexécution – La question cumul des sanctions est un point est fondamental. L'article 1217 du Code civil y répond expressément. Il dispose, *in fine*, « les sanctions qui ne sont pas incompatibles peuvent être cumulées ; des dommages et intérêts peuvent toujours s'y ajouter ». De prime abord, la règle semble limpide. La partie victime d'une inexécution doit pouvoir agir comme elle l'entend, au nom de la liberté contractuelle. Qu'elle soit unilatérale ou judiciaire, le choix de la sanction est libre. Sur ce point, le Rapport au Président est également très explicite en rappelant la règle du cumul possible, sans plus de précisions. Or, cumuler les sanctions de l'inexécution n'est pas chose facile. De

⁴⁹¹ Les sanctions unilatérales se retrouvent également dans d'autres droits spéciaux. Par exemple, pour le bail commercial, la rupture unilatérale est possible par la délivrance par le bailleur d'un congé au preneur en respectant des règles particulières et notamment des délais stricts (C. com. art. L.145-9 et L. 145-10). La rupture est possible à condition que le preneur verse, à son locataire, une indemnité d'éviction pour compenser le préjudice subi à la suite de la rupture de la relation commerciale (C. com. art. L. 145-14). L'indemnité n'est évidemment pas due en cas de faute du preneur lors de l'exécution du contrat (C. com. art. L. 145-17). En droit du travail, v. M. FABRE-MAGNAN, « Le droit du travail vu du droit civil : l'unité du droit des obligations », *Semaine sociale Lamy*, 2002, n°1095 ; En effet, nombreux sont les cas où la rupture unilatérale est autorisée. La période d'essai, obligatoire dans tous les contrats de travail (au titre de C. trav. art. L.1221-19, sa durée maximale varie en fonction de la profession exercée. Pour les ouvriers et employés, elle est deux mois ; pour les agents de maîtrise, elle est de trois mois et elle peut aller jusqu'à quatre mois pour les cadres), chaque partie, employeur ou salarié peut y mettre fin librement. Il s'agit bel et bien d'un parfait cas de rupture unilatérale puisque ce n'est qu'*a posteriori*, si le salarié estime que la rupture est abusive, que celui-ci pourra décider de saisir le juge. En ce sens, X. CARSIN, « Contrat de travail, période d'essai », *JCl Travail Traité*, 2015, fasc. 17-16, mise à jour : 1^{er} oct. 2019, spéc. n°43, n°65. V. également en ce sens, Cass. soc. 23 mars 2011, n°09-67.887 ; Cass. soc. 23 sept. 2014, n°13-11.045 : la charge de la preuve d'une rupture abusive d'une période d'essai repose sur le salarié qui doit devant la juridiction prud'homale pouvoir présenter des éléments de nature à démontrer que la rupture présentait un caractère abusif pour obtenir une indemnisation. La rupture unilatérale est aussi possible sous le couvert de la démission pour le salarié et du licenciement par l'employeur.

nombreuses interrogations surviennent à la lecture du texte pour les sanctions unilatérales. Certes, l'une d'entre elles fait l'objet d'une réponse évidente. Il s'agit de l'interrogation relative au cumul des sanctions unilatérale et judiciaire. Autrement dit, est-il possible de cumuler sanction unilatérale et sanction judiciaire ? *A priori*, la réponse est négative ; celles-ci sont, par nature, incompatibles sauf si elles s'enchainent dans le temps. En d'autres termes, le cumul temporel des sanctions unilatérales et judiciaires est possible. Le créancier victime d'une inexécution peut très bien enclencher une sanction unilatérale et, en cas d'échec, avoir recours à une sanction judiciaire, puisqu'il ne peut pas simultanément décider d'agir seul et de saisir le juge. Sur ce point, la lettre du texte de l'article 1217 du Code civil est plutôt claire, car les cumuls entre sanctions sont possibles à partir du moment où celles-ci ne sont pas incompatibles. Cependant, d'autres interrogations, relatives cette fois au cumul des sanctions unilatérales entre elles, peuvent apparaître à la lecture de cette nouvelle disposition.

80. Les difficultés de cumul des sanctions unilatérales à cause de l'absence d'uniformité de leur régime – Il est des hypothèses où la question du cumul n'est pas si évidente, et l'étude de l'article 1217 n'est pas d'un grand secours. En effet, pour être mises en œuvre, les sanctions unilatérales dispose chacune d'un régime propre et, parfois, à cause de leurs conditions d'exercice différentes, des problèmes de cumul peuvent se poser. Dans ce cas, même le principe général de la possibilité de cumul des sanctions lorsqu'il n'y a pas d'impossibilité, posée à l'article 1217, ne permet pas de répondre à ces difficultés. Certains auteurs ont mis en avant diverses difficultés du cumul⁴⁹², qui sont créées par l'absence de régime uniforme des sanctions unilatérales. Par exemple, *quid* de la situation où le créancier souhaite obtenir une réduction du prix ? En effet, en utilisant l'article 1223 du Code civil, le créancier est prêt à accepter une exécution imparfaite de la prestation. Or, si la réduction du prix n'est pas acceptée par son débiteur⁴⁹³, celui-ci dispose-t-il du droit de se défendre en préférant user de la résolution unilatérale, nécessitant quant à elle une « inexécution suffisamment grave »⁴⁹⁴ ? Comme le souligne Monsieur Lécuyer, « le fait pour le créancier d'avoir accepté le principe de l'exécution imparfaite, dans la perspective d'une réduction du prix, n'établit-il pas que l'inexécution pouvant être reprochée au débiteur ne présenterait pas un caractère de

⁴⁹² V. en ce sens (non exhaustif), H. LÉCUYER, « L'inexécution du contrat », *précit.* ; Ph. DELEBECQUE, « L'articulation et l'aménagement des sanctions de l'inexécution du contrat », *précit.*

⁴⁹³ C. civ. art. 1223 al. 1^{er} (version en vigueur depuis le 01 octobre 2018) : « En cas d'exécution imparfaite de la prestation, le créancier peut, après mise en demeure et s'il n'a pas encore payé tout ou partie de la prestation, notifier dans les meilleurs délais au débiteur sa décision d'en réduire de manière proportionnelle le prix. *L'acceptation par le débiteur de la décision de réduction de prix du créancier doit être rédigée par écrit.* ». Nous soulignons.

⁴⁹⁴ C. civ. art. 1224 (version en vigueur depuis le 01 octobre 2016).

gravité suffisante pour causer la résolution ? La question doit-elle être résolue de manière générale ou bien au cas par cas ? Autrement dit, l'incompatibilité des sanctions doit-elle s'apprécier objectivement ou subjectivement ? »⁴⁹⁵. L'article 1217 du Code civil dispose de la possibilité de cumuler les sanctions de l'inexécution, lorsque cela est possible en cas d'inexécution est imparfaite ou inexistante. Selon nous, il serait donc possible d'envisager de cumuler réduction du prix et en cas de refus de celle-ci, de lui préférer la résolution unilatérale. Comme l'explique Monsieur Laithier, « en général, la compatibilité des sanctions dépend du moment où elles sont mises en œuvre »⁴⁹⁶. En effet, dans certaines situations, le doute n'est pas permis notamment lorsque les sanctions se succèdent dans le temps, à l'image par exemple de l'exception d'inexécution et de la résolution unilatérale, en cas d'une inexécution qui perdurerait après la mise en œuvre de la première mesure⁴⁹⁷.

Toutefois, en s'attardant sur les textes spécifiques à ces sanctions, des difficultés peuvent apparaître. En effet, des interrogations relatives aux hypothèses de cumul peuvent naître de l'absence d'uniformité dans la rédaction des différents articles, due à l'imprécision et aux différences de rédaction entre les conditions nécessaires à la mise en œuvre de chaque sanction. De surcroît, ces interrogations peuvent également découler de l'annonce générale d'un cumul possible entre les sanctions formulée à l'article 1217 du Code civil. C'est pourquoi, la rédaction de l'article 1217 *in fine* du Code civil nous apparaît comme imparfaite. Il faut se méfier des textes d'annonce et rappeler que « la portée normative de ce type de disposition est souvent posée »⁴⁹⁸. A ce titre, il faut rappeler que l'article 1217 a simplement pour but d'évoquer la possibilité de cumul sans rentrer dans les détails. Au contraire, plutôt que de critiquer la trop grande généralité de l'annonce de la possibilité de cumul entre les sanctions de l'inexécution, qu'elles soient unilatérales ou judiciaires, il faut plutôt regretter l'absence d'uniformité de régime entre les sanctions unilatérales, qui complexifie les hypothèses possibles de cumul de celles-ci. Ces situations de cumul des sanctions ne sont pas purement hypothétiques, ni nouvelles⁴⁹⁹. À ce titre, il faut souligner que la jurisprudence a déjà eu l'occasion de s'y confronter⁵⁰⁰.

⁴⁹⁵ H. LÉCUYER, « L'inexécution du contrat » *précit.*

⁴⁹⁶ Y.-M. LAITHIER, « Les sanctions de l'inexécution du contrat », *RDC* 2016, n°Hors-Série, p. 39.

⁴⁹⁷ H. LÉCUYER, « L'inexécution du contrat », *précit.*

⁴⁹⁸ *Ibid.* : « Il faut se méfier de l'apparence vénielle des textes d'annonce. Ceux qui structurent le droit des suretés portent des messages substantiels (celui, notamment du *numerus clausus* des suretés réelles) et personne n'oublie que le droit de la responsabilité extracontractuelle moderne s'est presque tout entier bâti sur un texte d'annonce ».

⁴⁹⁹ P. GROSSER, *Les remèdes à l'inexécution du contrat : essai de classification*, th. Paris I, 2000.

⁵⁰⁰ Par exemple, J.-M. DO CARMO SILVA, « La portée du non-cumul de la résolution du contrat et de son exécution forcée en nature », *RLDC* n°35, 1^{er} fév. 2007, à propos Cass. 1^{ère} civ., 5 juillet 2005, n°04-15.808, P+B. V. également pour la possibilité de rupture unilatérale sans prise en compte de la clause résolutoire : Cass. Com. 20 oct. 2015, n°14-20.416

81. Le cumul des sanctions unilatérales et de la responsabilité civile ? – Enfin, il faut également souligner une autre insuffisance regrettée dans le cumul des sanctions. Cette dernière se rapporte à l'absence de précisions entre le cumul des sanctions unilatérales et l'engagement de la responsabilité contractuelle⁵⁰¹. En effet, l'ordonnance a exclu de son champ de réforme la responsabilité civile, préférant lui consacrer une modification propre⁵⁰², bien que la question ait été longuement débattue. Certains l'ont regretté⁵⁰³. En droit positif, le créancier peut cumuler les sanctions de l'inexécution et une demande de dommages et intérêts. Or, celle-ci fait très souvent intervenir le juge sauf si un aménagement conventionnel spécifique vient exclure celui-ci de l'allocation des dommages et intérêts. Il s'agit principalement de la clause pénale⁵⁰⁴.

Est-il réellement pertinent pour le créancier de faire appel au juge alors qu'il vient d'user d'une mesure unilatérale entièrement déjudiciarisée ? En effet, cela semble contradictoire avec les objectifs poursuivis par les sanctions unilatérales : simplicité, rapidité et efficacité de la sanction. En autorisant un cumul, l'indemnisation du créancier est plus importante mais la sanction unilatérale perd alors de son intérêt lorsqu'un recours au juge a lieu. Cela est regrettable car user d'une mesure unilatérale présente de nombreux avantages. Réintroduire le juge pour obtenir des dommages et intérêts fait alors perdre de l'intérêt à la sanction unilatérale, même si cette saisine permet, très souvent, une meilleure indemnisation du créancier victime.

82. Conclusion du §1 – Le cumul évoqué par l'article 1217 *in fine* du Code civil, entre les sanctions n'est, au fond pas si évident qu'il n'y paraît. Les problématiques de cumul des sanctions ne sont pas purement hypothétiques, ni nouvelles. Enfin, une grande place est offerte aux parties qui, par le biais de la liberté contractuelle, disposent d'une grande marge de manœuvre pour aménager contractuellement les hypothèses d'inexécution du contrat et les sanctions qui les accompagnent⁵⁰⁵.

Finalement, tant la nouvelle présentation que le cumul des sanctions de l'inexécution sont des points positifs. Ces deux éléments contribuent ensemble à la lisibilité du nouveau droit de l'inexécution et donc, forcément, à sa simplification. Cependant, sur le plan formel, la rédaction de la disposition relative au cumul des sanctions unilatérales semble insuffisante, ou pour le moins imprécise. Évidemment, le but d'un texte de loi n'est pas de préciser toutes les

⁵⁰¹ P. GROSSER, « Les sanctions de l'inexécution », *Dr. et patr.* n°258, mai 2016, p. 70.

⁵⁰² V. en ce sens, *Projet de réforme de la responsabilité civile*, mars 2017, présenté par J.-J. URVOAS.

⁵⁰³ Y.-M. LAITHIER, « Les sanctions de l'inexécution du contrat » *précit.*; P. GROSSER, « les sanctions de l'inexécution » *précit.*

⁵⁰⁴ V. en ce sens, C. civ. art. 1231-5 (version en vigueur depuis le 01 octobre 2016). Pour rappel, le juge peut en contrôler la proportionnalité.

⁵⁰⁵ Ph. DELEBECQUE, « L'articulation et l'aménagement des sanctions de l'inexécution du contrat » *précit.*

hypothèses envisageables mais, en l'espèce, la trop grande abstraction du dernier alinéa de l'article 1217 lui fait perdre sa clarté. Si théoriquement, la forme est élégante, la rédaction de cet alinéa aurait peut-être gagné à être plus claire. Les différentes interrogations présentées auraient alors peut-être pu être évitées. A notre sens, la simplification de la présentation des sanctions de l'inexécution n'est pas totalement atteinte car pour les sanctions unilatérales, de nombreuses difficultés ont été présentées.

En conséquence, l'article 1217 du Code civil, qui a pour but de présenter clairement le nouveau droit de l'inexécution, et en son sein de nouvelles sanctions unilatérales innovantes, perd en efficacité⁵⁰⁶. Il n'est pas suffisamment ordonné. Cette insuffisance peut également s'avérer être une des explications de l'accueil parfois mitigé qu'ont reçues les sanctions unilatérales depuis la sortie du projet de réforme à la loi de ratification⁵⁰⁷. Par ailleurs, la simplification de la présentation des sanctions se justifie également car l'ancien droit de l'inexécution était tellement dispersé, qu'il a semblé pertinent au législateur de regrouper les sanctions dans un texte d'annonce⁵⁰⁸. Il faut alors retenir que sur le plan théorique, « le destin de l'article 1217 reste à inventer »⁵⁰⁹. La présentation des sanctions unilatérales et le cumul de celles-ci sont donc à perfectionner, d'autant plus que l'article 1217 du Code civil demeure silencieux sur la question de l'aménagement conventionnel de celles-ci (§2).

§2 : Les critiques de l'aménagement conventionnel des sanctions unilatérales

83. Le principe du libre aménagement contractuel des sanctions unilatérales – L'article 1217 du Code civil dispose que « la partie envers laquelle l'engagement n'a pas été exécuté ou l'a été imparfaitement peut », la suite de l'article expose la liste des possibilités offertes au créancier victime de l'inexécution. L'utilisation du verbe pouvoir sous-entend explicitement qu'il s'agit d'une option pour le créancier. Effectivement, il faut rappeler que la réforme, au titre de l'article 1102 du Code civil, consacre une disposition spécifique à la liberté contractuelle. « Chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter, de choisir son cocontractant et de déterminer le contenu et la forme du contrat dans les limites fixées par la

⁵⁰⁶ H. LÉCUYER, « L'inexécution du contrat », *précit.* : à propos de l'article 1217 du Code civil, « Soulignons ici seulement que l'annonce qui y est faite est imparfaite ».

⁵⁰⁷ V. en ce sens, Y.-M. LAITHIER, « Les sanctions de l'inexécution du contrat », *précit.*

⁵⁰⁸ V. not. en ce sens, le rapport le Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 *précit.* « L'ordonnance se propose par conséquent de regrouper l'ensemble des règles relatives à l'inexécution contractuelle en une seule section, divisée en cinq sous-sections respectivement consacrées aux différentes sanctions de l'inexécution, et présentées à titre liminaire à l'article 1217. »

⁵⁰⁹ H. LÉCUYER, « L'inexécution du contrat », *précit.*

loi »⁵¹⁰. Les conséquences et les modalités de l'inexécution d'un contrat peuvent alors être librement envisagées par les parties, bien qu'il existe quelques limites. L'article 1217 n'est qu'une liste de possibilités. Ainsi, rien n'interdit aux parties d'aménager conventionnellement le contenu du contrat. De plus, il faut se souvenir que celui-ci n'est pas d'ordre public⁵¹¹.

84. Les interrogations relatives à l'aménagement contractuel des sanctions unilatérales – Toutefois, si les parties sont libres, il faut s'intéresser à l'articulation de l'aménagement conventionnel avec les nouvelles sanctions unilatérales de l'inexécution car plusieurs questions se posent. En effet, est-il possible d'exclure une sanction unilatérale par une clause contractuelle ? *A contrario*, les parties peuvent-elles privilégier conventionnellement l'utilisation des sanctions unilatérales ? L'une d'entre elles peut-elle se réserver le bénéfice exclusif d'une sanction unilatérale par une clause du contrat ? L'étude des sanctions unilatérales dans les clauses contractuelles doit être menée (A). De plus, le nouveau droit des contrats vient sanctionner un type particulier de clause abusive, dans les contrats d'adhésion, au titre de l'article 1171 du Code civil. Pour ce type de contrat, la liberté contractuelle est limitée par ce nouveau contrôle. Or *quid* de l'aménagement des sanctions unilatérales dans ce type particulier de contrat ? Le contrôle de l'aménagement conventionnel des sanctions unilatérales dans les contrats d'adhésion est également un problème que la réforme n'a pas envisagé expressément au sein de l'article 1217 du Code civil⁵¹² que nous devons étudier (B).

A. Le silence sur l'aménagement des sanctions unilatérales

85. La liberté contractuelle et le caractère supplétif des nouveaux textes du droit des contrats supposent que les parties sont libres d'aménager les modalités de l'inexécution du contrat⁵¹³. À ce titre, l'article 1217 du Code civil présente les sanctions possibles. Certains auteurs se sont

⁵¹⁰ C. civ. art. 1102 (version en vigueur depuis le 01 oct. 2016).

⁵¹¹ Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 *précit.* : « En revanche, dans la tradition du code civil, l'ordonnance n'affirme pas expressément dans un article spécifique le caractère supplétif de volonté de ses dispositions. En effet, leur caractère supplétif s'infère directement de l'article 6 du code civil et des nouveaux articles 1102 et 1103, sauf mention contraire explicite de la nature impérative du texte concerné. Il n'y a donc pas lieu de préciser pour chaque article son caractère supplétif, qui constitue le principe, le caractère impératif étant l'exception.

⁵¹² Indirectement, ce contrôle est rendu possible par C. civ. art. 1171 (version en vigueur depuis le 01 octobre 2018).

⁵¹³ M. STORCK, « Fasc. 49-22 Contrat – Inexécution du contrat – Résolution unilatérale », *JurisClasseur Notarial Répertoire*, actualisation 29 juill. 2022 : « Les parties peuvent stipuler des clauses relatives l'inexécution du contrat, sous réserve de respecter les principes de bonne foi et d'interdiction des clauses créant un déséquilibre significatif ».

interrogés sur leur éventuel aménagement conventionnel⁵¹⁴. Ce dernier peut être de plusieurs types. D'abord, il faut s'intéresser aux clauses spéciales de renonciation, de réserve du bénéfice et de hiérarchie des sanctions unilatérales (1). Ensuite, il faudra étudier les clauses relatives à l'aménagement des modalités de mise en œuvre des sanctions unilatérales (2), pour comprendre que ce point est passé sous silence dans les nouvelles dispositions.

1) Les clauses de renonciation, de réserve de bénéfice et de hiérarchie des sanctions unilatérales

86. Lorsqu'il s'agit d'étudier la critique de l'aménagement conventionnel des sanctions de l'inexécution, la première question à se poser est de savoir si les parties peuvent renoncer à la mise en œuvre d'une sanction prévue à l'article 1217. Concernant les sanctions unilatérales, la réponse peut être variable et les textes ne sont pas d'un grand secours puisque. Sur ce point, ils sont silencieux. *A contrario*, si les parties peuvent renoncer au bénéfice d'une sanction unilatérale par une clause du contrat, est-il possible de réserver à l'une d'elle l'usage exclusif d'une sanction unilatérale ? Enfin est-il possible de hiérarchiser conventionnellement le recours aux sanctions unilatérales ?

87. La validité des clauses de renonciation au bénéfice d'une sanction unilatérale ? – À propos de l'exécution forcée en nature et particulièrement la faculté de remplacement du débiteur défaillant prévue à l'article 1222 du Code civil, rien n'empêche *a priori* le créancier de renoncer contractuellement à une telle disposition, cette dernière n'étant pas d'ordre public⁵¹⁵. Il peut très bien renoncer à faire exécuter par ses propres moyens la prestation de son débiteur à un coût raisonnable. La faculté de remplacement du débiteur défaillant qui conduit à une exécution forcée en nature, n'est donc plus qu'une possibilité parmi les autres, écartée conventionnellement dans notre hypothèse. Effectivement, renoncer à l'exécution forcée en nature et à la faculté de remplacement du débiteur défaillant n'empêche pas le créancier d'agir. L'article 1217 propose toute une liste de sanctions, unilatérales ou non. Le créancier dispose d'autres moyens pour obtenir satisfaction. S'il veut obtenir l'exécution pleine et entière de son contrat, la clause le fait renoncer au versant unilatéral de l'exécution forcée en nature. Il n'aura

⁵¹⁴ Ph. DELEBECQUE, « L'articulation et l'aménagement des sanctions de l'inexécution du contrat » *précit.*

⁵¹⁵ M. MEKKI, « L'ordonnance n°2016-131 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Le volet droit des contrats : l'art de refaire sans défaire », *D.* 2016, p. 504.

alors d'autres choix que de saisir le juge pour faire exécuter son contrat⁵¹⁶. À l'inverse, s'il accepte de ne pas obtenir l'exécution parfaite de l'obligation de son débiteur, le créancier peut mettre en œuvre diverses mesures unilatérales, selon sa situation, qui sont également prévues à l'article 1217 du Code civil. Enfin, une interrogation s'est posée à propos de la clause venant exclure la faculté de remplacement du débiteur défaillant par le créancier en cas de coût excessif pour le débiteur de bonne foi. En effet, l'article 1221 du Code civil prévoit désormais que le créancier ne peut pas poursuivre l'exécution forcée en nature « s'il existe une disproportion manifeste entre son coût pour le débiteur de bonne foi et son intérêt pour le créancier »⁵¹⁷. Pour éviter les fautes lucratives, c'est-à-dire pour éviter que le débiteur préfère une mauvaise exécution parce qu'il estime que l'intérêt de cette inexécution sera supérieur à l'indemnisation qu'il risque de verser, la loi de ratification a rajouté cette précision dans la lettre de l'article⁵¹⁸. Une clause, qui viendrait exclure le jeu de la bonne foi, limite à l'exécution forcée en cas de disproportion manifeste entre son coût pour le débiteur et son intérêt pour le créancier, est-elle possible ? Des auteurs ont plaidé en faveur de cette exclusion⁵¹⁹. Une réponse plus générale a été apportée. Elle a été donnée par les sénateurs qui ont précisé que la limite du coût excessif à l'exécution forcée en nature peut être écartée conventionnellement⁵²⁰, à l'inverse de certaines des préconisations doctrinales⁵²¹. Cela nous paraît tout à fait cohérent puisqu'il faut rapprocher le cas du débiteur de bonne foi dans le cadre de l'exécution forcée en nature avec l'article 1104 du Code civil qui indique expressément que la bonne foi est une disposition d'ordre public qui interdit d'y déroger conventionnellement.

Concernant la résolution, la clause de renonciation à celle-ci interroge sur plusieurs points. D'abord, il faut entendre que les clauses de renonciation à la résolution judiciaires sont

⁵¹⁶ C. civ. art. 1221 du Code civil « Le créancier d'une obligation peut, après mise en demeure, en poursuivre l'exécution en nature sauf si cette exécution est impossible ou s'il existe une disproportion manifeste entre son coût pour le débiteur de bonne foi et son intérêt pour le créancier. ». Comme le souligne un auteur, « Il paraît en revanche plus difficile d'admettre la validité d'une clause par laquelle les parties décideraient de s'affranchir des limites prévues par le texte de l'article 1221. » (Ph. DELEBECQUE, « L'articulation et l'aménagement des sanctions de l'inexécution du contrat », *précit.*). C'est pourquoi, les clauses venant exclure l'exécution forcée en nature *stricto sensu* ou en réduire le domaine apparaissent difficile à mettre en œuvre. De plus, dans certains contrats, elles risquent d'être qualifiées comme abusives au sens de l'art. 1171 nouv. du C. civ.

⁵¹⁷ C. civ. art. 1221 (version en vigueur depuis le 01 octobre 2018), nous soulignons.

⁵¹⁸ V. *supra* n°33.

⁵¹⁹ Y-M. LAITHIER, « Les sanctions de l'inexécution du contrat », *précit.* ; Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations, op. cit.*, spéc. n°543, p. 501-502 ; F. CHÉNEDÉ, *Droit des obligations et des contrats, op. cit.*, spéc. n°128.114, p. 167.

⁵²⁰ F. PILLET, *Rapport, op. cit.*

⁵²¹ *Contra* sur la possibilité d'une clause d'exclusion de la limite du coût excessif pour l'exécution forcée en nature : C. PÉRES, « Règles impératives et supplétives dans le nouveau droit des contrats », *JCP G* 2016, 454 ; A.-S. CHONÉ, J. DARMON et J.-P. GRANDJEAN, « Aménager le droit des contrats », *JCP E*, 1374 ; Ph. DELEBECQUE, « « L'articulation et l'aménagement des sanctions de l'inexécution du contrat », *précit.*

valables depuis plusieurs années⁵²². Pourtant, l'article 1227 nouveau du Code civil suscite l'interrogation puisqu'il précise qu'en toute hypothèse, la résolution peut toujours être demandée en justice. De fait, remet-il alors en cause ce type de clause ? Il faut comprendre l'article 1227 comme un rappel au créancier : ce n'est pas parce que la résolution par notification est consacrée qu'il faut nécessairement abandonner la résolution judiciaire. Celle-ci demeure toujours une possibilité pour le créancier. À notre sens, la rédaction, ainsi entendue de cet article, ne semble pas remettre en cause la validité des clauses de renonciation à la résolution judiciaire⁵²³. Toutefois, les clauses de renonciation concernent des domaines particuliers. Il a donc été souligné qu'il n'est pas opportun de généraliser la validité ce type de clause à toutes les situations contractuelles⁵²⁴. En cas de validité générale des clauses de renonciation à la résolution judiciaire, une limite pourrait être apportée en autorisant les parties à mettre en œuvre la résolution par notification, sous réserve d'en remplir les conditions, alors même qu'il existe une clause de renonciation à la résolution judiciaire dans le contrat. De plus, par analogie, faut-il alors comprendre que, à l'instar des clauses de renonciation à la résolution judiciaire, les clauses de renonciation à la résolution unilatérale seront valables ? En effet, ces clauses pourront à l'avenir porter sur la résolution par notification. Il semble possible d'envisager que les parties insèrent des clauses de renonciation à la résolution par notification. Pour l'instant, la jurisprudence n'a eu affaire qu'à des clauses de renonciation à la résolution judiciaire. En suivant le raisonnement adopté en jurisprudence vis-à-vis des clauses de renonciation à la résolution judiciaire, il faut donc admettre que les clauses de renonciation à la résolution unilatérale peuvent être valables, à condition qu'elles ne soient pas couplées à une clause de renonciation à la résolution judiciaire. Autrement dit, il faut toujours laisser une alternative aux parties d'agir en résolution du contrat. Si une clause de renonciation à la résolution unilatérale est valablement insérée dans un contrat, ce n'est que parce que les parties disposent d'un autre moyen de résoudre le contrat. En l'espèce, la résolution judiciaire doit demeurer possible même si les parties renonce à la résolution unilatérale conventionnellement. Par conséquent, une clause générale de renonciation à la résolution n'est pas envisageable. Seule une clause spécifique qui prévoit la renonciation à un type défini de résolution, unilatérale ou judiciaire, est possible. Pourtant, il faut concéder qu'il ne semble pas opportun de généraliser les clauses de renonciation à toutes les situations contractuelles. L'hypothèse pourra néanmoins

⁵²² V. en ce sens, Cass. 3^e civ., 3 nov. 2011, n°10-26.203, *Bull. civ.* III, n° 178, *RTD civ.* 2012, p. 114, obs. B. FAGES ; *D.* 2012, 459, obs. S. AMRANI-MEKKI et M. MEKKI.

⁵²³ Ph. DELEBECQUE, « L'articulation et l'aménagement des sanctions de l'inexécution du contrat » *précit.*

⁵²⁴ F. CHÉNEDÉ, *Droit des obligations et des contrats, op. cit.*, spéc.p. 180, n°128-202.

se présenter, c'est pourquoi il convenait de l'anticiper. Précisons enfin que la technique de la clause résolutoire est consacrée à l'article 1225 du Code civil. La réforme ne revient pas sur ce possible aménagement contractuel de la résolution. La technique est consacrée et entérinée.

L'exception d'inexécution peut être aménagée conventionnellement. En général, les articles 1220 et 1219 n'étant pas d'ordre public, il est parfaitement possible d'aménager conventionnellement cette sanction, dans sa version classique ou anticipée. Certains auteurs valident et recommandent des clauses qui prévoiraient les modalités de l'exception d'inexécution anticipée⁵²⁵. Cependant, est-il possible de renoncer à l'exception d'inexécution, que ce soit sous sa forme classique ou anticipée ? La question est ouverte et ne trouve pas de réponses dans les textes. Certains auteurs considèrent l'exception d'inexécution comme un mode de résolution anticipée du contrat⁵²⁶. Dans ce cas, à l'instar des clauses de renonciation à la résolution qui sont autorisées, il est possible de croire en la validité des clauses de renonciation à l'exception d'inexécution⁵²⁷. Cela semble tout à fait envisageable puisqu'à l'image de l'exception d'inexécution classique, *a priori*, « le législateur ne conférant pas aux dispositions de l'article 1220 un caractère d'ordre public, les parties ont la possibilité d'introduire des aménagements ou des dérogations à ce dispositif »⁵²⁸. Pourtant, une autre frange de la doctrine refuse d'assimiler l'exception d'inexécution à une résolution anticipée⁵²⁹. En ce sens, elle considère ce pouvoir unilatéral comme d'ordre public. Aucune clause ne peut alors venir interdire l'usage de l'exception d'inexécution. La validité des clauses de renonciation à l'exception d'inexécution, classique ou anticipée, n'est donc pas une évidence. De plus, les articles 1217, 1219 et 1220, respectivement spécifiques à la présentation des sanctions et aux mécanismes d'exception d'inexécution classique et anticipée, ne sont d'aucun secours. Il faudra donc attendre des solutions jurisprudentielles pour répondre à la question de savoir si la clause de renonciation à l'exception d'inexécution est envisageable. *A priori*, dans le silence

⁵²⁵ Par exemple, des auteurs proposent de créer des clauses *ad hoc* ou d'insérer dans un préambule au contrat, la marche à suivre en cas de non-exécution du contrat à l'échéance pour que les parties décident ensemble ce qu'englobent « les conséquences » graves de l'inexécution prévues à l'article 1220 du Code civil, en ce sens, S. GUÉRIN, N. GENTY, « L'exception d'inexécution et les différentes formes de résolution du contrat », *précit.*

⁵²⁶ S. GUÉRIN, N. GENTY, « L'exception d'inexécution et les différentes formes de résolution du contrat », *précit.* ; J.-D. BRETZNER, « Les conditions de l'exception d'inexécution par anticipation », *JCP G* 2016, n°39, p. 999.

⁵²⁷ En ce sens, Ph. DELEBECQUE, « L'articulation et l'aménagement des sanctions de l'inexécution du contrat », *précit.* p. 62 : à propos de l'exception d'inexécution, l'auteur parle de « mini résolution du contrat » ; A.-S. CHONÉ, J. DARMON et J.-P. GRANDJEAN, « Aménager le droit des contrats », *précit.* ; F. CHÉNEDÉ, *Droit des obligations et des contrats*, *op. cit.* spéc. n°128.53, p. 162 ; O. DESHAYES, T. GENICON et Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, LexisNexis, 2016, p. 481.

⁵²⁸ M. STORCK, « Fasc. 49-3 Contrat – Inexécution du contrat – Exception d'inexécution », *précit.* n°70 pour l'exception d'inexécution anticipée et n°52 pour l'exception d'inexécution classique.

⁵²⁹ En ce sens, A. BÉNABENT, *Droit des obligations*, *op. cit.* n°369 s.

des textes, il faut tout de même admettre que la renonciation à l'exception d'inexécution classique est autorisée, « sous réserve de respecter les principes de bonne foi et d'interdiction des clauses créant un déséquilibre significatif »⁵³⁰, « le législateur ne conférant pas aux dispositions de l'article 1219 un caractère d'ordre public, les parties ont la possibilité d'introduire dans les contrats conclus depuis le 1^{er} octobre 2016 des aménagements ou dérogations à ce dispositif »⁵³¹. À notre sens, et par analogie, si les articles 1219 et 1220 ne sont pas expressément d'ordre public, il est possible de croire à la validité des clauses de renonciation à l'exception d'inexécution. À chaque fois que la disposition n'est pas aménageable, la réforme du droit des contrats le prévoit expressément comme en témoigne par exemple l'article 1104 du Code civil qui érige la bonne foi en droit des contrats en un principe d'ordre public. Cependant, renoncer à l'exception d'inexécution ne doit pas diminuer les droits des parties à bénéficier d'un moyen de défense efficaces face à l'inexécution de débiteurs défaillants. C'est pourquoi, l'étude générale de l'économie du contrat doit être menée et, si celle-ci est déséquilibrée par une clause de renonciation à l'exception d'inexécution, une telle clause doit être écartée. Finalement, nous estimons que pour l'exception d'inexécution, la clause de renonciation d'une telle mesure est possible en général mais que cette dernière doit être insérée dans les contrats avec prudence.

Enfin, la réduction proportionnelle et unilatérale du prix, semble également pouvoir également être aménagée⁵³². Les parties peuvent-elles y renoncer ? Une fois de plus, nous estimons que la réponse à cette interrogation est positive, puisque que les parties disposent d'autres possibilités pour régler l'inexécution grâce à toutes les autres sanctions prévues à l'article 1217 du Code.

88. La validité des clauses venant hiérarchiser le recours aux sanctions unilatérales ? – *A priori*, si les parties peuvent renoncer aux sanctions, rien n'interdit de les hiérarchiser et d'en prioriser leur mise en œuvre dans une clause. Au contraire, l'absence explicite de hiérarchie de l'article 1217 du Code civil semble inviter à pouvoir, librement, décider conventionnellement d'une telle hiérarchie. Nous estimons donc qu'il est parfaitement envisageable d'imposer la mise en œuvre de sanction particulière. À ce titre, la clause

⁵³⁰ M. STORCK, « Fasc. 49-3 Contrat – Inexécution du contrat – Exception d'inexécution » *précit.* spéc. n°52.

⁵³¹ *Ibid.*

⁵³² A. BÉNABENT, *Droit des obligations*, *op. cit.* n°385 ; O. DESHAYES, T. GENICON et Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats du régime général et de la preuve des obligations*, *op. cit.* p. 496 ; Ph. DELEBECQUE, « L'articulation et l'aménagement des sanctions de l'inexécution du contrat », *précit.* ; F. CHÉNEDE, *Droit des obligations et des contrats*, *op. cit.* spéc. n°128.152, p. 174 ; A.-S. CHONÉ, J. DARMON et J.-P. GRANDJEAN, « Aménager le droit des contrats », *précit.*

résolutoire est un exemple topique, en ce qu'elle incite à être utilisée en priorité sur les autres sanctions lorsqu'elle est stipulée dans un contrat. Le propos doit pourtant est nuancé. En effet, les sanctions de droit commun demeurent toujours applicables⁵³³. La stipulation d'une clause aménageant la résolution n'interdit pas d'avoir recours aux autres sanctions de l'inexécution. De plus, il suffit de regarder la jurisprudence récente, à propos de la résolution par notification, qui estime que les clauses venant aménager les modalités de rupture du contrat sont inapplicables à cette sanction⁵³⁴. Ainsi, bien que stipulées dans le contrat, les clauses venant aménager les modalités de rupture peuvent être écartées par les parties. Leurs stipulations n'entravent pas le jeu de la résolution par notification qui peut toujours être mise en œuvre dans les conditions légales. Autrement dit, même en présence d'une clause résolutoire, la résolution par notification peut être utilisée par les parties. Pourtant, l'article 1217 n'apporte aucune indication sur ce point. C'est pourquoi, pour répondre à la question posée par un auteur de savoir s'il est possible que les parties aient « la faculté, y compris en présence d'une telle clause résolutoire, de choisir la résolution par notification ? »⁵³⁵, il faut s'en remettre au Rapport au Président de la République et à la jurisprudence. Cette dernière semble trancher le problème et autorise le recours à la résolution par notification, malgré la présence d'une clause résolutoire⁵³⁶. D'ailleurs, il faut préciser que les solutions jurisprudentielles apparaissent très claires sur ce point. Si la résolution unilatérale est choisie, les modalités prévues par la clause résolutoire pour résoudre le contrat n'ont pas à être respectées⁵³⁷, à l'image des formalités telles que le respect d'un délai et de l'envoi d'une mise en demeure pour faire jouer la clause⁵³⁸. Par conséquent, « la gravité du comportement d'une partie à un contrat peut justifier que l'autre partie y mette fin de façon unilatérale à ses risques et périls, peu important les modalités formelles de résiliation contractuelle »⁵³⁹. De plus, le Rapport au Président de la République

⁵³³ En ce sens, O. DESHAYES, « La stipulation des sanctions contractuelles n'exclut pas la mise en œuvre des solutions issues du droit commun des obligations », *JCP G*, 8 avril 2019, n°14, p. 642 s. note sous Cass. 3^{ème} civ. 14 fév. 2019, *précit.*

⁵³⁴ H. BARBIER, « L'inapplicabilité des modalités contractuelles de rupture du contrat unilatéralement résolu », note sous Civ. 3^e, 8 fév. 2018, n°16-24.641, *RTD Civ.* 2018, p. 404 ; H. BARBIER, « L'exécution et la sortie du contrat » *précit. spéc.* p. 45.

⁵³⁵ M. MEKKI, « Le juge et les remèdes à l'inexécution du contrat » *précit.*

⁵³⁶ CA Versailles, 28 nov. 2017, n°16/04524 ; *RDC/I* 2018, p. 71, note C. GRIMALDI.

⁵³⁷ V. not. Cass. com. 10 fév. 2009, n°08-12.415 : *RTD Civ.* 2009, p. 318, obs. B. FAGES ; *CCC* 2009, comm. 123, obs. L. LEVENEUR ; *RDC/I* 2010, p. 44, obs. T. GENICON.

⁵³⁸ Cass. com. 1^{er} oct. 2013, n°12-20.830, inédit : *RDC/2* 2014, p. 181 obs. Y.-M. LAITHIER ; *RTD Civ.* 2014, p. 118 obs. B. FAGES.

⁵³⁹ M. STORCK, « Fasc. 49-22 Contrat – Inexécution du contrat – Résolution unilatérale » *précit.* citant « Cass. com., 20 oct. 2015, n°14-20.416 : *JurisData* n°2015-023604 ; *CCC* 2016, comm. 3, L. LEVENEUR ; *Gaz. Pal.* 2 févr. 2016, p. 26, note D. Mazeaud ; *JCP G* 2016, doct. 345, P. Grosser ; *RTD civ.* 2016, p. 117, note H. BARBIER. – Cass. 1^{re} civ., 20 mars 2014, n°12-27.943 – *Contra*, Cass. com., 15 nov. 2011, n°10-27.838 : *RDC* 2012, p. 787, obs. T. GENICON ».

indique que la résolution par notification est, avec la résolution judiciaire, une « faculté autonome offerte au créancier, victime de l'inexécution » qui a désormais « le choix, en particulier en l'absence de clause résolutoire expresse »⁵⁴⁰. Enfin, concernant l'aménagement conventionnel et dans le silence des textes, les parties peuvent insérer une clause venant hiérarchiser les sanctions unilatérales de l'inexécution.

89. La validité des clauses de réserve du bénéfice d'une sanction unilatérale à l'une des parties ? – Pour finir, si les parties peuvent renoncer au bénéfice des sanctions unilatérales par une clause, *a priori* et *a contrario*, rien ne devrait interdire que l'une d'entre elles se réserve le droit de bénéficier d'une sanction unilatérale alors même que l'autre y renonce. Cependant, il existe des limites à cette possibilité.

D'abord, le Code de la consommation considère comme des clauses noires irréfragablement présumées abusives les clauses qui reconnaissent « au professionnel le droit de résilier discrétionnairement le contrat, sans reconnaître le même droit au consommateur »⁵⁴¹. Ce type de clause déséquilibre la relation contractuelle puisque le professionnel se réserve le droit de résilier le contrat, alors que le consommateur n'y est pas autorisé.

Ensuite, en droit commun, dans les contrats d'adhésion, les clauses venant aménager les sanctions de l'inexécution font partie des clauses accessoires du contrat. Si la partie forte se réserve le droit d'user d'une sanction unilatérale alors que la partie faible y renonce contractuellement, il est possible que cette clause soit considérée comme génératrice d'un déséquilibre significatif au sens de l'article 1171 du Code civil. À l'inverse, si le bénéfice de la sanction unilatérale est accordé à la partie faible, la relation contractuelle n'est pas déséquilibrée. Dans ce cas, rien n'interdit, dans ce type de contrat, un tel aménagement contractuel. De même, *a priori*, en vertu de la liberté contractuelle, dans les contrats de gré à gré, la possibilité pour l'une des parties de se réserver conventionnellement le bénéfice d'une sanction unilatérale semble parfaitement possible. C'est pourquoi, pour éviter de se faire sanctionner par le juge, les parties insèrent des clauses de qualification de plus en plus fréquemment dans les contrats, à l'image de la clause suivante : « les parties déclarent avoir librement négocié entre elles et de bonne foi l'ensemble des clauses et conditions tant générales que particulières, et en prenant en considération les obligations réciproques souscrites dans l'ensemble du contrat, les parties ayant veiller à écarter tout déséquilibre significatif tel que mentionné à l'article 1171. En conséquence, le contrat constitue un contrat de gré à gré au sens

⁵⁴⁰ Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 *précit.*

⁵⁴¹ C. cons. art. R212-1 8°.

de l'article 1108 »⁵⁴². Par conséquent, les parties sont libres d'aménager contractuellement les sanctions unilatérales de l'inexécution, tout comme les sanctions judiciaires. Elles peuvent renoncer au bénéfice d'une sanction ou encore, accorder à l'une d'entre elle le bénéfice exclusif de celles-ci en cas d'inexécution. Les seules limites à ces différents pouvoirs relèvent du respect de l'ordre public et de celui du déséquilibre significatif.

2) Les clauses d'aménagement des modalités d'exercice des sanctions unilatérales

90. L'aménagement contractuel des modalités de mise en œuvre des sanctions unilatérales – Lorsqu'il s'agit d'aménagement contractuel des sanctions unilatérales, une autre question se pose à l'aune de l'article 1217 du Code civil. Les parties peuvent-elles en aménager les modalités de mise en œuvre ? Il ne s'agit pas ici de renoncer à la sanction mais d'en prévoir les conditions d'exercice. Il faut savoir que les textes prévoient, pour toutes les sanctions, une procédure de mise en œuvre plus ou moins détaillée et différentes selon leur type. Les parties peuvent-elle contractuellement y déroger ? La question n'est pas dénuée de sens, car plusieurs points de vue se confrontent. Dans le silence des textes – qui auraient peut-être gagné à préciser cette possibilité d'aménagement – il convient d'apporter quelques éclaircissements.

D'abord, en ce qui concerne l'exigence de mise en demeure, nécessaire avant la mise en œuvre de la majorité⁵⁴³ des sanctions unilatérales de l'inexécution, rien n'interdit *a priori* de supprimer conventionnellement cette dernière, dans la mesure où les textes des sanctions de l'inexécution ne sont pas d'ordre public⁵⁴⁴. De plus, comme le rappelle Monsieur Hamelin, « un acte portant interpellation suffisante vaut déjà mise en demeure »⁵⁴⁵. Cependant, certains considèrent que la mise en demeure ne peut pas être écartée, spécifiquement en cas de résolution unilatérale, puisqu'elle est un garde-fou à l'admission de la mesure unilatérale⁵⁴⁶. En suivant ce

⁵⁴² L. BALLON-BURINI, « Les défis du droit des contrats : vers des contrats plus équilibrés ? », in Dossier : « Table ronde : les défis du droit des contrats », CCC 2020, n°12, spéc. n°2.

⁵⁴³ Toutes les sanctions de l'inexécution doivent, pour être mise en œuvre, faire l'objet d'une mise en demeure, à l'exception de l'exception d'inexécution anticipée. De même, en cas d'urgence, la mise en demeure n'est plus exigée en cas de résolution par notification (C. civ. art. 1226). Enfin, en cas d'impossibilité totale d'exécution, la mise en demeure n'est pas obligatoire (v. notamment O. DESHAYES, T. GENICON et Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats du régime général et de la preuve des obligations*, op. cit. p. 482).

⁵⁴⁴ C. civ. art. 1226 (version en vigueur depuis le 01 octobre 2016) ; Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 *précit.* « dans le silence du texte sur son caractère impératif, il doit être considéré que cette disposition n'est pas d'ordre public, y compris en cas d'urgence ».

⁵⁴⁵ J.-F. HAMELIN, « L'exercice des nouveaux pouvoirs unilatéraux » in Dossier « Les nouveaux pouvoirs unilatéraux du contractant », *précit.* ; C. civ. art. 1344 (version en vigueur depuis le 01 octobre 2016).

⁵⁴⁶ O. DESHAYES, T. GENICON et Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats du régime général et de la preuve des obligations*, *Commentaires article par article*, op. cit., p. 507 ; P. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, op. cit. spéc. respectivement, p. 502 et 514, n°s 544 et 558. Ces derniers auteurs sont plus nuancés et considèrent que dans certaines situations la mise en demeure ne peut pas être écartée,

raisonnement, la mise en demeure ne pourrait être écartée conventionnellement pour toutes les sanctions unilatérales. Elle constituerait une limite à l'unilatéralisme dont il ne serait possible de se passer. Toutefois, il nous semble que son évincement conventionnel est possible. En plus de ne pas être d'ordre public, Monsieur Hamelin rappelle que l'article 1344 du Code civil prévoit que la mise en demeure peut se confondre avec l'exigibilité de l'obligation, si une clause du contrat le prévoit⁵⁴⁷. Ce type de clause est parfaitement valable en jurisprudence⁵⁴⁸. Par conséquent, sa suppression par une clause contractuelle nous semble parfaitement valable, dans la mesure où les clauses venant aménager l'exigence de la mise en demeure apparaissent comme autorisées et valables⁵⁴⁹.

L'exigence de notification est une nouveauté de la réforme prévue pour la résolution éponyme. *A priori*, elle n'est donc pas obligatoire dans la mise en œuvre de toutes les sanctions de l'inexécution⁵⁵⁰, contrairement à la réduction du prix, à l'exception d'inexécution anticipée et à la résolution unilatérale qui la prévoient expressément. Une clause pourrait-elle alors l'écarter ? À nouveau, le caractère supplétif des textes de la réforme nous conduit à une réponse positive. Toutefois, à titre de comparaison avec la mise en demeure où certains auteurs défendent l'idée selon laquelle lorsqu'elle est prévue par le texte, il est interdit d'écarter conventionnellement cette exigence⁵⁵¹, la notification ne devrait pas pouvoir être supprimée par une clause. L'argument justifiant cette position est le même que pour la mise en demeure. La notification constituerait elle aussi un encadrement de l'unilatéralisme dont on ne saurait se passer. Elle serait une protection procédurale rendant acceptable la mesure unilatérale, en l'éloignant de l'arbitraire. De plus, comme l'explique un auteur, à un moment ou l'autre de l'exercice de la sanction, il faudra bien informer le débiteur de la mesure unilatérale prise à son encontre⁵⁵². C'est pourquoi, il ne semblerait pas opportun de prévoir une clause supprimant la notification, qui réapparaîtra nécessairement à un moment de la procédure de mise en œuvre de la sanction. Dans ce cas, supprimer l'exigence de notification, lorsqu'elle est légalement prévue, ne semblerait pas opportun.

même conventionnellement. Il s'agit principalement des situations où le pouvoir unilatéral exerce une forte contrainte sur le débiteur défaillant.

⁵⁴⁷ J.-F. HAMELIN, « L'exercice des nouveaux pouvoirs unilatéraux » in Dossier « Les nouveaux pouvoirs unilatéraux du contractant », *précit.* ; C. civ. art. 1344 (version en vigueur depuis le 01 octobre 2016).

⁵⁴⁸ Cass. 1^{re} civ. 3 juin 2015, n°14-15.655, Bull. civ. I, n°131 : la clause doit être non équivoque et expresse.

⁵⁴⁹ G. CHANTEPIE et M. LATINA, *La réforme du droit des obligations, Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, Dalloz 2016, p. 832, n°978.

⁵⁵⁰ Par exemple, les articles 1220 (exception d'inexécution), 1221(exécution forcée en nature) et 1222 (faculté de remplacement du débiteur défaillant) du Code civil ne l'évoquent pas.

⁵⁵¹ P. MALAURIE, L. AYNÈS et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations, op. cit.* spéc. p.514, n°558.

⁵⁵² J.-F. HAMELIN, « L'exercice des nouveaux pouvoirs unilatéraux » in Dossier « Les nouveaux pouvoirs unilatéraux du contractant », *précit.*, p. 505.

À l'inverse, la notification peut-elle être imposée conventionnellement alors même qu'elle n'est pas légalement obligatoire ? Encore une fois, rien ne s'y oppose. Il s'agit encore une fois de l'argument du caractère supplétif des textes. Au contraire, les parties peuvent avoir intérêt à insérer ce genre de clause. En effet, en cas de contestation de la mesure unilatérale, la notification ou son absence, pourraient constituer un élément de preuve, à faire valoir devant le juge, à l'appui de leurs prétentions.

De même, les sanctions de l'inexécution prévoient, dans leurs modalités d'exercice, des exigences de délais. Pour être mise en œuvre, chaque sanction est enserrée dans un temps « laissé pour faire quelque chose, pour l'obtenir »⁵⁵³. La réforme utilise le terme des « meilleurs délais »⁵⁵⁴ mais aussi de « délai raisonnable »⁵⁵⁵. Cette exigence procédurale est largement connue, tant il est évident que l'exercice d'une mesure unilatérale ne saurait se réaliser sans le respect d'un délai particulier, afin d'assurer le bon déroulé de la procédure d'exercice de la sanction unilatérale, à l'instar du délai de procédure civile⁵⁵⁶. Appartenant à la catégorie des garanties procédurales, l'exigence d'un délai permet d'éloigner les mesures unilatérales de l'arbitraire et présente des avantages pour les parties au contrat. Ainsi, à l'image des délais de procédure civile où « chacune des parties connaît précisément le cadre dans lequel elles évoluent et avec quelles échéances elles doivent compter »⁵⁵⁷, il n'est pas envisageable d'évincer l'exigence des délais dans le cadre procédural des mesures unilatérales. Inaltérable dans son principe, il faut néanmoins remarquer qu'à l'instar de la mise en demeure et de la notification, l'exigence de délai peut être conventionnellement aménagée quant à son *quantum*. Lorsque la sanction unilatérale prévoit le respect d'un délai raisonnable, l'aménagement de la durée de ce délai est parfaitement possible. Toutefois, comme le souligne Monsieur Hamelin, « serait-il licite de stipuler un délai très court voire de préciser que l'exécution doit avoir lieu sans délai ? »⁵⁵⁸. Dans les contrats d'adhésion, le risque est peut-être que le juge sanctionne ce type de clause si elles créent un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties, suivant l'article 1171. Cela peut par exemple être le cas lorsque l'exigence du respect d'un délai lors de l'exercice d'une sanction unilatérale est supprimée, ou très largement réduite,

⁵⁵³ Dictionnaire Larousse, Délai.

⁵⁵⁴ C. civ. arts. 1221, 1223 (versions en vigueur depuis le 01 octobre 2018).

⁵⁵⁵ C. civ. arts. 1222 et 1226 (versions en vigueur depuis le 01 octobre 2016).

⁵⁵⁶ *Fiche d'orientation Dalloz*, « Délai (procédure civile) », sept. 2020, « Les délais de procédure se définissent comme le temps conféré aux parties à l'instance pour l'accomplissement des actes et des formalités de la procédure. Ils participent à l'encadrement temporel du procès, dans le but d'éviter l'engorgement des juridictions, d'assurer le respect des droits de la défense ainsi que la sécurisation des jugements ».

⁵⁵⁷ Y. STRICKLER, « Délai », *Répertoire de procédure civile*, Dalloz, actualisation juillet 2020.

⁵⁵⁸ J.-F. HAMELIN, « L'exercice des nouveaux pouvoirs unilatéraux » in Dossier « Les nouveaux pouvoirs unilatéraux du contractant », *précit.*, p. 505.

pour la partie forte⁵⁵⁹. Dans les contrats de gré à gré, la clause de réduction ou de suppression du délai de l'exécution de l'obligation pourrait apparaître licite, notamment dans les hypothèses où la mise en demeure s'apparente à l'exigibilité de l'obligation⁵⁶⁰. Les parties doivent, malgré tout, rester vigilantes car un raccourcissement trop important du délai raisonnable, peut, dans certaines situations, se confondre avec un mauvais exercice de la sanction. Ainsi, sans aller jusqu'à l'éviction de la clause, il risquerait d'être sanctionné par les juges, notamment dans le cadre des contrats d'adhésion si cette suppression génère une inégalité supplémentaire en défaveur de la partie faible. Or, il convient de rappeler que si la liberté contractuelle est un des principes directeurs du droit des contrats, ceux-ci doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi⁵⁶¹. Ainsi, un mauvais exercice de la sanction par l'une des parties peut, dans certaines situations, s'apparenter à une certaine mauvaise foi dans l'exercice de la sanction⁵⁶².

Pour finir, concernant l'expression « meilleurs délais » qui accompagne la mise en œuvre de certaines sanctions de l'inexécution⁵⁶³, il faut souligner que si l'obligation de notification peut être supprimée, rien n'empêche qu'il en soit de fait de même pour l'exigence d'un délai⁵⁶⁴. À l'inverse, si la notification demeure nécessaire, une clause qui supprimerait l'exigence de respect des meilleurs délais transformerait alors les sanctions unilatérales faisant appel à ce genre de procédure (en l'occurrence la résolution et l'exception d'inexécution), en « acte juridique réceptice ne prenant effet qu'à compter de la réception de la notification »⁵⁶⁵.

Enfin, pour la résolution par notification, la réforme prévoit l'exigence d'une obligation de motivation. Une nouvelle fois, l'absence de caractère impératif de l'article 1226 du Code civil semble autoriser l'aménagement contractuel de l'obligation de motivation. En effet, les parties peuvent stipuler une clause résolutoire, permettant la résolution de plein droit en cas de non-exécution de l'obligation prévue par la clause⁵⁶⁶. Cette clause permet la résolution automatique et unilatérale du contrat par la partie qui la met en œuvre. Dans ce cas, la résolution

⁵⁵⁹ V. *infra* n°93 et s.

⁵⁶⁰ J.-F. HAMELIN, « L'exercice des nouveaux pouvoirs unilatéraux » in Dossier « Les nouveaux pouvoirs unilatéraux du contractant », *précit.*

⁵⁶¹ C. civ. art. 1104 (version en vigueur depuis le 01 octobre 2016).

⁵⁶² V. *infra* n°350 et s.

⁵⁶³ Il faut comprendre que l'expression « meilleurs délais » intervient toujours en lien avec la notification. L'article 1220 du Code civil prévoit que la suspension de l'exécution des obligations du créancier doit être notifiée dans les meilleurs délais. De même, la résolution doit être notifiée dans les meilleurs délais (C. civ. art. 1223, version en vigueur depuis la 01 octobre 2018).

⁵⁶⁴ J.-F. HAMELIN, « L'exercice des nouveaux pouvoirs unilatéraux » in Dossier « Les nouveaux pouvoirs unilatéraux du contractant », *précit.*, p. 505. « Bien évidemment, si une clause pouvait dispenser de toute notification le cocontractant, plus aucun délai ne serait à respecter ».

⁵⁶⁵ *Ibid.* ; « L'adjectif réceptice qualifie tout acte juridique unilatéral dont la finalité exclusive est d'être notifié à l'intéressé ou, à tout le moins, d'être porté à sa connaissance, forme atténuée de la réception. ».

⁵⁶⁶ C. civ. art. 1225 (version en vigueur depuis le 01 octobre 2016).

unilatérale est conventionnelle mais, surtout, elle est dispensée de toute motivation. La seule inexécution suffit à mettre en œuvre la résolution.

En transposant ce raisonnement à la résolution par notification, il serait alors possible de valider la clause qui dispense de toute obligation de motivation, le créancier désireux de mettre en œuvre cette sanction. Cependant, la difficulté de cette analogie repose sur le fait que la clause résolutoire doit prévoir spécifiquement l'obligation inexécutée qui peut causer la résolution. Or, en l'absence de motivation dans la résolution unilatérale, cette exigence n'est pas remplie. En effet, « la résolution unilatérale suppose de préciser en quoi le contractant qui l'exerce subit une inexécution grave »⁵⁶⁷. Dans les faits, seule l'obligation de motivation permet de parvenir à cette précision. À notre avis, il est alors difficile d'envisager, pour la résolution unilatérale, d'écarter l'obligation de motivation, d'autant plus qu'elle participe avec les autres éléments procéduraux précités, à encadrer la mesure unilatérale pour la rendre acceptable et l'éloigner de l'arbitraire. D'une manière générale, il faut alors retenir que si la liberté contractuelle est consacrée dans le nouveau droit des contrats, celle-ci apparaît comme limitée dans l'exercice des sanctions unilatérales.

91. L'aménagement conventionnel des sanctions de l'inexécution n'est pas purement hypothétique. Tout comme les questions relatives aux différentes possibilités de cumul, la jurisprudence a l'occasion de traiter de litiges y afférents. À titre d'exemple, un arrêt de la troisième chambre civile de la Cour de cassation du 14 février 2019 a été l'occasion pour les juges du Quai de l'horloge d'aborder le problème⁵⁶⁸. En l'espèce, un contrat n'a pas été exécuté correctement. La partie victime de l'inexécution a choisi de faire jouer l'exception d'inexécution alors même qu'une clause venant aménager contractuellement une situation d'inexécution était prévue au contrat. Une sanction légale a donc été préférée à une sanction contractuelle. Les juges du fond ont considéré que la sanction légale ne pouvait pas jouer dans la mesure où une sanction contractuelle était prévue au contrat. L'arrêt a été cassé pour la simple raison que « la stipulation des sanctions à l'inexécution du contrat n'exclut pas la mise en œuvre des solutions issues du droit commun des obligations »⁵⁶⁹. La décision en question traite donc bien du problème entre l'articulation des sanctions légales et des sanctions contractuelles⁵⁷⁰.

⁵⁶⁷ J.-F. HAMELIN, « L'exercice des nouveaux pouvoirs unilatéraux » in Dossier « Les nouveaux pouvoirs unilatéraux du contractant », *précit.*

⁵⁶⁸ Cass. 3^{ème} civ., 14 fév. 2019, n°17-31.665, FS-B+P+I ; *Dr. et Patr.* mai 2019, n°291, note I. TA ; *RTD Civ.* 2019, p. 330, obs. H. BARBIER ; *JCP G* n°14, 8 avr. 2019, p. 363, obs. O. DESHAYES.

⁵⁶⁹ Cass. 3^{ème} civ., 14 fév. 2019, n°17-31.665, *précit.*

⁵⁷⁰ H. BARBIER, « Vers un principe de cumul des sanctions légales et contractuelles de l'inexécution du contrat », *RTD Civ.* 2019, 330.

Dans la droite ligne d'une partie de la doctrine contractualiste, on peut regretter que l'aménagement conventionnel des sanctions unilatérales ne soit aucunement abordé dans le nouveau droit de l'inexécution.

92. Bilan A – Au nom de la liberté contractuelle récemment consacrée comme principe directeur du droit des contrats, il est séduisant de considérer que le contenu du contrat doit est abandonné à la volonté des parties. La seule limite à cette liberté semblerait découler du respect de l'ordre public. Les clauses d'aménagement des sanctions unilatérales doivent obligatoirement le respecter. Ainsi, comme les textes relatifs aux sanctions unilatérales ne sont pas d'ordre public, leur régime apparaît alors comme librement aménageable. Si tel est le cas, du point de vue de l'aménagement conventionnel des sanctions unilatérales, l'objectif d'attractivité de la réforme serait alors considéré comme atteint, malgré un silence total du Code civil sur ce point. Malheureusement, ce silence sur l'aménagement conventionnel des sanctions unilatérales peut créer des zones d'ombre et ne fait pas l'objet d'un consensus. À notre avis, la présentation des sanctions de l'inexécution aurait donc gagné en clarté en esquisant les aménagements conventionnels possibles des sanctions unilatérales de l'inexécution, au lieu de laisser entièrement reposer sur le principe directeur abstrait de la liberté contractuelle. En effet, l'ordre public n'est peut-être pas la seule limite à la liberté d'aménagement des sanctions unilatérales, ou pour le moins son type aurait dû être précisé⁵⁷¹. Certaines exigences procédurales nécessaires à l'exercice des sanctions unilatérales sont assimilées à des protections, éloignant le recours à ces dernières de leur plus grand danger, le recours arbitraire. Par conséquent, les supprimer par une clause du contrat n'est pas toujours opportun. De plus, dans un certain type de contrat, le contrat d'adhésion, les clauses convenues entre les parties ne doivent pas créer un déséquilibre significatif entre leurs droits et obligations respectives. Ainsi, l'aménagement conventionnel des sanctions unilatérales n'est peut-être pas entièrement libre dans ce type de contrat, puisqu'il encourt un contrôle au titre de l'article 1171 du Code civil. Dans les contrats d'adhésion, le risque de la censure de l'aménagement conventionnel des sanctions unilatérales est une réalité, qu'il aurait probablement fallu prendre en compte (B).

⁵⁷¹ V. *infra* n°s 313 et s.

B. Le silence sur la spécificité de l'aménagement des sanctions dans les contrats d'adhésion

93. Le contrat d'adhésion – Le contrat d'adhésion est une nouvelle catégorie de contrat prévue par la réforme. Ce type de contrat, dont la définition a fait l'objet de nombreuses discussions, est désormais codifié au titre de l'article 1110 du Code civil. Il se définit comme le contrat « qui comporte un ensemble de clauses non négociables, déterminées à l'avance par l'une des parties »⁵⁷². La paternité de ce type de contrat est traditionnellement accordée à Saleilles⁵⁷³. Cet auteur n'ayant pas apporté davantage de précisions sur le régime de celui-ci, c'est par le biais de ses successeurs que fut développée la théorie du contrat d'adhésion⁵⁷⁴. Ce type de contrat n'est donc pas né avec la réforme du droit des contrats. D'ailleurs, des règles spéciales pour ce type de contrat existaient déjà en droit commun⁵⁷⁵. Le droit de la consommation fut le premier à insérer un contrôle des clauses abusives dans les situations où un professionnel imposait un contrat non négocié à un consommateur ou à un non professionnel avec la notion de « déséquilibre significatif », qu'il n'est plus nécessaire de présenter tellement elle a fait couler d'encre⁵⁷⁶. Dans la même direction, une protection assurément proche de celle du droit de la consommation était également insérée dans les contrats entre professionnels à propos des pratiques restrictives de concurrence au sein de l'article L442-6, I, 2°, du Code de commerce⁵⁷⁷. Par conséquent, le droit de la consommation et le droit des pratiques restrictives de concurrence, consacraient, avant l'ordonnance de réforme, la théorie du contrat d'adhésion, limitée à une certaine catégorie de contractants⁵⁷⁸.

Toutefois, entre professionnels adhérents, le droit de la consommation n'est jamais applicable. Dans l'impasse du droit spécial, ceux-ci devaient nécessairement se tourner vers le

⁵⁷² C. civ. art. 1110 (version en vigueur depuis le 01 octobre 2018).

⁵⁷³ Le terme « contrat d'adhésion » est apparu pour la première fois dans les écrits R. SALEILLES, *De la déclaration de volonté. Contribution à l'étude de l'acte juridique dans le Code civil allemand*, Pichon 1901.

⁵⁷⁴ F. CHÉNEDÉ, « Raymond Saleilles, Le contrat d'adhésion (1^{re} partie) », *précit.* V. aussi G. BERLIOZ, *Le contrat d'adhésion, op. cit.* ; G. DEREUX, « La nature juridique des contrats d'adhésion » *précit.* ; C. POULIQUEN, « Le rôle de la volonté en matière de qualification des contrats » *précit.*

⁵⁷⁵ Depuis 1804, il existait déjà une disposition relative à C. civ. art. 1162 anc. : « Dans le doute, la convention s'interprète contre celui qui a stipulé et en faveur de celui qui a contracté l'obligation. ». Ensuite, un contrôle des clauses abusives dans ce type de contrat existait déjà en jurisprudence : par ex. Cass. 1^{re} civ. 3 mai 1979, *Bull. civ. I*, n°128 ; Cass. com. 19 fév. 1985, *Bull. civ. IV*, n°67.

⁵⁷⁶ F. CHÉNEDÉ, « Raymond Saleilles, Le contrat d'adhésion (2nde partie) » *précit.* : « L'article L.132-1 du Code de la consommation permet au juge de réputer non écrites les clauses abusives, c'est-à-dire les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties au contrat ».

⁵⁷⁷ *Ibid.* p. 1017.

⁵⁷⁸ *Ibid.* p. 1017. Étaient alors « exclus de la protection consumériste, les contrats d'adhésion conclus entre un professionnel (offrant) et un autre professionnel (adhérent) »

droit commun⁵⁷⁹. D'abord, grâce à la notion de cause, ils ont pu écarter des clauses abusives dans ce type de contrat⁵⁸⁰. Ensuite, la réforme a supprimé la cause mais parallèlement, elle a inséré une réglementation spéciale pour le contrôle des clauses qui seraient abusives dans les contrats d'adhésion en droit commun afin de protéger la partie faible, celle qui ne dispose pas des moyens suffisants pour négocier le contrat et qui se retrouve dans une position d'infériorité face à son cocontractant⁵⁸¹. Il faut donc rappeler les grandes lignes des modalités de contrôle de ce type de clause.

94. Domaine d'application du contrôle des clauses abusives – Concernant l'aménagement conventionnel des sanctions unilatérales de l'inexécution, il est alors possible d'envisager un contrôle de ce type de clause. D'abord, le Code de la consommation prévoit que « dans les contrats conclus entre professionnels et consommateurs, sont abusives les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrats »⁵⁸². Ensuite, l'article 1171 du Code civil, inspiré du droit de la consommation a repris une telle disposition dans les contrats d'adhésion. Ce dernier dispose que « dans un contrat d'adhésion, toute clause non négociable, déterminée à l'avance par l'une des parties, qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite »⁵⁸³. À notre sens, il n'est pas impossible d'envisager que dans les contrats d'adhésion, une clause aménageant les sanctions unilatérales puisse être considérée comme abusive⁵⁸⁴. Tout d'abord, la nouvelle disposition est cantonnée aux seuls contrats d'adhésion, contrats non librement négociés où dès la formation de ceux-ci, les parties sont placées dans une situation de déséquilibre⁵⁸⁵. Ce cantonnement est louable. En effet, la plupart du temps, une partie va conclure un contrat-type, non librement négociés au niveau des clauses. Cette partie va se retrouver en position de faiblesse face à son cocontractant. C'est pourquoi au nom de la liberté contractuelle et de l'autonomie de la volonté, le contrôle

⁵⁷⁹ V. notamment D. MAZEAUD, « La protection par le droit commun » in C. JAMIN et D. MAZEAUD (dir.), *Les clauses abusives entre professionnels*, op. cit., p. 33 et s.

⁵⁸⁰ *Ibid.* Pour pallier le défaut de la qualification de professionnel pour l'adhérent, non bénéficiaire du régime de protection consommériste, la cause a servi de notion floue et flexible pour élargir le contrôle des clauses abusives aux contrats entre professionnels.

⁵⁸¹ V. *infra* n°223.

⁵⁸² C. cons. art. L212-1 al. 1^{er}.

⁵⁸³ C. civ. art. 1171 al. 1^{er} (version en vigueur depuis le 01 octobre 2018).

⁵⁸⁴ Ph. DELEBECQUE, « L'articulation et l'aménagement des sanctions de l'inexécution du contrat » *précit.*

⁵⁸⁵ *Ibid.* Ad. C. civ. art. 1110 (version en vigueur depuis le 01 octobre 2018) : « Le contrat de gré à gré est celui dont les stipulations sont négociables entre les parties. Le contrat d'adhésion est celui qui comporte un ensemble de clauses non négociables, déterminées à l'avance par l'une des parties ».

des clauses abusives dans les contrats librement négociés, semble extrême, voire dangereux⁵⁸⁶. Dans l'avant-projet de réforme, il était question d'étendre le contrôle des clauses abusives au travers du contrôle du déséquilibre significatif à tous type de contrats. La doctrine était majoritairement en désaccord avec cette extension. Autrement dit, « le parti pris par les rédacteurs du projet de ne pas limiter le contrôle du déséquilibre significatif aux contrats non négociés inquiét[ait] »⁵⁸⁷, cet objectif pouvant nuire à l'attractivité du droit français. La pérennité de l'exécution des contrats français devenait alors incertaine avec la possibilité pour le juge *a posteriori* de faire tomber des clauses librement négociées, parce que considérées comme responsables du déséquilibre du contrat. Eu égard à la sécurité contractuelle, outil de protection des prévisions des parties, il est donc préférable d'avoir cantonné le domaine de l'article aux seuls contrats d'adhésion. Il faut tout de même préciser que si l'article s'applique aux seuls contrats d'adhésion, le contrôle des clauses abusives semble désormais s'étendre à tous les cocontractants, qu'ils soient particuliers ou professionnels ; l'article ne précisant pas la qualité des parties.

95. Type de clauses concernées : les clauses accessoires qui n'ont pas été librement négociées⁵⁸⁸ – Subséquemment, l'analyse de l'article amène la question de savoir quel est le type de clause concernée. Tout comme dans l'avant-projet de réforme et le Code de la consommation⁵⁸⁹, l'article 1171 semble « devoir être limité aux clauses accessoires de l'accord, c'est-à-dire aux clauses qui n'ont pas pour objet de définir les obligations essentielles des parties au contrat »⁵⁹⁰. Effectivement, l'alinéa 2 de l'article 1171 prévoit que les clauses portant sur « sur l'objet principal du contrat » et « sur l'adéquation du prix à la prestation » ne sont pas comprises dans le contrôle du déséquilibre significatif. Madame Gratton a d'ailleurs pu expliquer que ce type de clauses représente effectivement les éléments principaux des contrats d'adhésion. Ainsi, « dans les contrats d'adhésion, ce ne sont pas les termes principaux de

⁵⁸⁶ R. BOFFA, « Juste cause (et injuste clause) », *D.* 2015, 335.

⁵⁸⁷ L. GRATTON, « Les clauses abusives en droit commun des contrats », *D.* 2016, p. 22.

⁵⁸⁸ Une différence est à noter entre la version de l'article 1171 entre 2016 et 2018. En 2016, l'article 1171 disposait que « dans un contrat d'adhésion, toute clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite ». Depuis 2018, il dispose que « Dans un contrat d'adhésion, toute clause non négociable, déterminée à l'avance par l'une des parties, qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite. ». Il faut donc que la clause soit accessoire et non négociable.

⁵⁸⁹ C. cons. art. L212-1 al. 3 : « L'appréciation du caractère abusif des clauses au sens du premier alinéa ne porte ni sur la définition de l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix ou de la rémunération au bien vendu ou au service offert pour autant que les clauses soient rédigées de façon claire et compréhensible ».

⁵⁹⁰ L. GRATTON, « les clauses abusives en droit commun des contrats », précit ; v. dans le même sens, F. CHÉNEDE, « Le contrat d'adhésion dans le projet de réforme », *D.* 2015, 1226.

l'échange, mais bien les stipulations accessoires, qui, échappant à la sagacité du contractant, méritent d'être contrôlées »⁵⁹¹. De fait, les clauses qui seraient prises en compte par l'article 1171 seraient uniquement les clauses accessoires, et non pas celles portant sur l'obligation essentielle. En effet, l'article 1170 vient codifier à droit constant les solutions de la jurisprudence *Chronopost* et permet l'éradication d'un seul type de clause, soit les clauses qui ont pour objet de définir les obligations essentielles des parties au contrat⁵⁹².

96. La limite du déséquilibre significatif dans le contrôle des clauses aménageant les sanctions unilatérales – Ensemble, les articles 1170 et 1171 du Code civil créent un contrôle accentué des clauses qui peuvent être abusives, lorsque le droit de la consommation ou le droit commercial sont inapplicables. En effet, en droit commun, l'article 1171 étend le contrôle des clauses abusives aux clauses accessoires venant déséquilibrer le contrat. Réservé aux contrats d'adhésion, l'article permet d'écarter les clauses accessoires du contrat dont l'examen conduit à la création d'un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties. Ainsi, l'article 1171 du Code civil permet le contrôle des clauses abusives dans le cadre des contrats d'adhésion. Par l'exercice de ce nouveau contrôle, la réforme semble mettre en place une police des clauses très poussée dans le cadre des contrats non librement négociés. Pour les contrats librement négociés, seul le contrôle des clauses contredisant la substance de l'obligation essentielle est permis au titre de l'article 1170 du Code civil. Indissociablement, les articles 1170 et 1171 œuvrent ensemble dans une dynamique de sanction des clauses contractuelles qui viennent déséquilibrer le contrat. Les clauses venant aménager les sanctions unilatérales de l'inexécution ne portent pas sur l'obligation essentielle. Elles sont considérées comme des clauses accessoires dans la mesure où elles prévoient les conséquences de l'inexécution des obligations. Dans les contrats d'adhésion, il est parfaitement envisageable que ce type de clause soit considéré comme abusive⁵⁹³, si elles créent un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties. Par exemple, en droit de la consommation, la clause qui a pour objet de « contraindre le consommateur à exécuter ses obligations alors que, réciproquement le professionnel n'exécuterait pas ses obligations de délivrance ou de garantie d'un bien ou son

⁵⁹¹ L. GRATTON, « les clauses abusives en droit commun des contrats », *précit.*

⁵⁹² V. *infra* n°214-215.

⁵⁹³ V. par exemple, la clause de renonciation à la résolution pourra être déclarée abusive dans les contrats d'adhésion à l'image du droit de la consommation en application de C. cons. art. R. 212-1 7°: F. CHÉNEDÉ, *Le nouveau droit des obligations et des contrats op. cit.* spéc. n°128.202, p. 180-181 : « Les juges pourront être tentés de généraliser cette solution à tous les contrats d'adhésion, sans distinction selon la qualité de consommateur ou de professionnel de l'adhérent, en application du nouvel article 1171 du Code civil ».

obligation de fourniture d'un service »⁵⁹⁴, est réputée irréfragablement abusive. Cela signifie que, par analogie, en droit commun, la clause qui interdirait à la partie faible le droit d'avoir recours à l'exception d'inexécution pourrait être réputée abusive⁵⁹⁵. Il existerait un déséquilibre entre le droit de la partie forte d'avoir recours à cette sanction et l'interdiction parallèle de cette même mesure pour la partie faible. De plus, le Tribunal de grande instance de Paris a déclaré en 2005 comme abusives « des clauses d'un contrat de fournitures d'accès à Internet privant le consommateur du droit d'opposer au professionnel l'exception d'inexécution »⁵⁹⁶. Concernant la résolution unilatérale, sont considérées comme irréfragablement abusives au titre de l'article R212-1, 8° du Code de la consommation, les clauses qui ont pour objet de « reconnaître au professionnel le droit de résilier discrétionnairement le contrat, sans reconnaître le même droit au consommateur »⁵⁹⁷. Par analogie, dans les contrats d'adhésion, les clauses qui réserveraient le bénéfice de résiliation au bénéfice d'une seule partie, en l'occurrence à la « partie forte » du contrat, pourraient alors être réputées non écrites. Elles viendraient, au sens de l'article 1171 du Code civil, créer un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties. En effet, « bien souvent l'avantage dépourvu de contrepartie, et plus généralement l'unilatéralité d'une clause, est érigé en modèle du genre »⁵⁹⁸, c'est-à-dire une clause qui réserverait le bénéfice de la résolution par notification ou d'une autre sanction unilatérale à l'une des parties pourrait donc être considérée comme générant un déséquilibre significatif. À ce titre, il faut néanmoins préciser que la Cour de cassation a affirmé, à propos d'une clause résolutoire, que le seul fait que la clause soit unilatérale ne suffit pas à la réputer non écrite, si cette unilatéralité « se justifie par la nature des obligations auxquelles sont respectivement tenues les parties »⁵⁹⁹. Il faut que la clause, unilatérale, crée un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties. « Autrement dit, la raison d'être de la clause au sein du contrat peut suffire à consacrer sa validité, en dépit d'un défaut de commutativité »⁶⁰⁰. Le déséquilibre doit donc être réel, suivant une appréciation *in concreto*, et non pas seulement hypothétique. La

⁵⁹⁴ C. cons. art. R212-1, 5° (Décr. n°2016-884 du 29 juin 2016, en vigueur le 1^{er} juill. 2016).

⁵⁹⁵ En ce sens, M STORCK, « Fasc. 49-3 Contrat – Inexécution du contrat – Exception d'inexécution », *précit.* spéc. n°70.

⁵⁹⁶ Ibid. M. STORCK citant « TGI Paris, 5 avr. 2005, UFC c/ SA Liberty Surf Group, ss l'enseigne Tiscali et a. : JurisData n° 2005-266903 ; Comm. com. électr. 2005, comm. 104, note Ph. Stoffel-Munck ; CCC n° 2005, comm. 140, G. Raymond ».

⁵⁹⁷ C. cons. art. R212-1, 8° (Décr. n°2016-884 du 29 juin 2016, en vigueur le 1^{er} juill. 2016).

⁵⁹⁸ D. MAINGUY, M. DEPINCE et L. MOLINA, « Chronique Droit de la distribution », *JCP E et A*, n°26, 30 juin 2022, 1234, spéc. L. MOLINA, n°13.

⁵⁹⁹ Cass. com. 26 janv. 2022, n°20-16.782, F-B ; *JCP E et A*, n°26, 30 juin 2022, 1234, obs. L. MOLINA ; *JCP E et A*, n°12, 24 mars 2022, 1125, comm. G. CHANTEPIE ; *D.* 2022, p. 310, obs. R. BOFFA.

⁶⁰⁰ D. MAINGUY, M. DEPINCE et L. MOLINA, « Chronique Droit de la distribution », *précit.* 1234, spéc. L. MOLINA, n°13.

simple présence d'une telle clause n'est pas suffisante. Il faut que la clause déséquilibre les pouvoirs entre les parties.

Cet arrêt a également été l'occasion pour la Haute juridiction d'affirmer le principe selon lequel l'article 1171 du Code civil est applicable, pour un contrat entre professionnels, uniquement si celui de l'article L442-1 du Code de commerce n'est pas envisageable. Par conséquent, « cette décision présente une incidence directe sur le choix des textes à invoquer (droit commun, droit de la consommation, droit des pratiques restrictives de concurrence) lorsqu'un déséquilibre significatif est allégué »⁶⁰¹. Il faut donc comprendre que sous réserves des limites récentes, apportées par les juges de cassation, le contrôle des clauses abusives de l'article 1171 du Code civil pourra amener les juges du fond à réputer non écrites, dans les contrats d'adhésion, les clauses qui viennent aménager les sanctions unilatérales de l'inexécution en fonction des situations. Par conséquent, dans ce type de contrat, l'aménagement contractuel risque d'être limité, ou pour le moins contrôlé. À l'inverse, dans les contrats de gré à gré, il n'y a que peu de risque que ce type de clause soit sanctionné au titre des clauses abusives, sauf à démontrer qu'elles portent atteinte à la substance de l'obligation essentielle⁶⁰².

Cependant, des clauses qui contreviennent à la bonne foi pourraient potentiellement être sanctionnées par les juges. En effet, depuis l'arrêt des Maréchaux de 2007, le juge peut, sans modifier la substance des droits et obligations du contrat, sanctionner l'usage déloyal d'une prérogative contractuelle⁶⁰³. Il est alors parfaitement envisageable que les clauses aménageant les modalités d'exercice des sanctions unilatérales qui seraient mises en œuvre de mauvaise foi soient écartées par les juges.

Par conséquent, le droit de l'inexécution n'en a pas pris compte les hypothèses d'aménagement conventionnel dans les contrats d'adhésion. Cela est regrettable car les censures des clauses qui créent un déséquilibre significatif dans les contrats d'adhésion sont nombreuses et réelles. Par conséquent, il apparaît alors que le contenu de l'article 1217 aurait gagné en clarté s'il avait précisé que l'aménagement des sanctions unilatérales est soumis au contrôle de l'article 1171 du Code civil. Certes, une telle absence textuelle n'empêche pas le contrôle du déséquilibre significatif des clauses relatives aux sanctions unilatérales. Toutefois, à notre avis, elle crée une rupture, au stade de l'inexécution du contrat, dans la logique de

⁶⁰¹ G. CHANTEPIE, « Le déséquilibre significatif de droit commun réduit à la portion congrue », *JCP E et A*, n°12, 24 mars 2022, 1125

⁶⁰² C. civ. art. 1170 (version en vigueur depuis le 01 octobre 2016).

⁶⁰³ Cass. com. 10 juillet 2007, n°06-14.768, « Les maréchaux », *Bull. civ.* IV n°188, *précit.*

protection de la partie faible mise en place depuis la réforme lors de la formation et de l'exécution du contrat.

97. Conclusion du §2 – Les contrats d'adhésion ne sont pas les seuls susceptibles de subir un contrôle de l'aménagement contractuel des sanctions. Il n'en demeure pas moins qu'au même titre que les clauses relatives aux sanctions, le nouveau droit de l'inexécution est silencieux sur ce contrôle. Pour éviter ces difficultés, l'article 1217 aurait gagné à prévoir une disposition relative à l'aménagement des sanctions de l'inexécution. Le sujet de la manipulation conventionnelle des sanctions unilatérales a son importance et le rôle des rédacteurs d'acte est primordial dans le jeu d'une paisible exécution contractuelle. Ceux-ci devront composer avec les décisions des juges, pour faire valoir, au nom de la liberté contractuelle, un aménagement toujours plus efficace des sanctions unilatérales de l'inexécution, en évitant les censures.

98. Conclusion de la section 1 – Structurellement, l'article 1217 du Code civil pose les bases du nouveau droit de l'inexécution. Une liste des sanctions est présentée dont font partie les nouvelles sanctions unilatérales. Non exhaustive, cette nouvelle présentation autorise le cumul de celles-ci, sans véritablement en poser les conditions. Concernant les sanctions unilatérales, leur cumul est d'autant plus difficile que le régime de chacune diffère en fonction de la sanction. Le silence de l'article 1217 sur les hypothèses de cumul est justifié par l'importance de leur nombre et le principe général de la liberté contractuelle. Toutefois, ce silence peut causer des difficultés.

Ainsi, malgré son apparente clarté, la présentation de l'article 1217 ne convainc pas. La lecture de ce dernier ne permet pas de saisir pleinement les possibilités de cumul des sanctions entre elles. Dans le cas particulier des contrats d'adhésion, il n'est pas certain que les nouvelles sanctions unilatérales puissent s'appliquer aussi librement et facilement qu'on pourrait le penser, notamment en vertu de la présentation de la liste des sanctions de l'article 1217 et du principe de la liberté contractuelle de l'article 1102 du Code civil.

Le contenu de l'article 1217 crée des complications dans l'exercice des sanctions unilatérales. Aucune disposition ne prévoit l'aménagement contractuel des sanctions de l'inexécution. Toujours sous couvert de la liberté contractuelle, les parties semblent pouvoir aménager librement le contenu de leur contrat et l'inexécution de celui-ci. Toutefois, l'absence de précisions sur la façon d'aménager cette inexécution crée des difficultés et laisse des questions en suspens tant sur les clauses en elles-mêmes, notamment en cas de renonciation ou de réserve unilatérale du bénéfice des sanctions unilatérales, que sur le plan de leur contrôle.

Dans les contrats d'adhésion, certaines clauses relatives aux sanctions unilatérales pourraient être écartées si ces dernières créent un déséquilibre significatif en défaveur des parties faibles. Sur le plan de l'aménagement contractuel, l'imprécision de l'article 1217 est donc critiquable.

En définitive, la nouvelle présentation des sanctions unilatérales parmi les sanctions de l'inexécution est insatisfaisante pour deux raisons. D'abord, le cumul de celles-ci demeure encore incertain. Ensuite, la présentation formelle de l'article 1217 du Code civil est critiquable. Elle l'est, tant sur la liste des nouvelles sanctions que sur que leurs possibilités d'aménagement conventionnel qui sont passées sous silence. Ces deux difficultés conduisent donc à affirmer que le contenu de l'article 1217 en ce qui concerne les sanctions unilatérales. En l'état, la présentation formelle des sanctions unilatérales réalisées par cette disposition n'est pas complète. Cette incomplétude découle de la prédominance du principe de liberté contractuelle qui gouverne cet article.

Par ailleurs, en vertu de ce principe, l'exercice des sanctions unilatérales n'est pas hiérarchisé par l'article 1217 du Code civil. Cette absence de hiérarchie doit désormais être soumise à l'étude car elle peut soulever différentes interrogations relatives à l'exercice des sanctions unilatérales, dont il faut faire état (section 2).

Section 2 : Les critiques de l'absence de hiérarchie du recours aux sanctions unilatérales au sein de l'article 1217 du code civil

99. Présentation de l'absence de hiérarchie entre les sanctions judiciaires et unilatérales – L'article 1217 du Code civil semble faire une présentation « chronologique » des différentes sanctions de l'inexécution. Il envisage en premier, l'exception d'inexécution. L'exécution forcée en nature et la réduction du prix se positionnent ensuite, respectivement en deuxième et troisième choix. La résolution est envisagée une fois éteintes les perspectives de parvenir à l'exécution du contrat. Enfin, conséquence de l'anéantissement fautif du contrat, les dommages et intérêts sont possibles. Ils se retrouvent en dernière position car il faut y voir une « sanction » à part et, différenciée des autres. Deux raisons peuvent être évoquées relativement à cette dernière position. Le législateur n'a pas réformé le droit de la responsabilité et surtout, l'octroi de dommages et intérêts est toujours possible, peu importe la gravité de l'inexécution, que le contrat soit exécuté ou non, dès lors qu'une faute contractuelle est commise par l'une des parties. L'ordre des sanctions est donc chronologique. En revanche, aucune distinction n'est

réalisée entre les sanctions judiciaires et unilatérales. Il faut donc en conclure en une absence de hiérarchie entre les sanctions judiciaires et unilatérales, comme avant la réforme du droit des contrats. Le créancier n'a pas pour obligation d'utiliser une sanction unilatérale avant une sanction judiciaire et *vice versa*. Le Rapport au Président de la République va expressément en ce sens⁶⁰⁴.

100. L'absence de hiérarchie entre les modes de résolution – Il s'agit de l'exemple le plus frappant de l'absence de priorité dans l'utilisation des sanctions de l'inexécution. L'article 1224 du Code civil dispose que « la résolution résulte soit de l'application d'une clause résolutoire soit, en cas d'inexécution suffisamment grave, d'une notification du créancier au débiteur ou d'une décision de justice ». À notre avis, il faut lire l'article en ce sens. Si une clause résolutoire est prévue dans le contrat, le créancier peut l'utiliser. En l'absence de clause ou si le créancier n'estime pas nécessaire de l'utiliser – en cas d'inexécution suffisamment grave – condition nécessaire à n'importe quel type de résolution, le créancier a le choix entre la résolution unilatérale ou la résolution judiciaire. La résolution unilatérale peut donc ne pas être utilisée en priorité. La résolution judiciaire peut toujours intervenir en premier. Pourtant, lors des discussions sur les différents projets de réforme, certains auteurs ont vu dans cette présentation un « inversement des modes de résolution du contrat »⁶⁰⁵. Or, il n'en est rien, le rapport au Président est, une fois encore, explicite sur ce point⁶⁰⁶.

101. Le principe de liberté contractuelle innervé le nouveau droit des contrats. L'article 1217 du Code civil n'y fait pas exception. Par conséquent, en cas de défaillance de son débiteur, le créancier a le choix dans la détermination de la sanction adéquate. Il peut exercer une sanction unilatérale ou judiciaire. Cette liberté de choix apparaît comme une véritable innovation puisqu'auparavant les sanctions judiciaires étaient les sanctions de référence en matière d'inexécution. En effet, en plus d'être considérées comme la conséquence directe du principe de la force obligatoire du contrat, elles étaient, sauf exceptions, les seules sanctions légales de l'inexécution. L'absence de hiérarchie soulève des interrogations, qu'il faut soumettre à l'étude. D'abord, l'intégration des nouvelles sanctions unilatérales, combinée à l'absence de hiérarchie dans le choix d'exercice des sanctions induites par l'article 1217 ne va-t-elle pas remettre en

⁶⁰⁴ Rapport au Président de la République, *précit.* : « L'ordre de l'énumération n'a aucune valeur hiérarchique, le créancier victime de l'inexécution étant libre de choisir la sanction la plus adaptée à la situation ».

⁶⁰⁵ P.-Y. GAUTIER, « La hiérarchie inversée des modes de résolution du contrat » *précit.*

⁶⁰⁶ Rapport au Président de la République, *précit.* : v. Section 5 : l'inexécution du contrat.

cause cette préférence classique du recours aux sanctions judiciaires ? Est-ce un problème ? (§1) Ensuite, si cette préférence est remise en cause, il est fort probable que le recours aux sanctions unilatérales augmente massivement. Or, l'on sait qu'en cas de contestation des sanctions unilatérales, le contrôle du juge se transforme en un contrôle *a posteriori*. *Quid* des interrogations relatives à ce nouveau contrôle, qui s'intéressent tant à la compétence du juge qu'à l'exercice de ses différents pouvoirs ? (§2).

§1 : Le recours privilégié aux sanctions unilatérales

102. Désormais, si le créancier l'estime nécessaire, il peut entièrement se passer du juge en usant d'une sanction unilatérale plutôt que judiciaire, pour diverses raisons, dont notamment la rapidité de la procédure et la faiblesse de son coût par rapport à une procédure judiciaire. Toutefois, ne pourrait-on pas envisager un déclin du recours aux sanctions judiciaires dans un avenir proche, si les sanctions unilatérales sont préférées aux sanctions judiciaires par les créanciers ? (A). Par ailleurs, en cas de déclin du recours à celles-ci, *quid* de la place de l'exécution forcée en nature, traditionnellement considérée comme la sanction de référence en cas d'inexécution du contrat ? (B).

A. L'éventuel déclin du recours aux sanctions judiciaires

103. La justification de l'absence de hiérarchie entre les sanctions judiciaires et unilatérales : le principe de liberté contractuelle – En l'absence de hiérarchie entre les sanctions unilatérales et les sanctions judiciaires, la liberté de choix de la sanction par le créancier est mise au premier plan, en vertu du principe de liberté contractuelle⁶⁰⁷. Bien qu'il n'ait jamais acquis de véritable valeur constitutionnelle⁶⁰⁸, ce principe fondamental est protégé par le principe de liberté de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen⁶⁰⁹.

⁶⁰⁷ C. civ. art. 1102 al. 1^{er} (version en vigueur depuis le 01 octobre 2016) : « Chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter, de choisir son cocontractant et de déterminer le contenu et la forme du contrat dans les limites fixées par la loi.

⁶⁰⁸ V. en ce sens, Cons. const. 3 août 1994, n°94-348 DC ; JO 6 août 1994 ; *RTD Civ.* 1996, 151, obs. J. MESTRE.

⁶⁰⁹ Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen (DDHC), 1789, art. 4 : « La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui : ainsi, l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres membres de la société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la loi » ; La liberté contractuelle est une liberté au même titre que la liberté d'entreprendre. Cette dernière a d'ailleurs acquis valeur constitutionnelle en 1982, v. Cons. const. 16 janv. 1982, n°81-132 DC, JO 17 janv. 1982 ; Pour une présentation des principales décisions du Conseil constitutionnel relatives à la protection constitutionnelle de la liberté contractuelle, v. M. LATINA, « La protection constitutionnelle de la liberté

La liberté contractuelle recoupe différentes acceptions. En premier lieu, elle correspond à la « liberté de contracter ou non », la « liberté de choix du contractant », et la « liberté du contenu du contrat »⁶¹⁰. Dans une certaine mesure, cette absence de hiérarchie, qui permet aux prérogatives unilatérales d'être utilisées librement, est sans doute positive. Lorsque l'on y recourt, les vertus de l'unilatéralisme peuvent se déployer : rapidité de la procédure de mise en œuvre, efficacité économique et liberté du créancier. Or, les avantages des sanctions unilatérales participent aux objectifs d'efficacité et d'attractivité envisagés par la réforme du droit des contrats. Toutefois, si cette absence de hiérarchie renforce le principe de la liberté contractuelle, il faut admettre que ce dernier, pour éviter les dérives, n'est jamais sans limite. En vertu de la célèbre formule de Lacordaire, « entre le fort et le faible entre le riche et le pauvre, entre le maître et le serviteur, c'est la liberté qui opprime et la loi qui affranchit »⁶¹¹, ce principe fait l'objet de certaines restrictions légales dont la principale relève du respect de l'ordre public⁶¹². Précisons que les règles qui intéressent les sanctions unilatérales ne sont pas expressément d'ordre public. Ainsi, il est possible de déroger à l'article 1217 du Code civil.

Toutefois, il aurait été parfaitement envisageable d'affirmer que ce dernier est d'ordre public et d'imposer une hiérarchie dans le recours aux sanctions unilatérales et judiciaires. En effet, parfois, la liberté contractuelle est limitée au nom de la protection des contractants. Dans ce cas, la liberté quant au contenu du contrat peut être limitée et encadrée, « dans les relations structurellement inégalitaires, le législateur s'étant assigné la tâche de régir tout ou partie du contenu de ces relations afin de les rééquilibrer »⁶¹³. Hiérarchiser les sanctions unilatérales peut permettre d'éviter les écueils causés par cette absence⁶¹⁴.

104. Les difficultés causées par l'absence de hiérarchie : le risque de déclin du recours aux sanctions judiciaires – En effet, en n'imposant aucune hiérarchie entre le recours aux sanctions unilatérales et judiciaires, des difficultés peuvent survenir. À ce titre, il faut se rappeler que lorsqu'une sanction unilatérale est exercée, le juge n'intervient pas lors de sa mise en œuvre. Or, il existe des situations où les créanciers peuvent abuser des mesures unilatérales. Dans ce

contractuelle », *Dalloz actu étudiants*, billet du 18 juin 2013 : « On ne saurait donc mieux dire qu'il en va aujourd'hui de la protection constitutionnelle de la liberté contractuelle, comme celle de la liberté d'entreprendre ».

⁶¹⁰ M. LATINA, « Liberté contractuelle », *Rép. Civ. Dalloz*, actualisation avril 2023, spéc. n°s 103-105.

⁶¹¹ H. LACORDAIRE, 52^{ème} conférence de Notre Dame

⁶¹² C. civ. art. 6 (version en vigueur depuis le 21 mars 1804) : « On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs ». C. civ. art. 1102 al. 2nd (version en vigueur depuis le 01 octobre 2016) : « La liberté contractuelle ne permet pas de déroger aux règles qui intéressent l'ordre public ».

⁶¹³ M. LATINA, « Liberté contractuelle », *précit.* spéc. n° 105.

⁶¹⁴ V. *infra* n°s 307 et s.

cas, la partie victime d'une sanction unilatérale n'aura que d'autre choix que de saisir le juge *a posteriori*⁶¹⁵. De même, dans certaines situations déséquilibrées, si la partie faible est victime d'une mise en œuvre abusive d'une sanction unilatérale, elle risque, pour diverses raisons (dont la principale est sûrement le coût de la procédure), de ne pas saisir le juge. À notre avis, en n'imposant pas, pour certaines situations contractuelles, de hiérarchie dans le recours entre les sanctions judiciaires et unilatérales, le droit de l'inexécution perd en attractivité s'il n'est pas en mesure de protéger les parties faibles.

Avec le développement de contrats structurellement déséquilibrés, la protection de la partie faible est une des mesures phares de la réforme notamment avec l'intégration des contrats d'adhésion et leurs règles spécifiques⁶¹⁶. Selon nous, et comme cela sera développé ultérieurement⁶¹⁷, l'intégration des contrats d'adhésion « constitue un puissant changement de paradigme »⁶¹⁸, que le droit de l'inexécution doit prendre en compte. En effet, avec le développement des mesures unilatérales, le droit de l'inexécution, gagne en efficacité. Cependant, dans certains cas, ce dernier peut augmenter les déséquilibres entre les parties contractantes, en l'absence de priorisation entre l'utilisation des mesures judiciaires sur les mesures unilatérales. Les sanctions unilatérales peuvent être utilisées par toutes les parties, sans distinguer leur état de force dans le contrat. Ainsi, les parties disposent des mêmes armes, des mêmes recours pour agir alors même qu'elles ne sont pas placées sur un pied d'égalité depuis la formation du contrat. L'inégalité, qu'elle soit économique (une partie détient un bien ou un service que l'autre partie doit absolument obtenir) ou de savoir (une partie est en supériorité de savoir juridique, technique, d'information, *etc.*) dans les contrats d'adhésion est réelle. C'est pourquoi en refusant d'imposer une hiérarchie dans les sanctions de l'inexécution, entre les sanctions judiciaires et unilatérales ou entre les sanctions unilatérales entre elles, l'article 1217 du Code civil, s'il n'augmente pas cette inégalité, la maintient dans une certaine mesure. L'absence de hiérarchie engendre des difficultés comme par exemple, l'usage abusif des sanctions unilatérales par la partie forte dans le contrat d'adhésion. Cela risque donc de créer un déclin des sanctions judiciaire au profit des sanctions unilatérales. Il est évidemment possible de contredire cette analyse en estimant que, pour plus de sécurité, le créancier a tout intérêt à choisir la voie judiciaire. Or, l'engorgement des tribunaux, les coûts et la longueur des procédures sont autant d'éléments qui permettent de conclure que les contractants se tourneront

⁶¹⁵ V. *infra*. n°111 et s. et n°s392 et s.

⁶¹⁶ L. THIBIERGE, « Le contrat d'adhésion : beaucoup de bruit pour rien ? », *RJDA* 2021/11, p. 963.

⁶¹⁷ V. *infra* n°s243 et s.

⁶¹⁸ L. THIBIERGE, « Le contrat d'adhésion : beaucoup de bruit pour rien ? » *précit.*

davantage vers la mise en œuvre de sanction unilatérale. La raison principale relève de la facilité procédurale de l'exercice de ce type de sanction.

En l'état, même si le nombre de litiges d'inexécution réglés grâce aux mesures unilatérales n'est pas quantifiable⁶¹⁹, le recours aux sanctions unilatérales risque probablement d'augmenter de manière significative avec l'intégration de celles-ci dans le droit commun. À terme, le recours aux sanctions unilatérales pourrait devenir de plus en plus fréquent. Dans ce cas, il n'y aura qu'un pas à franchir pour qu'il devienne la norme, et supplante peut-être un jour, le recours aux sanctions judiciaires. Pour l'heure, il faut rester prudent. L'étude de la jurisprudence quant à l'utilisation des nouvelles sanctions de l'article 1217 du Code civil ne permet pas d'être totalement affirmatif sur ce point. Il faut également laisser le temps que les litiges des contrats conclus sous l'empire du droit nouveau arrivent devant les juridictions⁶²⁰.

105. Bilan A – En l'absence de hiérarchie dans le recours aux sanctions, les sanctions judiciaires peuvent alors se retrouver en déclin au profit des sanctions unilatérales qui peuvent leur être préférées, au nom de la liberté contractuelle. Si les parties parviennent à régler leur litige grâce aux mesures unilatérales, ce n'est pas critiquable. Cependant, une difficulté apparaît lorsque la partie faible risque, dans certains cas, de voir sa protection diminuée dans le cadre des contrats d'adhésion. Or, la liberté contractuelle n'est jamais sans limite et, suivant les situations, elle peut être limitée pour protéger les contractants.

Enfin, la préférence accordée aux sanctions unilatérales pourrait, sinon anéantir, amenuiser le recours à l'exécution forcée, ce qui ne serait pas sans conséquence sur la théorie générale du contrat (B).

B. L'éventuel déclin du recours à l'exécution forcée en nature

106. L'absence de hiérarchie entre les sanctions unilatérales et judiciaires, mais également entre les sanctions unilatérales entre elles, a pour conséquence de laisser libre un choix au créancier. En d'autres termes, si une sanction unilatérale est préférée par le créancier pour régler l'inexécution de l'obligation de son débiteur, les sanctions judiciaires sont mises de côté. Cette

⁶¹⁹ Lorsqu'une sanction unilatérale est utilisée contre un débiteur défaillant et que celle-ci n'est pas contestée, le juge n'intervient pas. Il n'est donc pas possible de recenser le nombre de contrats ayant eu recours aux sanctions unilatérales en cas d'inexécution. Ce n'est qu'en cas de contestation des sanctions unilatérales que le juge peut intervenir.

⁶²⁰ Pour une jurisprudence récente, v. par ex. , Cass. 3^{ème} civ. 14 fév. 2019, n°17-31.665 *précit.* ; sur l'exception d'inexécution, CA Versailles, 10 juin 2023, n°22.01-013.

absence de hiérarchie peut alors remettre en cause une sanction judiciaire de l'inexécution, très connue et très utilisée en pratique, l'exécution forcée en nature. À ce titre, cela semble logique puisque l'intérêt de conclure à contrat est d'obtenir l'exécution d'une obligation. En cas d'inexécution, l'issue du litige la plus favorable semble alors être l'exécution, même forcée, de ce dernier.

107. L'exécution forcée en nature : conséquence directe du principe de la force obligatoire du contrat – Dans la théorie générale du contrat, l'exécution forcée en nature est une sanction très utilisée car elle est la conséquence directe d'un principe cardinal en droit des contrats, celui de la force obligatoire⁶²¹. Issue des écrits de Domat⁶²² et basées sur la théorie volontariste du contrat⁶²³, la définition du principe de la force obligatoire est assimilée à ce qu'on peut appeler « l'intangibilité des conventions »⁶²⁴. L'ancien article 1134 alinéa 1^{er} du Code civil présentait le principe de la force obligatoire du contrat en disposant que « les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites ». Historiquement, le texte est issu de l'adage « *pacta sunt servanda* » qui signifie pour les cocontractants, « [qu'] une fois le contrat conclu, les normes qu'ils ont engendrées s'imposent à eux avec la même extériorité qu'une règle à l'existence de laquelle ils n'auraient pas contribué »⁶²⁵. *A priori*, sur ce point, la réforme n'apporte aucune nouveauté à ce principe, si ce n'est le changement du terme de convention en celui de contrat. La formule est reprise telle quelle au titre des dispositions liminaires de la réforme, à travers l'article 1103 nouveau du Code civil⁶²⁶, qualifié de principe directeur du nouveau droit des contrats⁶²⁷.

Pour comprendre ce principe, il faut reprendre les étapes de formation et d'exécution du contrat. Dans un contrat, là où deux volontés se sont liées et ont donné naissance à des

⁶²¹ F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, *Cours de droit civils, Contrats, Théorie générale – quasi-contrats*, PUF, Coll. Droit fondamental, 2014, p. 264, n°248 : « Le contrat a la même force obligatoire que la loi de l'État ».

⁶²² J. DOMAT, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, Livre I, Titre I, sec. II, VIII.

⁶²³ F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE et F. CHÉNEDÉ, *Droit civil les obligations*, *op. cit.*, p. 693, spéc. n°597, A propos de l'article 1134 al 1^{er} anc. du Code civil : « Aussi bien a-t-on présenté ce texte comme l'expression même de l'autonomie de la volonté » ; V. *infra* n°132 et s.

⁶²⁴ P. LEMAY, *Le principe de la force obligatoire à l'épreuve du développement de l'unilatéralisme*, *op. cit.* spéc. p. 142, n°77 et *loc. cit.* : « selon une conception traditionnelle, la force obligatoire s'exprimerait à travers cette règle c'est-à-dire l'irrévocabilité et l'immutabilité des conventions »

⁶²⁵ F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, *Cours de droit civils, Contrats, Théorie générale – quasi-contrats*, *op. cit.* p. 280, n°155.

⁶²⁶ C. civ. art. 1103 (version en vigueur depuis le 01 octobre 2016) : « Les contrats tiennent lieu de lois à ceux qui les ont faits ».

⁶²⁷ V. notamment, M. GOUBINAT, *Les principes directeurs du droit des contrats*, th. Université de Grenoble Alpes, 2016.

consentements réciproques au moment de la formation de celui-ci⁶²⁸, le contrat, exempt de vice, est valablement formé. A cet instant, selon une conception traditionnelle, le contrat a force obligatoire. Au moment de l'exécution du contrat et en cas d'inexécution, cela signifie que le contrat ne peut être modifié ou révoqué par une seule des parties. Un contractant qui décide seul de modifier ou de mettre fin au contrat se heurte donc à la violation de cette intangibilité et de cette immutabilité. En cas d'inexécution, le prononcé de l'exécution forcée en nature est alors la voie privilégiée pour maintenir la force obligatoire du contrat. Traditionnellement, la partie victime de l'inexécution qui a recours à cette sanction saisit le juge pour qu'il prononce l'exécution forcée en nature des obligations non exécutées par le débiteur défaillant. Cela signifie qu'une seule partie n'agit pas seule sur le sort du contrat. Le juge intervient pour que l'exécution du contrat en nature soit réalisée lorsqu'elle est possible. Par conséquent, le prononcé de cette sanction maintient l'immutabilité et l'irrévocabilité du contrat. C'est donc pourquoi, sur le plan théorique, il était considéré que la force obligatoire du contrat était « le plus grand obstacle au développement de l'unilatéralisme »⁶²⁹. La résolution unilatérale, et *a fortiori* l'ensemble des sanctions unilatérales, était alors réciproquement considérés comme « une atteinte à la force obligatoire du contrat »⁶³⁰. Par conséquent, l'exécution forcée en nature était donc le corollaire traditionnel du principe de la force obligatoire du contrat puisque l'on se base généralement sur l'idée selon laquelle « à partir du moment où le contrat a force obligatoire, le créancier d'une obligation méconnue a le droit d'exiger l'exécution en nature de ladite obligation, autrement dit a droit à l'accomplissement par le débiteur de l'obligation à laquelle ce dernier a consenti »⁶³¹.

En effet, avec le temps, la jurisprudence a érigé le principe de l'exécution forcée en nature au rang de principe en cas d'inexécution contractuelle⁶³², afin de préserver la force obligatoire du contrat. Elle l'a toujours préférée aux autres sanctions de l'inexécution lorsque cela était possible, malgré l'article 1142 ancien du Code civil qui l'interdisait pour les obligations de faire et de ne pas faire. Cependant, cette disposition, désormais abandonnée par la réforme, a été très vite dépassée par la jurisprudence puisque la Cour de cassation a fini par reconnaître « un droit

⁶²⁸ A.-M. FRISON-ROCHE, « Remarques sur la distinction entre la volonté et le consentement en droit des contrats », *RTD Civ.* 1995, p. 573.

⁶²⁹ Ph. JESTAZ, « Rapport de synthèse », in C. JAMIN et D. MAZEAUD (dir. de), *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, Economica 1999, p. 87 s., spéc. p. 91.

⁶³⁰ Y.-M. LAITHIER, *Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, op. cit. p. 258, spéc. n°180. V. *ibid*, pour une critique de cette analyse, spéc. n°181 à 184, p. 258 à 265.

⁶³¹ F. BELLIVIER et R. STEFON-GREEN, « Force obligatoire et exécution en nature du contrat en droits français et anglais : bonnes et mauvaises surprises du comparatisme » in *Études offertes à Jacques Ghestin, Le contrat au début du XXI^e siècle*, LGDJ, 2015, p. 91, spéc. p. 107, n°32.

⁶³² J. MESTRE, « Le juge face aux difficultés d'exécution du contrat », in J. MESTRE (coord.), *Le juge et l'exécution du contrat*, PUAM 1993, p. 91.

à l'exécution forcée pour l'ensemble des prestations contractuelles »⁶³³, « à l'exception de prestations singulières, pour lesquelles l'exécution forcée en nature apparaîtrait comme une atteinte à la liberté corporelle ou morale du débiteur, et sous réserve de son ancienne jurisprudence, brisée par l'ordonnance, relative à la promesse unilatérale »⁶³⁴. L'exécution forcée en nature était alors très souvent préférée aux autres sanctions de l'inexécution, au point d'en devenir parfois très contraignante et peu pertinente dans certaines situations. En effet, la jurisprudence a parfois prononcé l'exécution forcée en nature alors même que l'intérêt pour le débiteur n'était pas certain et son coût pour le créancier totalement disproportionné. Par exemple, il faut se souvenir de la décision de la troisième chambre civile de la Cour de cassation qui avait exigé la reconstruction entière d'une maison pour que la construction corresponde parfaitement au contenu du contrat⁶³⁵. Dans ce cas d'espèce, l'exécution forcée en nature n'était peut-être pas la sanction la plus pertinente. En l'état, il faut donc remarquer que l'exécution forcée en nature était une sanction privilégiée pour maintenir la force obligatoire du contrat. C'est donc pourquoi, à notre sens, il est possible de considérer qu'il existait, avant la réforme, une véritable primauté de l'exécution forcée en nature sur les autres sanctions de l'inexécution pour deux raisons. En premier lieu, parce qu'elle était largement utilisée par les parties et les juges en cas d'inexécution. En second lieu, parce qu'elle était la conséquence directe du principe de la force obligatoire du contrat.

108. Le développement des sanctions unilatérales et la remise en cause de la primauté de l'exécution forcée en nature – Cependant, avec le développement des sanctions unilatérales depuis la réforme de 2016, et en l'absence de hiérarchie entre celles-ci et les sanctions judiciaires, il est possible de croire à un éventuel recul important du recours à l'exécution forcée en nature en cas de litiges relatifs à l'inexécution. Sur le plan théorique, il faut se poser la question de savoir si le recul de l'exécution forcée en nature n'est pas un signe de l'affaiblissement la force obligatoire du contrat ? Antérieurement à la réforme du droit des contrats, des auteurs, avec à leur tête Monsieur Laithier, se sont attachés à démontrer que l'exécution forcée en nature n'a pas de primauté, elle n'est qu'une sanction parmi le panel des

⁶³³ F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE et F. CHÉNEDÉ, *Droit civil les obligations*, op. cit. spéc. p. 867-669, n°777.

⁶³⁴ *Ibid.* spéc. p. 867-669, n°777

⁶³⁵ Cass. civ. 3^{ème}, 11 mai 2005, n°03-21.136 ; *Bull. civ.* III, n°103 ; *RTD Civ.* 2005, 596 obs. J. MESTRE et B. FAGES ; *RDI* 2006, 307, obs. O. TOURNAFOND. En l'espèce, la démolition et la reconstruction avaient été prononcées afin que la maison soit surélevée de quelques centimètres afin de correspondre parfaitement aux stipulations contractuelles.

sanctions de l'inexécution offert au créancier⁶³⁶. Pour le comprendre, il faut détiſſer le lien classiquement établi entre cette sanction et le principe de la force obligatoire du contrat. À ce titre, Monsieur Laithier explique que le principe selon lequel « les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites »⁶³⁷ a pour seul impératif de sanctionner la partie qui ne respecterait pas une obligation à laquelle elle est tenue envers son cocontractant mais, qu'il n'impose pas obligatoirement le recours à l'exécution forcée en nature⁶³⁸. Pourtant, suivant la conception traditionnelle du contrat, l'exécution forcée est la conséquence de la force obligatoire de ce dernier. « *A contrario*, on en déduit – et c'est le raisonnement sujet à caution – qu'accorder au créancier malheureux un simple équivalent, c'est réduire à rien les engagements et donc le sens même du consentement »⁶³⁹. Or, selon Monsieur Laithier, assimiler l'exécution forcée en nature à la force obligatoire du contrat relève d'une confusion entre « la norme » (l'ancien article 1134 du Code civil) et « la sanction » (l'exécution forcée en nature)⁶⁴⁰. C'est pourquoi, l'exécution forcée en nature ne serait qu'une sanction possible de l'inexécution. Elle ne serait pas la seule garante du principe de la force obligatoire du contrat. Par conséquent, l'exécution forcée, comme les autres sanctions de l'inexécution, pourrait être déconnectée du principe de la force obligatoire du contrat. Pour nier l'assimilation entre force obligatoire et exécution forcée, Monsieur Laithier prône alors l'abandon du dogme de l'autonomie de la volonté comme fondement de la force obligatoire du contrat⁶⁴¹. En effet, « à suivre la théorie de l'autonomie de la volonté, le contrat est revêtu d'une force obligatoire extrêmement rigoureuse »⁶⁴², qui empêche le juge, le législateur, l'une des parties sans accord de l'autre, d'intervenir sur le contrat.

⁶³⁶ Y.-M. LAITHIER, *Études comparatives des sanctions de l'inexécution du contrat*, op. cit. p. 73, spéc. n°46 ; G. VINEY, « Chapitre V : exécution de l'obligation, faculté de remplacement et réparation en nature en droit français » in M. FONTAINE et G. VINEY (dir. de), *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles, Études de droit comparé*, op. cit., p. 167 s.

⁶³⁷ C. civ. art. 1134 al. 1^{er} anc. (version en vigueur du 17 février 1804 au 01 octobre 2016).

⁶³⁸ Y.-M. LAITHIER, *Études comparatives des sanctions de l'inexécution du contrat*, op. cit. p. 58 s., spéc. n°38. V. également en ce sens, v. également en ce sens, à propos des promesses unilatérales de vente, F. BELLIVIER et R. STEFON-GREEN, « Force obligatoire et exécution en nature du contrat en droits français et anglais : bonnes et mauvaises surprises du comparatisme », *précit.* spéc. p. 106, n°s 31 s.

⁶³⁹ F. BELLIVIER et R. STEFON-GREEN, « Force obligatoire et exécution en nature du contrat en droits français et anglais : bonnes et mauvaises surprises du comparatisme », *précit.* spéc. p. 107, n°32.

⁶⁴⁰ Y.-M. LAITHIER, *Études comparatives des sanctions de l'inexécution du contrat*, op. cit. p. 58 s., spéc. n°s 38-39.

⁶⁴¹ *Ibid.* p. 61, spéc. n°40 : « La confusion entre la force obligatoire et l'exécution forcée en nature est entretenue par une conception volontariste du contrat qui demeure l'explication dominante de la force obligatoire du contrat en France. » ; *ibid.* p. 64, spéc. n°41 : « Soutenir que la force obligatoire (avec ou sans autonomie de la volonté) impose l'exécution forcée en nature ne répond à aucun impératif logique ou juridique, mais avant tout à une préoccupation idéologique prétendument libérale plus ou moins consciente ».

⁶⁴² F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE et F. CHÉNEDÉ, *Droit civil les obligations*, op. cit., spéc. p. 693-694, spéc. n°597.

Ainsi, en suivant les traces de cet auteur, à partir du moment où l'exécution forcée n'est plus la conséquence directe du principe de la force obligatoire du contrat, rien n'interdit aux autres sanctions d'être prononcées par le juge – et parmi elles l'exécution par équivalent – en lieu et place de l'exécution forcée s'il estime la sanction plus adéquate⁶⁴³. Suivant ce raisonnement, le principe de la force obligatoire du contrat n'impose pas nécessairement le recours à l'exécution forcée en nature en cas d'inexécution. Cette sanction n'a aucune primauté sur les autres et elle n'est plus la seule garante de la force obligatoire du contrat. Il en ressort alors que la force obligatoire du contrat n'est plus un obstacle aux développements des sanctions unilatérales.

Dans cette perspective, le développement des sanctions unilatérales ne remet plus en cause ce principe essentiel de la théorie générale, même s'il peut affaiblir et faire reculer le recours à l'exécution forcée en nature en pratique. Au contraire, mais nous y reviendrons ultérieurement, le développement des sanctions unilatérales peut inviter à faire évoluer le principe de la force obligatoire du contrat⁶⁴⁴. Pour l'heure, si l'exécution forcée en nature n'est pas la sanction à privilégier pour maintenir la force obligatoire du contrat, il est possible d'en développer de nouvelles, à l'image des sanctions unilatérales, et d'insérer une hiérarchie renouvelée des sanctions de l'inexécution car, comme l'explique un auteur, le développement de l'unilatéralisme entraîne « une remise en cause de la hiérarchie des sanctions contractuelles »⁶⁴⁵. Le développement de nouvelles sanctions unilatérales permet alors de remettre en cause la sanction privilégiée du droit français en cas d'inexécution à savoir, l'exécution forcée en nature.

109. La remise en cause factuelle de l'exécution forcée en nature depuis la réforme du droit des contrats – La réforme du droit des contrats permet de valider cette analyse. D'abord concernant la présentation des sanctions, celle-ci a été remaniée puisque l'article 1217 du Code civil centralise désormais toutes les possibilités offertes au créancier en cas d'inexécution de son cocontractant. Les sanctions ne sont pas hiérarchisées⁶⁴⁶, bien qu'une hiérarchie chronologique implicite soit mise en place entre les sanctions préventives proposant de sauver

⁶⁴³ Y.-M. LAITHIER, *Études comparatives des sanctions de l'inexécution du contrat*, op. cit. p. 67, spéc. n°s 44 et 46.

⁶⁴⁴ V. *infra* n°s 266 et s. ; P. LEMAY, *Le principe de la force obligatoire à l'épreuve du développement de l'unilatéralisme*, op. cit. p. 179, n° 107 : « puisque la primauté de l'exécution forcée en nature se déduit d'une conception du principe de la force obligatoire la caractérisant principalement par l'intangibilité du contrat, et puisque l'émancipation de l'unilatéralisme a pour effet de détiiser le lien entre intangibilité et force obligatoire, alors l'unilatéralisme intensifie la remise en cause de la primauté de l'exécution forcée ».

⁶⁴⁵ P. LEMAY, *Le principe de la force obligatoire à l'épreuve du développement de l'unilatéralisme*, thèse 2014, op. cit., p. 160, n° 90.

⁶⁴⁶ V. *supra*. n°s 99 et s.

le contrat et d'en poursuivre l'exécution (exception d'inexécution, exécution forcée en nature et réduction du prix) et les sanctions extinctives au travers de la résolution du contrat (clause résolutoire, résolution par notification et résolution judiciaire) ; la responsabilité contractuelle se superposant sur toutes les autres sanctions puisque des « dommages et intérêts peuvent toujours s'y ajouter [aux sanctions] »⁶⁴⁷. La seule lecture l'article 1217 qui liste les sanctions dans l'ordre précité suffit pour s'en convaincre.

Concernant l'exécution forcée en nature, l'article 1221 du Code civil prévoit la possibilité pour le créancier dont les obligations de son contractant n'ont pas reçu exécution, après précaution obligatoire de mise en demeure, de poursuivre l'exécution en nature. Le Code civil évoque désormais très clairement le principe de l'exécution forcée en nature. Avant la réforme, « le droit à l'exécution forcée était imparfaitement énoncé dans le Code civil de 1804 »⁶⁴⁸. Cette possibilité était simplement incluse dans une annonce de plan. Elle concernait uniquement le cas du refus d'obtention de la résolution par le juge. De plus, le code n'autorisait cette alternative que pour les obligations de donner ; les obligations de faire et de ne pas faire étant, quant à elles, exclues du domaine d'application de l'exécution forcée⁶⁴⁹. La distinction est désuète aujourd'hui. Au contraire, nous pouvons même affirmer que c'est, la jurisprudence qui a façonné le recours prioritaire à l'exécution forcée en nature en cas d'inexécution⁶⁵⁰. Toutefois, la réforme, en ne hiérarchisant pas les sanctions judiciaires et unilatérales, marque un premier recul avec cette préférence de l'exécution forcée en nature. Ainsi, le créancier déchu peut librement choisir la sanction qui lui convient. L'exécution forcée en nature n'est plus la sanction à privilégier obligatoirement en cas d'inexécution et l'absence de hiérarchie entre les sanctions en est une des causes.

De plus, l'article 1221 innove et ajoute une limite à l'exécution forcée en nature. L'exécution forcée en nature du nouveau droit des contrats n'est jamais mise en œuvre lorsqu'elle est impossible, mais également, et c'est ici que réside la nouveauté, lorsqu'elle entraîne une disproportion manifeste entre son coût pour le débiteur et l'avantage qu'en dégagera le créancier c'est-à-dire son intérêt pour le créancier. Rajouter une exception à

⁶⁴⁷ C. civ. 1217 (version en vigueur depuis le 01 octobre 2018).

⁶⁴⁸ F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE et F. CHÉNEDÉ, *Droit civil les obligations*, Précis Dalloz, 12^{ème} éd., 2018, p. 867, n°776.

⁶⁴⁹ *Ibid.* p. 867, n°776.

⁶⁵⁰ Cass. 3^{ème} civ., 22 mai 2013, n°12-16.217 ; *RDC/I*, 2014, p. 22, obs. Y.-M LAITHIER ; *JCP G* 2013, p. 974, n°11, obs. P. GROSSER ; Cass. 1^{re} civ. 16 janv. 2007, *Bull. civ. I*, n°19 ; *D.* 2007, p. 1119, note O. GOUT ; *RDC/3* 2007, 719, obs. D. MAZEAUD et *ibid.*, 741, obs. G. VINEY ; Cass. 3^{ème} civ., 11 mai 2005, n°03-21.136, *Bull. civ. III*, n°103 ; *D.* 2005, p. 1504 ; *RTD civ.* 2005, p. 596, obs. J. MESTRE et B. FAGES. Dans cet arrêt la Cour énonce que « le créancier d'une obligation peut, après mise en demeure, en poursuivre l'exécution en nature ». V. également J. MESTRE, « Le juge face aux difficultés d'exécution du contrat » *précit.* qui explique que l'exécution forcée en nature est devenue la règle en matière d'inexécution par le juge.

l'interdiction de l'exécution forcée en nature conduit à réduire son champ d'application et potentiellement diminuer son utilisation. En effet, le créancier victime d'une inexécution devra réfléchir au coût de l'exécution avant de la mettre en œuvre. Ainsi, dans de telles situations, les créanciers malveillants devront revoir leurs calculs en matière de coûts et d'actions possibles. Avec cette nouvelle impossibilité relative à la disproportion du coût de l'exécution forcée, certains débiteurs éviteront de payer les éventuels surcoûts causés par cette mesure⁶⁵¹. Discutée par d'autres auteurs⁶⁵², cette impossibilité d'exécution forcée en nature en cas de disproportion manifeste a été remaniée et désormais, la bonne foi du débiteur est prise en compte. Cet ajout a été salué par une partie de la doctrine⁶⁵³, d'autres imaginant que le contentieux n'allait être que plus abondant du fait de cette précision⁶⁵⁴. Pour autant, le fait d'avoir rajouté une limite à la mise en place de l'exécution forcée en nature démontre que celle-ci a perdu de sa superbe avec la réforme. Sans être allée jusqu'à inverser le principe en privilégiant le recours à l'exécution par équivalent⁶⁵⁵, il est indéniable que la réforme du droit des contrats, au-delà de l'intégration de nombreuses sanctions unilatérales (réduction du prix, exception d'inexécution anticipée et résolution par notification entre autres), a fait reculer l'exécution forcée en nature qui n'a peut-être plus vocation à être la sanction de référence en droit français de l'inexécution⁶⁵⁶.

Et, nous pensons alors que si le recours privilégié à l'exécution forcée arrive à survivre, ce ne sera que par le poids d'un principe de la force obligatoire du contrat très rigoureux, basé sur la théorie de l'autonomie de la volonté. Or, on constate tout de même que la réforme a pourtant fait refluer l'intensité de la force obligatoire du contrat de l'article 1103 nouveau du Code civil, par un « frein naturel » issu des dispositions combinées des articles 1104 et 1194 nouveaux du Code civil⁶⁵⁷. Le déclin de l'exécution forcée en nature est donc une conséquence de l'absence de hiérarchie générale des sanctions de l'inexécution, qui comportent un nombre important de mesures unilatérales. Ce déclin est aussi la conséquence de l'assouplissement du principe de la

⁶⁵¹ D. MAINGUY, « Du “cout manifestement déraisonnable” à la reconnaissance d’un “droit d’option” », *Dr. et Patr.* 2014, n°240, 62.

⁶⁵² V. notamment en ce sens, T. GENICON, « Contre l'introduction du “cout manifestement déraisonnable” comme exception à l'exécution forcée en nature » *précit.*

⁶⁵³ V. notamment F. CHÉNEDÉ, *Droit des obligations et des contrats, op. cit.* p. 166 s., spéc. n°128.113 ; O. DESHAYES, T. GENICON et Y.-M. LAITHIER, « Ratification de l'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général de la preuve et de la preuve des obligations », *JCP* 2018, 529, spéc. n°19

⁶⁵⁴ V. notamment en ce sens, D. HOUTCIEFF, « Loi de ratification de l'ordonnance de réforme du droit des contrats, de la preuve et du régime général des obligations : le droit schizophrène » *précit.*

⁶⁵⁵ F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE et F. CHÉNEDÉ, *Droit civil les obligations, op. cit.*, spéc. n°775, p. 867 : « En évoquant l'« exécution forcée en nature », le législateur de 2016 l'oppose implicitement à l'« exécution forcée en équivalent » ».

⁶⁵⁶ V. *infra* n°329.

⁶⁵⁷ F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE et F. CHÉNEDÉ, *Droit civil les obligations, op. cit.*, spéc. n°597, p. 694 : « L'article 1104 dispose, que les contrats « doivent être (...) exécuté de bonne foi » ; quant à l'article 1194 il ajoute que les contrats obligent « à toutes les suites que leur donnent l'équité, l'usage ou la loi ».

force obligatoire du contrat⁶⁵⁸. Pour maintenir le recours privilégié à l'exécution forcée en nature, le législateur aurait alors pu hiérarchiser les sanctions judiciaires et unilatérales. Or, comme cela n'est pas le cas, il est possible d'envisager un déclin de cette mesure dans le temps.

110. Conclusion du §1 – La réforme a pris le parti de mettre en avant la liberté contractuelle. Au niveau des sanctions de l'inexécution, de nombreuses mesures unilatérales sont intégrées mais aucune hiérarchie entre les sanctions n'est imposée. Par conséquent, le créancier peut choisir de se passer des sanctions judiciaires classiques telles que la résolution judiciaire ou l'exécution forcée en nature. Le nouvel article 1217 du Code civil renverse la hiérarchie classique des sanctions et place au même niveau les sanctions judiciaires et unilatérales. L'utilisation des mesures unilatérales dans l'inexécution du contrat est un atout indéniable qui répond aux objectifs d'efficacité et d'attractivité du droit français, espérés par la réforme. L'insertion non hiérarchisée de celles-ci crée toutefois un risque de mise à l'écart des sanctions judiciaires, qui présentent pourtant des avantages indéniables, notamment lorsqu'il s'agit de protéger la partie faible en faisant appel à une instance tierce, le juge. Parmi les sanctions judiciaires, l'exécution forcée en nature disposait avant la réforme d'une place particulière. Elle était la sanction de référence en matière d'inexécution. Elle permettait de respecter la force obligatoire du contrat en obligeant les parties à atteindre ce qu'elles s'étaient promis. Or, en ne hiérarchisant pas les sanctions de l'inexécution, il est possible de croire à un recul de l'exécution forcée en nature. En n'imposant plus l'exécution forcée en nature lorsqu'elle est possible pour sauver le contrat, la réforme porte atteinte à la force obligatoire du contrat qui diminue en intensité.

L'absence de hiérarchie des sanctions de l'inexécution vient diminuer la place des sanctions judiciaires et privilégier le recours aux sanctions unilatérales. Parallèlement, elle vient également transformer le contrôle du juge, qui n'a plus la main mise sur l'inexécution du contrat lorsqu'une mesure unilatérale est préférée par le créancier (§2).

§2 : La modification du rôle du juge lors du recours privilégié aux sanctions unilatérales

111. L'importance du juge dans la réforme du droit des contrats – La modification du rôle du juge est la deuxième conséquence de l'absence de hiérarchie entre les sanctions de

⁶⁵⁸ V. *infra* n°266 et s.

l'inexécution. En effet, la possibilité pour le créancier de choisir une sanction unilatérale plutôt qu'une sanction judiciaire transforme les attributions du juge. D'abord, il ne peut plus intervenir au moment du prononcé de la sanction mais seulement après. À ce titre, il ne faut pas penser que le juge perd de son pouvoir de contrôle. Il faut garder à l'esprit que la réforme du droit des contrats reprend en grande majorité les acquis jurisprudentiels relatifs notamment au développement des mesures unilatérales⁶⁵⁹. Il est indéniable que le juge a joué un rôle créateur dans la réforme du droit des contrats⁶⁶⁰. En effet, cette dernière est née dans un contexte particulier à savoir celui de la réforme J21, qui consacre plusieurs développements à la question de l'office du juge⁶⁶¹. La loi n°2015-177 du 16 février 2015 a, en son article 8, habilité le Gouvernement à réformer le droit des contrats par ordonnance. Ensuite, l'ensemble de la doctrine admet que le rôle du juge va évoluer⁶⁶², notamment au regard du développement des sanctions unilatérales dans le contrat. En cas de litige, si le créancier décide d'opter pour une sanction unilatérale, son contrôle va, lui aussi, nécessairement se modifier.

L'absence de hiérarchie entre les sanctions de l'inexécution permet au créancier victime de l'inexécution de se tourner vers les nouvelles mesures unilatérales. Or, le contrôle des mesures unilatérales est différent du contrôle des sanctions judiciaires de l'inexécution. Lors de la mise en œuvre d'une mesure unilatérale, le juge n'a aucun pouvoir de contrôle. *A priori*, lorsque les sanctions unilatérales sont en cause, celui-ci semble disparaître. En effet pour ces sanctions particulières, le juge dispose d'un nouveau contrôle dont il faut faire état. Il s'agit du développement d'un contrôle *a posteriori* (B). Finalement, le rôle entier du juge se trouve modifié. Par sa jurisprudence, le juge façonne l'application du droit de l'inexécution et les nouvelles sanctions unilatérales. Il est donc un acteur essentiel de l'inexécution (A).

⁶⁵⁹ V. not. le développement de la résolution unilatérale : Cass. Civ. 1^{ère}, 13 oct. 1998, *Bull. Civ.* n°300, *précit.* mais ég. pour l'exception d'inexécution, v. par ex. Cass. Com. 19 déc. 1962, *Bull. civ.* n°523, *précit.* et Cass. Soc. 31 mai 1967, *Bull. civ.* n°433, *précit.*

⁶⁶⁰ V. notamment le colloque « Le juge, auteur et acteur de la réforme du droit des contrats », *RDC/2* 2016, p. 351 s, coorganisé le 15 avril 2016 par la Cour de cassation et l'Institut de Recherche pour un Droit Attractif (IRDA) de l'Université Paris 13-Sorbonne Paris Cité, sous la responsabilité scientifique du Professeur M. MEKKI, avec le concours d'A. LACABARATS, président de chambre à la Cour de cassation maintenu en activité et membre du Conseil supérieur de la magistrature.

⁶⁶¹ V. notamment le rapport « La prudence et l'autorité – l'office du juge au XXI^e siècle » de l'Institut des Hautes Études sur la Justice (IHEJ). La réforme de la justice a commencé en 2014, intitulée « J21 – La justice du XXI^e siècle ».

⁶⁶² V. en ce sens (non exhaustif), F. ANCEL, « Quel juge pour le contrat au XXI^e siècle ? », *D.* 2017, p. 721 ; L. AYNÈS, « le juge et le contrat : nouveaux rôles ? », *RDC* 2016, n°Hors-série, p. 14 ; N. ANCEL, « Le juge et les remèdes à l'inexécution du contrat », *RDC/2* 2016, p. 408 ; M. MEKKI, « Le juge et les remèdes à l'inexécution du contrat » *précit.* ; J.-J. FRION, « Le juge et la réforme du droit des contrats », *RLDC* n°132, 17 déc. 2015 ; A. CHATAIN et J.-Ph. ERB, « Les conséquences de la réforme du droit des contrats sur l'intervention du juge », *JCP E et A* n°18, 4 mai 2017, études et commentaires, 1245.

A. La nouvelle compétence du juge sur les sanctions unilatérales

112. Le juge acteur de la réforme – Le développement des sanctions unilatérales est une nouveauté. L'absence de hiérarchie entre les sanctions de l'inexécution va augmenter sensiblement le recours aux sanctions unilatérales. Le juge doit s'en saisir. Il joue un rôle dans la mise en œuvre de la réforme du droit des contrats⁶⁶³. Avec le temps, il a façonné les différentes évolutions du droit des contrats⁶⁶⁴. Logiquement, des auteurs se sont intéressés à la capacité du juge de faire évoluer les différentes sanctions de l'inexécution. En somme, est-ce que le juge pourra, comme il a pu le faire auparavant dans le contrat⁶⁶⁵, dégager des nouvelles obligations à la charge de l'une ou l'autre des parties, au travers des nouvelles sanctions de l'inexécution ? Ainsi, par exemple, à propos de l'exécution forcée en nature à l'initiative du créancier, issue du nouvel article 1222 du Code civil, des auteurs ont mis en avant un questionnement quant à l'obligation ou non pour le créancier, qui fait exécuter par un tiers l'obligation du débiteur défaillant, de minimiser son dommage en faisant exécuter le contrat à moindre coûts⁶⁶⁶ ? Vis-à-vis de cette question, certains se sont interrogés quant à la question de la création par le juge, au travers de l'article 1222 du Code civil, d'une « véritable obligation de *mitigation*, dès lors que le créancier a la faculté, en exécutant lui-même l'obligation inexécutée, de limiter son préjudice »⁶⁶⁷. Cette question sous-tend celle plus générale du rôle du juge dans la création d'obligations à la charge des parties⁶⁶⁸. De fait, le juge joue un rôle moteur dans la mise en œuvre de la réforme. Les nouvelles sanctions unilatérales et leur absence de hiérarchie continuent de laisser une place importante au juge dans leurs interprétations et leurs applications. Et, comme l'explique Monsieur Stoffel-Munck, il est à craindre que les juges

⁶⁶³ D. MAZEAUD, « La place du juge en droit des contrats » in Dossier « Le juge, auteur et acteur de la réforme du droit des contrats », *RDC*/2 2016, p. 351, spéc. p. 353 s. « « Demain, comme hier et aujourd'hui, le rôle du juge est, a été et restera celui d'un acteur principal et d'un coauteur permanent de la réforme » ; du même auteur, « Le nouveau droit des obligations : observations conclusives » in Dossier « Le nouveau droit des obligations après la loi de ratification du 20 avril 2018 », Paris le 7 juin 2018, *RDC* 2018, n°Hors-Série, p. 65 s., spéc. p. 68, n°12.

⁶⁶⁴ V. notamment l'exception d'inexécution façonnée par la jurisprudence : par ex. Cass. Com. 19 déc. 1962, *précit.* Cass. Soc. 31 mai 1967, *précit.* Pour la résolution unilatérale : Cass. Civ. 1^{ère}, 13 oct. 1998, *précit.*

⁶⁶⁵ Ici, il est fait référence au rôle du juge dans son pouvoir d'interprétation créateur. Il existe de nombreux exemples où le juge crée des obligations à la charge des parties en dehors du contrat, au nom de l'équité (à l'image de la bonne foi, de la coopération, de l'information *etc.*). L'obligation de sécurité est l'une des créations jurisprudentielles les plus connues, v. Cass. civ. 21 nov. 1911, *DP* 1913.

⁶⁶⁶ Y.-M. LAITHIER, « Les sanctions de l'inexécution du contrat », *précit.*

⁶⁶⁷ A. CHATAIN et J.-P. ERB, « Les conséquences de la réforme du droit des contrats sur l'intervention du juge », *précit.*

⁶⁶⁸ Il faut garder à l'esprit la difficulté pour le juge d'intervenir dans le contrat sans pour autant venir en modifier sa substance. Pour rappel, v. l'arrêt Com. 10 juillet 2007, « Les maréchaux », *précit.* « Attendu qu'en statuant ainsi, alors que si la règle selon laquelle les conventions doivent être exécutées de bonne foi permet au juge de sanctionner l'usage déloyal d'une prérogative contractuelle, elle ne l'autorise pas à porter atteinte à la substance même des droits et obligations légalement convenus entre les parties », *précit.*).

interprètent de façon restrictive le nouveau texte et que les praticiens préfèrent alors évincer les nouvelles règles par le biais de clauses contractuelles réglementant l'exécution et l'inexécution⁶⁶⁹. Cela pourrait alors se traduire par une ineffectivité de certaines règles. Une fois de plus, l'absence de précisions suffisantes lors de la présentation des nouvelles sanctions de l'inexécution entraîne des difficultés auxquelles il aurait été opportun de répondre par anticipation.

113. Quels juges pour contrôler l'inexécution du contrat ? – Le type de juge évolue également avec le développement des sanctions unilatérales. Généralement pour contrôler les abus contractuels, le juge compétent est le juge judiciaire. Les juges du fond contrôlent les faits et les juges de cassation statuent sur le droit. Certains auteurs ont alors mis en avant que la multiplication des standards juridiques, utilisés dans la réforme du droit des contrats, allait donner un rôle cardinal à la Cour de cassation dans l'appréciation de ceux-ci⁶⁷⁰. La réforme instaure un nombre considérable de standard juridique : quarante exactement⁶⁷¹. Vis-à-vis des sanctions unilatérales, comment les juges vont développer ces nouveaux standards tels que la bonne foi, le délai raisonnable, la gravité de l'inexécution *etc.* ?⁶⁷² Cette interrogation est relativement importante car au travers des nouvelles sanctions de l'inexécution, l'interprétation des différents standards risque de modifier sensiblement leur application⁶⁷³. Les juges de cassation ont alors un rôle important à jouer dans la mise en œuvre des nouvelles dispositions du droit des contrats, comme ils l'ont fait pour le développement de la résolution unilatérale ou encore de l'exception d'inexécution. Le juge devra interpréter les différents standards juridiques instaurés par la réforme (tels que « le déséquilibre significatif », la « disproportion manifeste »,

⁶⁶⁹ Ph. STOFFEL-MUNCK, « Le nouveau droit des obligations : les questions en suspens » in Dossier « Le nouveau droit des obligations après la loi de ratification du 20 avril 2018 », Paris le 7 juin 2018, *RDC* 2018, n°Hors-Série, p. 52 s., spéc. p. 58, à propos de la révision pour imprévision. Mais le même raisonnement peut s'appliquer *a fortiori* pour les sanctions unilatérales, si les juges interprètent leurs conditions de mise en œuvre très strictement.

⁶⁷⁰ G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, v° Standard : Le standard juridique peut se définir comme « une norme souple fondée sur un critère intentionnellement indéterminée ». Pour aller plus loin et notamment sur la controverse et les réticences que provoquent cette notion de standard V not. D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2003, v° Standard.

⁶⁷¹ N. BLANC, « Le juge et les standards juridiques » in Dossier « Le juge, auteur et acteur de la réforme du droit des contrats », *RDC*/2 2016, p. 351 s., spéc. p. 394 s., n°1.

⁶⁷² A. CHATAIN et J.-P. ERB, « Les conséquences de la réforme du droit des contrats sur l'intervention du juge » *précit.* spéc. n°15.

⁶⁷³ M. MEKKI, « Le juge et les remèdes à l'inexécution du contrat » *précit.* : Pour autant, le rôle des juges du fond n'est pas négligeable car comme l'ont fait remarquer des auteurs, tous les standards juridiques consacrés par la réforme ne seront pas considérés comme des « notions de droit contrôlées strictement par les magistrats de la Cour de cassation ».

« les meilleurs délais », le « raisonnable » etc.). C'est à lui qu'appartiendra le pouvoir de doter ces différents standards d'une véritable « portée normative »⁶⁷⁴.

Hors de la compétence classique du juge judiciaire statuant au fond, d'autres juges peuvent être également à même d'intervenir. Il est possible de penser au Conseil constitutionnel. Son rôle n'est pas négligeable. Pour s'en convaincre et s'en souvenir, il est utile de rappeler que le Conseil constitutionnel a, en 1999, conférer au droit de résiliation unilatérale du contrat une valeur constitutionnelle en vertu de la prohibition des engagements perpétuels⁶⁷⁵.

Par ailleurs, la Cour européenne des droits de l'Homme commence à jouer un rôle dans les questions de sanctions de l'inexécution du contrat comme l'explique Monsieur Mekki⁶⁷⁶. Son rôle est donc à surveiller dans l'application des nouvelles sanctions de l'inexécution.

De même, la question du rôle du juge des référés dans la mise en œuvre des sanctions de l'inexécution a été soulevée⁶⁷⁷. En effet, le juge des référés peut alors être acteur des situations d'urgence en matière d'inexécution⁶⁷⁸. Enfin, dans la lignée de l'éventuelle compétence du juge des référés dans le contrôle des sanctions de l'inexécution, il a été mis en avant l'éventualité de créer un « juge spécialisé qui disposerait du pouvoir de statuer selon une procédure rapide et adaptée sur l'ensemble des mécanismes que l'on vient d'évoquer en matière contractuelle »⁶⁷⁹. Ainsi, un auteur a proposé d'envisager la création d'un « juge d'appui du contrat (le « JAC » ?) », à l'instar de ce qui a été réalisé en matière d'arbitrage⁶⁸⁰. Certes, la création éventuelle d'une instance *ad hoc* a l'avantage de permettre le traitement rapide des affaires. Cependant, la création d'un nouveau juge emporte nécessairement avec elle son lot de questions évidentes et récurrentes lorsqu'il s'agit de créer une nouvelle instance judiciaire. Ainsi, lorsque l'on envisage la création d'un nouveau juge pour applicable efficacement les nouvelles prérogatives unilatérales, cela signifie que l'on reconnaît que le développement des sanctions unilatérales bouleverse le droit de l'inexécution et qu'en l'état, le juge judiciaire n'est pas apte à manipuler les nouveaux textes. Est-ce à cause de leurs imprécisions ou de leur absence de

⁶⁷⁴ D. MAZEAUD, « La place du juge en droit des contrats » *précit.* spéc. p. 355 s, n°19 s.

⁶⁷⁵ Cons. const., 9 nov. 1999, n°99-419 DC *précit.*

⁶⁷⁶ M. MEKKI, « Le juge et les remèdes à l'inexécution du contrat », *précit.* À propos de décisions rendue sur la conformité au droit du respect des biens de la résolution unilatérale du contrat : CEDH 29 mars 2011, n°18240/03, Uzan et a. c/Turquie et CEDH, 30 août 2011, n°44205/02, Aktas Elektrik Tic c/Turquie, RDC/I 2012, p. 186 s., obs. J.-P. MARGUÉNAUD.

⁶⁷⁷ H. BARBIER, « Le juge des référés et le contrat : textes anciens et réforme du droit des contrats », *RTD Civ.* 2016, p. 854 « le débiteur victime de la justice privée du créancier ne pourra-t-il pas saisir le juge des référés, là encore au nom d'un dommage imminent ou d'un trouble manifestement illicite ? », note à propos de Civ. 3^{ème}, 7 juillet 2016, n°15-18.306, *D.* 2016, 1563 et Civ. 1^{re}, 25 mai 2016, n°15-17.317, *D.* 2016, 1919.

⁶⁷⁸ V. *infra* n°s392 et s.

⁶⁷⁹ N. ANCEL, « Le juge et les remèdes à l'inexécution du contrat » in Dossier « Le juge, auteur et acteur de la réforme du droit des contrats », *RDC/2* 2016, p. 351 s, spéc. p. 408 s., p. 410.

⁶⁸⁰ F. ANCEL, « Quel juge pour le contrat au XXI^e siècle ? », *D.* 2017, p. 721.

clarté, qui justifierait que soit préférée une instance spécialisée dans la matière ? La question est ouverte. Il faut alors admettre que les nouvelles sanctions unilatérales invitent à s'interroger sur l'instance compétente en cas de litige. Différents types de juges sont à même d'intervenir dans la mise en œuvre des nouvelles prérogatives unilatérale.

114. Bilan A – En conclusion, le développement des mesures unilatérales fait évoluer le rôle du juge⁶⁸¹, qui demeure un acteur de l'évolution du droit de l'inexécution. L'absence de hiérarchie entre les sanctions judiciaires et unilatérales offre une nouvelle place au juge qui doit s'adapter, pour interpréter, préciser et éclairer les nouvelles règles. Le juge judiciaire conserve, *a priori*, son pouvoir habituel, mais il est aussi possible d'envisager la compétence d'autres juges. La Cour de cassation, le Conseil constitutionnel ou encore la Cour européenne des droits de l'Homme et des libertés fondamentales sont tous concernés par le nouveau droit de l'inexécution. L'insertion des nouvelles règles unilatérales a également pour conséquence d'interroger sur le type de juge judiciaire compétent, notamment sur le juge des référés ou encore la création éventuelle d'une instance *ad hoc*. Il faut donc retenir que l'absence de hiérarchie entre les sanctions – qui conduit, à notre sens, à une augmentation du recours aux sanctions unilatérales – a une conséquence importante sur le juge compétent en la matière. Ce développement des sanctions unilatérales, par leur absence de hiérarchie, exerce également une influence, sur le pouvoir de contrôle du juge qui, lui aussi, se modifie (B).

B. Le nouveau contrôle du juge sur les sanctions unilatérales

115. Le recul du contrôle *a priori* – Par principe, parce que les mesures unilatérales se passent du juge, le contrôle *a priori* de l'exécution du contrat est nécessairement exclu⁶⁸². Son contrôle se déplace après l'exercice de la sanction⁶⁸³. Cependant, affirmer que le juge ne dispose plus d'aucun contrôle *a priori* revient à méconnaître le fait qu'à côté des mesures unilatérales, certaines sanctions judiciaires demeurent tout à fait envisageables. Au sein de celles-ci, le contrôle *a priori* du juge demeure puisque c'est à lui, et à lui seul, que revient le pouvoir de décider si la sanction est opportune et si celle-ci peut être mise en œuvre. L'article 1217

⁶⁸¹ T. REVET, « Réflexions sur l'unilatéralisme dans le droit rénové des contrats » in *Études en la mémoire de Philippe NEAU-LEDUC, Le juriste dans la cité*, LGDJ, 2018, p. 887 s. spéc n°12. Cet auteur qualifie le juge de « contre-pouvoir au pouvoir contractuel unilatéral ».

⁶⁸² P. LEMAY, *Le principe de la force obligatoire du contrat à l'épreuve du développement de l'unilatéralisme*, op. cit. p. 463, n°337. « En effet, l'hypothèse d'une modification en profondeur du droit commun des contrats vers une véritable intégration de l'unilatéralisme tend à modifier la place du juge ».

⁶⁸³ J. HEINICH, « Le contrôle des nouveaux pouvoirs unilatéraux du contractant », *RDC*/3 2018, p. 521.

n'impose pas de hiérarchisation dans le choix des sanctions à utiliser, choix laissé donc libre à l'appréciation du demandeur et de son conseil⁶⁸⁴. Ainsi, en l'absence de hiérarchie, la résolution judiciaire peut être préférée à la résolution par notification. Dans ce cas, le juge interviendra au premier plan en cas d'inexécution contractuelle et de demande de résolution judiciaire⁶⁸⁵. De même, dans le cas de l'exécution forcée en nature, l'article 1222 du Code civil précise que si le créancier veut faire détruire ou obtenir une avance de fonds nécessaires à la réalisation de l'obligation du débiteur défaillant, il doit agir directement devant le juge. Cela est dû aux dangereuses conséquences que pourraient avoir une telle mise en œuvre abusive d'un tel pouvoir par le créancier⁶⁸⁶. De fait, la sanction unilatérale est ici encadrée pour éviter un abus potentiellement lourd de conséquences. Il faut donc déduire que le contrôle *a priori* du juge n'est alors pas totalement écarté. Lors de la mise en œuvre de mesures unilatérales, il est simplement en déclin au profit d'un autre type de contrôle.

116. Le développement du contrôle *a posteriori* – Avec le développement des sanctions unilatérales, le moment du contrôle par le juge est déplacé après l'exercice de celle-ci par le créancier⁶⁸⁷. Ainsi, il appartient désormais au débiteur défaillant de saisir le juge *a posteriori* s'il estime avoir été victime d'un abus de la part du créancier. « Chassez le juge par la porte, il revient par la fenêtre ! »⁶⁸⁸. La charge de la preuve est alors renversée. C'est à celui qui argue d'une sanction unilatérale de l'inexécution abusive d'en apporter la preuve et de demander au juge de trancher le litige. Le juge n'intervient qu'après la mise en œuvre de la sanction et de ses effets⁶⁸⁹. L'absence de hiérarchie entre les sanctions de l'inexécution peut donc conduire au recul du contrôle *a priori* du juge au profit du contrôle *a posteriori*. Pourtant, « même si le juge perd l'initiative dans le prononcé de la décision, il conserve sa primauté dans le traitement des litiges contractuels en tant qu'autorité extérieure au contrat »⁶⁹⁰. Le juge dispose alors d'un double contrôle à effectuer. Il peut contrôler l'opportunité de la mise en œuvre de la mesure *a*

⁶⁸⁴ V. not., N. ANCEL, « Le juge et les remèdes à l'inexécution du contrat », *précit.* spéc. p. 408 s., p. 410.

⁶⁸⁵ *Ibid.*

⁶⁸⁶ M. MEKKI, « Le juge et les remèdes à l'inexécution du contrat », *précit.* spéc. p. 400 s., p. 406. « En effet, le passage préalable par le juge, soit permet d'éviter en amont des risques d'abus, notamment dans l'exercice des prérogatives unilatérales, soit permet de procéder à un rééquilibrage des patrimoines que certains mécanismes, hors le juge ne permettent pas »

⁶⁸⁷ Ph. STOFFEL-MUNCK, « Le contrôle *a posteriori* de la résolution unilatérale », *Dr. et Patr.* 2004, 126, p. 18.

⁶⁸⁸ D. MAZEAUD, « La place du juge en droit des contrats », *précit.*, spéc. p. 357, n°31.

⁶⁸⁹ J. HEINICH, « Le contrôle des nouveaux pouvoirs unilatéraux du contractant », *précit.* : « Le juge n'intervient plus en amont, pour prononcer une sanction ou autoriser un contractant à agir. Il intervient en aval, pour contrôler le bon usage du pouvoir que la loi a confié à ce contractant et le cas échéant sanctionner son mauvais usage ».

⁶⁹⁰ P. LEMAY, *Le principe de la force obligatoire du contrat à l'épreuve du développement de l'unilatéralisme*, *op. cit.* p. 467, n°340.

posteriori en étudiant l'abus dans la mise en œuvre de la sanction⁶⁹¹. Il peut également analyser la mise en œuvre procédurale de la sanction ou étudier les conditions fond propres à chacune. Ce nouveau contrôle lui accorde une place de choix dans la vie des nouveaux contrats et accentue sa place au sein du droit des contrats⁶⁹².

Enfin, par son nouveau pouvoir de contrôle *a posteriori*, le juge est également un acteur non négligeable dans la mesure où il peut exercer un rôle dissuasif. Le risque de se faire sanctionner *a posteriori* par le juge peut effectivement conduire les parties au contrat, et plus particulièrement le créancier, à agir de façon raisonnée et proportionnée dans la mise en œuvre d'une de ces mesures unilatérales. Ce nouveau rôle accordé au juge s'apparente alors celui d'une instance dissuasive permettant de réguler les comportements des parties, qui devraient alors tenter de trouver un équilibre interne entre leurs intérêts divergents. Il incombe alors au juge de réguler l'équilibre du contrat, sans pour autant intervenir systématiquement.

Ce nouveau rôle pose des questions. La question principale relève du découragement de la partie « faible », victime d'un créancier mal intentionné, à agir en justice. Ce rôle de régulateur n'est donc pas totalement satisfaisant. Il faut donc retenir que l'absence de hiérarchie entre les sanctions judiciaires et unilatérales transforme nécessairement le rôle du juge. Si une sanction unilatérale est préférée à une sanction judiciaire, le juge perd son contrôle *a priori*, qui se transforme en un contrôle *a posteriori*. Les questions classiques relatives au rôle du juge et déjà évoquées, se posent alors. Quel juge est compétent ? Comment va-t-il exercer son contrôle, interpréter les textes ? Ce sont autant de questions auxquels les nouvelles règles des sanctions unilatérales ne répondent pas et qui témoignent à notre sens, d'une insuffisance qui doit être comblée⁶⁹³. Enfin, le contrôle du juge sous-tend la question des conséquences de la remise en cause des sanctions unilatérales. Celles-ci doivent être annulées ? Les parties doivent-elles être remise dans la situation antérieure à l'exercice de la sanction unilatérale ? De nombreuses questions demeurent en suspens et sur ce point la réforme est silencieuse car elle n'a pas précisé la nature des sanctions unilatérales. Le rôle du juge dans le développement des sanctions unilatérales de l'inexécution est donc non négligeable.

⁶⁹¹ Le juge sera limité dans le contrôle de proportionnalité des sanctions unilatérales entre les intérêts du créancier et du débiteur vis-à-vis de l'opportunité de la mesure puisqu'il se retrouvera *a posteriori* dans un contrôle plus limité et très souvent réduit à l'octroi de dommages et intérêts. De plus, le contrôle de proportionnalité peut ici se rapprocher de l'abus de droit V. pour précisions et comparaison avec les propositions de l'avant-projet CATALA, J. ROCHFELD, « Remarques sur les propositions relatives à l'exécution et l'inexécution du contrat : la subjectivation du droit à l'exécution », *RDC*/1 2006, p. 113 s., spéc. n°25-26.

⁶⁹² M. MEKKI, « Le juge et les remèdes à l'inexécution du contrat », *précit.* spéc. p. 400 s, p. 405.

⁶⁹³ Ph. STOFFEL-MUNCK, « Le nouveau droit des obligations : les questions en suspens » *in* Dossier « Le nouveau droit des obligations après la loi de ratification du 20 avril 2018 » *précit.* spéc. p. 58. « « les juges sont peu préparés à certaines des missions que la réforme leur confie ».

117. Conclusion de la section 2 – L’absence de hiérarchie des sanctions de l’inexécution prévue par l’ordonnance de réforme permet de laisser une place, importante et égalitaire, aux sanctions unilatérales face aux sanctions judiciaires. Cette absence de hiérarchie est donc louable. Elle permet de favoriser la simplification du droit de l’inexécution et son attractivité. Le créancier demeure libre de choisir la sanction qu’il estime la plus favorable. En contrepartie, cette absence de hiérarchie bouleverse les principes établis en matière d’inexécution. L’exécution forcée en nature n’est plus la sanction obligatoirement à privilégier. La force obligatoire du contrat semble donc subir une atteinte importante puisque l’exécution forcée en nature permettait de faire respecter la parole donnée. Parallèlement, l’autre conséquence de cette absence de hiérarchie, entre les sanctions unilatérales et judiciaires, relève du contrôle du juge qui se transforme. D’un contrôle *a priori* de l’inexécution, le développement des sanctions unilatérales le force à réaliser un contrôle *a posteriori* des mesures prises. Le contrôle du juge doit être repensé à l’aune du développement des sanctions unilatérales. La modification du contrôle de juge est donc, selon nous, la conséquence directe de l’apparition des sanctions unilatérales de l’inexécution et leur absence de hiérarchisation face aux sanctions judiciaires préexistantes. L’absence de hiérarchie des sanctions de l’inexécution entraîne donc des incertitudes tant sur le principe de la force obligatoire du contrat, et l’éventuel déclin des sanctions judiciaires, que sur un nouveau contrôle du juge qui se profile et qui n’est pas encore totalement dessiné. Dans une certaine mesure, cette absence de hiérarchie apparaît alors critiquable.

CONCLUSION DU CHAPITRE 2

118. Faire état des critiques communes de l'intégration des sanctions unilatérales dans les sanctions de l'inexécution supposait d'étudier le contenu de l'article 1217 du Code civil. En ce qui concerne cette disposition, deux types de critiques ont été relevés. En premier lieu, des critiques relatives à la présentation formelle des nouvelles sanctions unilatérales ont pu être formulées. En second lieu, l'absence de hiérarchie entre les sanctions judiciaires et unilatérales a fait l'objet de développements.

119. L'état des critiques de la présentation formelle des sanctions unilatérales – L'article 1217 du Code civil condense la liste des sanctions de l'inexécution en une seule et unique disposition. Ce regroupement est pertinent car il offre une vue d'ensemble du panel des sanctions offertes au créancier victime d'une inexécution contractuelle. Sans être exhaustive, la liste présente les principales sanctions unilatérales envisageables. Sur ces points, la nouvelle présentation formelle des sanctions unilatérales doit être saluée. Toutefois, cette nouvelle présentation semble présenter des défauts.

D'abord, les sanctions unilatérales peuvent s'appliquer peu important le type de contrat. Autrement dit, elles ne tiennent absolument pas compte de la protection de la partie faible. Il faut alors regretter l'absence d'annonce générale de cette nécessaire prise en compte, sur laquelle nous reviendrons ultérieurement⁶⁹⁴, au sein de l'article 1217. Cette dernière marque une rupture avec la logique protectionnisme qui semble avoir été consacrée lors de la réforme du droit des contrats.

Ensuite, la nouvelle présentation des sanctions est totalement silencieuse sur les hypothèses de cumul de celles-ci, qu'il s'agisse du cumul entre sanctions unilatérales ou de celui des sanctions unilatérales avec les sanctions judiciaires. En vertu de la liberté contractuelle, les parties devraient pouvoir cumuler les sanctions lorsque cela est possible. D'une part, cette grande liberté doit être saluée dans la mesure où elle favorise l'attractivité du nouveau droit de l'inexécution. D'autre part, il est pourtant possible regretter cette trop grande abstraction, notamment lorsqu'il s'agit de les cumuler avec la responsabilité contractuelle. Ainsi, il apparaît que ces difficultés auraient pu être davantage anticipées et évitées. À titre d'exemple, comme nous l'avons explicité, la jurisprudence a déjà eu l'occasion de créer des

⁶⁹⁴ V. *infra* n°226 et s.

sanctions *sui generis* par le passé ou de proposer des solutions de cumul entre les sanctions de l'inexécution.

Enfin, le contenu de l'article 1217 peut être critiqué pour son absence de précisions sur l'aménagement conventionnel des sanctions. Celui-ci est guidé par le principe de la liberté contractuelle, sous réserve de certaines limites. Les plus connues relèvent de l'ordre public et de la bonne foi. Il faut saluer cette grande liberté, permettant aux rédacteurs d'actes d'être les plus libres possibles pour aménager des contrats efficaces et bien construits, afin de limiter au maximum les litiges. Toutefois, dans le cadre des contrats d'adhésion, il existe, à notre avis, une nouvelle limite au principe de la liberté contractuelle : celle du contrôle des clauses qui créent un déséquilibre entre les droits et les obligations des parties au titre de l'article 1171 du Code civil. Depuis la réforme, dans les contrats d'adhésion, l'aménagement des sanctions unilatérales est soumis à ce contrôle. D'après nous, l'article 1217 aurait gagné en précision s'il avait tenu compte de ce dernier. En effet, ce nouveau contrôle vient limiter l'aménagement des sanctions unilatérales. Il faut en tenir compte dans la mesure où les clauses relatives à l'aménagement de ces sanctions spécifiques semblent davantage prédisposées à créer et augmenter les déséquilibres entre les cocontractants. C'est notamment le cas lorsqu'elles sont utilisées par la partie forte contre la partie faible mais aussi lorsqu'elles ne sont pas réciproques, c'est-à-dire lorsqu'elles sont stipulées contre la partie faible et que leur bénéfice est réservé à la partie forte. Dans une logique protectionniste, il aurait alors été pertinent que le contenu de l'article 1217 y fasse expressément référence.

120. L'état des critiques relatifs à l'absence de hiérarchisation des sanctions – L'autre défaut des sanctions de l'inexécution, dont les sanctions unilatérales sont aussi victimes est issu de l'absence de hiérarchisation des sanctions entre elles au sein de l'article 1217 du Code civil. Les sanctions unilatérales se retrouvent désormais au même plan que les sanctions judiciaires. Cette absence de préférence entre celles unilatérales et judiciaires est à saluer dans la mesure où il renforce l'importance de l'intégration des mesures unilatérales dans les règles du contrat. Cela montre également qu'elles ne sont pas des sanctions de second choix. Toutefois, l'absence de hiérarchie emporte des conséquences non négligeables qui interrogent encore quant à l'utilisation des nouvelles sanctions de l'inexécution.

D'abord, directement, à cause de cette absence de hiérarchie entre les sanctions, certaines sanctions judiciaires pourraient perdre de l'intérêt, à l'image de l'exécution forcée en nature. Or, afin de protéger les parties faibles, notamment dans le cadre des contrats d'adhésion, cela ne semble pas toujours opportun.

De plus, en n'imposant pas d'ordre dans le choix de la sanction de l'inexécution, si ce n'est celui chronologique, il est possible que le recours aux sanctions judiciaires décline. En effet, sur le plan théorique, l'exécution forcée en nature était la sanction la plus privilégiée et la première garante du principe de la force obligatoire du contrat. Si les sanctions unilatérales peuvent être utilisées à la place de l'exécution forcée en nature, il est possible de s'interroger sur l'affaiblissement ou du moins sur la diminution de l'intensité de la portée de ce principe.

Enfin, indirectement, avec le développement des sanctions unilatérales et la possibilité de les préférer en premier lieu à une sanction judiciaire, il faut admettre que le contrôle du juge se modifie mais il est difficile d'apercevoir comment. Les différentes conséquences de l'absence de hiérarchie des sanctions engendrent donc de nombreuses interrogations et témoignent que les sanctions ne sont pas suffisamment ordonnées entre elles.

Pour toutes ces raisons, l'intégration des sanctions unilatérales au sein de l'article 1217 est critiquable. La présentation générale incomplète et l'absence de hiérarchisation des sanctions sont les défauts communs à toutes les nouvelles mesures de l'inexécution. Ces deux éléments posent des questions et engendrent différentes conséquences difficilement prises en compte par le nouveau droit de l'inexécution. Ces questions et difficultés n'épargnent pas les sanctions unilatérales. Fort heureusement, ces problèmes peuvent *a priori* être corrigés par une présentation formelle plus claire des sanctions prévues par l'article 1217 du Code civil⁶⁹⁵.

⁶⁹⁵ V. *infra* n^{os} 277 et s. et n^{os} 327 et s.

CONCLUSION DU TITRE 1

121. Afin de faire état des critiques de l'intégration des sanctions unilatérales dans le droit de l'inexécution, il a fallu étudier les sanctions unilatérales suivant une double approche ; l'une spécifique à chaque sanction, l'autre commune à l'ensemble d'entre elles.

122. L'état des critiques propres à chaque sanction unilatérale – La présence de difficultés propres à chaque sanction unilatérale a été constatée. Plusieurs types de défauts ont pu être soulevés. À titre général, il faut alors reconnaître que, pour la plupart, les sanctions unilatérales, ont victimes des maladresses de la codification. Elles sont très souvent imparfaitement rédigées, à l'image de la réduction unilatérale et proportionnelle du prix qui a fait l'objet de plusieurs réécritures pour parvenir à une rédaction, à notre sens, encore maladroite. La rédaction imparfaite est souvent à l'origine des difficultés relative aux conditions et à la procédure d'exercice de chaque sanction unilatérale. Dans une moindre mesure, certains défauts plus structurels ont retenu notre attention, à l'image de l'intégration de l'exception d'inexécution anticipée ou de l'obligation de motivation dans la notification de la résolution unilatérale.

Cependant, il faut immédiatement nuancer le propos et comprendre que les défauts propres à chaque sanction ne nous semblent pas être insurmontables. Pris isolément, aucun d'entre eux n'a vocation à remettre en cause l'intégration des sanctions unilatérales dans le droit de l'inexécution. Ils n'empêcheront probablement pas celles-ci d'être utilisées, d'autant plus qu'il faut rappeler que les nouvelles dispositions sont, pour une grande partie, issues d'une codification à droit constant et donc déjà connues du droit de l'inexécution. Comme pour chaque codification, les questions de rédaction et de mise en œuvre des nouveaux articles qui s'en suivent, sont nombreuses et normales. Il ne faut donc pas négliger le rôle de la jurisprudence qui a encore tout à faire pour préciser et améliorer les sanctions unilatérales, même si, techniquement, certaines difficultés auraient pu être évitées, voire anticipées dans les nouvelles dispositions.

Pour l'heure il faut donc retenir que les défauts des sanctions unilatérales ne sont ni infranchissables, ni permanents, au point qu'il soit nécessaire réécrire entièrement chacune de ces sanctions. Au contraire, si ces insuffisances ne sont pas rédhibitoires, elles témoignent d'un problème global des sanctions unilatérales de l'inexécution. Il s'agit de l'imprécision générale

de leur régime d'exercice et de contestation, sur lequel nous reviendrons ultérieurement et qu'il est possible de corriger⁶⁹⁶.

123. L'état des critiques communes des sanctions unilatérales – La présence de difficultés communes entre les sanctions unilatérales, mais aussi avec les sanctions judiciaires a également été mise en avant. En effet, le droit de l'inexécution est désormais regroupé dans le Code civil. L'article 1217 du Code civil expose le nouveau panel des sanctions de l'inexécution, dont les sanctions unilatérales font désormais partie intégrante.

Nous avons constaté une trop grande imprécision et abstraction dans la rédaction de l'article 1217 du Code civil. D'abord, la liste des sanctions et les possibilités d'aménagement conventionnels ne tiennent pas compte d'une nouvelle catégorie de contrat, les contrats d'adhésion. L'article 1217 ne participe donc pas à la protection de la partie faible. Or, sur ce point, ainsi que le précédent chapitre l'a démontré, lorsqu'il s'agit des sanctions unilatérales, différentes questions se posent. De plus, les hypothèses de cumul des sanctions ne sont pas abordées alors même qu'elles interrogent. Cette difficulté de cumul fait d'ailleurs écho à certains défauts techniques des sanctions unilatérales qui sont créés par les imprécisions relatives à leur régime d'exercice.

Enfin, les sanctions de l'inexécution ne sont pas hiérarchisées, ce qui a permis d'intégrer les sanctions unilatérales au même niveau que les sanctions judiciaires. Cependant, cette absence de hiérarchie interroge sur deux points. D'abord, si les sanctions unilatérales peuvent être utilisées en priorité sur les sanctions judiciaires, cette hypothèse questionne sur le possible déclin de ces dernières et notamment sur le cas spécifique de l'exécution forcée en nature, sanction contractuelle de référence pour maintenir la force obligatoire du contrat. De même, en ne hiérarchisant pas les sanctions de l'inexécution, la partie faible dans les contrats d'adhésion, est-elle vraiment protégée face à la partie forte qui pourrait faire un usage abusif des sanctions unilatérales ? Enfin, par son absence de hiérarchie dans l'exercice des sanctions, l'article 1217 offre au créancier victime d'une inexécution, la possibilité d'avoir recours à une sanction unilatérale. Le recours aux sanctions unilatérales transforme le rôle du juge. Or, en matière d'unilatéralisme, le contrôle *a priori* du juge se transforme en un contrôle *a posteriori* encore assez obscur et dont l'article 1217 du Code civil ne dit mot.

Par conséquent, l'analyse du contenu l'article 1217, de la liste des sanctions à l'absence de hiérarchie, a permis de montrer que les sanctions unilatérales présentent de nombreux

⁶⁹⁶ V. *infra* n°253 et s.

défauts, d'une importance non négligeable. Pour finir, il faut préciser que, comme les défauts techniques propres à chaque sanctions unilatérales, les défauts communs de celles-ci avec les sanctions judiciaires ne semblent pas insurpassables. En effet, même s'ils sont dus à une trop grande abstraction de l'article 1217 du Code civil, ils ne nécessitent pas *a priori* de réécrire entièrement l'article. En effet, celui-ci doit être considéré comme un article d'annonce et de présentation du nouveau droit de l'inexécution, et non comme un article avec une portée normative avancée. Toutefois, tout comme les défauts spécifiques, ils auraient pu être évités en étant davantage anticipés.

124. Suivant cette double approche, spécifique et globale, il faut alors admettre que les sanctions unilatérales peuvent faire l'objet de critiques techniques. Leur intégration dans le droit de l'inexécution, au sein des articles 1217 et suivants du Code civil est perfectible. Par ailleurs, ces premières critiques ont commencé à mettre en exergue deux défauts généraux des sanctions unilatérales, à savoir une absence de protection de la partie faible et des imprécisions dans leur régime. À notre sens, ceux-ci se révèlent encore davantage lorsqu'il s'agit d'étudier les critiques de l'intégration des sanctions unilatérales qui relèvent, non plus du seul droit de l'inexécution, mais de la théorie générale du contrat (titre 2).

TITRE 2 : LES CRITIQUES DE L'INTÉGRATION DES SANCTIONS UNILATÉRALES DANS LA THÉORIE GÉNÉRALE

125. En 1804, le législateur n'a jamais voulu faire du Code civil un ouvrage doctrinal⁶⁹⁷. Au contraire, ce dernier avait été pensé pour unifier le droit français et, surtout pour mettre fin à la toute-puissance du pouvoir judiciaire⁶⁹⁸. Toutefois, avec du recul, à la lecture du discours Préliminaire prononcé par Portalis en 1801, on présentait déjà que le Code civil allait également s'illustrer par sa portée théorique. Les nouvelles règles générales des obligations devaient pouvoir s'appliquer à tous les contrats⁶⁹⁹ car, cela est encore vrai aujourd'hui, « il n'y a point de législation dans le monde qui ait pu déterminer le nombre et fixer la diversité des conventions dont les affaires humaines sont susceptibles »⁷⁰⁰. Sans pouvoir tout prévoir, il fallait proposer un corps de règles cohérents dans un seul et unique corpus. Grâce à cette concentration des règles du droit des contrats, dans un ensemble cohérent et surtout systématisé, la doctrine a pu apprécier et développer les contours de ces nouvelles dispositions. Elle a alors pu construire une théorie générale du contrat⁷⁰¹. C'est pourquoi, l'ancien Titre III du Livre III était une véritable œuvre doctrinale générale, applicable à tous les contrats, faites par les juristes et pour les juristes, les lois ne devant pas être « à la portée du moindre citoyen »⁷⁰². Elle était surtout un recueil cohérent dans sa structure. Son seul point d'ombre relevait à notre avis de l'absence d'existence d'un véritable droit de l'inexécution, les textes relatifs aux sanctions de l'inexécution étant dispersés à divers endroits du Code⁷⁰³.

⁶⁹⁷ M. MEKKI, « Les principes généraux du droit des contrats au sein du projet d'ordonnance portant sur la réforme du droit des obligations », *D.* 2015, p. 816.

⁶⁹⁸ J.-E.-M. PORTALIS, *Discours préliminaire du premier projet de Code civil*, (Discours prononcé le 21 janvier 1801 et le Code civil promulgué le 21 mars 1804), préf. M. MASSENET, Ed. Confluences, coll. Voix de la Cité, 2004, spéc. p. 90 : « Un tribunal n'est pas dans un région assez haute pour délibérer des règlements et des lois. Il serait circonscrit dans ses vues comme il l'est dans son territoire ; et ses méprises ou ses erreurs pourraient être funestes au bien public ».

⁶⁹⁹ J.-E.-M. PORTALIS, *Discours préliminaire du premier projet de Code civil*, *op. cit.* spéc. p. 56 : « En traitant des contrats, nous avons d'abord développé, les principes du droit naturel qui sont applicables à tous ».

⁷⁰⁰ *Ibid.* p. 57.

⁷⁰¹ É. SAVAUX, *La théorie générale du contrat, mythe ou réalité ?*, préf. J.-L. AUBERT, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t., 264, 1997, spéc. p. 345, n°531.

⁷⁰² J.-E.-M. PORTALIS, *Discours préliminaire du premier projet de Code civil*, *op. cit.* spéc. p. 19 : « Ce serait donc une erreur de penser qu'il put exister un corps de lois qui eut d'avance pourvu à tous les cas possibles, et qui cependant fut à la portée du moindre citoyen ».

⁷⁰³ Les sanctions judiciaires étaient éparpillées à divers endroits du Code civil, V. *supra*. n°10 et les sanctions unilatérales n'étaient pas codifiées, V. *supra* n°5.

126. L'ordonnance de réforme semble avoir conservé une cohérence dans la structure du nouveau droit des contrats. La présentation des sources d'obligations a été systématisée. Les nouveaux textes sont d'abord, venus consacrer la distinction entre les actes et les faits juridiques, comme sources créatrices d'obligations. Désormais, il est indiqué que « les obligations naissent d'actes juridiques, de faits juridiques ou de l'autorité seule de la loi »⁷⁰⁴. Le contrat appartient à la catégorie des actes juridiques qui sont des « manifestations de volonté destinées à produire des effets de droit »⁷⁰⁵. Il s'agit d'un acte juridique bilatéral, par opposition aux actes juridiques unilatéraux qui peuvent se définir comme « une manifestation de volonté par laquelle une personne, agissant seule, détermine des effets de droit »⁷⁰⁶. Toutefois, il faut remarquer que la réforme n'a pas consacré de théorie spéciale de l'acte juridique unilatéral⁷⁰⁷. Ainsi, même si le droit reconnaît l'existence de ces actes, « ils obéissent tant que de raison, pour leur validité et leurs effets, aux règles qui gouvernent les contrats »⁷⁰⁸.

Ensuite, la réforme a centralisé les principes fondateurs du droit des contrats. Les articles préliminaires semblent présenter une dynamique de système. Après avoir différencié les différentes sources d'obligations, le nouveau droit des contrats présente, même s'ils n'en portent pas explicitement le nom⁷⁰⁹, des principes directeurs⁷¹⁰ qui sont nommés « dispositions préliminaires »⁷¹¹. Ces dernières sont considérées comme « des lignes directrices »⁷¹², destinées « à faciliter l'interprétation de l'ensemble des règles applicables au contrat, et au besoin à en

⁷⁰⁴ C. civ. art. 1100 al. 1^{er} (version en vigueur depuis le 01 octobre 2016). Il ne s'agit pas une nouveauté puisque les avant-projets Catala et Terré proposaient d'intégrer la distinction entre les actes et les faits juridiques. Ces deux projets distinguaient l'acte juridique unilatéral et le contrat, tout en plaçant le contrat au centre de la recodification, v. notamment C. WITZ, « Contrat ou acte juridique ? » in F. TERRÉ (dir.), *Pour une réforme du droit des contrats*, op. cit., p. 51 s., spéc. p. 65 et P. RÉMY, « Plans d'exposition et catégories du droit des obligations. Comparaison du projet Catala et des projets européens » in *ibid.* p. 83 s.

⁷⁰⁵ C. civ. art. 1100-1 al. 1^{er} (version en vigueur depuis le 01 octobre 2016).

⁷⁰⁶ J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit civil les obligations 1. L'acte juridique*, op. cit. ancienne version, 16^{ème} éd., 2014, spéc. p. 503, n°489.

⁷⁰⁷ D. MAZEAUD, R. BOFFA, N. BLANC (dir.), *Dictionnaire du contrat*, op. cit. n°7 « Acte juridique unilatéral », spéc. p. 42.

⁷⁰⁸ C. civ. art. 1100-1 al. 2 (version en vigueur depuis le 01 octobre 2016).

⁷⁰⁹ Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016, *précit.* : « Contrairement à certains projets européens, l'ordonnance n'a pas opté pour un chapitre préliminaire consacré aux « principes directeurs » du droit des contrats.

⁷¹⁰ M. FABRE-MAGNAN, « Avantages et inconvénients des principes directeurs », *RDC*/4 2012, p. 430.

⁷¹¹ Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016, *précit.* : « Le choix a été fait de s'inspirer du titre de l'actuel chapitre Ier du titre III du code civil, intitulé « Dispositions préliminaires », afin de signifier que les règles générales ainsi posées, conformément au 1° de l'article 8 de la loi d'habilitation ».

⁷¹² Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016, *précit.* : « [les dispositions préliminaires] bien que destinées à donner des lignes directrices au droit des contrats, ne constituent pas pour autant des règles de niveau supérieur à celles qui suivent et sur lesquelles les juges pourraient se fonder pour justifier un interventionnisme accru ».

combler les lacunes »⁷¹³. Ces principes sont la liberté contractuelle⁷¹⁴, la force obligatoire⁷¹⁵ et la bonne foi contractuelle⁷¹⁶.

Enfin, l'ordonnance de réforme a consacré les différentes règles générales applicables au contrat de droit commun, dont les sanctions unilatérales font désormais partie, à la suite de ces principes directeurs afin de rendre le droit des contrats, cohérent dans sa structure. Comme en 1804, ces règles reposent sur la figure du contrat négocié. Cependant à la différence de l'ancien droit des contrats, ce modèle contractuel a été consacré par la réforme au travers de la catégorie du contrat de gré à gré qui peut se définir comme « celui dont les stipulations sont négociables entre les parties »⁷¹⁷. Face à lui, les textes ont intégré la figure du contrat d'adhésion, qui est celui qui « comporte un ensemble de clauses non négociables, déterminées à l'avance par l'une des parties »⁷¹⁸. Pour ce type de contrat particulier, des règles spéciales sont prévues⁷¹⁹. Ces nouvelles dispositions témoignent de l'ambition des rédacteurs de l'ordonnance d'insérer dans le droit commun, une protection accrue de la partie faible de la formation à l'exécution du contrat.

Suivant ces affirmations, il semble que l'ensemble de la structure du titre III ait fait l'objet d'une volonté implicite de systématisation. En effet, le nouveau droit des contrats semble même être allé au bout de la logique de système puisqu'il semble avoir créé un véritable droit de l'inexécution en centralisant les sanctions au sein des articles 1217 et suivants du Code civil. Est-ce vraiment le cas ? On peut en effet se demander, s'agissant des sanctions unilatérales, si leur consécration est cohérente et systématisée, c'est-à-dire si celles-ci s'intègrent dans un ensemble cohérent de principes et de règles relatifs au contrat de droit commun⁷²⁰. À ce titre, nous savons que le développement des sanctions unilatérales dans le contrat a été complexe. Elles perturbent sa conception classique. Leur qualification juridique peut susciter l'embarras. Par ailleurs, le droit de l'inexécution semble avoir consacré l'impératif de protection de la partie faible lors des périodes de formation et d'exécution du contrat en accordant des règles spéciales pour les contrats d'adhésion. Les règles des sanctions unilatérales respectent-elles ce nouvel

⁷¹³ Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016, *précit.*

⁷¹⁴ C. civ. art. 1102 (version en vigueur depuis le 01 octobre 2016) : « Chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter, de choisir son cocontractant et de déterminer le contenu et la forme du contrat dans les limites fixées par la loi. La liberté contractuelle ne permet pas de déroger aux règles qui intéressent l'ordre public ».

⁷¹⁵ C. civ. art. 1103 (version en vigueur depuis le 01 octobre 2016) : « Les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits ».

⁷¹⁶ C. civ. art. 1104 (version en vigueur depuis le 01 octobre 2016) : « Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi. Cette disposition est d'ordre public ».

⁷¹⁷ C. civ. 1110 al. 1^{er} (version en vigueur depuis le 01 octobre 2018).

⁷¹⁸ C. civ. 1110 al. 1^{er} (version en vigueur depuis le 01 octobre 2018).

⁷¹⁹ V. *infra* n°213 et s.

⁷²⁰ TLFi, v° Théorie : « Ensemble de notions, d'idées, de concepts abstraits appliqués à un domaine particulier ».

impératif ? En étudiant ces différents éléments, il sera possible de démontrer que l'intégration des sanctions unilatérales dans la théorie générale est critiquable.

127. Les développements à venir ont donc pour but de montrer l'existence d'une incohérence entre l'intégration de ces dernières et la théorie générale du contrat (Chapitre 1^{er}) et l'absence de cohérence entre l'intégration des sanctions unilatérales et l'impératif de protection de la partie faible (Chapitre 2nd).

Chapitre 1. L'absence de cohérence entre l'intégration des sanctions unilatérales et la théorie générale du contrat.

Chapitre 2. L'absence de cohérence entre l'intégration des sanctions unilatérales et l'impératif de protection de la partie faible.

CHAPITRE 1 : L'ABSENCE DE COHÉRENCE ENTRE L'INTÉGRATION DES SANCTIONS UNILATÉRALES ET LA THÉORIE GÉNÉRALE DU CONTRAT

128. S'il a survécu à plus de deux cents ans d'histoire et aux évolutions sociétales, c'est principalement parce que le droit des contrats était, à n'en pas douter, un ouvrage global, systématisé et surtout cohérent entre les fondements généraux du contrat et les règles applicables à celui-ci.

Toutefois, malgré ces affirmations, la nécessité d'une réforme semblerait avoir pris le pas sur la cohérence⁷²¹. Dans le Code civil, cette œuvre qualifiée de « vieillissante », le droit des contrats était parfois désuet. L'objectif principal de la réforme était donc d'en moderniser les règles. A-t-elle fait du droit de l'inexécution une œuvre globale et cohérente, à l'image de ce qu'a été le titre III du Livre III durant plus de deux siècles ? Autrement dit, l'étude des sanctions unilatérales dans le droit réformé nous invite à éprouver l'intégration des sanctions unilatérales dans la théorie générale du contrat.

Pour savoir si ces nouvelles dispositions sont cohérentes avec cette dernière, il conviendra alors d'étudier la nouvelle conception du contrat proposée par les articles 1101 et 1103 du Code civil. Il sera nécessaire de déterminer si les nouvelles dispositions des articles 1217 et suivants s'inscrivent dans une démarche systématisée et cohérente entre les principes fondateurs du contrat de droit commun et les règles applicables à celui-ci (section 1). Dans l'hypothèse d'une incohérence entre l'intégration des sanctions unilatérales et la théorie générale du contrat, il conviendra de proposer une analyse davantage doctrinale de la réforme pour lever la difficulté (section 2).

⁷²¹ Plusieurs auteurs ont estimé que la réforme manquait de « cohérence » globale, v. en ce sens (non exhaustif) : T. REVET, « Une philosophie générale ? » in Dossier « La réforme du droit des contrats : quelles innovations ? », RDC n°Hors-Série, 2016, p. 5 ; H. BARBIER, « Les grands mouvements du droit commun des contrats après l'ordonnance du 10 février 2016 », *RTD Civ.* 2016, p. 247 : à propos de l'ordonnance de 2016, « sans doute aura-t-on quelque mal à trouver un esprit d'ensemble » ; O. DESHAYES, T. GENICON et Y.-M. LAITHIER, « Ratification de l'ordonnance portant réforme du droit des contrats du régime général et de la preuve des obligations – Loi n°2018-287 du 20 avril 2018 », *précit.* ; R. LIBCHABER, *Le contrat au XXI^{ème} siècle op .cit.* spéc. p. 9 s., n°s1-9.

Section 1 : L'incohérence entre l'intégration des sanctions unilatérales et la théorie générale du contrat

129. La systématisation d'une théorie générale repose, à notre avis, sur deux points essentiels. En premier lieu, il faut que les concepts et les règles du droit des contrats soient cohérents entre eux. À titre d'exemple, il faudrait que la conception du contrat soit apte à recevoir les mesures unilatérales. Autrement dit, afin que la théorie générale soit cohérente, il est nécessaire que la conception du contrat ne soit pas fondée sur des principes qui interdisent le recours aux mesures unilatérales.

En second lieu, pour qu'un droit soit systématisé, il doit reposer sur un ensemble de règles générales. Ces règles découlent de la qualification juridique accordée à chaque concept. Pour disposer d'un régime précis, il faut que les concepts mobilisés dans le droit des contrats soient qualifiés afin de disposer d'un régime cohérent et précis. À titre d'exemple, le contrat est un acte juridique bilatéral. Son régime est basé sur sa nature. Ce dernier dispose de règles propres qui sont induites de sa qualification. De même, l'acte juridique unilatéral, sous certaines conditions, dispose également de règles propres. Par conséquent, afin que la théorie générale soit cohérente, il nous apparaît nécessaire que les sanctions unilatérales soient qualifiées juridiquement afin que leur régime d'exercice puisse être développé précisément. Or, il faut, dès à présent remarquer, que la réforme est demeurée silencieuse sur ce point.

130. Les développements qui suivent ont pour objet de déterminer si l'intégration des sanctions unilatérales est cohérente avec la théorie générale. Il conviendra alors confronter les sanctions unilatérales à la conception générale du contrat induite par la réforme (§1). Par la suite, il conviendra de développer l'absence de qualification des sanctions unilatérales et ses conséquences (§2).

§1 : L'incohérence entre l'intégration des sanctions unilatérales et la conception du contrat

131. En 1804, les mesures unilatérales étaient interdites, probablement parce qu'elles portaient atteinte au « bilatéralisme consubstantiel au contrat »⁷²². Dans le droit commun des

⁷²² T. REVET, « La détermination unilatérale de l'objet dans le contrat » in C. JAMIN et D. MAZEAUD (dir.), *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, *op. cit.*, p. 31 s., spéc. p. 33.

contrats de cette époque, il n'existait aucune disposition spécifique validant le recours à une quelconque mesure unilatérale. Toutefois, avec le temps, la jurisprudence a contribué à développer certaines d'entre elles. Elle a validé de longue date le principe de l'exception d'inexécution⁷²³. Elle a également reconnu celui de la fixation unilatérale du prix dans les contrats-cadre⁷²⁴, revirement de jurisprudence qu'il n'est plus nécessaire de présenter⁷²⁵. Elle a autorisé la rupture unilatérale des contrats à durée indéterminée⁷²⁶, en vertu de la prohibition des engagements perpétuels⁷²⁷. Enfin, elle a entériné un pouvoir général de résiliation unilatérale du contrat, par sa jurisprudence « Tocqueville »⁷²⁸, pour tous les types de contrats, indifféremment qu'ils soient à durée déterminée ou indéterminée. Ce rejet de l'intégration des mesures unilatérales peut trouver une explication historique dans la conception traditionnelle du contrat, qui en vertu, du principe de sa force obligatoire ne permettait pas à une partie de modifier seule le contenu du contrat (A).

A priori, le rejet de l'intégration des sanctions unilatérales n'est plus d'actualité depuis la réforme de 2016 puisque cinq ont d'entre elles ont fait leur apparition en droit commun. De plus, l'article 1101 du Code civil semble avoir consacré une nouvelle définition du contrat. Il nous apparaît alors pertinent de nous interroger sur le point de savoir si le contenu de cette nouvelle définition est cohérent avec le développement des sanctions unilatérales. Pour ce faire, il faudra alors s'intéresser à la notion de contrat entérinée par la réforme (B).

A. La conception traditionnelle du contrat

132. Durant longtemps, la conception traditionnelle du contrat est venue limiter le développement des mesures unilatérales (1) et ce, malgré l'essor de thèses correctrices émergentes, justifiant la nécessité d'accorder une place plus importante à la volonté personnelle de chaque partie (2).

⁷²³ Cette mesure est assez ancienne, v. en ce sens, pour le contrat de bail : Cass. Soc. 31 mai 1956, *Bull. civ. IV*, n°503 ; Soc. 7 juill. 1955, *Bull. civ. IV*, n°595.

⁷²⁴ Cass. Ass. Plén. 1^{er} déc. 1995, n°93-13.688, n°91-15.578, n°91-15.999, n°91-19.653 ; *précit.*

⁷²⁵ C. ALBIGES, « Le développement discret de la réfaction du contrat », in *Mélanges Michel Cabrillac*, Litec, 1999, p. 3 s.

⁷²⁶ V. par ex. Cass. Com. 19 déc. 1962, *Bull. civ. n°523 précit.* ; Cass. Soc. 31 mai 1967, *Bull. civ. n°433 précit.*

⁷²⁷ Ce principe a acquis valeur constitutionnelle Cons. cons. 9 nov. 1999, n°99-419, *précit. v. supra* n°54.

⁷²⁸ Cass. Civ. 1^{ère}, 13 oct. 1998, *Bull. civ. n°300 précit.*

1) La limitation des mesures unilatérales par une conception traditionnelle du contrat

133. L'étude de la construction traditionnelle du contrat montre l'importance de la place de la volonté des parties au sein de celui-ci. Toutefois, historiquement cette place se limitait à la volonté commune de ces dernières. Dans la conception classique, la volonté isolée de l'une d'entre elle était très limitée.

134. L'importance de la volonté commune des parties dans la construction classique du contrat – Les contrats étaient traditionnellement définis comme « des accords de volonté entre deux ou plusieurs personnes »⁷²⁹. Dans sa conception classique, le contrat était considéré comme un acte juridique bilatéral, par nature⁷³⁰. Il se formait par la rencontre des consentements, chacun issus de deux volontés *a minima*.

Or, il ne faut pas confondre volonté et consentement⁷³¹. Dans un contrat, la volonté seule n'avait pas de pouvoir. Il en va de même pour le consentement qui, seul n'avait aucun intérêt dans la construction du contrat. Autrement dit, pour créer un contrat, deux consentements devaient se rencontrer pour former la relation contractuelle⁷³². Le consentement, comme la volonté, était unilatéral puisqu'il émanait d'une seule partie. Ainsi, une fois intégré dans le contrat valablement formé, ce dernier intégrait le caractère bilatéral de celui-ci en se dénaturant⁷³³ puisqu'il se liait à un autre consentement lors de ce qui était communément appelé « la rencontre des consentement ». Au stade de la formation du contrat, le mécanisme de l'unilatéralisme avait donc une place. Toutefois, celle-ci est était limitée à la transformation de la volonté en consentement.⁷³⁴ Par conséquent, pour qu'un contrat soit formé, il était nécessaire qu'il existe une réciprocité dans la volonté de conclure le contrat. C'est pourquoi, lorsque le contrat était valablement formé, cette réciprocité, suivant un certain parallélisme des formes,

⁷²⁹ R. SAVATIER, *La théorie des obligations vision juridique et économique*, Précis Dalloz, 2^e éd., 1969, p. 137, spéc. 88.

⁷³⁰ T. REVET, « La structure du contrat, entre unilatéralité et bilatéralité (II) », *RDC*/1 2013, p. 327 : « La bilatéralité est irréductiblement l'essence du contrat ».

⁷³¹ A.-M. FRISON-ROCHE « Remarques sur la distinction de la volonté et du consentement en droit des contrats », *RTD Civ.* 1995, 573 ; T. REVET, « Objectivation ou subjectivation du contrat. Quelle valeur juridique ? », in C. JAMIN et D. MAZEAUD (dir.), *La nouvelle crise du contrat*, Dalloz, 2003, p. 83, spéc. n° 11 p. 87-88.

⁷³² A.-M. FRISON-ROCHE, « Unilatéralité et consentement » in C. JAMIN et D. MAZEAUD (dir.), *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, *op. cit.* p. 21 s., spéc. p. 22, n°4 : « Le consentement n'a de sens qu'en considération de ce qui va le dénaturer, anéantir son unilatéralité, c'est-à-dire, l'échange des consciences qui déclenche la puissance des volontés s'aliénant dans le lien contractuel ».

⁷³³ A.-M. FRISON-ROCHE, « Unilatéralité et consentement », *précit.* spéc. p. 22, n°4 : le consentement « perd cette unilatéralité pour former le lien contractuel, où il perd sa nature pour se subsumer dans le contrat ».

⁷³⁴ L. MOLINA, *La prérogative contractuelle op. cit.* spéc. p. 50, n°3 : « L'exigence de rencontre des consentements a une fonction créatrice qu'aucune volonté unilatérale ne peut surpasser ».

une partie seule ne pouvait plus changer d'avis et, retirer son consentement. Les volontés de chacune avaient été transformées en consentements⁷³⁵. Cette rencontre des consentements, au sein de laquelle la volonté de chaque partie avait été cristallisée, donnait lieu à un mouvement bilatéral par lequel le contrat se formait. Le terme « rencontre » doit être souligné car c'est par celui-ci que le caractère bilatéral du contrat était symbolisé, lors de sa formation. Sans cette rencontre, autrement dit, lorsque les consentements étaient isolés, le contrat n'existait pas. Par conséquent, les facultés unilatérales étaient donc classiquement interdites au moment de la formation du contrat, car on estimait qu'elles portaient atteinte au « bilatéralisme consubstantiel du contrat »⁷³⁶. En effet, pour exercer une mesure unilatérale, il n'est pas nécessaire que toutes les parties du contrat manifestent leur volonté, une seule suffit. Ainsi, théoriquement, au moment de la formation de ce dernier, il existait une véritable contradiction entre la conception bilatérale du contrat et l'exercice unilatéral de ce genre de prérogative.

Suivant un certain parallélisme des formes, là où durant la période de formation, le bilatéralisme du contrat était assuré par la rencontre des consentements libre et éclairé, pendant les phases d'exécution et en cas d'inexécution du contrat, la construction bilatérale de ce dernier était maintenue par le principe de la force obligatoire du contrat. Autrement dit, on affirmait que « ce que les parties ont fait par leur accord mutuel, par leur *mutuus consensus*, elles peuvent le défaire par leur volonté commune, par leur *mutuus dissensus*, encore nommé *distrat* »⁷³⁷. Les parties avaient consenti librement à un contrat dont les obligations, négociées, étaient déterminées à l'avance. Par conséquent, leurs volontés respectives s'étaient transformées en des consentements. Ces consentements avaient alors perdu leur unilatéralité propre pour devenir un contrat, soit « un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destinées à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations »⁷³⁸. Valablement formé, le contrat acquérait alors force obligatoire. Ce principe interdisait donc aux parties d'agir seules sur le contenu du contrat. A l'inverse, pour modifier celui-ci en cours d'exécution, les parties devaient agir ensemble, de manière bilatérale. Chaque partie devait transmettre sa volonté à l'autre jusqu'à ce qu'elles arrivent à se mettre d'accord. De même, en cas d'inexécution, elles pouvaient décider ensemble de rompre le contrat. Il était totalement interdit d'avoir recours à une

⁷³⁵ A.-M. FRISON-ROCHE, « Unilatéralité et consentement », *précit.*

⁷³⁶ T. REVET, « La détermination unilatérale de l'objet dans le contrat » *précit.* spéc. p. 33. Du même auteur, « Réflexion sur l'unilatéralisme dans le droit rénové des contrats » in *Études en la mémoire de Philippe NEAU-LEDUC, Le juriste dans la cité*, LGDJ, 2018, p. 887, spéc. n°3 « En France, sans doute plus qu'ailleurs, l'unilatéralisme a longtemps été jugé incompatible avec la figure du contrat, dont le contenu et le sort ne pouvaient être l'œuvre de la volonté d'une seule des parties, l'autre aurait-elle donné son accord pour qu'il en fut ainsi ».

⁷³⁷ F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE et F. CHÉNEDÉ, *Droit civil les obligations, op. cit.*, spéc. p. 749, n°651.

⁷³⁸ C. civ. art. 1103 (version en vigueur depuis le 01 octobre 2016).

quelconque mesure unilatérale, exception faite de la saisine unilatérale du juge qui demeurait la seule possibilité envisageable. Cela était parfaitement logique puisque le contrat représentait ce que les parties ont voulu, ce à quoi elles ont consenti. Par conséquent, les stipulations de celui-ci s'imposaient à elles.

Lors de l'exécution ou en cas d'inexécution, le bilatéralisme du contrat était donc maintenu au travers du principe de la force obligatoire. Parce que le contrat était un acte bilatéral par nature, de sa formation à son inexécution, la volonté d'une seule partie n'avait pas de pouvoir. Les sanctions unilatérales étaient contraires à la bilatéralité naturelle du contrat. C'est pourquoi très peu d'entre elles étaient autorisées. Toutefois, pour régler les problèmes d'inexécution qui, souvent entraînent des différends entre les parties, le droit des contrats reconnaît depuis toujours des exceptions légales au bilatéralisme du contrat, en plus du *mutuus dissensus* et des clauses contractuelles. D'abord, dans les contrats à durée indéterminée, la résiliation unilatérale était toujours possible⁷³⁹, car justifiée par la prohibition des engagements perpétuels⁷⁴⁰. Cette exception, qui était limitée aux contrats à durée indéterminée, ne pouvait pas être considérée comme une exception générale à la construction bilatérale du contrat en cas d'inexécution. À notre sens, la véritable exception légale et générale à cette conception du contrat se retrouvait dans la possibilité, pour chacun des cocontractants isolément, de saisir le juge pour qu'il règle le litige et prononce une sanction de l'inexécution. Jusqu'à la réforme de 2016, l'exception principale et générale au bilatéralisme du contrat était donc incarnée par la saisine du juge en cas d'inexécution. À cause de la construction bilatérale du contrat, l'intégration de sanctions unilatérales était donc très limitée⁷⁴¹.

Ainsi, il faut alors retenir que le contrat était traditionnellement conçu comme la rencontre de deux volontés qui se cristallisaient dans la rencontre des consentements et formaient un tout indivisible. Après sa formation, le principe de sa force obligatoire maintenait ce bilatéralisme naturel en accordant une place très importante à la volonté commune des parties.

⁷³⁹ C. civ. art. 1211 (version en vigueur depuis le 01 octobre 2016) : « Lorsque le contrat est conclu pour une durée indéterminée, chaque partie peut y mettre fin à tout moment, sous réserve de respecter le délai de préavis contractuellement prévu ou, à défaut, un délai raisonnable » ; F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE et F. CHÉNEDÉ, *Droit civil les obligations*, op. cit., qui évoquent également le droit de repentir, spéc. p. 751, n°653 « Pour protéger certains contractants contre les suites d'un contrat trop hâtivement conclu, le législateur leur accorde, dans un certain nombre de cas, un droit de repentir ». Sur le droit de repentir, v. *ibid.* spéc. p. 384, n°342.

⁷⁴⁰ F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE et F. CHÉNEDÉ, *Droit civil les obligations*, op. cit., spéc. p. 758-759, n°659.

⁷⁴¹ Elle était surtout limitée aux droits spéciaux, v. *supra* n°75 et s.

135. La volonté commune des parties comme fondement principal de la force obligatoire du contrat de l'ancien article 1134 du Code civil et ses critiques – L'importance accordée à la volonté commune des parties, dans la conception du contrat, se retrouvait dans la conception classique du principe de sa force obligatoire. L'ancien article 1134 du Code civil disposait que « les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites ». Depuis la naissance du Code civil⁷⁴², et aujourd'hui encore, on enseigne que ce principe est une « conséquence juridique »⁷⁴³ de la théorie de l'autonomie de la volonté, qui représenterait la philosophie classique du contrat⁷⁴⁴. Cette théorie est connue et reconnue⁷⁴⁵.

La théorie de l'autonomie de la volonté est issue de l'École du droit naturel, qui a elle-même repris des courants plus anciens que sont le droit romain, le droit canonique, l'Humanisme et la Réforme⁷⁴⁶. Les principes de l'autonomie de la volonté dans le contrat se retrouvent d'abord chez Grotius : les hommes sont libres et égaux, aucun autre individu que la partie au contrat elle-même ne peut décider de s'engager à sa place⁷⁴⁷. Pourtant, comme certains auteurs l'expliquent, « c'est davantage encore à Kant qu'il convient de rapporter la théorie en ce qu'elle a de catégorique (l'expression même, autonomie de la volonté, semble empruntée à la *Critique de la raison pratique*) »⁷⁴⁸. Enfin, c'est la thèse de Gounot en 1912, intitulée *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé*, avec pour sous-titre *contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, à qui il convient d'attribuer le mérite d'avoir créé le véritable terme

⁷⁴² J. GHESTIN, G. LOISEAU et Y-M. SÉRINET, *Traité de droit civil, les obligations, le contrat : formation*, LGDJ, 4^{ème} éd., 2013, spéc. p. 148, n°184 : « la volonté individuelle est la seule source de toute obligation juridique ».

⁷⁴³ F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE et F. CHÉNEDÉ, *Droit civil les obligations, op. cit.*, spéc. p. 10, n°24.

⁷⁴⁴ A. BURGE, « Le Code civil et son évolution, vers un droit imprégné d'individualisme libéral », *RTD Civ.* 2000, p. 1.

⁷⁴⁵ V. not. les ouvrages généraux du droit des contrats (non exhaustif) : F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE et F. CHÉNEDÉ, *Droit civil les obligations, op. cit.* spéc. p. 9 s., n°21 s. ; M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations 1- Contrat et engagement unilatéral, op. cit.*, spéc. n°754 ; T. REVET et F. ZENATI-CASTAING, *Cours de droit civil Contrats, théorie générale et quasi-contrats, op. cit.*, spéc. 32, n°3 ; P. MALAURIE et L. AYNÈS, *Droit des obligations, op. cit.*, p. 493, n°535 ; S. PORCHY-SIMON, *Droit des obligations*, Hypercours Dalloz, 16^{ème} éd. 2024, spéc. p. n°67 et.

⁷⁴⁶ J. CARBONNIER, *Droit civil Tome 4 Les obligations, op. cit.*, p. 60, spéc. 20 qui cite « - pour le droit romain, Monier, II, n°62 Magdelain, *Le consensualisme dans l'édit du préteur*, Varia, 1957 – pour le droit canonique, Roussier, *Fondement de l'obligation contractuelle dans le droit. Classique de l'église*, Th. Paris, 1933 – pour l'Humanisme, Erasme et Dumoulin dans leurs écrits – pour la Réforme, Tawney, *La religion et l'essor du capitalisme*, 1951 ». ; v. également D. DEROUSSIN, *Histoire du droit des obligations*, Economica, 2^{ème} éd. 2012.

⁷⁴⁷ J. GHESTIN, G. LOISEAU et Y-M. SÉRINET, *Traité de droit civil, les obligations, le contrat : formation, op. cit.*, p.147 1, spéc. n°183.

⁷⁴⁸ J. CARBONNIER, *Droit civil Tome 4 Les obligations, op. cit.* Pour autant, certains auteurs ont démontré que l'influence de Kant sur les origines de la théorie de l'autonomie de la volonté est à nuancer v. notamment en ce sens, M. RANOUIL, *L'autonomie de la volonté. Naissance et évolution d'un concept*, préf. J.-Ph, PUF, 1980 ; v. ég. J. GHESTIN, G. LOISEAU et Y-M. SÉRINET, *Traité de droit civil, les obligations, le contrat : formation, op. cit.* p. 149, spéc. n°184 : « En réalité c'est sous la forme d'un Kantisme diffus, simplifié, voire déformé, conçu comme la théorie par excellence de l'individualisme juridique, associant devoir et liberté que s'est manifestée l'influence de Kant ».

de théorie de l'autonomie de la volonté, alors même que son travail avait pour principal but de la critiquer⁷⁴⁹. Cette théorie peut se définir comme « une théorie de philosophie juridique, suivant laquelle la volonté humaine est à elle-même sa *propre loi*, se crée sa propre obligation : si l'homme est obligé par un acte juridique, spécialement par un contrat, c'est parce qu'il l'a voulu ; le contrat est le principe de la vie juridique ; la volonté individuelle, le principe du contrat »⁷⁵⁰. Autrement dit, « la volonté de l'homme est l'animatrice du droit »⁷⁵¹. Suivant cette conception du contrat, basée sur cette théorie, la volonté serait l'unique créateur de l'effet de droit. Pour créer un contrat, chaque partie devrait transmettre sa volonté à l'autre de contracter. Parallèlement, il en irait de même pour le défaire⁷⁵².

Toutefois, il faut préciser que la conception du contrat et notamment celle de sa force obligatoire, n'a jamais été purement volontariste. Afin de rendre le contrat obligatoire et pour éviter que les parties ne se défassent trop rapidement de l'engagement pris, les rédacteurs du Code civil n'ont réalisé qu'une « adhésion partielle au postulat de l'autonomie de la volonté »⁷⁵³. Cela s'explique d'abord, parce que, antérieurement au Code civil et à ses origines, la volonté n'a pas toujours été considérée comme le seul fondement de la force obligatoire du contrat⁷⁵⁴. À l'époque moderne, dès le XVI^e siècle, l'école du droit naturel fondait le respect de la parole donnée sur la « sociabilité naturelle de l'homme ou son utilité »⁷⁵⁵. Suivant ce courant, on affirmait que les parties respecteraient naturellement leur engagement si elles lui trouvaient une utilité sociale. À défaut d'une telle utilité, on expliquait aussi que les parties allaient respecter leurs paroles parce qu'elles étaient des individus sociabilisés. Durant la période de l'Ancien droit français, la force obligatoire n'était pas non plus basée sur « la volonté toute puissante des parties »⁷⁵⁶. Historiquement cette conception de l'autonomie de la volonté comme

⁷⁴⁹ J. CARBONNIER, *Droit civil Tome 4 Les obligations, op. cit.* spéc. p. 61, n° 21 : Carbonnier explique que la thèse de Gounot aurait pu être considérée comme « une voix dissidente [qui] aurait pu se faire entendre » mais cela n'a pas été le cas. Dans le même sens, v. F. CHÉNEDÉ, « De l'autonomie de la volonté à la justice commutative » in « II. Déclin ou essor de l'autonomie de la volonté en droit privé ? » in *Annuaire de l'Institut Villey vol.4* Dalloz, 2012, p. 155. s., spéc. p. 158 qui explique à propos de l'autonomie de la volonté que « C'est assurément la thèse publiée en 1912 par Emmanuel Gounot, *Le principe d'autonomie de la volonté*, qui lui assura la postérité [...] ». On l'aura compris, l'ambition de Gounot n'était pas d'assurer la promotion de l'autonomie de la volonté, mais au contraire de réaliser une critique systématique de cette doctrine ».

⁷⁵⁰ J. CARBONNIER, *Droit civil Tome 4 Les obligations, op. cit.* spéc. p. 53, n° 16.

⁷⁵¹ R. SAVATIER, *La théorie des obligations vision juridique et économique, op. cit.*, spéc. p. 137, n° 88.

⁷⁵² G. ROUHETTE, *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, th. Paris, 1965, spéc. p. 407. : « la volonté actuelle, vivante », doit toujours être privilégiée à la « volonté passée, morte »

⁷⁵³ F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE et F. CHÉNEDÉ, *Droit civil les obligations, op. cit.* p. 36, spéc. n° 29

⁷⁵⁴ D. DEROUSSIN, *Histoire du droit des obligations, op. cit.* p. 472 s. « La force obligatoire du contrat et son fondement ».

⁷⁵⁵ *Ibid.* p. 472 s. spéc. p. 475 : « Plus que la volonté, c'est la sociabilité naturelle de l'homme ou son utilité qui le pousse à respecter la parole donnée ».

⁷⁵⁶ *Ibid.* p. 472 s. spéc. p. 478.

fondement de la force obligatoire du contrat n'a jamais été absolue⁷⁵⁷ et le principe était déjà, dès la création du Code civil, soumis à des restrictions légales⁷⁵⁸. « À essayer de cerner de plus près la réalité, il semble que l'attitude des rédacteurs du Code civil ait été, comme à l'accoutumé, plus nuancée »⁷⁵⁹. En effet, depuis sa création, le principe de la force obligatoire n'était pas uniquement fondé sur la volonté des parties. D'autres facteurs devaient être pris en compte.

Pour comprendre ces différents facteurs, il faut revenir sur les différentes critiques de la théorie de l'autonomie de la volonté. D'autres écoles telles que l'école positiviste avec Kelsen en chef de rang sont également venus critiquer cette théorie⁷⁶⁰. La critique de l'autonomie de la volonté a été reprise en partie par Monsieur Rouhette : « la volonté ne saurait à elle seule expliquer la création par le contrat d'effets de droit »⁷⁶¹. Ainsi, « pour fonder la force obligatoire du contrat, il faut donc non pas renvoyer à la volonté mais au Droit qui, compte tenu de ce qui a été *voulu* par le débiteur et de l'attente (expectative) légitime du créancier (qui a confiance dans l'obtention de ce qui lui a été promis), donne une action en justice »⁷⁶². Les sociologues tels que Durkheim se sont également intéressés à la place de la volonté dans la société⁷⁶³, et donc dans le contrat. Ici, la réflexion se centrait alors sur la société et non plus sur l'individu « parce que les individus sont liés les uns aux autres par des mécanismes et des intérêts qui les dépassent, les actes des uns impactent nécessairement sur les autres »⁷⁶⁴. La volonté n'était pas le protagoniste du contrat.

Dans l'ancien article 1134 du Code civil, la loi et le contrat étaient mis en relation puisque l'article indiquait que « les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites »⁷⁶⁵. En partant de cette relation entre les deux termes, il a été démontré que la volonté n'était pas la seule source créatrice de la norme. Certes, le contrat était contrat parce qu'il avait

⁷⁵⁷ F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE et F. CHÉNEDÉ, *Droit civil les obligations*, op. cit. spéc. p. 12 s., n°29 s.

⁷⁵⁸ Pour une critique de l'autonomie de la volonté v. E. GOUNOT, *Le principe de l'autonomie de la volonté, Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, th. Paris, Rousseau, 1912 ; F. CHÉNEDÉ, « De l'autonomie de la volonté à la justice commutative » *précit.* spéc. p. 155 s.

⁷⁵⁹ F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE et F. CHÉNEDÉ, *Droit civil les obligations*, op. cit. spéc. p. 8, spéc. n° 20.

⁷⁶⁰ H. Kelsen, « La théorie juridique de la convention », *A.P.D* 1^{er} Janv. 1939, n° XXXIII, p. 3, disponible en ligne : <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k888152j/f328.item>. [consultée le 23 janv. 2021].

⁷⁶¹ G. ROUHETTE, *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, op. cit. spéc. pp. 1-66. D'ailleurs il faut préciser que cet auteur estimait quand même que la théorie de l'autonomie de la volonté était une des bases du contrat : la rencontre des consentements formait le contrat qui acquérait force obligatoire.

⁷⁶² D. DEROUSSIN, *Histoire du droit des obligations*, op. cit. p. 472 s., spéc. p. 502-503.

⁷⁶³ E. DURKHEIM, *Division du travail*, Paris (1893), Quadrige, PUF, 1973.

⁷⁶⁴ D. DEROUSSIN, *Histoire du droit des obligations*, op. cit. p. 472 s., spéc. p. 504.

⁷⁶⁵ C. civ. anc. art. 1134 (version en vigueur de 1804 au 30 septembre 2016).

été voulu, mais également, parce qu'il était autorisé par le droit objectif⁷⁶⁶. Le contrat pouvait être conçu comme « l'acte normateur né de la décision de ceux qu'il assujettit »⁷⁶⁷. Suivant cette définition du contrat, deux fondements principaux étaient alors nécessaires à la conception du contrat. Il s'agit respectivement des fondements objectif et subjectif⁷⁶⁸. Autrement dit, d'abord, le contrat était contrat parce qu'il relève du droit objectif, de l'autorité de la loi⁷⁶⁹. Cependant, l'assujettissement ne suffisait pas à ce que le droit reconnaisse qu'il existe un contrat. Le contrat était également contrat parce que les parties l'ont voulu, parce qu'elles ont émis la volonté d'y participer⁷⁷⁰. La volonté, élément subjectif, seule ne suffisait donc pas à créer un contrat⁷⁷¹. Elle devait être objectivée⁷⁷². Cette objectivation passait par la transformation de la volonté en un consentement⁷⁷³. L'objectivation de la volonté se traduisait par le consentement qui doit s'échanger pour former le contrat⁷⁷⁴. Ainsi, pour qualifier le contrat, il était nécessaire qu'*a minima* deux volontés transformées en consentement se rencontrent car l'acte juridique – le contrat – était un acte objectif⁷⁷⁵. À partir du moment où la volonté était objectivée dans le consentement, le contrat devenait alors une norme pour ces dernières⁷⁷⁶. Partant, il en allait de même durant la phase d'exécution du contrat, « la force

⁷⁶⁶ F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE et F. CHÉNEDÉ, *Droit civil les obligations*, op. cit. spéc. p. 12, n°29 : « La force obligatoire du contrat n'est pas une réalité qui existerait et s'imposerait indépendamment de tout ordre juridique ».

⁷⁶⁷ T. REVET, « Objectivation ou subjectivation du contrat : quelle valeur juridique ? » *précit.* spéc. p. 84 ; Dans le même sens, P. ANCEL, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *RTD Civ.* 1999, 771 « on peut très bien admettre à la fois que le contrat a un effet normateur et que les normes créées ont pour contenu possible d'accorder des droits subjectifs aux contractants », qui cite J. GHESTIN, *Traité de droit civil II, les obligations, le contrat : formation*, LGDJ, 1988.

⁷⁶⁸ V. notamment (non exhaustif), J. HAUSER, *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique : contribution à la théorie générale de l'acte juridique*, LGDJ, t. 117, préf. RAYNAUD (J.), Bibliothèque de droit privé, 1971 ; J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, PUF, 3^{ème} éd. 2022, « Notion n°7 le contrat », p. 530 s. ; du même auteur, « Remarques sur les propositions relatives à l'exécution et à l'inexécution du contrat : la subjectivation du droit de l'exécution » *précit.* ; L. BLOCH, « Objectivisme et subjectivisme dans l'acte médical : de l'acte juridique au fait juridique » in *Mélanges en l'honneur du Professeur Jean Hauser*, LexisNexis, Dalloz, 2012, p. 737 s. ; J.-M. BAHANS, « Objectivisme et subjectivisme dans le contrat de vente du vin », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Jean Hauser*, op. cit. p. 723 s.

⁷⁶⁹ T. REVET, « Objectivation ou subjectivation du contrat : quelle valeur juridique ? », *précit.* p. 83 s., spéc. p. 83 : « L'objectivation désigne le phénomène par lequel une donnée subjective est prise pour un objet réellement perçu » et p. 85 : « Dans le cadre du système juridique étatique, la question du fondement du contrat est d'abord celle de l'existence et de l'autorité, au regard de ce système, de la puissance créatrice des volontés privées ».

⁷⁷⁰ *Ibid.* spéc. p. 86 : « il n'y a contrat que lorsqu'un acte normateur à l'égard de ceux qui l'ont fait (ou qui y ont adhéré) ».

⁷⁷¹ La volonté est un élément essentiel à la création du contrat, v. J. GHESTIN, « La notion de contrat », *D.* 1990, p. 147.

⁷⁷² T. REVET, « Objectivation ou subjectivation du contrat : quelle valeur juridique ? », *précit.* p. 86 : Pour être source de droit, il faut « une instance assurant le passage du vouloir, qui est subjectif, à l'acte, qui est objectif ».

⁷⁷³ A.-M. FRISON-ROCHE, « Remarques sur la distinction de la volonté et du consentement en droit des contrats », *précit.*

⁷⁷⁴ T. REVET, « La structure du contrat, entre unilatéralité et bilatéralité (II)* », *précit.*

⁷⁷⁵ En ce sens, H. KELSEN, « La théorie juridique de la convention », *précit.*

⁷⁷⁶ G. ROUHETTE, *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, op. cit. ; P. ANCEL, « Force obligatoire et contenu obligationnel » *précit.* : « l'accord des parties crée une nouvelle norme juridique ». ; *Contra* : le contrat

obligatoire ne vient donc pas de la promesse, mais de la valeur que le droit attribue à la promesse »⁷⁷⁷. Suivant cette théorie, on comprend alors que d'autres facteurs sociaux sont en jeu pour savoir ce qui décide ce qui sera ou non créateurs d'effets de droit dans le droit positif.

Ainsi, le contrat serait intrinsèquement composé d'une branche subjective (la rencontre des volontés) et d'une branche objective (le droit positif) qui dicterait au subjectif, ce qui peut ou ne pas être créateur d'obligations (ce qui peut être ou ne pas être un contrat). C'est pourquoi depuis de nombreuses années, « plusieurs auteurs écartent aujourd'hui l'autonomie de la volonté au profit d'une norme extérieure »⁷⁷⁸. La seule rencontre des volontés ne suffirait plus à former le contrat, l'autonomie de la volonté serait réduite au profit du développement des impératifs de « justice contractuelle » et « [d'] utilité sociale »⁷⁷⁹. Il ressort ces nombreuses critiques que le principe d'autonomie de la volonté en tant que fondement de la force obligatoire du contrat n'a jamais pas donc pas emporté *consensus*. Suivant une telle conception du contrat, les sanctions unilatérales pourraient intégrer le droit des contrats, parce que le principe de la force obligatoire n'est pas nécessairement basé sur l'autonomie de la volonté. Comme nous avons commencé à le démontrer il peut avoir d'autres fondements⁷⁸⁰.

À ce stade, il faut retenir que la force obligatoire du contrat n'a jamais été basée sur le seul fondement de l'autonomie de la volonté. Au contraire, issue des philosophies volontaristes, cette dernière, telle qu'on la connaît, a été développée au XIX^e siècle, influencée par une « doctrine économique libérale ». Ainsi, comme l'explique Monsieur Ghestin, la conception volontariste du Code civil est surtout issue du ressort des commentateurs de celui-ci lors de la seconde moitié du XIX^e siècle⁷⁸¹. Il faut donc comprendre qu'à un moment de l'histoire, la

est uniquement créé par le droit objectif qui détermine la formation du contrat et qui est le seul à pouvoir accorder à la volonté des parties le pouvoir de créer le contrat, V. H. Kelsen, « La théorie juridique de la convention », *précit.* p. 36 : « il faut donc distinguer soigneusement : 1° l'acte ou la procédure de convention ; 2° la norme ou l'ordre conventionnel, créés par la convention acte de procédure. L'acte ou la procédure consiste en un accord exprimé des volontés de deux ou plusieurs sujets ayant pour conséquence que la conduite voulue subjectivement par les contractants doit être objectivement considérée comme obligatoire ».

⁷⁷⁷ F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE et F. CHÉNEDÉ, *Droit civil les obligations*, *op. cit.* spéc. p. 12, n°29.

⁷⁷⁸ J. GHESTIN, « La notion de contrat au regard de la diversité de ses éléments variables » in Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française, *La relativité du contrat*, Tome IV, Nantes, LGDJ, 1999, p. 223 s., spéc. p. 225, spéc. p. 237. L'auteur de ces lignes cite entre autres J. FLOUR et M. AUBERT, F. TERRÉ, P. SIMLER, Y. LEQUETTE et A. SERIAUX.

⁷⁷⁹ J. GHESTIN, « La notion de contrat au regard de la diversité de ses éléments variables », *précit.* p. 223 s., spéc. p. 225 et p. 237 ; v. également du même auteur, « L'utile et le juste dans les contrats », *APD*, tome 26, 1981, p. 35.

⁷⁸⁰ V. *infra* n°261 et s.

⁷⁸¹ J. GHESTIN, G. LOISEAU et Y.-M. SÉRINET, *Traité de droit civil, les obligations, le contrat : formation*, *op. cit.* p. 150, spéc. n°186 : « il est donc plus exact de faire état d'une interprétation volontariste du Code civil, qui fut surtout l'œuvre des commentateurs de la seconde moitié du XIX^e siècle » ; V. ég. dans le même sens, v. M. RANOUIL, *L'autonomie de la volonté : naissance et évolution d'un concept*, préf. J.-Ph. LÉVY, PUF, Paris II, 1980 ; C. ATIAS, « Restaurer le droit du contrat », *D.* 1998, p. 137 : « L'inspiration du code civil de 1804 était étrangère à cette théorie de l'autonomie de la volonté, qui aurait pu être mal dérivée des ouvrages d'Emmanuel Kant au XIX^e siècle » ; A. BÜRGE, « Le Code civil et son évolution vers un droit imprégné d'individualisme ».

doctrine a fini par « asseoir la force obligatoire du contrat sur la seule expression de la volonté des parties »⁷⁸². À partir de 1844, avec Portalis en chef de file, et à sa suite une majorité d'auteurs de l'époque, influencée par les écrits de Kant, la doctrine interne a fini par reconnaître une toute puissance à la volonté⁷⁸³. La doctrine de l'autonomie de la volonté est apparue à cette période durant laquelle on enseigna que le contrat est contrat, uniquement parce que les parties l'ont voulu. Il tiendrait sa force obligatoire de la volonté commune des parties, l'effet de droit produit par le contrat découlant donc de cette volonté commune. En affirmant leur parti pris, les auteurs partisans de cette théorie ont laissé transparaître leur propre conception du contrat⁷⁸⁴. Il s'agissait d'une conception libérale et individualiste de celui-ci, à dominante volontariste, dans une société dans laquelle l'individualisme et le libéralisme sont en développement constant⁷⁸⁵.

Selon cette théorie, au nom de la liberté contractuelle, le contrat pouvait se former seulement parce que les parties l'avaient voulu. Les volontés des deux parties scellées dans la force obligatoire du contrat étaient indissociables l'une de l'autre. Au niveau de l'exécution du contrat, l'autonomie de la volonté était le fondement principal du principe de la force obligatoire du contrat⁷⁸⁶. C'est pourquoi, le contrat était considéré comme intangible. Les seules modifications possibles du contrat, au moment de son exécution, résultaient toujours d'un commun accord des parties, le juge ne pouvant intervenir que lorsqu'il était saisi par l'une d'elle. Toutefois, il ne pouvait jamais réviser le contenu du contrat comme en témoignait le rejet

libéral », *précit.* ; Y. LEQUETTE, F. CHÉNEDÉ, B. PLESSIX, J. HUMMEL et M. PLOUVIEZ, « Devenirs de l'autonomie de la volonté » in *Annuaire de l'Institut Michel Villey*, vol. 4, 2012, p. 149 s.

⁷⁸² D. DEROUSSIN, *Histoire du droit des obligations*, *op. cit.* p. 472 s., spéc. p. 494 ; C. JAMIN, « Une brève histoire politique des interprétations de l'article 1134 du Code civil », D. 2002, 901.

⁷⁸³ D. DEROUSSIN, *Histoire du droit des obligations*, *op. cit.* p. 472 s., spéc. p. 497. « la volonté érigée en instance indépendante et créatrice, tel serait le sens philosophico-juridique de l'article 1134 C. civ. ».

⁷⁸⁴ D. DEROUSSIN, *Histoire du droit des obligations*, *op. cit.* p. 472 s., spéc. p. 498.

⁷⁸⁵ J. GHESTIN, G. LOISEAU et Y.-M. SÉRINET, *Traité de droit civil, les obligations, le contrat : formation*, *op. cit.* p. 150, spéc. n°185 : « Le principe d'autonomie de la volonté s'impose alors par son utilité sociale » ; « ce sont les conventions elles-mêmes, par le libre jeu de l'offre et de la demande, qui créent le juste. ».

⁷⁸⁶ J. GHESTIN, G. LOISEAU et Y.-M. SÉRINET, *Traité de droit civil, les obligations, le contrat : formation*, *op. cit.* spéc. p. 157, n°196. Par ailleurs, la première manifestation de l'autonomie de la volonté se retrouve dans la période de formation du contrat, au travers du principe de la liberté contractuelle (J. CARBONNIER, *Droit civil Tome 4 Les obligations*, *op. cit.*, p. 53, spéc. 16. Carbonnier explique que dans l'autonomie de la volonté, la liberté contractuelle est l'essentiel de cette théorie pour la majorité des auteurs ; v. F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE et F. CHÉNEDÉ, *Droit civil les obligations*, *op. cit.* spéc. p. 10, n°24 : la liberté contractuelle est une « conséquence juridique » de la théorie de l'autonomie de la volonté, « par définition les parties sont libres de contracter ou de ne pas contracter »). Les hommes sont libres de contracter autant qu'ils sont libres de ne pas le faire. La liberté contractuelle permet également à la partie qui décide de contracter de choisir le contenu du contrat qu'elle conclut. Les parties peuvent donc, au nom de ce principe, librement décider du contenu de leur contrat, avec pour seule obligation de respecter des règles impératives autrement appelées règles d'ordre public (J. CARBONNIER, *Droit civil Tome 4 Les obligations*, *op. cit.*, p. 54, spéc. 17. En effet, « l'ordre public est la limite de la liberté contractuelle »).

constant de la révision pour imprévision⁷⁸⁷. À notre avis, c'est en ce sens qu'il faut comprendre le principe de la force obligatoire du contrat, incarné par l'ancien article 1134 du Code civil qui disposait « les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites »⁷⁸⁸, dont la formule est désormais reprise à l'article 1103 du Code civil⁷⁸⁹. Par conséquent, les sanctions unilatérales, qui naissaient à l'initiative d'une seule volonté, et auxquelles l'autre partie ne consentait pas, étaient donc contraires à cette théorie. La conception classique du contrat basée sur l'autonomie de la volonté, fondement principal de la force obligatoire du contrat, interdisait alors aux parties d'avoir recours à des mesures unilatérales. Cependant, une telle conception du contrat n'a jamais fait l'objet d'un consensus. De nombreuses critiques lui ont succédé⁷⁹⁰, jusqu'à ce que l'on reconnaisse la nécessité d'accorder une place aux mesures unilatérales dans le contrat. Cependant, il ne faut pas nier que cette philosophie volontariste a fait partie intégrante de la conception du contrat durant de nombreuses années. Ainsi, cette dernière, vecteur de la force obligatoire du contrat, expliquerait à notre avis, la retenue du développement des mesures unilatérales dans le droit des contrats malgré le développement jurisprudentiel de celles-ci. La volonté commune avait une place prépondérante, et, en tant que l'un des fondements de la force obligatoire du contrat, il était naturel que l'unilatéralisme soit mis en retrait dans les règles du droit des contrats lorsque la conception de celui-ci était à dominante volontariste.

136. Bilan – De la formation à son exécution, la place de la volonté dans le contrat a toujours été importante. Toutefois, suivant une conception classique, il s'agissait davantage de la volonté commune des parties que de la volonté seule de chaque contractant. La construction bilatérale traditionnelle du contrat, basée sur la rencontre des consentements et le principe de sa force obligatoire, dont la théorie de l'autonomie de la volonté était le fondement classique, en témoignent. Cette conception du contrat, où la place de la volonté commune des parties était prépondérante, trouverait une explication dans la conception historique du contrat qui, si elle était à dominante volontariste, a toujours été encadrée par le droit objectif. En cas d'inexécution

⁷⁸⁷ Cass. civ. 6 mars 1876, *DP* 1876, 1, p. 193, note A. GIBOULOT ; H. CAPITANT, F. TERRÉ, Y. LEQUETTE et F. CHÉNÉDÉ, *GAJC*, t. 2, n°165. ; v. C. civ. art. 1195.

⁷⁸⁸ C. civ. art. anc. 1134 (version en vigueur du 17 février 1804 au 01 octobre 2016).

⁷⁸⁹ C. civ. art. 1103 (version en vigueur depuis le 01 octobre 2016) : « Les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits ». Il faut noter que la formule est exactement la même que dans l'ancien article 1134 du Code civil. Seul le terme de « convention » est remplacé par celui de « contrat ».

⁷⁹⁰ J. GHESTIN, G. LOISEAU et Y.-M. SÉRINET, *Traité de droit civil, les obligations, le contrat : formation, op. cit.* spéc. p. 199 et s., n°s 199 et s. ; F. CHÉNÉDÉ, « De l'autonomie de la volonté à la justice commutative », *précit.* p. 155. s.

du contrat par l'une des parties, le recours aux sanctions unilatérales était généralement prohibé, sauf exceptions.

Cette prohibition se justifierait, selon nous, par une conception à dominante volontariste du contrat depuis la création du Code civil. Toutefois, d'autres thèses, correctrices de cette vision du contrat, ont permis, au fil du temps, d'autoriser et surtout de justifier la nécessité du recours aux mesures unilatérales (2).

2) La tolérance des mesures unilatérales par les autres conceptions possibles du contrat

137. Le développement des mesures unilatérales au fil du temps semble montrer que la conception traditionnelle du contrat, à prédominance volontariste, a été atténuée avec le temps. D'autres thèses correctrices de cette théorie, justifiant le recours aux sanctions unilatérales, ont émergé, justifiant que la force obligatoire pouvait avoir des fondements autres, que la toute-puissance de la volonté commune. Ces dernières témoigneraient d'une conception différente du contrat, autorisant de fait au développement des sanctions unilatérales. Il nous apparaît alors pertinent d'en faire état.

138. Les rôles du juge et du législateur dans l'affaiblissement de la conception volontariste du contrat – Pour accorder une toute puissance de la volonté dans les règles du contrat, il faut reconnaître que tous les hommes sont libres de contracter et sont placés sur un même pied d'égalité. De plus, les parties doivent disposer d'une liberté contractuelle totale. Il s'agit du postulat de départ sur lequel se base la théorie de l'autonomie de la volonté.

Aux origines du Code civil, les contrats étaient généralement conclus dans des cercles restreints, où les parties avaient la possibilité d'en négocier les termes puisqu'elles disposaient *a priori* des mêmes force (information, connaissance, compétence *etc.*). L'industrialisation et le développement de la société ont conduit à la création de situations dans lesquelles les parties se sont retrouvées dans des positions de déséquilibre.

Conjoncturellement, vers la fin du XIX^e et le début du XX^e siècles, il fut alors difficile de continuer d'affirmer que tous les hommes étaient égaux lors de la conclusion d'un contrat. Nous faisons référence ici au développement des contrats de masse qui créent parfois des disparités entre les contractants, par exemple entre les consommateurs et les professionnels ou les assureurs et les assurés. Nous pensons également à l'industrialisation de la société qui a créé des différences économiques tellement importantes entre les individus que l'inégalité entre les

parties dans les contrats est devenue davantage « structurelle »⁷⁹¹, notamment entre les salariés et les employeurs.

Depuis longtemps, il arrive donc que l'élaboration du contrat n'émane que d'une seule personne⁷⁹². À notre époque, la figure du contrat d'adhésion semble faire office d'exemple emblématique de l'inégalité structurelle entre les parties. Il semblerait donc que le contexte économique *post* révolution industrielle ait contribué au développement de la prise en compte du facteur social de nos sociétés dans le droit.

Ainsi, à la suite de ces changements sociétaux, des thèses détachées de la conception volontariste du contrat ont vu le jour. De nombreux auteurs ont commencé à réfuter la théorie selon laquelle la volonté des parties serait toute puissante dans le contrat. Plusieurs auteurs tels que Saleilles⁷⁹³, Bufnoir⁷⁹⁴ ou encore Gounot, dans sa thèse de doctorat, se sont mis à rejeter l'autonomie de la volonté⁷⁹⁵. La thèse de Gounot a contribué à critiquer « l'individualisme juridique qui traite la personne comme une volonté libre abstraction faite du milieu social dans lequel elle évolue et comme la fin unique du droit »⁷⁹⁶. En somme, pour lui, la volonté de l'homme « n'est qu'un moyen de réaliser certaines fins qui la dépassent »⁷⁹⁷ : « la force obligatoire du contrat procède donc du bien commun »⁷⁹⁸. La pensée de Gounot a emporté deux conséquences. Selon lui, la volonté ferait partie du contrat mais elle n'en serait pas sa seule composante ; « le contrat doit être conforme à la justice commutative d'après laquelle chaque partie doit recevoir l'équivalent de ce qu'elle donne »⁷⁹⁹. Le dogme de l'autonomie de la volonté serait alors en déclin au profit du développement d'une justice commutative⁸⁰⁰. Au nom de la justice commutative, pour lutter contre cette inégalité structurelle, le législateur et le juge

⁷⁹¹ F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE et F. CHÉNEDÉ, *Droit civil les obligations*, op. cit. spéc. p. 18, n°35.

⁷⁹² R. SAVATIER, *La théorie des obligations vision juridique et économique*, Précis Dalloz, 2^e éd., 1969, p. 137, spéc. 88. Le contrat est « une émission de volonté humaine engendrant des effets de droit positif ».

⁷⁹³ R. SALEILLES, « Le Code civil et la méthode historique » in *Le Code civil 1804-1904. Livre du centenaire*, Paris, rééd. Dalloz, 2004, p. 95 s. « Le droit n'est donc jamais purement individuel ; et de même, devrait-on dire, ce que ne savent pas reconnaître les socialistes, qu'il n'est jamais purement social. Il est la résultante de la vie sociale dans sa combinaison avec la vie individuelle ».

⁷⁹⁴ C. BUFNOIR, *Propriété et contrat*, 1924, réédition LGDJ, 2005, spéc. p. 447 s. : « LV^{ème} leçon : Des effets des conventions, du principe que la convention fait loi entre les parties, de l'interprétation des conventions, des personnes à qui la convention peut être opposée, des tiers et ayants-cause ».

⁷⁹⁵ E. GOUNOT, *Le principe de l'autonomie de la volonté, Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, op. cit.. Pour autant, c'est également à Gounot que l'on attribue le dogme de la théorie de l'autonomie de la volonté, v. en ce sens F. CHÉNEDÉ, « De l'autonomie de la volonté à la justice commutative » *précit.*

⁷⁹⁶ D. DEROUSSIN, *Histoire du droit des obligations*, op. cit. p. 472 s., spéc. p. 499.

⁷⁹⁷ *Ibid.* p. 472 s., spéc. p. 499.

⁷⁹⁸ *Ibid.* 472 s., spéc. p. 500.

⁷⁹⁹ *Ibid.* 472 s., spéc. p. 500. ; E. GOUNOT, *Le principe de l'autonomie de la volonté, Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, op. cit. V. également en ce sens, *Les commutations en droit privé, Contribution à la théorie générale des obligations*, Economica, préf. A. GHOZI, 2008, spéc. p. 110, n°117 s.

⁸⁰⁰ F. CHÉNEDÉ, *Les commutations en droit privé*, op. cit. ; J. GHESTIN, C. JAMIN et M. BILLIAU, *Traité de droit civil, les effets du contrat*, LGDJ, 3^{ème} éd. 2001, spéc. p. 643, n°603.

auraient un rôle prépondérant à jouer pour protéger la partie faible. Ils pourraient développer des règles spéciales pour rétablir dans le contrat, lorsque cela est nécessaire, une certaine égalité entre les parties.

Par conséquent à notre avis, une des incarnations principales de l'affaiblissement de l'autonomie de la volonté réside dans le développement du rôle du juge et l'intervention législative. Avec le temps, un « phénomène de « *dirigisme* »⁸⁰¹ s'est développé : « le contrat échappe de plus en plus à l'action commune et concertée des parties ; il cesse d'être une « entente » intervenue sous l'égide de la liberté ; réalisée par le jeu des volontés égales et autonomes, pour devenir une opération dirigée, soit par les Pouvoirs publics représentés ici par le législateur et par le juge, soit par l'un seulement des contractants qui impose sa formule et ses conditions à l'autre »⁸⁰². Dans ce contexte, le développement de mesures unilatérales⁸⁰³ pourrait être envisageable, malgré le refus des atténuations de l'interdiction à la révision pour imprévision instaurée par l'arrêt Canal de Craponne jusqu'à la réforme du droit des contrats⁸⁰⁴.

139. Vers une conception solidaire du contrat – Les auteurs des XX^e et XXI^e siècles ont commencé à développer une autre philosophie du contrat basée sur une solidarité entre les parties. Dans son célèbre article « Des modifications aux contrats par volonté unilatérale »⁸⁰⁵, Demogue a, pour critiquer la théorie de l'autonomie de la volonté, fondé sa théorie sur une idée de solidarisme contractuel. « Le contrat n'est pas une chose respectable en elle-même, parce qu'elle est un accord de volontés »⁸⁰⁶. Au contraire, « le contrat est une chose respectable en fonction de la solidarité humaine »⁸⁰⁷. Par la suite des auteurs tels que Duguit ou encore Josserand ont poursuivi les critiques sur la toute-puissance de la volonté dans le contrat, qui ne serait pas le fondement principal de la force obligatoire de celui-ci⁸⁰⁸.

Il est possible d'avoir une conception moins volontariste du contrat, davantage centrée sur la solidarité entre les parties. Les idées solidaristes tirent leurs sources de la doctrine de la fin

⁸⁰¹ L. JOSSERAND, « Aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrats », *RTD Civ.* 1937, p. 1, spéc. p. 2.

⁸⁰² L. JOSSERAND, « Aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrats » *précit.* spéc. p. 2.

⁸⁰³ Sur le développement jurisprudentielles des mesures unilatérales, v. *supra* n°5.

⁸⁰⁴ Cass. civ. 6 mars 1876 *précit.*

⁸⁰⁵ R. DEMOGUE, « Des modifications aux contrats par volonté unilatérale » *précit.* V. aussi, commentaire de C. JAMIN, *Demogue, juriste de l'impermanence, suivi de René Demogue, « Des modifications aux contrats par volonté unilatérale »*, Dalloz, coll. Tiré à part, 2013.

⁸⁰⁶ R. DEMOGUE, « Des modifications aux contrats par volonté unilatérale », *précit.* spéc. p. 246.

⁸⁰⁷ *Ibid.* spéc. p. 246.

⁸⁰⁸ D. DEROUSSIN, *Histoire du droit des obligations*, op. cit. p. 472 s., spéc. pp. 500-501 « Les critiques solidaristes » ; L. DUGUIT, *Leçons de droit public général*, 1928, réédition Éditions la mémoire du droit, 2000, spéc. p. 82-83. V. aussi, L. JOSSERAND, « Aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrats » *précit.*

du XIX^e siècle. Celle-ci a pris corps, sous la III^e République, à la fin du XIX^e siècle et au début du XX^e siècle, dans des idées radicales sous la plume de Léon Bourgeois⁸⁰⁹. Aux écrits de Bourgeois, il faut ajouter les écrits de Bouglé, qualifié de chef des files des idées solidaristes de l'époque⁸¹⁰. La doctrine solidariste représente une voie médiane entre le libéralisme et le socialisme. Par la suite, chez les civilistes, Saleilles en sera le porte-drapeau, en critiquant la théorie de l'autonomie de la volonté⁸¹¹. Demogue lui emboîtera le pas dans son traité de droit des obligations⁸¹². Ce dernier sera tout de même plus nuancé sur les idées solidaristes que son prédécesseur. Le mouvement solidariste n'est pas récent et, surtout, il s'est quelque peu tari avec le temps. Cependant, l'intérêt pour le solidarisme contractuel semble avoir été retrouvé au début des années 2000 dans la doctrine française⁸¹³.

« Le courant solidariste »⁸¹⁴ est fondé sur idée de solidarité. À notre sens, il n'interdit pas directement le recours aux sanctions unilatérales. Au contraire, il le conditionne. Pour le comprendre, il faut revenir sur les bases de cette théorie. Ses partisans « proposent une nouvelle lecture de l'organisation sociale basée sur un idéal de justice où la solidarité occupe une place centrale et tente de requalifier le rôle de l'action de l'État »⁸¹⁵. Dans le contrat, une telle philosophie se base sur une justice entre les cocontractants⁸¹⁶. La justice devient alors « le corollaire des obligations »⁸¹⁷. Pour résumer cette pensée, Monsieur Grynbaum a pu affirmer que « la doctrine solidariste se distingue par l'affirmation selon laquelle il est nécessaire d'ériger en principe du droit des contrats les exigences de loyauté, de solidarité et de bonne foi qui doivent conduire les contractants à collaborer entre eux »⁸¹⁸. Ce courant permet alors de diminuer la place de volonté commune des parties dans le contrat et d'intégrer du social dans

⁸⁰⁹ L. BOURGEOIS, *Solidarité*, 1896, réédition Presses Universitaires du Septentrion, 1998.

⁸¹⁰ C. BOUGLÉ, *Le solidarisme*, 1907, réédition Hachette BNF Presses électroniques de France, 2016, spéc. p. 3 s., « Chapitre 1 : les origines ».

⁸¹¹ En ce sens, D. DEROUSSIN, « Raymond Saleilles, le droit la méthode et la postérité » in F. AUDREN, Ch. CHÊNE, N. MATHEY et A. VERGNE (dir.), *Raymond Saleilles et au-delà*, Dalloz, 2013, p. 171 s.

⁸¹² R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, t. 6, A. Rousseau (Paris), 1923-1931.

⁸¹³ V. notamment (non exhaustif), L. GRYNBAUM et M. NICOD (dir.), *Le solidarisme contractuel*, Economica, 2004 et plus spécifiquement dans cet ouvrage, Ph. REMY, « La genèse du solidarisme », p. 3 ; C. JAMIN, « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel » in *Le contrat au début du XXI^e siècle, Études offertes à J. GHESTIN*, LGDJ 2001, p. 441 s. ; du même auteur, « Henri Capitant et René Demogue : notation sur l'actualité d'un dialogue doctrinal » p. 125 s. in *Mélanges F. TERRÉ, tome 2*, 1999, spéc. p. 136 ; D. MAZEAUD, « Loyauté, solidarité fraternité, la nouvelle devise contractuelle ? » in *Mélanges F. TERRÉ, op. cit.*, p. 603 s. ; C. JAMIN et D. MAZEAUD (dir.), *La nouvelle crise du contrat, op. cit.*

⁸¹⁴ P. MAZET, « Le courant solidariste » in L. GRYNBAUM et M. NICOD (dir. de), *Le solidarisme contractuel*, Economica, 2004, p. 13 s.

⁸¹⁵ *Ibid.* spéc. p. 15.

⁸¹⁶ L. GRYNBAUM, « La notion de solidarisme contractuel » in L. GRYNBAUM et M. NICOD (dir.), *Le solidarisme contractuel, op. cit.*, p. 25 s.

⁸¹⁷ P. MAZET, « Le courant solidariste » *précit.* p. 13 s., spéc. p. 18.

⁸¹⁸ L. GRYNBAUM, « La notion de solidarisme contractuel » in L. GRYNBAUM et M. NICOD (dir.), *Le solidarisme contractuel*, Economica, 2004, p. 25, spéc. p. 38.

le contrat. « Aujourd'hui, le solidarisme contractuel s'exprime au travers du principe d'essence morale, d'exécution de bonne foi du contrat »⁸¹⁹. Partant, lors de la phase d'exécution, dans une conception solidariste, il existerait une obligation implicite dans tous les contrats introduite par la jurisprudence qui pourrait se présenter ainsi : « les contractants sont tenus de collaborer afin de réaliser l'objet du contrat ou d'atteindre le but de l'opération, c'est-à-dire la cause du contrat »⁸²⁰. En tant que voie médiane aux courants libéraux et socialistes, le solidarisme contractuel semble, en apparence, relativement séduisant puisque « la fonction sociale est mise en exergue mais le social ne l'emporte pas sur l'individuel : il le conditionne »⁸²¹. L'intégration des mesures unilatérales dans le droit commun pourrait alors être justifiée par une conception solidariste du contrat.

À ce titre, il faut comprendre que, à l'inverse de la thèse volontariste, les valeurs, véhiculées par les solidaristes, ne sont pas antinomiques, en tant que tel, au développement de l'unilatéralisme. Elles ne condamnent pas directement le recours aux mesures unilatérales dans le contrat⁸²². Comme l'expliquait Demogue, le contrat est « une petite société où chacun doit travailler dans un but commun qui est la somme des buts individuels poursuivis » par chacune des parties⁸²³. Suivant cette thèse, rien n'interdirait à une partie d'agir seule sur le contrat à condition de prendre en compte l'intérêt de son cocontractant. Dans ce courant de pensée, les règles relatives à la négociation, la collaboration sont encouragées. La partie qui déciderait d'agir seule sur l'exécution, ou en cas d'inexécution du contrat, agirait dans son propre intérêt. Toutefois, sur une base de solidarité, elle le ferait en tenant compte de l'intérêt de son cocontractant⁸²⁴, parce qu'elles seraient naturellement, fraternelles, loyales et solidaires. Dans ce cas, les mesures unilatérales pourraient être autorisées⁸²⁵. En d'autres termes, le recours à une sanction unilatérale ne serait pas interdit à condition que ce dernier ait un intérêt pour les deux parties. Un seul des contractants pourrait agir seul sur le contrat, à condition qu'il le fasse pour le bien du contrat, du « microcosme » contractuel⁸²⁶. C'est pourquoi, nous estimons que, lorsque la conception du contrat s'émancipe de la théorie de l'autonomie de la volonté et, poursuit une perception solidariste, les sanctions unilatérales peuvent se développer. Ainsi, nous

⁸¹⁹ L. GRYNBAUM, « La notion de solidarisme contractuel », *précit.*, spéc. p. 38.

⁸²⁰ *Ibid.* p. 39.

⁸²¹ M. MEKKI, « Les doctrines sur l'efficacité du contrat en période de crise » *précit.*

⁸²² Contrairement au courant volontariste qui interdit purement et simplement l'unilatéralisme dans le contrat et donc les sanctions unilatérales.

⁸²³ R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, t. 6, Librairie Arthur Rousseau & Cie, 1931, n°3.

⁸²⁴ F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE et F. CHÉNEDÉ, *Droit civil les obligations*, *op. cit.* p. 47, spéc. n°42.

⁸²⁵ D. MAZEAUD, « Loyauté, solidarité fraternité, la nouvelle devise contractuelle ? » in *Mélanges F. TERRÉ*, *op. cit.*

⁸²⁶ R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, *op. cit.*, n°3 : « Les contractants forment une sorte de microcosme ».

pensons qu'une telle représentation du contrat peut permettre aux sanctions unilatérales d'être intégrées dans les règles de droit commun.

Pour éviter les abus, il serait vain d'admettre que les parties peuvent avoir recours sans limite aux sanctions unilatérales dans le contrat. Ainsi, pour que la solidarité entre parties soit maintenue, cette doctrine favorise l'exercice encadré des mesures unilatérales. Autrement dit, à titre d'illustration, la rupture unilatérale pourrait être autorisée, à condition que celle-ci se réalise dans un cadre strict, permettant au débiteur défaillant, de prendre ses dispositions, soit pour s'exécuter ou alors pour prendre acte de la rupture à venir⁸²⁷. Le créancier, en engageant la mesure unilatérale devrait tenir compte des intérêts du débiteur⁸²⁸. Juridiquement, cela se traduirait alors par l'insertion de garde-fous solides permettant d'encadrer la mise en œuvre de la sanction unilatérale. Par exemple, Monsieur Mazeaud préconise la généralisation d'une obligation de motivation dans les contrats de distribution afin d'encadrer l'exercice généralisé des pouvoirs unilatéraux d'un des cocontractants, au lieu de les interdire⁸²⁹. Cet encadrement strict des mesures unilatérales éviterait qu'elles ne soient mises en œuvre de façon arbitraire. Cela permettrait de contourner la critique selon laquelle les cocontractants ne sont pas en réalité solidaires. Dans une telle conception du contrat, les mesures unilatérales pourraient être autorisées plus aisément que lorsque le contrat est basé sur le respect de la théorie de l'autonomie de la volonté. Malheureusement, un tel constat n'est pas aussi manichéen.

En effet, si une telle conception du contrat semble séduisante, puisqu'elle accepte le développement des mesures unilatérales, il faut signaler que cette dernière a fait l'objet de nombreuses critiques. « Pour parler franc, on peut même affirmer qu'à l'image de la doctrine qui chante ses louanges, les décisions qui se rallient à l'esprit solidariste restent

⁸²⁷ D. MAZEAUD, « Le solidarisme contractuel et la réalisation du contrat » in L. GRYNBAUM et M. NICOD (dir.), *Le solidarisme contractuel*, op. cit., p. 57 s. spéc. p. 65 à propos de la rupture unilatérale dans les contrats de distribution « En effet, le principe du pouvoir unilatéral du concédant de résilier le contrat à durée indéterminée ou de ne pas renouveler un contrat à durée déterminée est assorti de tempéraments dans lesquels on retrouve [...] l'emprise du solidarisme contractuel » et spéc. p. 66 « Ici, on l'a compris le solidarisme contractuel impose au concédant qui souhaite rompre le contrat et qui va ainsi désormais "tirer seul profit de la réalisation d'un projet commun" de ne pas faire d'indifférence à l'égard du partenaire qui a dans le passé activement contribué au développement économique de son réseau ».

⁸²⁸ L. LEVENEUR, « Le solidarisme contractuel : un mythe » in L. GRYNBAUM et M. NICOD (dir.), *Le solidarisme contractuel*, op. cit., p. 173 s., spéc. p. 188 ; C. JAMIN, « Les sanctions unilatérales de l'inexécution du contrat : trois idéologies en concurrence » in C. JAMIN et D. MAZEAUD (dir.), *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, op. cit. p. 71 s., spéc. p. 85 « Mais elle [la doctrine de l'autonomie de la volonté] doit composer avec une philosophie « solidariste » qui porte atteinte à cet unilatéralisme d'origine conventionnelle, d'une façon qui n'est cependant pas abrupte, puisqu'elle justifie seulement un contrôle qui s'effectue plus ou moins à la marge, par le biais d'une certaine conception de la bonne foi ou sous couvert d'équité ».

⁸²⁹ D. MAZEAUD, « Le solidarisme contractuel et la réalisation du contrat », *précit.* spéc. p. 67 : « L'obligation de motivation pourrait constituer un antidote approprié pour éviter que ce pouvoir unilatéral, que détient le contractant dominant dans les contrats de distribution, se mue en un pouvoir arbitraire ».

minoritaires »⁸³⁰. En partant du principe du développement des mesures unilatérales dans le contrat, les auteurs solidaristes imposent à la partie qui a recours à une mesure unilatérale d'agir dans une optique solidaire, c'est-à-dire sans causer de tort à l'autre⁸³¹. Ils estiment, par exemple, que la partie qui va fixer unilatéralement le prix doit naturellement tenir compte des intérêts de son cocontractant. Cependant, un tel comportement peut apparaître utopique⁸³². Et, le recours aux sanctions unilatérales pourrait créer « un risque paradoxal de recul de la protection de la partie faible »⁸³³. C'est pourquoi, dans une conception solidariste du contrat, l'encadrement de l'exercice de la fixation unilatérale du prix est essentiel, à l'image du contrôle de l'abus réalisé par le juge dans le cadre de cette mesure. Il en va de même pour les autres sanctions unilatérales où il est possible de douter de l'image d'un créancier protecteur, prêt à tenir compte des intérêts de son débiteur lors de l'exercice de celles-ci. Finalement, le courant solidariste n'est pas réfractaire au développement des mesures unilatérales dans le contrat. Il considère, cependant, que pour être soient efficaces, l'exercice de ces dernières doit être strictement encadré. Or, à notre sens, l'encadrement très strict de la mise œuvre de certaines mesures unilatérales conduit parfois à supprimer le caractère unilatéral de la mesure. Cela contribue, parfois, à rendre son exercice moins efficace. Nous faisons ici référence à la réduction du prix de l'article 1223. Afin d'éviter des conflits supplémentaires, cette dernière ne peut être exercée unilatéralement que lorsque le créancier n'a pas payé. S'il l'a déjà fait, le créancier doit nécessairement saisir le juge. Dans cette dernière hypothèse, pour protéger les parties, la mesure n'est plus unilatérale. À notre avis, interdire la réduction unilatérale lorsque le créancier a déjà payé est pertinent puisqu'il est presque inenvisageable que le conflit puisse se régler à l'amiable. Cependant, cela viendrait complexifier le recours à cette dernière, là où auparavant le caractère unilatéral de la mesure le simplifiait. Au travers de l'exemple de la réduction du prix, on peut constater que la réforme semble avoir repris une certaine conception solidariste du contrat. Analysée sous cet angle, une telle conception du contrat et des règles de ce dernier autorise l'intégration des nouvelles sanctions unilatérales. Néanmoins, elle ne permet pas toujours une mise en œuvre efficace et simplifiée de celles-ci. L'encadrement parfois trop strict peut complexifier alors complexifier l'exercice de la sanction. Il faut donc comprendre que les mesures unilatérales

⁸³⁰ D. MAZEAUD, « Le solidarisme contractuel et la réalisation du contrat », *précit.* spéc. p. 66.

⁸³¹ D. MAZEAUD, « Le nouvel ordre contractuel », *RDC/I* 2003, p. 295 : « Au fond, la théorie du solidarisme contractuel rime avec l'exigence d'un certain civisme contractuel, au nom duquel le contrat peut aussi être envisagé comme une union d'intérêts relativement équilibrés, un instrument de coopération loyale, une œuvre mutuelle de confiance »

⁸³² L. LEVENEUR, « Le solidarisme contractuel : un mythe » in L. GRYNBAUM et M. NICOD (dir. de), *Le solidarisme contractuel*, *op. cit.*, p. 173 s., spéc. p. 188, spéc. p. 189. « « ceci nous paraît relever d'un *angélisme* bien dangereux pour la protection de la partie laissée à la merci de l'autre ».

⁸³³ *Ibid.*

sont davantage admises, suivant un encadrement strict, dans une conception solidariste du contrat, qui n'est pas réfractaire au développement de telles règles ; contrairement à une conception purement volontariste du contrat, qui interdit l'intégration de mesures unilatérales au sein des règles de ce dernier.

140. La critique de la conception solidariste – Toutefois, bien que séduisantes, les idées solidaristes ont emporté de nombreuses critiques⁸³⁴. La première relève de la méthode utilisée par les défenseurs du solidarisme contractuel. À ce titre, le postulat de départ de ce courant, qui repose sur l'existence d'une solidarité naturelle entre les individus, n'a pas convaincu. En effet, cette solidarité n'a jamais été démontrée, « il s'agit d'une fiction politique et non d'un fait objectivement démontrable »⁸³⁵. Le postulat de départ semble idéaliste.

Ensuite, la politisation accrue de cette doctrine a été une difficulté supplémentaire à l'implantation du courant dans la doctrine⁸³⁶. Enfin, l'absence d'uniformité de la pensée solidariste a été mise en avant. En effet, de nombreux sous-courants se sont développés à partir des idées solidaristes⁸³⁷. Un auteur a expliqué qu'il existerait des différences de degrés entre la pensée des solidaristes⁸³⁸. Pour valider ce constat, les pensées respectives de Messieurs Jamin et Mazeaud en sont un bon exemple. En analysant ces deux auteurs, Monsieur Stoffel-Munck a pu distinguer deux types de solidarisme. Selon lui, Monsieur Mazeaud prônerait un « solidarisme d'inspiration morale » face à Monsieur Jamin qui défendrait davantage un « solidarisme d'inspiration sociale »⁸³⁹. Les reproches ont pris une telle ampleur, qu'il fut affirmé sans détour que le solidarisme contractuel ne serait rien d'autre qu'un « mythe »⁸⁴⁰. Toutes ces critiques ont fini par affaiblir cette doctrine⁸⁴¹. Cela est regrettable car, à notre sens, certaines idées solidaristes sont attractives, notamment lorsqu'il s'agit de la loyauté et de la

⁸³⁴ C. JAMIN, « Le procès du solidarisme contractuel : brève réplique » in L. GRYNBAUM et M. NICOD (dir.), *Le solidarisme contractuel*, op. cit. p. 159 s. mais aussi dans le même ouvrage, L. LEVENEUR, « Le solidarisme contractuel : un mythe » précit. p. 173 s. et J. HAUSER, « Le solidarisme contractuel, mythe ou réalité ? » p. 194. ; Y. LEQUETTE, « Retour sur le solidarisme : le rendez-vous manqué des solidaristes français avec la dogmatique juridique », in *Mélanges Jean Hauser*, 2012, p. 879 s. ; Pour un résumé des critiques v. F. TERRÉ, Ph. SIMLÉR, Y. LEQUETTE et F. CHÉNEDÉ, *Droit civil les obligations*, op. cit. spéc. pp. 29-30, n°49.

⁸³⁵ P. MAZET, « Le courant solidariste » précit.

⁸³⁶ Cette doctrine est née dans les idées radicales de Léon Blum pour combattre à la fois le socialisme et le libéralisme.

⁸³⁷ Y. LEQUETTE, « Bilan des solidarismes contractuels », in *Mélanges offerts à Paul Didier, Études de droit privé*, Economica, 2008, p. 247, spéc. p. 277 s.

⁸³⁸ M. MEKKI, « Les doctrines sur l'efficacité du contrat en période de crise » précit.

⁸³⁹ Ph. STOFFEL-MUNCK, « L'abus dans la fixation : vraie définition ou faux semblant ? », note sous Cass. Com. 15 janv. 2002, n°99.21-172, *D.* 2002, p. 1974.

⁸⁴⁰ L. LEVENEUR, « Le solidarisme contractuel : un mythe » précit. ; p. 173 s.

⁸⁴¹ Y. LEQUETTE, « Bilan des solidarismes contractuels » précit. ; L. CADIET, « Une justice contractuelle, l'autre » in *Études offertes à Jacques Ghestin, Le contrat au début du XXIème siècle*, LGDJ, 2001, p. 177 s.

justice sociale. En premier lieu pour maintenir et rétablir l'équilibre entre les parties. En second lieu pour protéger la partie faible dans les contrats d'adhésion. De plus, il faut également constater que la réforme semble avoir consacré certaines des idées, inspirées par ce courant, nous allons le voir, en se basant sur trois points comme le désirait Monsieur Mazeaud : « la situation de dépendance d'un contractant par rapport à l'autre, la durée de leurs relations et l'intérêt commun »⁸⁴².

141. Bilan A – Malgré le développement de ces différentes thèses, la conception classique du contrat a majoritairement été façonnée sur une philosophie à dominante volontariste. Le fondement principal de sa force obligatoire était ancré sur la théorie de l'autonomie de la volonté. Dans cette conception, seule la volonté commune des parties exercerait une incidence sur le contrat. C'est pourquoi, une telle conception était en contradiction avec le développement des mesures unilatérales.

Toutefois, depuis toujours, les règles du contrat oscillent entre prédominance de l'autonomie de la volonté et correction de cette thèse, suivant les théories basées sur le solidarisme contractuel, l'utilitarisme⁸⁴³ mais aussi sur celles en faveur de l'efficacité économique du contrat⁸⁴⁴, à l'image du droit américain⁸⁴⁵. Ces dernières justifient lorsque cela est nécessaire le développement des mesures unilatérales. Même avant la réforme, celles-ci n'ont pas toujours été interdites dans le contrat⁸⁴⁶. C'est pourquoi, il serait un peu abrupt d'affirmer que la conception classique du contrat s'est uniquement fondée sur le volontarisme. Ce que l'on peut dire c'est que cette dernière a largement contribué à la limitation du développement de l'unilatéralisme. En effet, malgré les besoins de la société, nécessitant le recours aux sanctions unilatérales, la politique contractuelle dominante, basée sur le

⁸⁴² D. MAZEAUD, « La bataille du solidarisme contractuel : du feu, des cendres, des braises » in *Mélanges Jean Hauser*, op. cit. p. 905 s., spéc. 919. ; V. *infra* n°152.

⁸⁴³ La thèse utilitariste prône l'idée suivant laquelle il faudrait « favoriser une casuistique de l'action et une dévalorisation de la règle générale » (R. SÈVE, *Philosophie du droit*, Dalloz, 2016 spéc. p. 98 s. n°10). Dans ce cas les mesures unilatérales pourraient être autorisées si elles sont utiles pour le contractant qui les utilise ; L. BOY, « Les "utilités" du contrat », *LPA* 10 sept. 1997, p. 3.

⁸⁴⁴ Y.-M. LAITHIER, *Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, op. cit. ; L. GRYNBAUM, « Le développement de l'analyse économique du droit : vers un "néo-positivisme" ? », *RDC*/4 2005, p. 1225 ; M. MEKKI, « Les doctrines sur l'efficacité du contrat en période de crise » *précit.* ; G. CHANTEPIE, « L'efficacité attendue du contrat », *RDC*/1 2010, p. 347 ; E. MACKAAY, P. LAROUCHE, A. PARENT et S. ROUSSEAU, *Analyse économique du droit*, Dalloz, Méthodes du droit, 3^{ème} éd., 2021 ; F. ROUVIÈRE, « Les valeurs économiques de la réforme du droit des contrats » in Dossier « Le nouveau discours contractuel », *RDC*/3 2016, p. 600.

⁸⁴⁵ P. GAIARDO, *Les théories objective et subjective du contrat, étude critique et comparative (droits français et américain)*, LGDJ, t. 599, préf. M. FABRE-MAGNAN, Bibliothèque de droit privé, 2020 ; L. GRYNBAUM, « Doctrine américaine contemporaine : le droit des contrats partagé entre l'empire de l'économie et l'aspiration à la justice sociale », *RDC*/4 2008, p. 1383.

⁸⁴⁶ V. *supra* n°5.

volontarisme, semble avoir limité le développement de ces dernières à des hypothèses particulières (exception d'inexécution, fixation unilatérale du prix et résolution unilatérale). La conception traditionnelle du contrat était donc en contradiction avec le développement des mesures unilatérales. Il existait, selon nous, une véritable incohérence entre la conception du contrat et l'intégration des mesures unilatérales. Depuis la réforme du droit des contrats, nous sommes en droit de nous demander si cette affirmation est encore vraie. La conception du contrat consacrée par la réforme maintient-elle cette incohérence ? (B)

B. La nouvelle conception du contrat depuis la réforme

142. L'un des buts de la réforme était de moderniser le droit des contrats⁸⁴⁷ pour correspondre à la réalité économique du XXI^e siècle. Dans cette optique, les nombreux participants à l'élaboration des nouveaux textes ont privilégié la technique contractuelle plutôt que la recherche d'une philosophie générale du contrat. L'article 1101 du Code civil propose une nouvelle définition du contrat. L'article 1103 codifie le principe de sa force obligatoire. En étudiant le contenu de ces nouvelles dispositions, il faut alors s'interroger sur le point de savoir si la conception du contrat a réellement été modernisée, au point d'autoriser, dans les règles de l'inexécution, le recours aux mesures unilatérales. Au contraire, la réforme maintient-elle l'incohérence précédemment décrite entre la conception classique du contrat et l'intégration des mesures unilatérales ? Pour parvenir à répondre à ces questions, la notion de contrat (1) et le principe de sa force obligatoire (2) doivent donc être soumis à l'étude.

1) La critique de l'article 1101 du Code civil : la nouvelle définition du contrat

143. La définition critiquable du contrat depuis 2016 – L'article 1101 du Code civil dispose que « le contrat est un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes, destinés à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations »⁸⁴⁸. À la différence de l'ancienne définition qui disposait que « le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose »⁸⁴⁹, cette nouvelle définition accorde une « consistance à la notion d'accord de volonté »⁸⁵⁰ entre deux ou plusieurs personnes, dont le contenu est varié : création,

⁸⁴⁷ Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 *précit.*

⁸⁴⁸ C. civ. art. 1101 (version en vigueur au 01 octobre 2016).

⁸⁴⁹ C. civ. anc. art. 1101 (version en vigueur du 21 mars 1804 au 01 octobre 2016).

⁸⁵⁰ F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE et F. CHÉNEDEÉ, *Droit civil les obligations, op. cit.*, spéc. p. 65, n°78.

modification, transmission ou extinction des obligations. Elle abandonne le terme de « convention » et ne limite plus le contenu du contrat à la création des obligations, à celles de donner, de faire ou ne pas faire. D'apparence plus simple, la nouvelle notion de contrat a fait l'objet de nombreuses critiques⁸⁵¹. Pour savoir si l'incohérence entre la conception traditionnelle du contrat et l'intégration des sanctions unilatérales est maintenue depuis la réforme, deux critiques ont retenu notre attention.

144. L'absence de prise en compte des différents modèles contractuels – D'abord, la nouvelle définition du contrat semblerait ne pas prendre en considération l'ensemble de la réalité contractuelle⁸⁵². Traditionnellement l'accord de volonté signifie que les parties ont librement discuté le contenu et les stipulations du contrat⁸⁵³. Or, l'article 1101 du Code civil s'appuie sur la notion d'« accord de volonté ». Cela peut signifier que la définition actuelle ne prend pas en compte tous les types de contrats⁸⁵⁴, et notamment ceux dont le contenu est unilatéralement imposé par une seule partie. Autrement dit, cette dernière ne prendrait pas en considération l'évolution des modèles contractuels et, plus spécifiquement, les situations d'adhésion. Celles-ci correspondent aux hypothèses dans lesquelles l'une des parties n'a d'autre choix que de contracter dans des termes spécifiques décidés unilatéralement par l'autre partie, et ce, même si tous les termes du contrat ne lui conviennent pas. Les contrats d'assurance, qui sont parfois obligatoires, sont un exemple parmi d'autres. Par ailleurs, il peut également s'agir d'un conducteur sinistré, que plus personne ne veut assurer, et qui n'a d'autre choix que d'accepter un contrat d'assurance, même si ce dernier ne lui convient pas totalement, car le droit français impose une obligation d'assurance pour les véhicules terrestres à moteur⁸⁵⁵ afin que ces derniers puissent circuler légalement⁸⁵⁶. Dans ces cas particuliers, le contenu du contrat

⁸⁵¹ D. GALBOIS, *La notion de contrat : Esquisse d'une notion*, LGDJ, préf. Y. LEQUETTE, t. 603, Bibliothèque de droit privé, 2020,

⁸⁵² V. en ce sens F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE et F. CHÉNEDÉ, *Droit civil les obligations*, op.cit. spéc. pp. 65-69, n^{os}78-80 ; R. LIBCHABER, « Réflexions sur les effets du contrat », in *Propos sur les obligations et quelques autres thèmes fondamentaux du droit, Mélanges offerts à J.-L. Aubert*, Dalloz, 2005, p. 211 ; du même auteur, *Le contrat au XXI^e, L'ingénierie juridique et les nouveaux contrats d'affaires*. op. cit. spéc. n^o7, p. 19.

⁸⁵³ R. LIBCHABER, *Le contrat au XXI^e, L'ingénierie juridique et les nouveaux contrats d'affaires*. op. cit. spéc. n^o7, p. 19.

⁸⁵⁴ La définition a été critiquée car elle semble basée uniquement sur le modèle du contrat échange, sans prendre en compte les autres types de contrats tel que le contrat d'intérêt commun, v. F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE et F. CHÉNEDÉ, *Droit civil les obligations*, op.cit. spéc. pp. 65-69, n^{os}78-80.

⁸⁵⁵ Le véhicule terre à moteur (VTAM) peut se définir comme « tout engin ayant une force motrice, apte au transport des personnes ou des choses » par le Code des assurances. Pour plus de précisions, v. P. OUDOT, « Art 1^{er} – Notion de véhicule terrestre à moteur », *Rép. Civ./Responsabilité Dalloz*, actualisation fév. 2023, spéc. n^{os}9-20.

⁸⁵⁶ L'article L211-1 du Code des assurances rappelle l'obligation légale de s'assurer qui pèse sur tous conducteurs d'un véhicule terrestre à moteur.

est imposé par l'une des parties. Les stipulations de ce dernier ne sont pas toutes négociables. Dans ces situations, des déséquilibres entre les parties sont présents et celles-ci ne sont pas placées sur un pied d'égalité. Ici, le cocontractant est tenu d'exploiter l'offre qui lui est faite en un seul « bloc »⁸⁵⁷. Autrement dit, la partie à qui l'on propose un tel contrat a deux choix. Soit elle accepte la proposition sans discussion possible. Soit elle la refuse dans sa globalité. doit accepter l'entière proposition sans discussion ou alors la réfuter dans sa globalité. En droit commun, ce type de contrat s'apparente à la catégorie des contrats d'adhésion. En l'espèce, dans ce cas, l'accord de volonté n'est-il pas remis en cause car l'une des parties accepte un contrat unilatéralement rédigé par l'autre partie ?

La jurisprudence a reconnu la catégorie des contrats d'adhésion dans un arrêt du 12 mars 2002⁸⁵⁸. La réforme a consacré à ces contrats quelques règles particulières, sans pour autant leur accorder un régime propre au titre du droit commun. Or, cette catégorie pourrait jouer un rôle clé dans l'étude des sanctions unilatérales⁸⁵⁹. À ce stade, il faut s'interroger sur le point de savoir si la nouvelle définition du contrat, qui fait reposer la création de ce dernier sur l'accord de volonté, prend en compte cette nouvelle catégorie contractuelle. Cela n'est pas certain, sauf à envisager comme certains auteurs, que « la définition de l'accord de volontés s'en trouve transformée »⁸⁶⁰. Dans ce cas, il faudrait accepter que les volontés des parties se rencontrent pour former le contrat, sans calculer la part de chacune dans la détermination du contenu du contrat⁸⁶¹, à condition qu'elles participent à un projet commun : la création d'une norme incarnée par le contrat⁸⁶². Dans cette hypothèse, la nouvelle dimension du contrat prendrait alors en compte la dimension objective du contrat, en tant qu'acte créateur d'une norme entre les parties. Toutefois, cette dimension n'est pas si évidente à analyser à la simple lecture de l'article 1101 qui centre le contrat sur « un accord de volontés » par lequel les parties vont créer, éteindre, transmettre ou modifier des obligations.

⁸⁵⁷ T. REVET, « La structure du contrat, entre unilatéralité et bilatéralité (II) », *précit.* spéc. p. 327, n°1 ; M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations, I-Contrats et engagement unilatéral*, *op. cit.* n°355, p. 286 et s.

⁸⁵⁸ Cass. 1^{re} civ., 12 mars 2002, n°99-15711.

⁸⁵⁹ V. *infra* n°204 et s.

⁸⁶⁰ F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE et F. CHÉNEDÉ, *Droit civil les obligations*, *op.cit.* p. 65-66, spéc. n°78.

⁸⁶¹ R. LIBCHABER, « Réflexions sur les effets du contrat », in *Propos sur les obligations et quelques autres thèmes fondamentaux du droit, Mélanges offerts à J.-L. Aubert*, Dalloz, 2005, p. 211 s. spéc. p. 216.

⁸⁶² F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE et F. CHÉNEDÉ, *Droit civil les obligations*, *op.cit.* p. 65-66, spéc. n°78.

145. L'absence de prise en compte de l'intérêt individuel des parties – Ensuite, une autre critique peut être apportée à la nouvelle définition du contrat. Cette dernière semblerait ne pas assez prendre en considération la dimension subjective du contrat, c'est-à-dire « le lien interpersonnel » entre les parties⁸⁶³ et donc la place de leur intérêts respectifs. Pourtant, l'histoire du droit des contrats le démontrerait : les règles de ceux-ci augmentent ou diminuent la place de la volonté individuelle, et donc de l'intérêt de des parties, suivant les époques⁸⁶⁴.

En 1804, lors de la création du Code civil, l'époque a été marquée par le développement de la théorie de l'autonomie de la volonté dans le contrat au sein duquel la volonté des parties disposait d'une place prépondérante dans la création et l'exécution du contrat⁸⁶⁵, au nom du principe de la liberté contractuelle, malgré la limite du principe de sa force obligatoire. La place accordée à la volonté commune des parties était importante dans la conclusion et l'exécution du contrat. L'intérêt de chacune n'était pas pris en compte après que la rencontre des consentements avait lieu.

Cependant, nous l'avons déjà évoqué, l'évolution de la société va remettre en cause la place de la volonté commune des parties⁸⁶⁶. Les règles des contrats vont alors évoluer. En effet, à la fin du XIX^e siècle et le développement de l'industrialisation, des relations contractuelles structurellement déséquilibrées vont apparaître. Les règles basées sur la volonté commune des parties vont se trouver inadaptées à ces nouvelles situations contractuelles.

Afin de protéger les parties dont la seule volonté est impuissante pour assurer la réalisation de leurs propres intérêts, le législateur va intervenir⁸⁶⁷. Dès lors, des règles spéciales vont être instituées pour accompagner des parties incapables de lutter face à des cocontractants en position dominante⁸⁶⁸. Afin de rétablir l'équilibre contractuel, la place de la volonté des parties

⁸⁶³ Expression empruntée à T. REVET, « Objectivation ou subjectivation du contrat : quelle valeur juridique ? », *précit.*

⁸⁶⁴ T. REVET, « Objectivation ou subjectivation du contrat : quelle valeur juridique ? », *précit.*

⁸⁶⁵ *Ibid.* spéc. p. 91.

⁸⁶⁶ Pour les critiques de l'autonomie de la volonté, v. *supra* n° 135.

⁸⁶⁷ J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, PUF, 2011, p. 543 s.

⁸⁶⁸ T. REVET, « Objectivation ou subjectivation du contrat : quelle valeur juridique ? », *précit.* spéc. p. 93 : « le contrat, instrument de réalisation de l'intérêt des parties, tire fondamentalement son autorité – et sa légitimité – de sa conformité effective à l'intérêt des deux contractants – figure particulière de l'intérêt social ». Il faut faire le lien avec le développement des contrats d'adhésion et des règles protectrices des parties faibles. En ce sens, F. CHÉNEDÉ, « Raymond Saleilles, Le contrat d'adhésion (2^{ème} partie) », *précit.* « La loi du 13 juillet 1930 permit, quant à elle, de lutter contre les pratiques abusives des compagnies d'assurance en interdisant certaines clauses de déchéance jugées trop générales (en cas de retard dans la déclaration, en cas de simple violation de la loi, etc.) et en exigeant, pour les autres, qu'elles apparaissent toujours "en caractères très apparents" ». Dès le début du XX^e siècle, le législateur n'est pas resté dans l'ignorance du développement de tels contrats. Il a donc inséré des dispositions spéciales pour encadrer ces contrats différents du contrat de droit commun (contrat de travail, d'assurance ou encore de transport). Ainsi, pour ne citer que quelques exemples non exhaustifs, les lois ouvrières permirent la protection des salariés en instaurant une information accrue des travailleurs quant aux règlements d'atelier et instaurèrent un contrôle généralisé des clauses abusives dans les contrats de travail comme un contrôle des « clauses visant à abréger ou supprimer le délai de préavis ».

dans les règles du contrat va être alors diminuée par le législateur qui va commencer à imposer une réglementation spéciale dans certaines situations, afin de protéger les intérêts de la partie faible. Plus tard, cette nouvelle réglementation sera soumise à une forte critique, qui vaudra à ce mouvement d'être renommé « la crise du contrat »⁸⁶⁹. Pourtant, on affirma alors que « cette crise était toutefois moins une crise du contrat lui-même qu'une crise de ses fondements classiques »⁸⁷⁰. Avec ces règles spéciales, la doctrine a pu déclarer que le contrat n'était plus « l'œuvre » des parties »⁸⁷¹. Il serait l'œuvre du législateur qui imposerait une protection trop accrue des contractants en position de faiblesse.

Pour contrer ces critiques, le législateur et la jurisprudence vont alors faire évoluer le régime du contrat. Plutôt que de protéger l'intérêt des parties, le juge va rechercher à retrouver l'intention commune de celles-ci, grâce à des concepts généraux tels que la bonne foi, l'abus ou encore la notion controversée d'économie du contrat⁸⁷². Un nouvel espace au pouvoir de la volonté des contractants va être accordé. Comme l'indique Monsieur Revet, le pouvoir de la volonté reposerait sur « le mode de la décision directe »⁸⁷³. Des pouvoirs unilatéraux accordés aux parties seront alors institués à l'image de la fixation unilatérale ou de la résolution unilatérale. Durant cette période, la place de la volonté des parties dans les règles des contrats va alors refaire surface d'une manière différente. En d'autres termes, ce mouvement de retour à la prise en compte de la volonté sera différent du précédent, basée sur l'autonomie de la volonté. Il se traduira par le développement des mesures unilatérales.

Cependant, le développement des pouvoirs unilatéraux ne se fera pas sans limite. Afin de conserver « la considération de l'intérêt de celui qui n'est pas en situation concrète de le défendre par sa volonté » et pour éviter les dérives qui avaient précédemment conduit le législateur à développer des règles spéciales pour protéger la volonté des plus faible, les

⁸⁶⁹ V. en ce sens, H. BATTIFOL, « La crise du contrat et sa portée », *A.P.D.* t. 13, 1968, p. 13 s. ; C. THIBIERGE-GUELFUCCI, « Libre propos sur la transformation du droit des contrats », *RTD Civ.* 1997, p. 357. ; C. JAMIN et D. MAZEAUD (dir.), *La nouvelle crise du contrat*, *op. cit.*

⁸⁷⁰ M. LATINA, « Liberté contractuelle », *Rép dr. civil*, Dalloz, mise à jour avril 2023, n°108.

⁸⁷¹ T. REVET, « Objectivation ou subjectivation du contrat : quelle valeur juridique ? », *précit. spéc.* p. 93

⁸⁷² La notion d'économie du contrat est apparue dans les années 1990. Elle a pu être qualifiée J. Mestre de notion « floue et subjective » (J. MESTRE, « L'économie du contrat », *RTD Civ.* 1996, 901). Il est possible d'en dégager deux conceptions. L'économie du contrat peut, d'abord, s'entendre de « l'économie voulue par les parties », le but que les parties ont cherché à atteindre lors de la conclusion du contrat, apparaissant soit dans une suite de stipulations contractuelles précises voire exhaustives soit dans les motifs qui ont poussé ces mêmes parties à contracter. Mais l'économie du contrat peut aussi s'entendre « au sens d'équilibre financier de la convention ». Il s'agit ici d'une acception différente, l'économie du contrat se réfère ici à « l'équilibre des prestations », qui, s'il n'est pas respecté, au nom de la justice commutative, pourra être corrigé par le juge afin de rétablir l'équilibre contractuel normalement souhaité. La notion d'économie du contrat est une notion difficilement saisissable puisque pouvant prendre différentes significations. Elle a pu être qualifiée de notion « dangereuse » (J. MOURY, « Une embarrassante notion : l'économie du contrat », *D.* 2000, 382).

⁸⁷³ T. REVET, « Objectivation ou subjectivation du contrat : quelle valeur juridique ? », *précit. spéc.* p. 94.

mesures unilatérales vont faire l'objet d'un encadrement strict relatif à la procédure de mise en œuvre et au contrôle effectué par le juge⁸⁷⁴. Pour ne pas accentuer les inégalités entre les parties, notamment dans le cadre des situations déséquilibrées et pour éviter les dérives du pouvoir de la volonté individuelle, l'exercice des mesures unilatérales devra alors être encadré. C'est pourquoi, par exemple, la résolution unilatérale pouvait s'exercer « aux risques et périls » du créancier⁸⁷⁵. Cet encadrement de l'exercice des sanctions unilatérales afin d'éviter les dérives n'est pas sans rappeler une certaine idée de solidarisme entre les parties précédemment évoquée⁸⁷⁶.

146. Le développement des mesures unilatérales s'expliquerait alors, à notre sens, par la place de la volonté accordée à une époque donnée par le législateur afin de respecter au mieux les intérêts individuels de chaque parties. Finalement, les mesures unilatérales ont pu se développer à un moment de l'histoire juridique où le législateur a estimé qu'il était nécessaire d'accorder une place importante à la volonté individuelle dans le contrat pour garantir les intérêts respectifs que chaque partie devait retirer de la conclusion du contrat.

L'époque de la réforme accorde une place prépondérante aux mesures unilatérales afin que les parties qui y auraient recours puissent parvenir à la réalisation de leur intérêts individuels. La nécessité des parties à réaliser leurs intérêts individuels s'explique alors probablement pour des raisons d'efficacité économique. Rappelons que l'intégration des sanctions unilatérales dans le droit des contrats s'est réalisée dans « une perspective d'efficacité économique du droit »⁸⁷⁷. Toutefois, en se basant uniquement sur l'accord de volontés, sans aucune autre précision sur la relation entre les parties, et l'intérêt qu'elles peuvent trouver à conclure un tel acte, la nouvelle définition apparaît comme incohérente avec le développement des mesures unilatérales. En effet, ces dernières sont justifiées et autorisées dans le contrat lorsque celui-ci accorde une place à la volonté individuelle, afin de parvenir à la réalisation des intérêts respectifs des parties. Or, la nouvelle définition est silencieuse sur ce point. Ce silence nous invite alors à penser que la nouvelle définition du contrat, en ne prenant pas en compte, l'intérêt des parties, maintient l'incohérence entre la conception traditionnelle volontariste du contrat, centrée sur l'accord des volontés communes des parties et l'intégration des nouvelles sanctions unilatérales, qui accordent une place prépondérante à la volonté isolée d'un des contractants.

⁸⁷⁴ T. REVET, « Objectivation ou subjectivation du contrat : quelle valeur juridique ? », *précit.* spéc. p. 95.

⁸⁷⁵ Cass. Civ. 1^{ère}, 13 oct. 1998, *Bull. Civ I*. n°300, *précit.*

⁸⁷⁶ V. *supra* n°139.

⁸⁷⁷ Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 *précit.*

147. Bilan 1) – En conclusion, nous estimons que la nouvelle définition du contrat prend en compte une dimension objective, en considérant ce dernier comme un acte créateur d’une norme entre les parties. Toutefois, cette définition est critiquable puisque la notion de contrat défendue par l’article 1101 du Code civil maintient l’incohérence entre l’intégration des sanctions unilatérales et la conception du droit contrat de droit positif. En effet, cette dernière semble encore accorder une place dominante à l’accord de volontés, en passant sous silence l’intérêt que chaque partie pourrait en retirer. Il convient à présent de déterminer si cette incohérence est également maintenue par le principe de la force obligatoire nouvellement codifié à l’article 1103 du Code civil ? (2)

2) La critique de l’article 1103 du Code civil : le principe de la force obligatoire

148. Le principe de la force obligatoire du contrat depuis 2016 – La réforme semble également avoir conservé une certaine conception classique du contrat au travers du maintien en l’état, du principe de la force obligatoire de ce dernier. Si la célèbre maxime « les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites »⁸⁷⁸ a disparu, l’article 1103 du Code civil dispose, depuis le 1^{er} octobre 2016, que « les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits ». L’article 1193 du Code civil complète cet article en précisant que les contrats ne peuvent « être modifiés ou révoqués que du consentement mutuel des parties, ou pour les causes que la loi autorise »⁸⁷⁹. La force obligatoire du contrat est préservée dans le droit commun. La nouveauté réside probablement dans son insertion dans le titre liminaire du droit des contrats. Ce principe est devenu un principe directeur du droit des contrats au même titre que celui de la bonne foi, désormais codifié à l’article 1104, remplaçant le dernier alinéa de l’ancien article 1134 et le principe de liberté contractuelle, consacré à l’article 1102 du Code civil. Le rapport au Président de la République qui accompagne l’ordonnance de réforme du droit des contrats explique cette nouvelle présentation. Il dispose que « ce choix de mettre en exergue trois principes fondamentaux exprime l’un des objectifs essentiels poursuivi par l’ordonnance : il s’agit de trouver un équilibre entre justice contractuelle et autonomie de la volonté »⁸⁸⁰. La nouvelle place ainsi que la nouvelle rédaction de ce principe supposent-elles

⁸⁷⁸ C. civ. anc. art. 1134 (version en vigueur entre le 17 février 1804 et le 01 octobre 2016) ; J.-P. CHAZAL « De la signification du mot loi dans l’article 1134 alinéa 1^{er} du Code civil », *RTD Civ.* 2001, 265.

⁸⁷⁹ C. civ. art. 1193 (version en vigueur depuis le 01 octobre 2016).

⁸⁸⁰ Rapport au Président de la République *précit.* « Chapitre 1^{er} : Dispositions liminaires ».

que ce dernier a fondamentalement évolué, au point de valider l'intégration des sanctions unilatérales dans le droit commun des contrats ?

Mis à part le terme de convention, qui est effacé de la réforme pour être remplacé par celui de contrat, le texte ne semble pas avoir effectué un grand changement. D'ailleurs, le rapport précise que « les termes de l'actuel premier alinéa de l'article 1134 du Code civil dont la comparaison avec l'autorité de la loi a force symbolique » restent inchangés⁸⁸¹. Les articles sont désormais éclatés mais, les règles demeurent *a priori* les mêmes. En effet, le contrat existe et a force obligatoire parce qu'il est reconnu par un ordre juridique déterminé. Autrement dit, en l'absence d'une telle reconnaissance, « le contrat est un engagement purement moral, ce qui n'est pas rien mais ne suffit pas à contraindre un promettant infidèle »⁸⁸². C'est donc dans cette direction que la nouvelle maxime « les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits » doit être comprise. Le fondement de l'autonomie de la volonté sur lequel repose traditionnellement la force obligatoire semble alors atténué au profit d'une conception normativiste de ce principe. Nous estimons d'ailleurs que l'emploi de l'adverbe « légalement » favorise plus aisément la compréhension de cet article sous le prisme d'une atténuation de la théorie de l'autonomie de la volonté et d'une faveur à la thèse normativiste : le contrat est obligatoire lorsqu'il respecte les conditions légales de formation, c'est-à-dire qu'il doit respecter les conditions obligatoire imposées par un ordre juridique déterminé.

Cependant, en l'absence de modification plus significative, il est possible de conclure que la théorie de l'autonomie de la volonté demeure tout de même le fondement principal de la force obligatoire du contrat. Cela semblerait donc avoir pour conséquence classique d'interdire à une partie d'agir seule sur le contrat en cas d'inexécution. Le juge, autorité extérieure au contrat, serait alors l'unique instance à même de régler les litiges. En effet, la différence majeure du nouveau principe de la force obligatoire demeure, à notre avis, dans l'éclatement du principe et de sa conséquence. Autrement dit, le principe est annoncé au titre des dispositions liminaires alors que sa conséquence traditionnelle apparaît dans les effets du contrat dans la sous-section 4 « Force obligatoire ». On pourrait alors croire à une déconnexion entre le principe de la force obligatoire et son corollaire classique l'intangibilité du contrat⁸⁸³. Toutefois, sur le fond, aucune modification essentielle ne semble apparaître puisque le Code civil maintient l'existence de ces deux règles. Le Rapport au Président de la République rappelle seulement que « l'article 1193 de l'ordonnance reprend ici simplement l'alinéa 2 de cet article 1134 qui constitue une

⁸⁸¹ Rapport au Président de la République *précit.* « Chapitre 1^{er} : Dispositions liminaires ».

⁸⁸² F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE et F. CHÉNEDÉ, *Droit civil les obligations, op. cit.* spéc. p. 13, n°29.

⁸⁸³ V. *infra* n°s 258 et s.

déclinaison de ce principe essentiel »⁸⁸⁴. Autrement dit, une vision traditionnelle du principe de la force obligatoire du contrat a été conservée dans le droit commun. L'intangibilité du contrat, en tant que conséquence directe du principe de la force obligatoire semble maintenue. Par conséquent, il faut croire que le principe général de refus du recours aux mesures unilatérales, sauf exceptions légales, est encore présent. L'absence d'évolution du principe, qui vient d'être décrite, n'est pas favorable au développement des mesures unilatérales.

149. Bilan 2) – En conclusion, le principe de la force obligatoire n'a subi que peu de modifications lors de la recodification. Ce très léger changement semble donc maintenir l'incohérence entre l'intégration des mesures unilatérales et la conception traditionnelle du contrat. La conception de la force obligatoire, encore largement interprétée comme étant basée sur le fondement de l'autonomie de la volonté, n'encourage pas le développement abondant des sanctions unilatérales.

150. Bilan B – À l'instar de la conception traditionnelle du contrat, celle instaurée par la réforme, de la définition de celui-ci au principe de sa force obligatoire, semble donc entretenir une incohérence des sanctions unilatérales dans un cadre qui lui est réfractaire. Dans une certaine mesure, la place de la volonté unilatérale dans le contrat est encore limitée par une conception traditionnelle du contrat, qui, sur le plan théorique, n'est pas favorable au développement et à l'intégration des mesures unilatérales dans les règles du droit commun.

151. Conclusion du §1 – La première raison qui nous invite à penser que le nouveau droit des contrats n'est plus œuvre systématisée réside dans l'existence d'une incohérence entre l'intégration des sanctions unilatérales et la conception du contrat. Fort heureusement, celle-ci peut être surmontée⁸⁸⁵. Pour l'instant, il faut retenir que la recodification ne semble pas avoir marqué de rupture franche avec la vision traditionnelle du contrat. Le contrat demeure un acte bilatéral, dont le principe de sa force obligatoire limiterait encore les possibilités pour une seule partie d'agir sur le contrat. Finalement, les sanctions unilatérales apparaîtraient alors comme de simples exceptions à ce principe. Leur présence serait justifiée pour des raisons d'efficacité

⁸⁸⁴ Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 *précit.*

⁸⁸⁵ V. *infra* n°s166 et s. et n°s266 et s.

économique et d'attractivité du nouveau droit des contrats⁸⁸⁶. Sur le plan de la théorie générale, il faudrait alors admettre que le droit des contrats a perdu de sa superbe depuis la réforme.

152. L'indécision relative à la philosophie générale du contrat depuis la réforme de 2016 – Il apparaît difficile de déceler la conception générale du contrat, qui oscille entre une majorité de règles issues des idées volontaristes, comme le principe de sa force obligatoire et son corollaire, et certaines mesures solidaristes. En effet, le droit des contrats intègre les idées solidaristes dans plusieurs dispositions de l'exécution à l'inexécution du contrat⁸⁸⁷. À ce titre, l'article 1195 du Code civil, qui prévoit la possibilité de révision pour imprévision, impose une obligation de renégociation du contrat en cas de situation d'imprévision, avant de pouvoir demander au juge de se prononcer. De même, le principe de bonne foi a été érigé en principe directeur du droit des contrats au titre de l'article 1104 du Code civil. Le contrôle des clauses abusives dans les contrats d'adhésion a été développé afin d'éviter que des clauses contractuelles viennent accentuer le déséquilibre naturel et autorisé dans ce type de contrat, pour protéger la partie faible et éviter les états de dépendance⁸⁸⁸. Il faut donc constater que, de la même manière que pour la théorie de l'autonomie de la volonté maintenue dans le principe de la force obligatoire du contrat, la réforme fait une place explicite aux idées solidaristes⁸⁸⁹. En effet, la doctrine solidariste a pour avantage de créer « un droit des relations contractuelles inégalitaires »⁸⁹⁰ en protégeant la partie faible. Ainsi, l'imparfaite intégration des mesures unilatérales dans la théorie générale peut également, à notre avis, trouver une explication plus dans la philosophie actuelle du droit des contrats, qui semble être indécise. En 1999, Monsieur Jamin s'interrogeait sur le point de savoir si les sanctions unilatérales étaient fondées sur un affrontement entre « deux conceptions des relations sociales : solidaire et libérale ? »⁸⁹¹. La question n'est pas nouvelle. Constamment en tension entre volontarisme et solidarisme

⁸⁸⁶ Tous les avant-projets d'harmonisation européenne et les avant-projets français préconisaient d'intégrer les mesures unilatérales pour des raisons d'efficacité économique et d'attractivité. V. en ce sens, à propos de la résolution unilatérale, F. TERRÉ (dir.), *Pour une réforme du droit des contrats*, op. cit. p. 270, n°3 : « On sait que le juge français l'a finalement admis, ainsi que le projet de la Chancellerie, se rapprochant ainsi des droits européens (droits anglo-saxons ; art. 349 BGB ; art. 7.3.1 C. Unidroit ; art. 9 :301 C. Lando ; art. 114 C. Gandolfi).

⁸⁸⁷ Les règles de formation du contrat sont exclues du champ de cette thèse mais l'art. C. civ. 1143 relatif à l'abus de dépendance économique est également une règle issue du courant solidariste.

⁸⁸⁸ Par exemple, pour l'abus de dépendance, C. civ. art. 1143 (version en vigueur depuis le 01 octobre 2018) ; pour le contrôle des clauses abusives, C. civ. art. 1171 (version en vigueur depuis le 01 octobre 2018).

⁸⁸⁹ D. FENOUILLET, « Les valeurs morales », *RDC/3* 2016, p.589 s., spéc. 3. L'auteur décrit les « valeurs morales » dans le nouveau discours contractuel regroupant « des débats théoriques autour du fondement du contrat, entre autonomie de la volonté et volontarisme social » et « la controverse suscitée par le solidarisme contractuel » en concluant à un conflit entre toutes valeurs.

⁸⁹⁰ L. LEVENEUR, « Le solidarisme contractuel : un mythe » *précit.* spéc. p. 188.

⁸⁹¹ C. JAMIN, « Les sanctions unilatérales de l'inexécution du contrat : trois idéologies en concurrence », *précit.*, spéc. p. 86.

contractuel, il est difficile déceler une conception philosophique générale du contrat. *A priori*, cela n'est pas un problème car la réforme n'est pas une réforme doctrinale. Toutefois, sur le plan de la théorie générale, cela nous apparaît comme davantage regrettable puisque cette absence de philosophie globale maintient l'incohérence entre l'intégration des mesures unilatérales et la conception du contrat. En effet, sur le plan théorique, dans une conception du contrat à dominante volontariste, l'intégration des mesures unilatérales n'est pas évidente. Au contraire, une telle pénétration devient plus évidente si la philosophie du contrat prend part à la doctrine solidariste. Actuellement, il semble difficile de savoir si la conception générale du contrat encourage ou tolère les mesures unilatérales. Notre seule certitude est qu'elle ne les interdit pas expressément. *A fortiori*, il ne pouvait pas en être différemment pour les sanctions unilatérales, qui, sur certains points, manquent de clarté, et reflètent, selon les situations, une conception indécise de la philosophie du contrat. En effet, dans certains cas, les mesures unilatérales sont développées à l'extrême et véhiculent des idées solidaristes. Il suffit de penser à l'exception d'inexécution anticipée pour s'en convaincre. Cette mesure a pour but de parvenir à l'exécution. Elle permet à la partie qui arrête de s'exécuter d'inciter son cocontractant à s'exécuter, avant d'avoir recours aux autres sanctions de l'inexécution. Dans une certaine mesure, le recours à l'exception d'inexécution invite alors la partie qui la met œuvre à prendre en compte l'intérêt de son contractant en l'incitant à l'exécution. Son versant anticipé n'est autorisé que parce qu'il est fortement encadré. Même si cela est discutable, à notre avis, l'idée de solidarité peut apparaître au sein de cette mesure. De même, nous estimons que la réduction du prix témoigne d'une vision solidariste du contrat qui pourrait permettre aux deux parties de parvenir à un accord sur le prix, sans que cette sanction ne soit arbitraire. En effet, cette faculté est l'exemple type des sanctions unilatérales qui présentent une procédure complexe et imprécise. D'un côté, sa procédure empêche celle-ci d'être suffisamment claire, au point de faire douter de son application pérenne par les parties au contrat. D'un autre côté, elle a pour vertu d'éloigner son caractère unilatéral de l'arbitraire. À l'inverse, depuis la réforme, certaines sanctions unilatérales sont purement et simplement interdites. Il suffit de penser ici à la résolution unilatérale par anticipation qui n'a pas été consacrée. Dans ce cas, il n'est pas difficile de comprendre que la conception volontariste demeure la règle et le solidarisme l'exception. En conclusion, il faut admettre que la notion de contrat demeure encore très discutée, à l'image de ce qu'elle a été⁸⁹². Or, cette dernière a des conséquences sur le développement des sanctions unilatérales dans les nouvelles règles de l'inexécution.

⁸⁹² V. D. GALBOIS, *La notion de contrat*, op. cit.

153. Désormais, il convient de s'intéresser à une autre difficulté envisagée lorsqu'il s'agit d'étudier les sanctions unilatérales dans la théorie générale : leur absence de qualification. Cette dernière pose-t-elle un problème ? (§2)

§2 : L'incohérence entre l'intégration des sanctions unilatérales et leur absence de qualification

154. Le silence sur la nature des sanctions unilatérales – La nature des sanctions unilatérales est un point central dont la réforme n'a pas traité. Comme nous l'avons relevé, chaque mesure dispose d'une procédure d'exercice qui lui est propre, et ce, même si parfois, il est possible de relever des similitudes⁸⁹³. Le régime des sanctions unilatérales n'est donc pas unitaire. D'un point de vue pratique, il n'est pas nécessaire que les sanctions unilatérales disposent d'un régime d'exercice commun, si les conditions d'exercice propres à chacune sont suffisamment précises et claires afin d'éviter toute difficulté de mise en œuvre. Toutefois, lorsque des difficultés de régime se présentent et que la lettre des textes est insuffisante à combler ces dernières, il nous apparaît intéressant, d'un point de vue théorique, de s'appuyer sur la qualification juridique. Cette dernière pourrait alors permettre de répondre aux interrogations relatives à l'exercice des sanctions unilatérales. En effet, il faut se souvenir que « qualifier c'est rattacher l'opération à une catégorie juridique afin d'en déduire le régime »⁸⁹⁴. Le droit des contrats ne prévoit aucune règle à ce sujet. Seul le Code de procédure civile s'attarde sur la question des qualifications réalisées par le juge⁸⁹⁵. Or, à notre avis, qualifier la nature des sanctions pourrait aider à apporter des éclairages sur certaines insuffisances relatives au régime des sanctions et donc à leur procédure d'exercice et de contestation. À ce titre, les articles 1217 et suivants du Code civil ne précisent pas les conditions de preuve ou les modes de contestation de l'exercice des sanctions unilatérales. La qualification juridique aurait pu permettre d'éclairer ces éléments.

⁸⁹³ V. *supra* n°s 65 s.

⁸⁹⁴ F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE et F. CHÉNEDÉ, *Droit civil les obligations*, op. cit., spéc. pp. 704-705, n°603 ; B. FAGES, *Droit des obligations*, LGDJ, 8ème éd. 2018, spéc. p. 234, n°269.

⁸⁹⁵ C. proc. civ. art. 12 al. 2 et 3 : « [le juge] doit donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux sans s'arrêter à la dénomination que les parties en auraient proposée. Toutefois, il ne peut changer la dénomination ou le fondement juridique lorsque les parties, en vertu d'un accord exprès et pour les droits dont elles ont la libre disposition, l'ont lié par les qualifications et points de droit auxquels elles entendent limiter le débat » ; Sur ce point, B. FAGES, *Droit des obligations*, LGDJ, 13^{ème} éd. 2023-2024, spéc. p. 236, n°268.

155. Ainsi, si le droit commun n'est pas explicite sur la qualification des sanctions unilatérales, il est possible de montrer que ces dernières se rapprochent de la qualification d'acte juridique unilatéral (A). Cette qualification est-elle toutefois suffisante pour éclairer les points de régime des sanctions unilatérales dont les textes relatifs à celles-ci ne disent mots ? (B).

A. La qualification unitaire des sanctions unilatérales

156. L'intégration de l'acte juridique unilatéral dans le Code civil – Si les sanctions unilatérales n'ont pas fait l'objet d'une qualification explicite, il ne faut pas croire que les textes de l'ordonnance portant réforme du droit des contrats sont entièrement silencieux sur les qualifications juridiques. Au titre de l'article 1100 du Code civil, il est désormais précisé que « les obligations naissent d'actes juridiques, de faits juridiques ou de l'autorité seule de la loi ». En plus, l'alinéa 2 de ce même article dispose que les obligations « peuvent naître de l'exécution volontaire ou de la promesse d'exécution d'un devoir de conscience envers autrui »⁸⁹⁶. Les actes juridiques représentent « des actes volontaires, spécialement accomplis en vue de produire des effets de droit dont la nature et la mesure sont elles-mêmes voulues »⁸⁹⁷. Le contrat est un acte juridique. Il en est même la représentation emblématique. Cependant, tous les actes juridiques ne sont pas des contrats⁸⁹⁸. Il en existe d'autres sortes, à l'image des actes collectifs ou des actes unilatéraux⁸⁹⁹. Contrairement à l'acte unilatéral, le contrat se forme à la suite de la rencontre de deux volontés. Au moment de la formation, la différence fondamentale entre le contrat et l'acte unilatéral relève du nombre de volontés en présence. Lorsque pour conclure un contrat il est nécessaire que deux volontés, *a minima*, se rencontrent et se fondent dans le consentement, la formation d'un acte unilatéral exige la manifestation d'une seule et unique volonté. Cette nouveauté instaurée en 2016, doit être saluée car, traditionnellement, « dans la conclusion des actes juridiques, la volonté individuelle est beaucoup moins facilement reconnue comme pouvoir créateur d'obligations lorsqu'elle s'exprime isolément que lorsqu'elle intervient en

⁸⁹⁶ C. civ. art. 1100 al. 2 (version en vigueur depuis le 01 octobre 2016).

⁸⁹⁷ J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit civil les obligations I. L'acte juridique*, op. cit. ancienne version, 16^{ème} éd. 2014, spéc. p. 37, n°55. Nous soulignons que les débats autour de la distinction entre les actes et les faits juridiques ici ne seront pas traités dans les propos de cette thèse. Notre droit consacrait déjà sans en discuter l'acte juridique. Rappelons à ce titre J. HAUSER, *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique*, op. cit., spéc. p. 31, n°25, qui explique que c'est « un fait non discuté que le Code civil de 1804 ne contient pas de théorie de l'acte juridique » bien que celle-ci ait eu des retentissements différents en doctrine.

⁸⁹⁸ À ce titre, précisons que « la notion d'acte juridique est unanimement reçue en droit privé, tant il est évident que l'activité juridique des individus ne peut être réduite à la technique conventionnelle. » in C. BRENNER, *Rép. Civil. Dalloz*, « Acte juridique », spéc. n°6.

⁸⁹⁹ Par souci de simplification de la lecture, les termes actes juridiques unilatéraux et actes unilatéraux seront tenus pour synonyme durant notre analyse.

concours avec une autre »⁹⁰⁰. Désormais, le droit reconnaît l'existence d'actes juridiques unilatéraux, à côté du contrat⁹⁰¹, comme producteurs d'effets de droit. Reconnaître l'existence de tels actes tels actes, à côté du contrat, était nécessaire, tant ils sont nombreux. Toutefois, il faut directement préciser que la réforme n'a jamais eu l'intention d'accorder une place importante à l'acte juridique unilatéral, à l'inverse du droit allemand par exemple⁹⁰². Le contrat reste la figure majoritaire des actes juridiques. L'acte unilatéral n'est qu'une exception et le législateur semble avoir refusé de lui consacrer une véritable théorie générale⁹⁰³. La réforme n'a pas marqué de rupture fondamentale avec le Code civil de 1804 et continue de reconnaître le contrat, apparenté à la rencontre de deux volontés, comme la principale source créatrice d'obligation. À l'inverse, la rupture avec l'ancien droit, se situe plutôt au travers de la consécration de l'engagement unilatéral de volonté.

157. La consécration de l'engagement unilatéral de volonté comme source créatrice d'obligation – Comme précédemment expliqué, certains actes unilatéraux sont créateurs d'obligations à l'image de l'engagement unilatéral de volonté, autrement appelé engagement par volonté unilatérale⁹⁰⁴. Le droit des contrats aborde le problème au travers du nouvel article 1100-1 du Code civil. Il reconnaît au sein des actes juridiques unilatéraux, l'engagement unilatéral de volonté. Cependant, il n'indique pas expressément que l'engagement unilatéral de volonté est créateur d'obligations en toute circonstance. Le silence sur le pouvoir créateur d'obligation de l'engagement unilatéral de volonté s'explique par les discussions houleuses dont cet acte juridique unilatéral fait l'objet depuis de nombreuses années⁹⁰⁵. À l'origine, une partie de la doctrine avec Saleilles, en chef de file, proposait de reconnaître l'engagement unilatéral de volonté comme source créatrice d'obligation, à côté du contrat⁹⁰⁶. Cette reconnaissance permettait principalement d'éviter « des déformations qu'on inflige en

⁹⁰⁰ J.-L. AUBERT, *Rép. Civ. Dalloz*, « Engagement unilatéral », spéc. n°1.

⁹⁰¹ O. DESHAYES, T. GENICON et Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, Commentaire article par article, op. cit.*, p. 41-52.

⁹⁰² D. MAZEAUD, R. BOFFA, N. BLANC (dir.), *Dictionnaire du contrat, op. cit.* n°7 « Acte juridique unilatéral », spéc. p. 42.

⁹⁰³ *Ibid.*

⁹⁰⁴ *Ibid.* ; F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE et F. CHÉNEDÉ, *Droit civil les obligations, op. cit.* p. 71 s, n°83 s.

⁹⁰⁵ Ph. JESTAZ, « L'engagement par volonté unilatérale » in *Les obligations en droit français et en droit belge, Convergences et divergences*, actes des Journées d'études entre la Faculté de droit de Paris Saint-Maur et la Faculté de droit de l'Université libre de Bruxelles, Dalloz Bruylant, 1994, p. 3 s.

⁹⁰⁶ R. SALEILLES, *Théorie générale de l'obligation*, n°s 138 s., 245 s., 278 s. ; J. CHABAS, *De la déclaration de volonté en droit civil français*, th. Paris, 1931 ; J. MARTIN DE LA MOUTTE, *L'acte juridique unilatéral*, th. Paris, 1951 ; A. RIEG, *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand*, th. Strasbourg, 1961 ; M.-L. IZORCHE, *L'avènement de l'engagement unilatéral en droit privé contemporain*, PUAM, préf. J. MESTRE, 1995 ; C. GRIMALDI, *Quasi-engagement et engagement en droit privé*, th. Paris 2007.

multiples occasions aux notions de contrat, de délit, de quasi-contrat pour leur permettre de rendre compte de certaines solutions de notre droit positif »⁹⁰⁷. Les opposants à cette intégration rappelaient qu'une obligation ne peut ni naître sans créancier, ni exister sans force obligatoire⁹⁰⁸.

Autrement dit, si une volonté s'est unilatéralement liée, elle peut, unilatéralement, se délier. Pour clore le débat, il est possible de se rallier à la thèse des professeurs Terré, Simler, Lequette et Chénédé selon laquelle la consécration de l'engagement unilatéral de volonté relèverait d'une certaine politique juridique car en théorie, il n'existe aucune « impossibilité logique à admettre la validité de l'engagement unilatéral »⁹⁰⁹. À ce titre, la réforme semble avoir consacré comme source d'obligation, l'engagement unilatéral de volonté. À la faveur de cette consécration, il semble que le Rapport au Président de la République précise que tout engagement unilatéral de volonté est créateur d'obligation⁹¹⁰. De plus, l'engagement unilatéral de volonté est développé, au titre des « sources d'obligations »⁹¹¹. Il semble donc qu'un pouvoir général de création d'obligations soit accordé à ce type d'acte. Cependant, l'article 1100 du Code civil⁹¹², qui prévoit des hypothèses strictes d'engagement unilatéral de volonté – l'exécution volontaire et la promesse d'exécution d'un devoir de conscience envers autrui –, réduit la portée de la reconnaissance générale de l'affirmation selon laquelle ce dernier est créateur d'obligation en toute situation⁹¹³. Seules deux hypothèses s'apparentent à cette catégorie. Dans les autres cas d'engagement unilatéral, la réforme est silencieuse sur leur pouvoir créateur d'obligation⁹¹⁴. Ce silence démontre les incertitudes de la réforme quant à la consécration générale d'un pouvoir de création d'obligations reconnu aux engagements unilatéraux de volonté. En ce qui concerne le régime de l'engagement unilatéral, celui-ci doit suivre les règles du contrat, il ne dispose pas de règles propres. Cette absence de règles

⁹⁰⁷ F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE et F. CHÉNEDÉ, *Droit civil les obligations*, op. cit., p. 73 n°84. V. aussi Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Droits des obligations*, op. cit. spéc. p. 234, n°250.

⁹⁰⁸ F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE et F. CHÉNEDÉ, *Droit civil les obligations*, op. cit. p. 73, n°84. Les auteurs citent en ce sens la thèse précitée : J. CHABAS, *De la déclaration de volonté en droit civil français*, th. Paris, 1931.

⁹⁰⁹ F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE et F. CHÉNEDÉ, *Droit civil les obligations*, op. cit. p. 72, n°84.

⁹¹⁰ Rapport au Président de la République *précit.* « L'engagement unilatéral de volonté, catégorie d'acte unilatéral créant, par la seule volonté de son auteur, une obligation à la charge de celui-ci ».

⁹¹¹ V. notamment en ce sens, F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE et F. CHÉNEDÉ, *Droit civil les obligations*, op. cit. p. 76, n°87 ; O. DESHAYES, T. GENICON et Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats*, op. cit. p. 34 ; F. CHÉNEDÉ, *Droit des obligations et des contrats*, op. cit. n°111.14 ; M. FABRE-MAGNAN, *Les obligations*, op. cit. spéc. 877, n°1117.

⁹¹² C. civ. art. 1100 (version en vigueur depuis le 01 octobre 2016) : « Les obligations naissent d'actes juridiques, de faits juridiques ou de l'autorité seule de la loi. Elles peuvent naître de l'exécution volontaire ou de la promesse d'exécution d'un devoir de conscience envers autrui. »

⁹¹³ V. notamment en ce sens, G. CHANTEPIE et M. LATINA, *La réforme des obligations*, op. cit. n°66, p. 60

⁹¹⁴ F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE et F. CHÉNEDÉ, *Droit civil les obligations*, op. cit. spéc. p. 78, n°87.

particulières tend à diminuer la portée de son intégration en tant qu'acte créateur d'obligation. Malgré tout, en accordant quelques lignes à l'acte juridique unilatéral et plus spécifiquement, à l'engagement unilatéral de volonté, le nouveau droit des contrats semble reconnaître la volonté unique comme une des sources possibles d'obligation. L'unilatéralisme, en tant que source d'obligation, semble alors être reconnu par la réforme, par le biais des articles 1100 et 1100-1 du Code civil et ce, même si cette reconnaissance demeure pour le moins incertaine.

Nous tenions à le souligner car il s'agit d'un point important de la réforme du droit des contrats. Cette dernière a accordé une place importante à la volonté unique, que ce soit au moment de la création des obligations jusqu'à leur exécution, mais aussi et, surtout en cas d'inexécution, comme en témoignent l'insertion des sanctions unilatérales au sein de l'article 1217 du Code civil. Malheureusement, le droit des contrats n'a apporté aucune indication quant à la qualification des sanctions unilatérales.

158. La qualification des sanctions unilatérales en acte juridique unilatéral – En étudiant la notion d'acte juridique unilatéral, certains éléments portent à croire que les sanctions unilatérales peuvent s'apparenter à cette qualification. Pour rappel, l'acte unilatéral se définit comme « une manifestation de volonté émanant d'un individu qui entend créer certains effets de droit sans le concours d'une autre volonté »⁹¹⁵. D'abord, en tant qu'acte juridique, l'acte unilatéral se différencie du fait juridique. L'acte juridique produit des conséquences voulues sur les individus⁹¹⁶, à l'inverse du fait juridique qui « sont des événements quelconques » où le droit accorde des effets, sans que ces mêmes individus ne les aient recherchés⁹¹⁷, même si la réforme ne semble pas avoir repris cette distinction⁹¹⁸. En effet, les faits juridiques sont définis comme « des agissements ou des événements auxquels la loi attache des effets de droit »⁹¹⁹, et non comme des événements non voulus. À notre sens, il semble que les sanctions unilatérales peuvent être exclues de la qualification de fait juridique⁹²⁰. L'effet de la sanction unilatérale est

⁹¹⁵ F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE et F. CHÉNEDÉ, *Droit civil les obligations*, op. cit. pp. 70-71, n°82.

⁹¹⁶ C. QUETAND-FINET, « La nature juridique du paiement : ce que la controverse nous apprend », *D.* 2013, 942.

⁹¹⁷ F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE et F. CHÉNEDÉ, *Droit civil, les obligations*, op. cit. spéc. n°5, p. XVI-XVII.

⁹¹⁸ N. DISSAUX, « La culture du gâchis », *D.* 2016, p. 593. L'auteur explique alors qu'en ne reprenant pas ce critère distinctif, la définition de fait juridique proposée par la réforme englobe la notion d'acte juridique. Toutefois, cette affirmation peut être nuancée car la combinaison des articles 1100-1 et 1100-2 montre une différence entre le fait juridique qui n'est pas nécessairement voulu et l'acte juridique qui nécessite une véritable manifestation de volonté, v. en ce sens, G. LARDEUX, « Preuve : modes de preuve », *Rép. Civ. Dalloz.*, oct. 2019, actualisation fév. 2023, spéc. , n°30.

⁹¹⁹ C. civ. art. 1100-2 (version en vigueur depuis le 01 octobre 2016).

⁹²⁰ V. *contra*, T. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, op. cit. spéc. p. 481 s., n°677 : l'auteur considère que la résolution unilatérale est un fait juridique.

toujours recherché par la partie qui la met en œuvre. Il s'agit de sanctionner l'inexécution du débiteur défaillant. Par conséquent, elles semblent davantage répondre à la qualification d'acte juridique. Ensuite, l'acte unilatéral est une manifestation de volonté qui émane d'un seul individu. La sanction unilatérale est une manifestation de volonté, qui émane du contractant victime d'une inexécution. En ayant recours à une sanction unilatérale, le créancier entend agir sur l'exécution du contrat. Cela a pour conséquence de modifier sa situation juridique et de créer un effet de droit voulu. La partie contre qui est exercée la sanction unilatérale n'a pas d'autre choix que d'accepter la sanction ou de la contester. Toutefois, la mise en œuvre la sanction ne nécessite jamais son accord. Par exemple, une partie qui use de la résolution par notification manifeste unilatéralement à l'autre partie sa volonté de mettre fin au contrat. L'effet de droit recherché est alors l'extinction du contrat. Le débiteur qui n'a pas exécuté son obligation n'a pas d'autre choix que d'accepter ou de contester la sanction. La manifestation de l'exercice de la mesure unilatérale répond donc à la définition de l'acte juridique unilatéral. Les sanctions unilatérales peuvent donc s'apparenter à des actes juridiques unilatéraux. Par conséquent, si les sanctions unilatérales sont des actes juridiques unilatéraux, théoriquement, elles ne peuvent pas faire partie du contrat. Elles lui sont distinctes sur le plan de la qualification. Cependant, elles existent au sein de celui-ci, et ce depuis longtemps, comme en témoigne, par exemple, la possibilité de rupture unilatérale dans les contrats à durée indéterminée. Par conséquent, si la qualification d'acte juridique unilatéral peut apparaître, au premier abord, comme satisfaisante, elle ne semble pas totalement adaptée aux sanctions unilatérales.

159. Bilan A – La réforme n'a pas expressément qualifié les sanctions unilatérales. Toutefois, l'étude de la définition de l'acte juridique unilatéral invite à croire que ces dernières présentent des similitudes non négligeables avec cette catégorie. Malheureusement, la présence des sanctions unilatérales dans le contrat montre que cette qualification unitaire n'est pas entièrement satisfaisante. Il faut alors poursuivre la démonstration pour convaincre que les sanctions unilatérales ne sont pas des actes juridiques unilatéraux classiques (B).

B. L'insuffisance de la qualification unitaire des sanctions unilatérales

160. L'incertitude du régime des actes juridiques unilatéraux – En droit, il faut comprendre que la manifestation la plus pure de l'unilatéralisme est incarnée par l'acte juridique unilatéral. Cette notion, qui a fait l'objet de nombreuses études, est difficilement

saisissable⁹²¹. *A fortiori*, les actes juridiques unilatéraux le sont également. C'est d'ailleurs, ce qui explique probablement la traditionnelle difficulté de dresser leur propre théorie générale⁹²². Depuis leur création, les règles des obligations sont basées sur la figure du contrat, acte juridique bilatéral. C'est pourquoi, même avant leur codification, les actes juridiques unilatéraux n'ont jamais disposé, en droit français, de théorie générale propre, alors même qu'en droit civil, ils sont légion⁹²³. Ainsi, pour régler les litiges y afférant, « il convenait de transposer à l'acte juridique unilatéral le régime juridique du contrat »⁹²⁴.

La réforme est venue consacrer l'acte juridique unilatéral, au titre de l'article 1100-1 alinéa 1^{er} du Code civil. À ce titre, certains auteurs ont pu se demander si cet ajout, des actes juridiques unilatéraux dans le Code civil, ne permettait pas de consacrer une véritable théorie de l'acte juridique unilatéral, à côté de celle du contrat⁹²⁵. À notre sens, faire une place aux actes juridiques unilatéraux dans la réforme est parfaitement compréhensible tant l'on sait qu'ils sont divers et variés, heureuses victimes ou non d'une absence de théorie générale⁹²⁶. Toutefois, bien qu'aujourd'hui le droit des obligations accorde une place à l'acte juridique unilatéral, l'article 1100-1 alinéa 2nd du Code civil n'apporte pas de changement fondamental. Il dispose que les actes juridiques, qu'ils soient unilatéraux ou conventionnels, « obéissent, en tant que de raison, pour leur validité et leurs effets, aux règles qui gouvernent les contrats »⁹²⁷. Selon cette disposition, l'acte juridique unilatéral ne suit pas des règles spéciales, différentes du contrat. Lorsque c'est le cas, le Code civil les prévoit effectivement⁹²⁸. De plus, l'acte unilatéral n'est *a priori* pas créateur d'obligation sauf dans les situations évoquées à l'alinéa 2 du même article. L'incertitude posée par cette absence de régime propre de l'acte juridique unilatéral et sa capacité à créer des obligations peut sous-tendre alors la question de la véritable consécration de l'unilatéralisme comme source d'obligation. Si les actes juridiques unilatéraux suivent les

⁹²¹ V. not. B. MORON-PUECH, *L'acte juridique, une réponse à la crise du contrat*, LGDJ, t. 492, préf. D. FENOUILLET, Bibliothèque de droit privé, 2020 ; V. également le revue *Droits*, n°7 « L'acte juridique », PUF, 1988.

⁹²² F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE et F. CHÉNEDÉ, *Droit civil, les obligations*, op. cit., spéc. pp. 70-71, n°82. V. ég. R. ENCINAS DE MUNAGORRI, *L'acte unilatéral dans les rapports contractuels*, LGDJ, t. 254, préf. A. LYON-CAEN, Bibliothèque de droit privé, 1996 ; J. MARTIN DE LA MOUTTE, *L'acte juridique unilatéral, Essai sur sa notion et sa technique en droit civil*, op. cit.

⁹²³ A. SÉRIAUX, « L'engagement unilatéral en droit positif français actuel » in C. JAMIN et D. MAZEAUD (dir.) *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, op. cit. p. 7.

⁹²⁴ F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE et F. CHÉNEDÉ, *Droit civil les obligations*, op. cit. pp. 70-71, n°82.

⁹²⁵ C. BRENNER, « Sources des obligations dans le Code civil rénové, passage à l'acte ou acte manqué ? », *JCP G*, 2 mai 2016, n°18. Cet auteur approuve l'absence de théorie générale de l'acte juridique unilatéral. V. *contra* R. LIBCHABER, « Regrets liés à l'avant-projet de réforme du droit des contrats. Le sort des engagements bilatéraux », *RDC/3* 2015, p. 634.

⁹²⁶ Il n'est pas question de trancher ici si l'acte juridique unilatéral doit bénéficier d'une théorie générale propre.

⁹²⁷ C. civ. art. 1100-1 al. 2 (version en vigueur depuis le 01 octobre 2016).

⁹²⁸ F. TERRÉ Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE et F. CHÉNEDÉ, *Droit civil, les obligations*, op. cit., spéc. pp. 70-71, n°82.

règles du contrat, la réforme réalise une codification à droit des constant des sources d'obligations.

Le régime de l'acte juridique unilatéral est donc similaire, lorsque cela est possible, à celui du contrat. Toutefois, sur le plan de la qualification, il est évident que l'acte unilatéral n'a jamais été considéré comme un contrat. Et, c'est cette différence de qualification, qui permet, lorsque cela est nécessaire, de dégager des règles spécifiques à l'acte juridique unilatéral lorsque le régime du contrat est inadapté à cette catégorie, sans qu'il ne soit nécessaire de développer une véritable théorie de l'acte juridique unilatéral. À titre d'illustration, les conditions de validité du contrat sont au nombre de trois suivant l'article 1128 du Code civil⁹²⁹. En ce qui concerne l'acte unilatéral, *quid* du consentement, dans la mesure où ce dernier n'émane que d'une seule partie ? Ici, les règles du contrat sont inadaptées à la qualification de l'acte unilatéral. Sur ce point, les règles de ces deux actes juridiques respectifs sont forcément différentes. Dans ce cas, quelles sont les conditions de validité de l'acte juridique unilatéral ? En l'absence d'une théorie générale de ce dernier, la réponse à cette question n'est pas évidente. Cette difficulté n'est pas anodine puisqu'en ce qui concerne les sanctions unilatérales, en l'absence de précision supplémentaire proposée par les textes, certains éléments de leur régime sont difficiles à appréhender. En effet, en théorie, puisque ces dernières peuvent s'apparenter à la qualification des actes juridiques unilatéraux, elles doivent suivre le régime de cette catégorie. De la même manière que pour la définition de l'acte juridique unilatéral, il faut alors se demander si le régime de ce dernier est vraiment adapté aux sanctions unilatérales ?

161. Une adaptation nuancée du régime de l'acte juridique unilatéral aux sanctions unilatérales – Les sanctions unilatérales présentent des similitudes avec la catégorie des actes juridiques unilatéraux. Si un telle qualification trouvait à s'appliquer, les conditions du régime des actes unilatéraux devraient pouvoir être applicables, en l'absence de précision contraire dans les textes relatifs aux sanctions unilatérales. Autrement dit, lorsqu'un élément de régime des sanctions unilatérales n'est pas précisé dans le Code civil, il faudrait pouvoir appliquer le régime issu de la qualification d'acte juridique pour savoir comment agir. Le propos peut être éclairé avec l'exemple des modes de preuve dans l'exercice des sanctions unilatérales. Ces derniers ne sont pas précisés. En effet, un créancier exerce une sanction unilatérale, chaque fois

⁹²⁹ C. civ. art. 1128 (version en vigueur depuis le 01 octobre 2016) : « Sont nécessaires à la validité d'un contrat : 1° Le consentement des parties ; 2° Leur capacité de contracter ; 3° Un contenu licite et certain ».

qu'il estime les conditions de celles-ci sont réunies. Il n'a alors rien à prouver⁹³⁰. En cas de contestation, le débiteur qui s'estime victime de la sanction saisit le juge. Il devient alors le demandeur à l'action. Sur qui pèse alors la charge de la preuve ? Ici, les règles classiques de preuve prévues à l'article 1353 du Code civil peuvent normalement trouver à s'appliquer⁹³¹. En effet, puisque le débiteur est le demandeur à l'action, le défendeur, soit le créancier à l'origine de la sanction unilatérale, doit alors prouver qu'il était dans son droit⁹³². Toutefois, quelle preuve doit-il apporter dans la mesure où l'on sait que les actes juridiques supérieurs à 1.500€ doivent faire l'objet d'une preuve écrite⁹³³ ? La seule difficulté pourrait alors résider, en pratique, dans la détermination de la valeur de la gravité de l'inexécution⁹³⁴. Toutefois, lorsqu'il exerce une sanction unilatérale, le créancier doit prouver son bon exercice. Or, les textes sont silencieux quant à la matérialisation de cette preuve. Par conséquent, dans ce type de situation, il nous semble intéressant de pouvoir qualifier la sanction unilatérale pour préciser le régime de la preuve. Si cette dernière s'apparente à un acte juridique tel que nous l'avons évoqué, les modes de preuve de la sanction unilatérale seront alors semblables aux modes de preuves de l'acte unilatéral. Contrairement aux faits juridiques, où la preuve est libre⁹³⁵, celle des actes juridiques est réglementée par le droit. Et, des règles de preuve particulières s'appliquent pour les actes unilatéraux. Si l'on combine les articles 1100-1 et 1359 alinéa 1^{er} du Code civil, la preuve de l'acte juridique unilatéral diffère en fonction de l'auteur de la preuve⁹³⁶. En d'autres termes, si l'auteur de la preuve est l'auteur de l'acte, celle-ci devrait pouvoir être apportée par écrit. Au contraire, si la charge de la preuve repose sur celui qui bénéficie ou subit l'acte, la preuve devrait être admise par tous moyens⁹³⁷. Dans ce cas, la qualification d'acte juridique permet d'éclairer les modes de preuve des sanctions unilatérales. Elle pourrait d'ailleurs s'adapter parfaitement au régime de la preuve des sanctions unilatérales lorsque celui-ci est prévu par les textes, à l'image de celui prévu par la résolution unilatérale qui prévoit que le créancier doit prouver par écrit, en cas de contestation, la gravité de l'inexécution justifiant

⁹³⁰ Il faut mettre de côté l'exigence d'une obligation de motivation prévue à l'art. C. civ. 1226 en cas de résolution par notification. Sur l'obligation de motivation, v. *infra* n°300 s. et 362 s.

⁹³¹ C. civ. art. 1353 (version en vigueur depuis le 01 octobre 2016) : « Celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver ».

⁹³² Par exemple C. civ. art. 1226 (version en vigueur depuis le 01 octobre 2016) : « le débiteur peut à tout moment saisir le juge pour contester la résolution. Le créancier doit alors prouver la gravité de l'inexécution ».

⁹³³ G. LARDEUX, « Preuve : modes de preuve », *op. cit.*, spéc. n°30 ; v. ég. C. civ. art. 1359 (version en vigueur depuis le 01 octobre 2016).

⁹³⁴ V. *infra* n°412 s.

⁹³⁵ M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations, 1-Contrats et engagement unilatéral*, *op. cit.* spéc. p. 11, n°20.

⁹³⁶ G. LARDEUX, « Preuve : modes de preuve », *op. cit.*, spéc. n°30-33.

⁹³⁷ G. CHANTEPIE et M. LATINA, *Le nouveau droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil* *op. cit.*, n°1140.

l'exercice de la mesure. On pourrait supposer que cette preuve peut se réaliser par écrit. Dans le silence des textes sur les modes de preuve des sanctions unilatérales, il faut admettre que ceux-ci sont conformes à ceux des actes juridiques unilatéraux. Pour le moins, ils ne les contredisent pas. Cette similitude peut alors être un élément d'éclairage supplémentaire pour croire que les sanctions unilatérales s'apparentent à des actes juridiques unilatéraux.

Toutefois, le régime de l'acte unilatéral est parfois insuffisant pour préciser le régime des sanctions unilatérales⁹³⁸. Dans ce cas, les règles de l'acte unilatéral doivent parfois être adaptées, par rapport à celles du contrat pour prendre en compte la particularité de cet acte juridique. Cette adaptation témoigne donc des difficultés d'appréhension en droit commun, des spécificités de l'acte unilatéral et particulièrement de son absence de régime propre⁹³⁹. L'exemple de la nullité de l'acte unilatéral peut permettre d'illustrer le propos. Cette dernière est forcément différente de celle du contrat. Comme le précise l'article 1178 du Code civil, la nullité correspond à la sanction d'un contrat, prononcée en cas de violation de l'une des conditions de validité nécessaires à la constitution de cet acte⁹⁴⁰. Puisque l'acte unilatéral doit suivre les règles du contrat, en cas de remise en cause d'un de ses éléments de validité et en l'absence de règle particulière, il pourrait, à notre avis, faire l'objet d'une action en nullité, suivant l'article 1178 du Code civil. En effet, l'acte unilatéral, s'il suit les règles du contrat, doit, pour être valable, présenter certaines conditions de validité, telles que prévues à l'article 1128 du même code, à savoir la capacité de contracter, un consentement libre et éclairé et un contenu licite et certain⁹⁴¹. Ainsi, le consentement de l'auteur de l'acte devrait être libre et éclairé. En cas de doute, cela signifie alors que les vices du consentements, prévus aux articles 1130 et suivant pourraient potentiellement trouver à s'appliquer⁹⁴². De même, les actes unilatéraux, suivant les règles de validité du contrat, devraient répondre à l'exigence d'un contenu licite et certain désormais prévu aux articles 1162 et 1163 du Code civil. C'est pourquoi, les conditions de validité classique du contrat pourraient être étudiées pour prononcer la nullité de l'acte juridique unilatéral. Par conséquent, les conditions de validité de l'article 1128 du Code civil pourraient être étudiées en cas de remise en cause d'un acte juridique

⁹³⁸ V. *infra* n°348 s.

⁹³⁹ R. ENCINAS DE MUNAGORRI, *L'acte unilatéral dans les rapports contractuels*, *op. cit.*, spéc. p. 230, n°270 : « De là s'explique la portée limitée de l'application à l'acte unilatéral des règles prévues pour les conventions : si la plupart des règles parviennent à s'appliquer à l'acte unilatéral, c'est parfois partiellement, et souvent au prix d'une transposition laborieuse ».

⁹⁴⁰ C. civ. art. 1178 alinéa 1^{er} (version en vigueur depuis le 01 octobre 2016) : « Un contrat qui ne remplit pas les conditions requises pour sa validité est nul [...] ».

⁹⁴¹ C. civ. art. 1128 (version en vigueur depuis le 01 octobre 2016).

⁹⁴² L. MOLINA, *La prérogative contractuelle*, *op. cit.* p. 533, spéc. n°459 : « à l'évidence les conditions propres aux vices du consentement dans le contrat restent opérantes en matière de vices de la décision ».

unilatéral, et donc d'une sanction unilatérale, si cette dernière est qualifiée comme telle. D'un point de vue théorique, il nous semble que rien n'interdise la contestation d'un acte juridique unilatéral pour vice du consentement. Ainsi, dans le cas où l'acte juridique unilatéral contesté est une sanction unilatérale, comme une résolution par notification, l'auteur de l'acte d'une sanction unilatérale pourrait éventuellement arguer d'une réticence dolosive, à l'image d'une rétention d'information relative à l'exécution de l'obligation de son cocontractant, pour demander lui-même la nullité de l'acte de rupture⁹⁴³ sur le terrain des vices du consentement. Par exemple, dans un contrat de vente à exécution successive, le vendeur pourrait alors faire croire qu'il n'a plus les moyens de livrer la quantité prévue, car il envisage d'autres projets avec d'autres contractants, pour obtenir une réduction du prix ou même une résolution du contrat. L'acheteur qui mettrait alors en œuvre la réduction du prix pourrait très bien se rétracter et demander la nullité de cette réduction pour réticence dolosive s'il apprenait que le vendeur avait la possibilité de lui livrer la quantité prévue au contrat, mais qu'il lui a délibérément menti. De même, rien n'empêcherait alors l'auteur de l'acte unilatéral de sanction d'admettre avoir commis une erreur sur les qualités essentielles lors de la mise en œuvre de celle-ci et d'en demander la nullité⁹⁴⁴. Et même, si on ne peut se prévaloir de sa propre turpitude, il faut rappeler que la nullité pour vice de consentement est une nullité relative conformément à l'article 1131 du Code civil. Seul les personnes ayant un intérêt peuvent agir. Dans un tel cas, la personne ayant un intérêt à agir semblerait être l'auteur de l'acte unilatéral, et donc de la sanction unilatérale. Il semblerait alors que, sous réserves de certaines conditions précédemment exposées, l'auteur de l'acte sanction puisse agir sur le terrain des vices du consentement pour obtenir la nullité de la mesure unilatérale qu'il aurait prise. Ces hypothèses semblent évidemment davantage être des cas d'école, que pratiques. Cependant, elles peuvent permettre de comprendre que, dans certains cas, il faut passer par une adaptation des conditions de validité du contrat pour s'adapter aux particularités de l'acte unilatéral. Ainsi, dans ces situations, il nous faut admettre que les règles du contrat ne sont pas adaptées totalement à l'acte juridique unilatéral.

De surcroît, lorsqu'il s'agit d'étudier les vices du consentement, il faut généralement se mettre à la place du demandeur, soit dans la situation qui nous intéresse à la place du débiteur victime de la sanction unilatérale qui souhaite en contester la validité. Les hypothèses précédemment présentées concernent le cas où le demandeur de la nullité est l'auteur de l'acte de sanction. En effet, les cas les plus fréquents de contestation des sanctions unilatérales

⁹⁴³ V. *infra* n°399 s.

⁹⁴⁴ Par analogie, v. L. MOLINA, *La prérogative contractuelle*, *op. cit.* p. 533, spéc. n°459.

concernent les « victimes » de celles-ci, c'est-à-dire les débiteurs de l'obligation non exécutée qui génère la mise en œuvre de la sanction par le créancier insatisfait. Or, dans ce cas de figure, si la sanction unilatérale s'apparente à un acte juridique unilatéral, les débiteurs voulant contester la sanction unilatérale, n'ont pas donné leur consentement à celle-ci, qui n'a émané que du seul créancier. Dans ce cas, il semble impossible d'appliquer les vices du consentement, les règles du contrat à la remise en cause de la sanction unilatérale. Il faudrait alors appliquer des règles de l'acte unilatéral adaptées et spéciales. Or, le Code civil est silencieux sur ce point, comme en témoigne l'absence d'une quelconque théorie de l'acte unilatéral. Dans ce cas, ni les règles du contrat, ni les règles de l'acte juridique unilatéral ne permettent de déterminer quelles sont les conditions de validité d'une sanction unilatérale, qui, en cas de contestation, peuvent donner lieu à une nullité. Ici, il nous semble qu'il faille reconnaître que les conditions de validité de la sanction unilatérale ne sont pas celles prévues par les règles du contrat et donc par l'article 1128 du Code civil. Elles ne sont pas non plus envisagées dans une règle spéciale propre à l'acte unilatéral. C'est pourquoi, comme l'explique un auteur, pour protéger le consentement fictif du débiteur, qui contesterait la validité de l'exercice de la sanction unilatérale par le créancier, il semblerait qu'il faille adapter les conditions de validité et admettre qu'elles doivent s'apparenter aux conditions d'exercice de la sanction unilatérale⁹⁴⁵. Autrement dit, pour agir en nullité d'une sanction unilatérale sur le terrain des vices du consentement, il ne faudrait pas suivre les règles classiques du contrat, et en l'absence de règle spéciale pour l'acte unilatéral sur ce point, il faudrait substituer l'étude des vices du consentement, à l'étude des conditions d'exercice de la sanction⁹⁴⁶. À notre avis, si les conditions d'exercice d'une sanction unilatérale, telles qu'elles sont expressément prévues pour chaque sanction, sont viciées, dans ce cas, la nullité pourrait être prononcée. Analysée sous cet angle, l'exemple de la nullité de la sanction unilatérale montre que la qualification d'acte unilatéral est insuffisante pour préciser le régime des sanctions unilatérales. Suivant cette démonstration, il semble alors que nous devions conclure au rejet partiel de la qualification des sanctions unilatérales en actes unilatéraux, dans la mesure où le régime de ces derniers n'est pas toujours adapté aux spécificités des sanctions unilatérales.

162. Une insuffisance de la seule qualification d'acte juridique unilatéral – Enfin, un dernier argument démontre que l'unique qualification de la sanction unilatérale en acte juridique unilatéral est insuffisante. Réduire la qualification des mesures unilatérales de

⁹⁴⁵ L. MOLINA, *La prérogative contractuelle*, op. cit. p. 533, spéc. n°459.

⁹⁴⁶ *Ibid.*

l'inexécution à celles des actes juridiques ne permet pas d'en saisir l'essence⁹⁴⁷. Cette qualification permet seulement d'expliquer la manifestation de l'exercice de la sanction unilatérale mais pas ce qu'elle représente dans sa globalité, dans son « essence »⁹⁴⁸. Par conséquent, l'acte juridique unilatéral est l'émanation de l'unilatéralisme dans le contrat car les mesures unilatérales se matérialisent par celui-ci. Or, réduire leur nature à leur manifestation structurelle rend leur intégration difficile et complexe. Il n'est pas possible d'en saisir leur « essence » puisque les sanctions unilatérales sont des actes juridiques unilatéraux mais elles sont reliées au contrat. Elles surviennent en cas d'inexécution et jamais de façon autonome. Par conséquent il est difficile de concéder une place évidente des mesures unilatérales dans le régime de l'inexécution du contrat en se tenant à la qualification des sanctions unilatérales comme des actes juridiques unilatéraux. Il faut donc aller plus loin dans la qualification et ne pas être bloqué par l'obsession de trouver une qualification unitaire.

163. Conclusion du §2 – Sur le plan pratique, l'absence de qualification des sanctions unilatérales rend incomplets et incertains, certains éléments de régime de celles-ci, non prévus par les textes, à l'image d'une action en nullité pour contester l'exercice irrégulier d'une sanction unilatérale. Sur le plan théorique, l'absence de qualification complexifie l'intégration des sanctions unilatérales et ne fait pas du droit de l'inexécution, un droit systématisé. Toutefois, pour lever cette difficulté, la qualification des sanctions unilatérales en acte juridiques unilatéraux a pu être éprouvée dans la mesure où ces derniers ont fait une entrée dans le Code civil. Si, à certains égards, les sanctions unilatérales semblent s'apparenter l'acte unilatéral, nous avons reconnu que cette qualification n'était pas entièrement satisfaisante puisque la définition n'est pas entièrement adaptée aux particularités des sanctions unilatérales. Dans le silence des textes, nous devons finalement conclure au rejet de cette qualification. Ce rejet est amplifié dans la mesure où certains éléments du régime des sanctions unilatérales, passés sous silence par les textes, ne peuvent pas être éclairés par le régime spécifique de l'acte unilatéral.

164. Conclusion de la section 1 – Deux incohérences majeures entre l'intégration des sanctions unilatérales et la théorie générale viennent d'être démontrées.

D'abord, en conservant une conception traditionnelle du contrat, il apparaît curieux que les nouveaux textes aient consacré des sanctions unilatérales, si ce n'est sur le plan de l'efficacité économique et pour des raisons pratiques. Cette incohérence nous invite d'ailleurs

⁹⁴⁷ TLFi, v^o Essence : « ensemble des caractères constitutifs de quelque chose ».

⁹⁴⁸ L. MOLINA, *La prérogative contractuelle*, op. cit. spéc. p. 55, n^o37.

à croire que seules les sanctions unilatérales, expressément prévues par le Code civil peuvent être autorisées et acceptées par le droit positif, condamnant alors définitivement le recours à la résolution unilatérale anticipée, qui, dans certaines situations peut, pourtant, présenter un véritable intérêt⁹⁴⁹. Cette incohérence laisse alors supposer que la liste des sanctions unilatérales est exhaustive, malgré son caractère non impératif et le principe de la liberté contractuelle prévue à l'article 1102 du Code civil⁹⁵⁰.

Ensuite, l'absence de qualification juridique des sanctions unilatérales ne semble pas avoir facilité leur intégration en droit commun. Lorsque les textes propres à chacune ne permettent pas de répondre à certaines interrogations relatives à leur conditions d'exercice ou leurs modes de contestation, le rattachement à une catégorie juridique connue aurait pu être un relais afin de pallier ces difficultés. Toutefois, si silence relatif sur la qualification des sanctions unilatérales nous a permis d'éprouver celle de l'acte unilatéral, nous avons convenu que cette catégorie nouvellement intégrée en droit commun, est insuffisante pour saisir l'entière des spécificités des sanctions unilatérales. Si ces dernières présentent des points communs avec l'acte juridique unilatéral, cette catégorie est ne permet pas d'en saisir l'essence.

Par conséquent, d'un point de vue de la cohérence globale du nouveau droit des contrats, il semble que l'intégration théorique des sanctions unilatérales n'allait pas de soi – la conception du contrat et de son régime, n'ayant que trop peu évolué malgré la réforme de 2016 – contrairement à l'intégration sur le plan pratique de celles-ci, qui, elle était inévitable.

Bien que la réforme du droit des contrats n'ait pas eu pour vocation première de présenter un droit de l'inexécution systématisé, il ne faut pas nier qu'il est possible de trouver une cohérence entre l'intégration des sanctions unilatérales et la nouvelle théorie générale, en réalisant quelques ajustements (section 2).

Section 2 : La possible cohérence entre l'intégration des sanctions unilatérales et la théorie générale

165. « Comprendre l'esprit de la réforme, c'est comprendre le sens et la valeur des principes généraux qui coiffent l'ensemble des dispositions »⁹⁵¹. Pour paraphraser Monsieur Mekki, comprendre la nouvelle théorie générale du contrat, c'est comprendre le sens de la nouvelle

⁹⁴⁹ V. *infra* n°s 281 s.

⁹⁵⁰ V. *supra* n°s 72 s.

⁹⁵¹ M. MEKKI, « Les principes généraux du droit des contrats au sein du projet d'ordonnance portant sur la réforme du droit des obligations » *précit.*

conception du contrat et de son régime. Il appartient à chaque interprète des nouvelles dispositions de systématiser ce nouveau droit. C'est pourquoi, en adoptant une conception renouvelée du contrat (§1) et en qualifiant les sanctions unilatérales de prérogatives contractuelles (§2), l'incohérence entre l'intégration de ces dernières et la théorie générale peut être levée.

§1 : La conception renouvelée du contrat

166. En proposant une autre définition du contrat (A), l'intégration et le développement des sanctions unilatérales dans les règles de droit commun peut être parfaitement justifiée, à condition de concevoir le contrat comme une entité temporalisée entre les périodes de sa formation et celle de son exécution. Pour ce faire, il faudrait admettre que la cristallisation des volontés dans le consentement est nécessaire pour former le contrat. À l'inverse, lors de l'exécution et en cas d'inexécution, il faudrait accepter que la volonté isolée des contractants retrouve son importance pour valider le recours aux mesures unilatérales, qui est nécessaire et utile, pour permettre l'adaptation du contrat (B).

A. Une nouvelle définition du contrat

167. La protection de l'intérêt individuel des parties dans les sanctions unilatérales : vers une conception bilatéralisée de la sanction – Pour permettre le recours aux sanctions unilatérales dans une conception classique du contrat basée sur l'accord de volontés, il est possible de déceler une certaine bilatéralité dans l'exercice des sanctions unilatérales. Comme nous avons pu le développer, le régime du contrat du contrat se façonne respectivement, en fonction des époques et des besoins contractuels de la société. Parfois, des règles interdisant le recours à la volonté des parties vont être instaurées pour protéger les déséquilibres structurels des contrats. À l'inverse, dans d'autres situations, des règles augmentant le pouvoir de la volonté vont être adoptées afin de satisfaire les intérêts de chacun⁹⁵². La place de la volonté dans le contrat est donc constamment en évolution⁹⁵³. Lorsque les mesures unilatérale sont autorisées dans le contrat, cela signifie qu'une place prépondérante à la volonté isolée est accordée. Toutefois, cette place ne doit jamais être sans limite. L'absence de limite pourrait

⁹⁵² Sur ce mouvement, v. not. T. REVET, « Objectivation ou subjectivation du contrat : quelle valeur juridique ? », *précit. spéc.* p. 95.

⁹⁵³ T. REVET, « Objectivation ou subjectivation du contrat : quelle valeur juridique ? » *précit. spéc.* p. 95.

remettre en cause le caractère bilatéral du contrat et sa force obligatoire. Cela serait également source d'instabilité juridique. Dans une conception classique du contrat fondée uniquement sur l'accord de volonté, cela n'est pas envisageable.

Pour expliquer pourquoi les mesures unilatérales ont pu être intégrées dans le contrat, sans remettre en cause sa conception traditionnelle, il a pu être expliqué qu'il était nécessaire que les mesures unilatérales soient exercées dans l'intérêt des deux parties. Ainsi, comme l'explique un auteur lorsque la jurisprudence autorise les mesures unilatérales au stade de l'inexécution du contrat, elle le fait dans le but de satisfaire les intérêts, nécessairement divergents, des deux parties⁹⁵⁴. En d'autres termes, aujourd'hui, suivant une conception classique du contrat, le droit reconnaît l'existence des sanctions unilatérales uniquement si elles sont exercées dans le respect des intérêts des deux parties. À notre sens, pour préserver les intérêts divergents des deux parties lors de l'exercice des sanctions unilatérales, il est nécessaire de protéger la confiance que celles-ci ont placée dans leur engagement⁹⁵⁵. Il faut que les deux parties aient confiance dans le contrat pour que ce dernier soit obligatoire. Le droit doit protéger cette confiance. Pour assurer cette confiance, le législateur peut accorder à l'une des parties le droit d'agir seule sur le contrat. Si celui-ci n'est pas respecté par le débiteur, le créancier doit alors pouvoir disposer de pouvoirs unilatéraux. De l'autre côté, pour éviter que le débiteur ne perde totalement confiance dans le contrat, il doit accepter l'exercice du pouvoir unilatéral de la part de son créancier lorsqu'il ne s'exécute pas. Pour ce faire, il faut que ce pouvoir soit légitimé. Il ne doit pas être arbitraire. Pour éloigner l'arbitraire du pouvoir unilatéral, il est nécessaire que celui-ci soit encadré. Ainsi, d'un point de vue théorique, pour ne pas être sanctionnée, sous réserve de l'abus, la partie qui exercerait la mesure unilatérale devrait alors donc tenir compte des intérêts de l'autre partie⁹⁵⁶. Cet intérêt serait de se voir appliquer une sanction unilatérale de manière justifiée.

Toutefois, il faut reconnaître qu'il est totalement utopique d'envisager que la partie qui exerce la sanction unilatérale contre son débiteur défaillant tienne compte de l'intérêt de son cocontractant. C'est pourquoi, sur ce point, nous estimons que la prise en compte de l'intérêt

⁹⁵⁴ T. REVET, « La structure du contrat, entre unilatéralité et bilatéralité (II)* », *précit.*

⁹⁵⁵ Comp. L. MOLINA, *La prérogative contractuelle*, *op. cit.* spéc. p. 86, n°64, à propos de la force obligatoire du contrat « On contracte car c'est le moyen de satisfaire un intérêt. Pour obtenir cette satisfaction, il faut tenir la promesse qu'on a faite en retour. On tient sa promesse parce qu'on a confiance dans le fait que l'autre partie fera de même, elle aussi guidée par la recherche de la satisfaction de son intérêt ». L'auteur cite également E. LEVY, « La confiance légitime », *RTD Civ.* 1910, 717, spéc. p. 720 : « Le contrat est le rapport de confiance légitime ».

⁹⁵⁶ T. REVET, « Réflexion sur l'unilatéralisme dans le droit rénové des contrats », *précit.* p. 887 s. spéc. n°12 : « En cas de contestation par l'autre contractant, le juge doit s'assurer que, dans l'élaboration de sa décision, le contractant investit du pouvoir contractuel unilatéral a effectivement et suffisamment tenu compte l'intérêt de l'autre partie, en sus du sien ».

de l'autre partie peut se réaliser par le biais d'un encadrement strict de la procédure d'exercice de la sanction unilatérale, qui permet d'éviter les abus et de préserver la confiance de la partie contre qui est exercée la sanction. Suivant ce raisonnement, l'intérêt du débiteur serait préservé par une procédure d'exercice stricte. Une telle procédure viendrait maintenir la confiance de ce dernier dans le contrat. Les intérêts divergents des parties seraient alors protégés par la confiance commune que celles-ci ont placée dans leur engagement. Si le débiteur ne s'est pas exécuté correctement, ce dernier ne perdrait pas confiance dans le contrat à condition que la sanction exercée contre lui soit justifiée. L'encadrement de l'exercice d'une sanction, pour l'éloigner de l'arbitraire, permettrait ainsi de maximiser les chances que cet exercice soit justifié. Dans un tel cas, c'est-à-dire en cas d'exercice justifié d'une sanction unilatérale, la confiance du débiteur qu'il a dans le contrat, serait conservée. Cette dernière permettrait alors de protéger ses intérêts. De la même manière qu'il est nécessaire de protéger la confiance et les intérêts du débiteur, il faudrait reconnaître au créancier le pouvoir d'exercer sa volonté en cas d'inexécution afin de protéger, de la même manière que pour le débiteur, la confiance qu'il a placée dans le contrat et les intérêts qu'il espérait obtenir lors de la formation de ce dernier.

C'est donc l'existence de mesures unilatérales encadrées qui permettrait, selon nous, de préserver la confiance respectives que chaque partie a placée dans le contrat lors de sa formation. Par ailleurs, nous estimons que la préservation de cette confiance permettrait la protection des intérêts divergents des parties. Et, c'est cette protection des intérêts de chaque partie qui viendrait légitimer la présence des sanctions unilatérales dans le contrat. En effet, puisque, dans sa conception traditionnelle, ce dernier est considéré comme un acte bilatéral par nature⁹⁵⁷, de sa formation à son exécution, il est nécessaire que les sanctions unilatérales présentent une certaine bilatéralité dans leur exercice pour être tolérées dans le régime de celui-ci⁹⁵⁸. Cette bilatéralité se traduirait donc, à notre sens, par un encadrement strict des conditions d'exercice des sanctions unilatérales, qui viendrait protéger la confiance des parties. Suivant ce raisonnement, il serait alors possible d'intégrer, de manière cohérente, les sanctions unilatérales dans le régime de cet acte juridique bilatéral qu'est le contrat.

168. Une conception bilatéralisée de la sanction en droit positif ? – Cette vision « bilatérale » de la sanction est-elle envisageable en droit positif à l'aune de la conception du contrat basée sur l'accord de volontés ? Actuellement, les sanctions unilatérales légales de droit commun, prévues à l'article 1217 du Code civil, pourraient correspondre à une telle conception

⁹⁵⁷ T. REVET, « La structure du contrat, entre unilatéralité et bilatéralité (II)* » *précit.*

⁹⁵⁸ *Ibid.*

de la sanction. À ce titre, elles doivent toutes, pour être exercées, respecter une procédure stricte. Cette procédure permet d'encadrer leur mise en œuvre. En étudiant les différents garde-fous des sanctions unilatérales, il apparaît que ces derniers sont présents pour éloigner l'exercice des sanctions de leur plus gros défaut, l'arbitraire. Il nous semble alors que cet encadrement puisse traduire la prise en compte de l'intérêt des parties. En d'autres termes, il apparaît que, pour être tolérées par le droit positif, les sanctions unilatérales doivent être suffisamment encadrées afin que leur exercice ne remette pas en cause l'intérêt de chaque partie dans le contrat. Les débiteurs et les créanciers doivent pouvoir garder confiance dans le contrat et ce, même si une mesure unilatérale est exercée. *A fortiori*, si l'exercice de la sanction unilatérale ne permet pas de prendre en compte l'intérêt de l'autre partie, cette dernière n'est pas autorisée, à l'image, par exemple de la résolution unilatérale anticipée. Comme cette sanction a lieu en amont de l'inexécution, il nous apparaît plus difficile de prendre en compte l'intérêt de la partie qui subit cette sanction par anticipation. Elle risquerait de remettre en cause l'intérêt du débiteur dans le contrat qui est protégé par la confiance que ce dernier a en sa stabilité. Avoir recours par anticipation aux mesures unilatérales pourrait remettre en cause cette confiance. D'un point de vue théorique, une telle analyse pourrait justifier le refus de l'intégration de la résolution unilatérale anticipée en droit commun. Or, dans une optique d'intégration de l'unilatéralisme au droit des contrats, ce refus peut apparaître contradictoire. Cette vision « bilatérale » de la sanction est contradictoire avec la logique d'insertion de l'unilatéralisme dans le contrat. Elle semble nécessiter un encadrement accru des sanctions unilatérales. Or, parfois l'encadrement trop strict des sanctions peut venir en limiter l'effet escompté.

Néanmoins, l'apport d'une conception des sanctions unilatérales, dont l'exercice reposerait sur la prise en compte de l'intérêt des parties et qui se matérialiserait par un encadrement strict de l'exercice de ces dernières, réside à notre sens, dans la prise en considération d'une dimension subjective dans les règles des sanctions unilatérales du droit des contrats. Cette dimension nous semblerait incontournable afin de rendre ces mesures acceptables dans une conception bilatérale du contrat basée sur l'accord de volonté. Malheureusement, cette dimension subjective, est totalement indifférente à la notion de contrat de l'article 1101 du Code civil⁹⁵⁹.

⁹⁵⁹ V. *supra* n°s 143 s.

169. Vers une autre définition du contrat – C’est pourquoi, il aurait peut-être été préférable de définir le contrat comme « un accord de volontés qui crée une norme juridique qui lie les intérêts des parties, ces intérêts pouvant selon l’opération réalisée être opposés, convergents ou coalisés »⁹⁶⁰. Cette définition peut permettre de penser le contrat comme « un acte de procédure qui crée une norme »⁹⁶¹. Cette dernière a aussi pour mérite de montrer le double mouvement du contrat, entre l’acte qui crée une norme par la volonté des parties, le versant objectif du contrat, mais aussi, la relation interpersonnelle des parties créée par leurs volontés, le versant subjectif du contrat. Ainsi, la définition proposée intégrerait la relation entre les parties dans la conception du contrat, au travers de l’emploi du terme « intérêts »⁹⁶². Cet emploi du terme « intérêts » dans la définition du contrat, en plus de rendre compte du fondement subjectif du contrat, aurait également pour but de montrer que le contrat peut prendre différentes dimensions suivant le projet contractuel poursuivi par les parties au moment de sa conclusion. Il permettrait donc de faire suite aux différentes recherches sur le sujet⁹⁶³. Enfin, l’emploi du terme « intérêts » permettrait de valider la nécessité de la prise en compte de ceux-ci dans les règles du contrat. Cela autoriserait donc à valider la thèse selon laquelle les sanctions unilatérales, par une procédure d’exercice encadrée, prennent en compte la protection des intérêts individuels de chaque partie au contrat. À ce titre, elle rendrait cohérente l’intégration de sanctions unilatérales dans une conception bilatérale du contrat.

170. La limite de la seule révision de la définition du contrat pour justifier l’intégration des sanctions unilatérales – Enfin, il faut préciser que lever l’incohérence entre l’intégration des sanctions unilatérales et la conception du contrat en proposant une autre définition du contrat présente toutefois une limite essentielle. De la même manière que la définition du contrat de droit positif, celle que nous venons de proposer ne revient pas sur la nature juridique du contrat. En effet, ce dernier demeure un « accord de volontés », c’est-à-dire un acte juridique

⁹⁶⁰ F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE et F. CHÉNEDÉ, *Droit civil les obligations*, op. cit. spéc. n°80, p. 69.

⁹⁶¹ *Ibid.* spéc. n°80, p. 69 qui reprennent les travaux de Kelsen ; H. KELSEN, « la théorie juridique de la convention », *précit.*, spéc. p. 36 : « il faut donc distinguer soigneusement : 1° l’acte ou la procédure de convention ; 2° la norme ou l’ordre conventionnel, créés par la convention acte de procédure. L’acte ou la procédure consiste en un accord exprimé des volontés de deux ou plusieurs sujets ayant pour conséquence que la conduite voulue subjectivement par les contractants doit être objectivement considérée comme obligatoire ».

⁹⁶² G. ROUHETTE, *Contribution à l’étude critique de la notion de contrat*, op. cit. spéc. n°91 et 115 : cet auteur développe la notion d’intérêt dans le contrat ; S. LEQUETTE, *Le contrat-coopération, contribution à la théorie générale du contrat*, Economica, préf. C. BRENNER, 2012 ; D. GALBOIS, *La notion de contrat : Esquisse d’une notion*, op. cit.

⁹⁶³ F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE et F. CHÉNEDÉ, *Droit civil les obligations*, op. cit. spéc. pp. 68-69, n°80 ; S. LEQUETTE, *Le contrat-coopération, contribution à la théorie générale du contrat*, op. cit. ; D. GALBOIS, *La notion de contrat : Esquisse d’une notion*, op. cit.

bilatéral. Or, les mesures unilatérales ne sont pas des actes juridiques bilatéraux. Certes, elles comportent une part de bilatéralisme si l'on accepte que leur exercice suppose la prise en compte de l'intérêt de tous les contractants. Néanmoins, nous aurons l'occasion de l'étudier, cette protection accrue de l'exercice de la sanction n'est pas toujours opportune, ni nécessaire⁹⁶⁴. De plus, les sanctions unilatérales, comme leur nom l'indique, ne sont pas mesures bilatérales. *A priori*, rien n'indique expressément, même si on peut l'envisager, que les garde-fous nécessaires à l'exercice régulier des sanctions unilatérales existent dans le but de protéger l'intérêt du débiteur, à la place du créancier à l'origine de la sanction. C'est pourquoi, sur le plan théorique, nous estimons qu'il faut changer de point de vue. À notre avis, il faut penser le contrat comme une entité temporalisée dont le bilatéralisme de ce dernier n'est inhérent qu'au moment de sa formation⁹⁶⁵ afin rendre cohérente l'intégration des sanctions unilatérales dans la conception du contrat de droit positif.

171. Bilan A – La notion de contrat prévue par l'article 1101 du Code civil est critiquable car, à notre avis, elle ne prend pas en compte la dimension subjective de cet acte juridique qui repose sur l'intérêt individuel des parties⁹⁶⁶. Cela est regrettable car les nouvelles règles relatives aux sanctions unilatérales semblent accorder une importance à cette dimension subjective. Celle-ci se matérialise, à notre sens, par une procédure stricte de mise en œuvre qui permet de protéger les intérêts de chaque partie au contrat. Pour ce faire, il faudrait protéger la confiance que les parties ont placée dans leur engagement. Pour le débiteur défaillant, cette confiance serait maintenue par l'exercice justifié d'une sanction unilatérale. Pour le créancier, elle serait conservée par la possibilité d'exercer une sanction unilatérale contre son débiteur. En proposant une définition du contrat qui protégerait ces intérêts divergents, l'intégration des sanctions unilatérales dans les règles du contrat pourrait se trouver renforcée et cohérente avec une conception bilatérale classique du contrat. Toutefois, la définition seule n'apparaît pas suffisante à justifier pleinement, d'un point de vue théorique, l'intégration des mesures unilatérales au sein de cet acte bilatéral. Malgré une certaine dimension réciproque, qui se retrouverait dans la prise en compte de l'intérêt de chaque partie dans l'exercice de la sanction, elles demeurent des mesures unilatérales. C'est pourquoi, d'après nous, l'incohérence entre l'intégration des sanctions unilatérales et la conception du contrat pourrait alors être

⁹⁶⁴ V. *infra* n°s 292 s. et 392 s.

⁹⁶⁵ V. *infra* n°s 172 s.

⁹⁶⁶ V. *supra* n° 145.

définitivement levée si l'on acceptait de concevoir le contrat comme une entité temporalisée (B).

B. Une conception temporalisée du contrat

172. La consécration des nouvelles sanctions unilatérales invite à prendre part à la détermination d'une nouvelle conception du contrat, qui validerait l'intégration de celles-ci. Le contrat est un acte juridique bilatéral par nature. Sa structure est donc bilatérale⁹⁶⁷. Parce que le contrat se forme par la rencontre des consentements, le développement des sanctions unilatérales ne remet pas en cause le bilatéralisme du contrat au moment de sa formation. Cependant, au stade de l'exécution et, en cas d'inexécution, il est possible d'admettre que les sanctions unilatérales sont une exception à la conception bilatérale du contrat. Plutôt que de tenter de faire rentrer les mesures unilatérales dans la conception strictement bilatérale du contrat, il est plus pertinent, à notre sens, d'intégrer un tempérament à cette conception, lors de l'exécution et en cas d'inexécution du contrat. Pour ce faire, il suffit de distinguer la formation du contrat, qui nécessite toujours une conception bilatérale du contrat, et l'exécution et l'inexécution, qui autorisent les mesures unilatérales, et donc un tempérament à cette conception traditionnellement figée du contrat. Par cette nouvelle conception, « il est impossible de soutenir que l'unilatéralisme n'a pas sa place dans le contrat »⁹⁶⁸.

173. L'absence de consensus au stade de l'exécution et de l'inexécution du contrat – Au stade de la formation du contrat, la rencontre des consentements est obligatoire. Or, le parallélisme effectué avec le *mutuus dissensus* au stade de l'exécution du contrat peut être nuancé⁹⁶⁹. En effet, lors de la phase d'exécution, le consensus s'apparente non plus à la rencontre des consentements mais à l'intangibilité du contrat, qui est issue de la théorie de l'autonomie de la volonté⁹⁷⁰, et basée sur une « conception instantanéiste du contrat »⁹⁷¹. Cependant, comme l'explique Madame Molina, le contrat a évolué et « l'exigence d'un consensus au temps de l'exécution du contrat doit être relativisée »⁹⁷², malgré la présence de

⁹⁶⁷ R. LIBCHABER, *Le contrat au XXI^e siècle, L'ingénierie juridique et les nouveaux contrats d'affaires*, op. cit. spéc. n°16, spéc. p.31.

⁹⁶⁸ L. MOLINA, *La prérogative contractuelle*, op. cit. p. 54, spéc. n°36.

⁹⁶⁹ *Ibid.* p. 51, spéc. n°34.

⁹⁷⁰ V. *supra* n°s131 s.

⁹⁷¹ L. MOLINA, *La prérogative contractuelle*, op. cit. p. 51, spéc. n°34. Le contrat « se réduit à l'instant de sa création et s'épuise dès les consentements échangés ».

⁹⁷² *Ibid.* p. 51, spéc. n°34.

l'article 1193 du Code civil qui reprend la règle de l'intangibilité des contrats⁹⁷³. En effet, comme certains auteurs ont pu l'expliquer, le principe d'intangibilité semble avoir été relié par erreur à la règle selon laquelle seuls, le consentement mutuel des parties ou les cas prévus par la loi, autorisent la révocation du contrat⁹⁷⁴. En déconnectant le principe d'intangibilité de l'article 1193 du Code civil, qui exige un accord commun des parties pour interférer dans le contrat aux stades de l'exécution et de l'inexécution du contrat, il est alors possible d'accepter l'intégration des sanctions unilatérales⁹⁷⁵. Par conséquent, en faisant disparaître la nécessité du consensus au stade de l'exécution et en cas d'inexécution, le bilatéralisme structurel du contrat peut être atténué⁹⁷⁶.

174. La prise en compte de la temporalité du contrat – La thèse selon laquelle la période de formation du contrat doit se distinguer des phases d'exécution et d'inexécution du contrat est accentuée par l'idée selon laquelle la conception temporelle du contrat aurait évolué. Autrefois basé sur le modèle du contrat de vente supposant une exécution instantanée des obligations⁹⁷⁷, les évolutions sociétales ont montré que celle-ci n'est pas la seule conception possible. Classiquement présenté comme en dehors du temps⁹⁷⁸, le contrat est conçu comme instantané lors de l'échange des consentements. Et, l'immutabilité du contrat empêcherait la modification de son contenu⁹⁷⁹. En somme, traditionnellement, parce que « le contrat est une situation éphémère, à exécution immédiate »⁹⁸⁰, la prise en compte du temps n'est donc pas

⁹⁷³ C. civ. art. 1193 (version en vigueur depuis 01 octobre 2016) : « Les contrats ne peuvent être modifiés ou révoqués que du consentement mutuel des parties, ou pour les causes que la loi autorise ».

⁹⁷⁴ J.-P. CHAZAL, « Tout n'est-il pas contractuel dans le contrat ? », *RDC/2* 2004, p. 237. L'auteur développe l'analyse des alinéas 1 et 2 de l'ancien article 1134 réalisée par les juristes de l'Ancien droit, sur la base des travaux des juristes romains notamment de Cicéron et des écrits du Digeste. Il explique à ce titre, que par Ulpien et Domat, l'article 1134 al 1 et 2 anc. a fini par être assimilé à l'intangibilité des conventions. Or, selon lui, « c'est excessivement de solliciter le texte que d'y voir autre chose, et notamment un principe d'intangibilité absolu des conventions ».

⁹⁷⁵ L. MOLINA, *La prérogative contractuelle*, op. cit. p. 53, spéc. n°35 : « il est donc faux de prétendre que le consensus au stade de l'exécution du contrat, corroboré par l'intangibilité des règles qui en découlent, institue un principe qui s'impose aux contractants ».

⁹⁷⁶ *Ibid.* p. 54, spéc. n°36 : « le consensus ne règne que de manière éphémère, lors de la conclusion du contrat. La période précontractuelle et l'exécution contractuelle sont, pour leur part, submergées par l'activité unilatérale des parties ».

⁹⁷⁷ C. JAMIN, « Révision et intangibilité du contrat ou la double philosophie de l'article 1134 du Code civil », in « Que reste-t-il de l'intangibilité du contrat », *Dr. et Patr.* n°58, 1998, p. 50, p. 52. L'auteur évoque la vente comme « modèle cognitif » du contrat.

⁹⁷⁸ F. OST, « Les multiples temps du droit » in *Le droit et le futur*, 1985, p. 128. ; F. TERRÉ, « Une synthèse » in *Le droit et le futur*, op. cit. p. 1.

⁹⁷⁹ V. sur cette conception notamment T. REVET, « La prise d'effet du contrat », *RDC/1* 2004, 29, spéc. p. 31 s. ; R. LIBCHABER, « Réflexions sur les effets du contrat », *précit.* ; J. HAUSER, « Temps et liberté dans la théorie générale de l'acte juridique » in *Religion, société, politique, Mélanges en l'honneur de J. Ellul*, PUF, 1983, p. 503.

⁹⁸⁰ L. MOLINA, *La prérogative contractuelle*, op. cit. p. 179, spéc. n°155 s.

primordiale dans sa conception⁹⁸¹. Avec le développement industriel de la société, les contrats ont commencé à durer dans le temps⁹⁸². Les relations commerciales se sont développées et s'entretiennent sur la durée, au point qu'aujourd'hui penser le contrat comme instantané ne va plus nécessairement de soi⁹⁸³. Pour que ces contrats de longue durée s'exécutent paisiblement, il est alors nécessaire « d'appréhender le contrat comme un outil temporalisé » afin de permettre l'adaptation des situations par le biais de mesures unilatérales au stade de l'exécution et de l'inexécution du contrat⁹⁸⁴. Il est alors nécessaire de distinguer la phase de formation de celles de l'exécution et de l'inexécution pour adapter le contrat.

175. Une conception divisée du contrat – Par conséquent, il est possible d'apporter un tempérament à la conception bilatérale du contrat lors de l'exécution de ce dernier. Il faut alors séparer la phase de formation, où le bilatéralisme est la règle avec l'obligation du respect du principe du *mutuus consensus*⁹⁸⁵ et la phase d'exécution, où le principe du *mutuus dissensus* doit être déconnecté du principe de l'intangibilité des contrats. Cette séparation peut alors autoriser le développement des sanctions unilatérales. Ainsi, il faut alors penser le contrat en deux temps⁹⁸⁶. Au stade de la formation, sa conception est uniquement et entièrement bilatérale, grâce à l'accord de volontés. Au stade de l'exécution, la conception bilatérale du contrat est atténuée au profit d'une conception temporelle, au sein de laquelle les sanctions unilatérales ne sont plus une exception mais un véritable outil pour permettre aux parties de régler leurs litiges efficacement et de protéger leurs propres intérêts. Elles sont justifiées par la liberté contractuelle. Suivant cette conception du contrat, les parties sont libres de décider du contenu

⁹⁸¹ J. ROCHFELD, « Les modes temporels d'exécution du contrat », *RDC*/1 2004, p. 47.

⁹⁸² R. LIBCHABER, *Le contrat au XXI^e siècle, L'ingénierie juridique et les nouveaux contrats d'affaires*, *op. cit.* spéc. n°37, p. 63.

⁹⁸³ A. ETIENNEY-DE-SAINTE MARIE, « Le temps et le contrat », in Association Henri Capitant, *Le temps et le droit*, t. XVIII, Dalloz, 2014, p. 43.

⁹⁸⁴ L. MOLINA, *La prérogative contractuelle*, *op. cit.*, spéc. n°160, p. 84 ; Dans le même sens, cité par l'auteur, O. PENIN, *La distinction de la formation et de l'exécution du contrat, contribution à l'étude du contrat acte de prévision*, LGDJ, t. 535, préf. Y. LEQUETTE, LGDJ, 2012.

⁹⁸⁵ On pourrait considérer cette expression comme un pléonasme puisque « consensus » vient du latin et signifie « accord » (V. G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.* v. « Consensus ». Or, dans le contrat, l'accord entre les parties est nécessairement *a minima* bilatéral. Toutefois, l'expression *mutuus consensus* permet de démontrer le parallélisme avec le *mutuus dissensus*. Elle est utilisée par L. MOLINA, *La prérogative contractuelle*, *op. cit.* spéc. p. 260, n°299. Ce dernier constituerait selon cet auteur, l'accord de volontés.

⁹⁸⁶ R. LIBCHABER, « Réflexions sur les effets du contrat », in *Propos sur les obligations et quelques autres thèmes fondamentaux du droit, Mélanges offerts à J.-L. Aubert*, Dalloz, 2005, p. 211 et du même auteur, *Le contrat au XXI^e siècle*, *op. cit.*, spéc. n°37, p. 64 : « ce sont toujours les obligations qui sont de longue durée, non le contrat lui-même, qui au regard de son contenu séminal, ne se manifeste qu'à l'instant de la rencontre des volontés. Cela est d'ailleurs si vrai que ce que l'on nomme traditionnellement le *contrat* n'est en réalité que le nom que l'on donne à la rencontre des volontés, quand on la considère comme unique ».

de leur contrat. Elles sont également libres d'agir sur le contenu de ce dernier, à condition de repenser le principe sa force obligatoire⁹⁸⁷.

176. Les critiques de la déconnexion de la phase de formation des périodes d'exécution et d'inexécution du contrat – Cependant, la thèse selon laquelle la phase de formation du contrat peut se détacher de la période d'exécution est critiquable. D'abord, l'article 1193 du Code civil peut encore s'interpréter à la lumière du principe de l'intangibilité des contrats. Le Rapport au Président de la République est silencieux sur ce point. La rédaction de l'article s'apparente, en tous points, à l'ancien alinéa 2 de l'article 1134 du Code civil, si ce n'est le terme de convention modifié en termes de contrat et l'ajout de la possibilité de modification du contrat, en plus de celle de la révocation déjà existante avant la réforme⁹⁸⁸. De plus, une partie de la doctrine continue de considérer qu'il existe un parallélisme entre la formation et l'exécution du contrat⁹⁸⁹. À ce titre, Monsieur Mazeaud expose un principe « de fluidité des frontières temporelles dans le contrat »⁹⁹⁰. Bien que didactiquement, le contrat puisse se découper en deux phases : celle de sa formation et celle de son exécution et de son inexécution, les frontières temporelles entre ces deux stades apparaîtraient comme relativement liées. Ainsi, comme le démontre cet auteur, les évolutions jurisprudentielles auraient, au fil du temps, conduit les juges à déplacer leur contrôle de la phase de formation du contrat à son exécution. Même si elle n'est pas une sanction unilatérale, la faculté de fixation unilatérale en est un bon exemple : le contrôle effectué par le juge a évolué. Les juges sont partis d'un contrôle de fixation dans la formation pour arriver à un contrôle d'abus dans la fixation au moment de l'exécution du contrat. Les arrêts de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation du 1^{er} décembre 1995 ont autorisé la fixation unilatérale du prix dans les contrats-cadres⁹⁹¹. De nombreux débats doctrinaux firent leur apparition à la suite de ces solutions⁹⁹². Pour certains auteurs, cette règle était supplétive de volonté et permettait de fixer le prix de façon unilatérale lors de l'exécution du contrat⁹⁹³. Or à l'inverse, il a pu être démontré que les solutions des arrêts

⁹⁸⁷ V. *infra* n°266 s.

⁹⁸⁸ C. civ. art. 1134 al 2 anc. (version en vigueur du 17 février 1804 au 01 octobre 2016) : « Elles [les conventions] ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise ». Comp. C. civ. art. 1193 (version en vigueur depuis le 01 octobre 2016) « Les contrats ne peuvent être modifiés ou révoqués que du consentement mutuel des parties, ou pour les causes que la loi autorise ».

⁹⁸⁹ D. MAZEAUD « Regards positifs et prospectifs sur « le nouveau monde contractuel », *LPA* 7 mai 2005, n°92, p. 47 et du même auteur « Le nouvel ordre contractuel » *précit.*

⁹⁹⁰ D. MAZEAUD « Regards positifs et prospectifs sur « le nouveau monde contractuel », *précit.*

⁹⁹¹ Cass. Ass. Plén. 1^{er} déc. 1995, n°93-13.688, n°91-15.578, n°91-15.999, n°91-19.653 *précit.*

⁹⁹² A. GOHZI et A. BRUNET, « La jurisprudence de l'Assemblée plénière sur le prix du point de vue de la théorie du contrat », *D.* 1998, chron. p. 1 ; C. ALBIGES, « le développement discret de la réfaction du contrat » *précit.*

⁹⁹³ C. JAMIN, « Les apports des arrêts du 1^{er} décembre 1995 au droit des contrats-cadre », *RTD com.* 1997, p.21.

de 1995 avaient instauré « le principe de la détermination unilatérale du prix » dans le contrat⁹⁹⁴. Quoi qu'il en soit, et bien que limitée aux contrats-cadre, la fixation unilatérale fût le premier pouvoir unilatéral accordé aux parties d'un contrat. Les avant-projets de réforme des contrats ainsi que la réforme reprirent à leur compte cette solution en déplaçant le contrôle de l'interdiction du pouvoir unilatéral à sa mise en œuvre abusive⁹⁹⁵. Dès lors, le contrat ne serait plus un lieu où formation et exécution sont indépendants. *A fortiori*, il en serait de même en cas d'inexécution. La formation, l'exécution et l'inexécution du contrat seraient intimement liées. Pour autant, en distinguant la phase de formation du contrat avec celles d'après, il est possible de valider le recours aux mesures unilatérales sans dénaturer et remettre en cause la structure traditionnelle bilatérale du contrat au stade de sa formation. En divisant le contrat sur le plan temporel, c'est-à-dire en estimant que le consensus ne perdure pas nécessairement lors de l'exécution du contrat, la réforme peut gagner en cohérence relativement à l'intégration des sanctions unilatérales de l'inexécution. En effet, en remettant en cause le bilatéralisme traditionnel du contrat lors des phases d'exécution et d'inexécution du contrat, l'intégration de l'unilatéralisme peut être libérée des contraintes induites de la conception bilatérale du contrat. Son intégration peut être facilitée et plusieurs défauts évités. Dans ce cas, il nous semblerait alors possible d'intégrer la résolution unilatérale anticipée dans le Code civil au sein d'une disposition spéciale. En effet, en l'absence d'un consensus nécessaire lors de l'exécution, la partie qui sait qu'elle va être victime d'une inexécution peut rompre le contrat avant qu'il ne soit trop tard. La procédure de réduction du prix pourrait être facilitée et rendue plus claire notamment, lorsque l'on pense à la question de l'acceptation du débiteur qui ne serait alors probablement même pas nécessaire. D'après nous, cette acceptation semble s'être glissée dans le texte, sur le plan théorique, pour garantir implicitement l'aval de l'autre partie et donc prendre en compte son intérêt.

177. Bilan B – A partir de l'instant où l'on accepte que le contrat puisse être pensé comme une entité temporalisée, où son caractère bilatéral n'existe qu'au stade de sa formation, il est possible d'accepter le développement des mesures unilatérales dans les règles du contrat.

⁹⁹⁴ T. REVET, « La détermination unilatérale de l'objet dans le contrat » *précit.*

⁹⁹⁵ V. à ce sujet notamment A. ETIENNEY-DE-SAINTE MARIE, « La validité des prérogatives contractuelles après la réforme du droit des contrats » *précit.*

178. Conclusion du §1 – Les rédacteurs de l’ordonnance semblent, *a priori*, ne s’être aucunement interrogés sur le point de savoir si la nouvelle définition du contrat était apte à autoriser ou refuser le recours aux mesures unilatérales. Pour des raisons purement pratique d’efficacité et d’attractivité, ils se sont contentés d’intégrer les nouvelles sanctions unilatérales. Or, sur le plan doctrinal, la définition actuelle de l’article 1101 du Code civil est critiquable et peut faire l’objet de corrections. En acceptant définition renouvelée du contrat, davantage doctrinale telle que proposée par Messieurs Terré, Simler, Lequette et Chénéde⁹⁹⁶, l’intégration des mesures unilatérales dans la théorie générale peut trouver une cohérence dans la mesure où ces dernières sont utiles pour faire respecter les intérêts des créanciers victimes de leurs débiteurs défaillants. Pour ce faire, il faut accepter de considérer le contrat comme une entité bilatérale uniquement au stade de sa formation, lors de l’accord de volontés, qui lie les intérêts des parties⁹⁹⁷. Lors de l’exécution, la volonté de chaque contractant retrouverait alors une place individuelle, autorisant, lorsque cela est nécessaire, le recours aux sanctions unilatérales. Néanmoins, il faut préciser que la place de cette volonté individuelle devrait être limitée à certaines hypothèses, c’est-à-dire à celles où l’inexécution présente des caractères suffisants⁹⁹⁸ pour justifier une modification du contrat (une incitation à son exécution ou sa résolution). Par cette autre conception du contrat, le développement des mesures unilatérales, sous toutes leurs formes, semble encouragé. Dans ce cas, il nous semble alors opportun d’envisager la possible intégration d’autres sanctions jusque-là encore interdites, telle que la résolution unilatérale anticipée⁹⁹⁹. L’incohérence théorique entre la conception traditionnelle du contrat et l’intégration des mesures unilatérales pourrait donc être levée en suivant une autre présentation du contenu de la notion de contrat. Sur le plan pratique, cela permettrait de valider le recours à d’autres mesures unilatérales en entérinant le caractère non exhaustif de la liste présentée à l’article 1217 du Code civil. La confiance que les parties ont placée dans le contrat serait conservée par des éléments procéduraux qui viendraient encadrer l’exercice des sanctions unilatérales. Le but serait alors d’éviter que celui-ci ne soit abandonné à la seule discrétion des créanciers.

⁹⁹⁶ V. *supra* n°169.

⁹⁹⁷ Définition empruntée à F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE et F. CHÉNEDÉ, *Droit civil les obligations*, *op. cit.* spéc. n°80, p. 69.

⁹⁹⁸ V. *infra* n°412 s. s

⁹⁹⁹ V. *infra* n°281 s.

179. Enfin, la qualification juridique des sanctions unilatérales en prérogatives contractuelles pourrait renforcer la cohérence de la théorie générale des contrats et apporter un éclairage pratiques aux éventuelles difficultés d'exercice et des modalités de contestation de celles-ci (§2).

§2 : La qualification ajustée des sanctions unilatérales

180. L'absence de qualification des sanctions unilatérales présente deux inconvénients majeurs. D'un point de vue théorique, elle empêche le droit de l'inexécution d'être un droit systématisé et cohérent. D'un point de vue pratique, elle rend incomplet et incertain le régime des sanctions unilatérales. Si la qualification unitaire d'acte unilatéral s'est avérée insuffisante, il convient d'éprouver un autre type de qualification, une qualification hybride plus adaptée aux sanctions unilatérales. En effet, ces dernières se manifestent par un acte unilatéral. Toutefois, elles présentent un lien avec la relation contractuelle. En d'autres termes, si elles se matérialisent par un acte unilatéral, ce dernier n'est jamais détaché du contrat. À ce titre, elles doivent donc trouver une qualification spéciale. Il s'agit, à notre sens, de la catégorie de prérogative contractuelle (A). Cette qualification peut permettre au régime des sanctions de suivre les règles de l'acte unilatéral, qui suit lui-même les règles du contrat, lorsque cela est possible. Dans les cas où les règles propres à l'acte unilatéral sont inadaptées aux spécificités des sanctions unilatérales, cette qualification hybride justifie le recours à des règles spéciales, adaptées aux particularités des prérogatives contractuelles sanctions (B).

A. La qualification spéciale des sanctions unilatérales

181. Les sanctions unilatérales peuvent être qualifiées de prérogatives contractuelles (1), exceptée l'exception d'inexécution (2).

1) La qualification de prérogative contractuelle

182. La notion de prérogative contractuelle n'est pas nouvelle¹⁰⁰⁰. Elle s'apparente au « pouvoir reconnu à l'une des parties, par la loi ou le contrat, d'agir de manière unilatérale »¹⁰⁰¹. En d'autres termes, « le caractère accessoire du pouvoir unilatéral tient au fait que si un contrat

¹⁰⁰⁰ V. Dossier « La prérogative contractuelle » *RDC*/2 2011, p. 639 s. V. ég. Ph. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat, Essai d'une théorie*, préf. R. BOUT, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. 337, 2000.

¹⁰⁰¹ Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, op. cit. spéc. p. 261, n°276.

n'est pas exclusivement créateur de créances (ou de droit réels), ces objets n'en constituent pas moins le principal de cet acte : les pouvoirs unilatéraux dont la loi ou la convention dote l'un ou les deux contractants n'ont de sens et de raison d'être qu'au regard du cœur de l'accord, qu'ils servent, encadrent, complètent, précisent ou sanctionnent »¹⁰⁰². Placée expressément sur le devant de la scène doctrinale, par le célèbre arrêt dit « les Maréchaux »¹⁰⁰³, la notion de prérogative contractuelle a été utilisée par les juges du Quai de l'Horloge pour rappeler que « si la règle selon laquelle les conventions doivent être exécutées de bonne foi permet au juge de sanctionner l'usage déloyal d'une prérogative contractuelle, elle ne l'autorise pas à porter atteinte à la substance des droits et obligations légalement convenus entre les parties »¹⁰⁰⁴. Par cet arrêt la Cour de cassation est revenue sur les conséquences de la mauvaise foi de l'une des parties sur le contenu du contrat¹⁰⁰⁵. Par la suite, cette décision a donné lieu à différentes réflexions sur ce sujet¹⁰⁰⁶. Toutefois, cette notion, rattachée à la bonne foi contractuelle, codifiée à l'article 1104 du Code civil, ne fait l'objet d'aucune disposition dans le Code civil¹⁰⁰⁷.

183. Qualification de prérogative contractuelle des sanctions unilatérales – En tentant de saisir l'essence des sanctions unilatérales, la qualification de prérogative contractuelle des sanctions unilatérales vient, à notre sens, compléter la nature des sanctions unilatérales. La prérogative contractuelle souffre de nombreuses définitions¹⁰⁰⁸. Selon Madame Molina, la prérogative contractuelle peut se définir comme « la puissance accordée à une partie contractante de décider d'une modification au cours de la réalisation des effets d'une situation contractuelle »¹⁰⁰⁹. Les prérogatives contractuelles s'apparenteraient donc aux droits potestatifs, qui se définissent classiquement comme des « pouvoirs par lesquels leurs titulaires peuvent influencer sur les situations juridiques préexistantes en les modifiant, les éteignant ou en

¹⁰⁰² T. REVET, « Propos introductifs » in Dossier « La prérogative contractuelle » *RDC*/2 2011, p. 639 s.

¹⁰⁰³ Cass. Com. 10 juillet 2007, « Les maréchaux », *Bull. civ. IV* n°188 *précit.*

¹⁰⁰⁴ *Ibid.*

¹⁰⁰⁵ T. REVET, « Propos introductifs », *précit.*

¹⁰⁰⁶ Cass. Com. 10 juillet 2007, « Les maréchaux », *Bull. civ. IV* n°188, *précit.* v. *supra* n°34 ; Pour une étude la plus récente L. MOLINA, *La prérogative contractuelle*, *op. cit.*

¹⁰⁰⁷ Sur ce point, v. M. MEKKI, « Les principes généraux du droit des contrats au sein du projet d'ordonnance portant sur la réforme du droit des obligations », *précit.*

¹⁰⁰⁸ D. FENOUILLET, « La notion de prérogative : instrument de défense contre le solidarisme ou technique d'appréhension de l'unilatéralisme ? » *précit.*

¹⁰⁰⁹ L. MOLINA, *La prérogative contractuelle*, *op. cit.*, spéc. p. 89, n°67, et spéc. p. 161, n°139 : « Réalisée par un acte unilatéral parfait, elle se définit comme le droit d'imposer une décision qui modifie une règle contractuelle. Sa source est indifférente : d'origine légale, jurisprudentielle ou conventionnelle, la prérogative est contractuelle en raison du contexte dans lequel elle produit son effet, une situation contractuelle. Qualifiée comme un droit subjectif, l'exercice de la prérogative contractuelle n'exige pas la prise en compte de l'intérêt du cocontractant, sujet passif. Elle a vocation à servir les intérêts de son titulaire, le *potentior*. ».

en créant de nouvelles au moyen d'une activité propre unilatérale »¹⁰¹⁰. Toutefois, Madame Molina explique que « les prérogatives contractuelles ont un domaine d'expression plus restreint, puisque la situation juridique qui reçoit la modification est nécessairement contractuelle »¹⁰¹¹. Il ressortirait tout de même que la majorité des auteurs considèrent que les prérogatives contractuelles sont des droits potestatifs¹⁰¹².

Il est nécessaire d'éprouver les éléments de définition de la prérogative contractuelle qui vient d'être présentée pour tenter de déterminer si les sanctions unilatérales peuvent appartenir à cette catégorie. D'abord, la prérogative serait une puissance de décision accordée à une partie. La sanction unilatérale est exercée par un des contractants, seul. Il s'agit du créancier qui s'estime victime de l'inexécution d'une de ses obligations par son débiteur. Cette décision est unilatérale. Ensuite, pour être qualifiée de prérogative contractuelle, il est nécessaire que cette puissance de décision exerce une influence, une modification sur la situation contractuelle en cours. Tel est effectivement le cas de la sanction unilatérale. Lorsqu'elle est exercée, elle va venir modifier les effets du contrat. En d'autres termes, elle va venir mettre fin au contrat lors de la résolution ou en modifier les termes notamment avec la réduction du prix ou la faculté de remplacement unilatérale du débiteur défaillant. L'étude des caractéristiques des sanctions unilatérales montre que celles-ci peuvent répondre à la qualification de prérogative contractuelle telle que définie par Madame Molina. Pour achever de s'en convaincre, à titre d'exemple, en procédant à une réduction du prix, la partie qui use de l'article 1223 du Code civil décide unilatéralement de venir modifier les effets de la situation contractuelle en changeant justement le montant prévu lors de la conclusion du contrat, puisque l'exécution qu'il attendait est insatisfaisante. « La prestation imparfaitement exécutée représente une évolution de circonstance qui justifie la flexibilité du prix »¹⁰¹³. Il en va de même pour la résolution unilatérale¹⁰¹⁴, la faculté de remplacement du débiteur défaillant lors de l'exécution forcée en

¹⁰¹⁰ I. NAJJAR, *Le droit d'option, Contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral*, LGDJ, 1967, spéc. p. 102, n°99 ; S. VALLORY, *La potestativité dans les relations contractuelles*, PUAM, préf. J. MESTRE, 1999, p. 603 ; J. ROCHFELD, « Les droits potestatifs accordés par le contrat » in *Études offertes à Jacques Ghestin, Le contrat au début du XXIème siècle*, LGDJ, 2001, p. 747 s., spéc. p. 748.

¹⁰¹¹ L. MOLINA, *La prérogative contractuelle*, op. cit., spéc. p. 139, n° 113.

¹⁰¹² J. ROCHFELD, « Les droits potestatifs accordés par le contrat », *précit.* : l'auteur décrit les prérogatives contractuelles comme des « droits potestatifs adjoints » ; D. FENOUILLET, « La notion de prérogative : instrument de défense contre le solidarisme ou technique d'appréhension de l'unilatéralisme ? », in Dossier « Les prérogatives contractuelles », *RDC/2* 2011, p. 644 ; F. CHÉNEDÉ, « Les conditions d'exercice de la prérogative contractuelle » in Dossier « Les prérogatives contractuelles », *RDC/2* 2011, p. 709, spéc. p. 714, n°10 ; L. MOLINA, *La prérogative contractuelle*, op. cit. spéc. p. 160, n°137.

¹⁰¹³ L. MOLINA, *La prérogative contractuelle*, op. cit. spéc. p. 241, n°209.

¹⁰¹⁴ *Ibid.* spéc. p. 214 s, n°s190 s.

nature qui peuvent également être qualifiées de prérogatives contractuelles¹⁰¹⁵. Une seule mesure unilatérale des sanctions de l'inexécution ne s'apparente pas à une prérogative unilatérale selon cet auteur. Il s'agit de l'exception d'inexécution qui ne modifie pas, durant l'exécution du contrat, les effets de la situation contractuelle. Au contraire, il s'agit d'un « mécanisme de défense immédiate proche du droit de rétention par la pression qu'il exerce sur le débiteur qui ne s'exécute pas »¹⁰¹⁶. Elle se soldera nécessairement par la reprise du contrat ou une autre sanction de l'inexécution. Par conséquent, elle ne serait pas une prérogative contractuelle dans la mesure où elle ne vient pas modifier définitivement les effets attendus du contrat. Enfin, il existerait deux types de prérogatives contractuelles. « Les prérogatives offensives sont celles qui maintiennent ou consolident le lien contractuel » alors que « les prérogatives défensives sont celles qui permettent d'en sortir »¹⁰¹⁷. Les sanctions unilatérales s'apparentent, à notre avis, aux prérogatives défensives puisqu'elles ont pour but de terminer la relation contractuelle ou de forcer l'exécution du contrat, sans venir modifier le contenu contractuel initial¹⁰¹⁸. De plus, elles font suite à une inexécution. Elles apparaissent donc uniquement comme moyen de défense, en réaction au comportement du débiteur défaillant.

184. L'intérêt de la qualification de prérogatives contractuelles des sanctions unilatérales sur le régime de celle-ci – L'absence de qualification des sanctions unilatérales interdit de leur dégager un régime propre. En effet, par exemple, la contestation d'une mesure unilatérale devant le juge n'est pas évidente, notamment lorsqu'il s'agit d'en obtenir la nullité comme nous avons pu le voir. Les textes ne précisent pas ces hypothèses. La qualification des sanctions unilatérales en acte juridique unilatéral est alors insuffisante car elle aussi est silencieuse sur le sujet¹⁰¹⁹. Seulement, en qualifiant les sanctions unilatérales de prérogatives contractuelles, il est possible de déterminer les effets en cas de remise en cause de celles-ci. Il faut rappeler que si les sanctions de l'inexécution sont des prérogatives contractuelles, elles se manifestent par des actes juridiques unilatéraux. Elles ne sont donc pas des faits juridiques. En

¹⁰¹⁵ L. MOLINA, *La prérogative contractuelle*, op. cit. spéc p. 292, n°260 : « Trois des cinq sanctions de l'inexécution énumérées à l'article 1217 du Code civil ont pu être transcrites en prérogative contractuelles, ce à quoi s'ajoute l'article 1222 du même code ; l'énumération s'arrête ici ».

¹⁰¹⁶ *Ibid.* spéc. p. 80, n°59. Ici l'auteur rapproche l'exception d'inexécution du fait juridique : « A cet égard, la réalisation de l'exception d'inexécution n'a pas vocation à produire des effets de droit mais à inciter le débiteur à s'exécuter, ce qui l'éloigne de l'institution de l'acte juridique et la rapproche du fait juridique ».

¹⁰¹⁷ *Ibid.* p. 321, n°290. L'auteur précise également que la qualification des prérogatives en prérogatives « offensives » ou « défensives » a déjà été utilisée par des auteurs mais dans des sens distincts que ceux de sa démonstration : v. P. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat*, réf.

¹⁰¹⁸ La réduction du prix ne modifie pas le contenu contractuel obligationnel initial. Elle vient seulement réduire le prix en cas d'exécution imparfaite.

¹⁰¹⁹ V. *supra* n°161.

matière de remise en cause d'une mesure unilatérale, cette qualification est très importante. Comme l'indique Monsieur Chauviré, il y a un véritable intérêt à déterminer la nature des sanctions unilatérales¹⁰²⁰. Pour nous en convaincre, cet auteur explique que si la résolution unilatérale était qualifiée de fait juridique, en cas de rupture abusive, le juge pourrait la considérer comme une inexécution du contrat à part entière. Cela signifierait que le créancier qui aurait exercé la rupture unilatérale de manière abusive aurait lui aussi violé le contrat, préexistant avec son cocontractant. Par conséquent, le débiteur victime de l'abus pourrait saisir le juge pour qu'il tranche le litige¹⁰²¹. Pour ce faire, parce que dans cette hypothèse la résolution unilatérale est considérée un fait juridique, le juge n'aurait ni à vérifier les éléments de validité de l'acte de rupture abusif, afin de prononcer une quelconque nullité de l'acte, ni à en vérifier les conditions de mise en œuvre classiques. Par conséquent, le lien contractuel entre les parties contractantes ne sera pas affecté par la remise en cause de l'acte de rupture abusif. Au contraire, si l'acte de résolution unilatérale est considéré comme un acte juridique unilatéral, le juge devra prononcer la nullité de l'acte en cas de violation d'une de ses conditions de validité¹⁰²² ; ou alors, le débiteur lui-même, avant même de saisir le juge, pourra à son tour mettre en œuvre les sanctions de l'inexécution avant même que les effets de la rupture abusives ne se produisent. Sur ce point, la réforme n'indique pas expressément si les nouvelles mesures unilatérales appartiennent à la catégorie des actes juridiques unilatéraux ou des faits juridiques. Cette absence nous permet de qualifier les sanctions unilatérales comme des actes juridiques unilatéraux particuliers puisqu'il s'agit d'actes unilatéraux attachés au contrat. Plus précisément, elles sont des prérogatives contractuelles.

185. Bilan 1) – C'est pourquoi, mise à part le cas particulier de l'exception d'inexécution, les sanctions unilatérales appartiennent, à notre sens, à la catégorie plus générale des prérogatives contractuelles¹⁰²³, sanctions, défensives. Elles se manifestent effectivement par un acte unilatéral mais elles sont également « un effet du contrat »¹⁰²⁴. Et, il existe un véritable intérêt à qualifier les sanctions unilatérales. Lorsqu'elles sont remises en cause, elles disposent d'un régime particulier dont la réforme n'a pas fait état. Parce qu'elles appartiennent à la catégorie des actes juridiques unilatéraux, en cas de contestation d'une de leurs conditions de

¹⁰²⁰ Ph. CHAUVIRÉ, « Quelle sanction pour la rupture du contrat en l'absence de comportement grave », *RLDC* n°75, 1^{er} oct. 2010.

¹⁰²¹ Ph. CHAUVIRÉ, « Quelle sanction pour la rupture du contrat en l'absence de comportement grave », *précit.*

¹⁰²² Les conditions de validité de l'acte de sanction s'apparentent à ses conditions d'exercice comme nous avons eu l'occasion de le voir, v. *supra* n°161.

¹⁰²³ V. *supra* n°183.

¹⁰²⁴ L. MOLINA, *La prérogative contractuelle*, *op. cit.*, spéc. spéc. p. 523, n°450 s.

validité, elles doivent pouvoir faire l'objet d'une demande de nullité de l'acte. Mais parce qu'elles sont des actes unilatéraux particuliers et surtout des prérogatives contractuelles, elles peuvent disposer d'un régime propre adapté à leur caractère hybride. Avant d'en faire état, il convient toutefois de préciser la qualification particulière de l'exception d'inexécution (2).

2) Le rejet de la qualification de l'exception d'inexécution en tant que prérogative contractuelle

186. À notre sens, l'exception d'inexécution n'est pas une prérogative contractuelle¹⁰²⁵ puisqu'elle ne présente pas les caractères essentiels caractéristiques de la prérogative. Elle n'est pas un pouvoir de décision unilatéral sur le contrat. Elle est « une faveur consentie au débiteur »¹⁰²⁶ car, elle va l'inciter à exécuter ses obligations. En effet, dans l'exception d'inexécution, le débiteur « s'impose *in fine*, comme le véritable décisionnaire du devenir du contrat face à un créancier dont l'impuissance est limitée par le droit qui lui est donné de ne pas s'exécuter en retour »¹⁰²⁷. De plus, l'exception d'inexécution ne modifie pas unilatéralement la situation contractuelle du débiteur défaillant¹⁰²⁸. Par conséquent, elle se rapprocherait davantage du fait juridique¹⁰²⁹.

187. Le rapprochement de la qualification de fait juridique de l'exception d'inexécution – Classiquement, « le fait juridique résulte d'un événement quelconque auquel une règle de droit attache des effets juridiques »¹⁰³⁰. L'exception d'inexécution n'est pas un événement quelconque. Ensuite, il faut préciser que l'exception d'inexécution n'est jamais involontaire. Or, « si l'auteur de l'acte a voulu l'effet de droit qui s'est produit, alors il s'agit d'un acte juridique »¹⁰³¹. À l'étude, la définition du fait juridique présente des insuffisances pour qualifier l'exception d'inexécution. Toutefois, suivant une définition renouvelée du fait juridique, il est possible de rapprocher l'exception d'inexécution de cette qualification. Le fait

¹⁰²⁵ Rappr. J. RAYNARD, « « Le domaine des prérogatives contractuelles : variété et développement », in Dossier « La prérogative contractuelle », *RDC*/2 2011, p. 695, spéc. n°24.

¹⁰²⁶ F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE et F. CHÉNEDÉ, *Droit civil les obligations*, op. cit. p. 857, n°762.

¹⁰²⁷ L. MOLINA, *La prérogative contractuelle*, op. cit. spéc. p. 75, n°54.

¹⁰²⁸ J. RAYNARD, « « Le domaine des prérogatives contractuelles : variété et développement », *précit.*, spéc. n°31 ; J.-M. MOUSSERON, P. MOUSSERON, J. RAYNARD, J.-B. SEUBE, *Technique contractuelle*, Francis Lefebvre, 5^{ème} éd., 2017, n°739 et s.

¹⁰²⁹ L. MOLINA, *La prérogative contractuelle*, op. cit. spéc. p. 80, n°59 : « La réalisation de l'exception d'inexécution n'a pas vocation à produire des effets de droit mais à inciter le débiteur à s'exécuter, ce qui l'éloigne de l'institution de l'acte juridique et la rapproche du fait juridique ».

¹⁰³⁰ Y. PICOD, « Obligations », *Rép. civ. Dalloz*, 2017, actualisation janvier 2019, n°45 s.

¹⁰³¹ En ce sens, v. B. MORON-PUECH, *L'acte juridique, une réponse à la crise du contrat*, op. cit. spéc. n°310.

juridique se distingue de l'acte juridique parce qu'il ne crée pas de nouvelle norme¹⁰³². L'exception d'inexécution ne crée pas de nouvelle norme du contrat. Pour comprendre le propos, il faut revenir sur la distinction entre l'acte et le fait juridique proposée par Monsieur Moron-Puech. Pour ce dernier, le fait juridique produit des effets de droit, « mais ces effets ne consistent nullement dans la création de normes »¹⁰³³. Autrement dit, « ces effets consistent seulement à rendre *applicable* une norme, soit parce que cette norme était hypothétique [...], soit parce qu'elle était conditionnée pour sa vigueur à un certain fait, tel l'écoulement du temps »¹⁰³⁴. En appliquant cette conception à l'exception d'inexécution, cette dernière, lorsqu'elle est exercée, s'effectue suivant les articles 1219 et 1220 du Code civil. Elle est l'émanation d'une norme préexistante. Ce n'est pas le créancier lui-même qui crée une nouvelle norme¹⁰³⁵. Par conséquent, l'exception d'inexécution pourrait s'apparenter à un fait juridique.

188. Les difficultés pour définir l'exception d'inexécution – Finalement, il faut reconnaître que qualifier l'exception d'inexécution peut s'avérer complexe. Comme l'explique Monsieur Deshayes, son fondement a été largement débattu¹⁰³⁶, si bien que « l'exception d'inexécution était, avant même sa consécration générale en 2016, un mécanisme bien implanté en droit positif, dont le principe n'était plus contesté, de sorte que la nécessité de lui assigner un fondement destiné à en asseoir la légitimité faisait déjà défaut. L'introduction de l'exception d'inexécution dans le code civil donne aujourd'hui aux spéculations sur son fondement un tour largement théorique »¹⁰³⁷. Autrement dit, le mécanisme fonctionne. Chercher son fondement ne serait pas utile à son fonctionnement. L'exercice de qualification est périlleux. C'est pourquoi,

¹⁰³² B. MORON-PUECH, *L'acte juridique, une réponse à la crise du contrat*, op. cit. n°317.

¹⁰³³ B. MORON-PUECH, *L'acte juridique, une réponse à la crise du contrat*, op. cit.

¹⁰³⁴ *Ibid.*

¹⁰³⁵ Comp. *Ibid.*

¹⁰³⁶ O. DESHAYES, « Exception d'inexécution », *Rép. civ. Dalloz*, 2018, actualisation novembre 2019, n°16 et n°18 : « Le fondement de l'exception d'inexécution est débattu. Il a été proposé de faire reposer le mécanisme sur la cause (V. not. H. CAPITANT, *De la cause des obligations [Contrats, engagements unilatéraux, legs]*, 3^e éd., 1927, Dalloz ; C. LARROUMET et S. BROS, *Droit civil*, t. 3, Les obligations, Le contrat, 8^e éd., 2016, Economica, n° 698 ; F. CHÉNEDÉ, *Les commutations en droit privé*, contribution à la théorie générale des obligations, préf. A. GHOZI, 2008, coll. Recherches juridiques, Economica, n° 230), sur le respect de la volonté des parties (H., L., et J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, t. II, vol. 1 : Obligations. Théorie générale, 9^e éd., 1998, par F. CHABAS, Montchrestien, n° 1126) ou de la force obligatoire du contrat (B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *Droit civil. Obligations*, t. 2 : Contrat, 5^e éd., 1995, Litec, n° 1710), sur l'idée de terme implicite (M.-L. LARROMBIÈRE, *Théorie et pratique des obligations*, t. 3, 1885, Durand et Pédone-Lauriol, n° 37), sur une compréhension nouvelle de l'ancien article 1184 du code civil relatif à la résolution des contrats (C. MALECKI, *L'exception d'inexécution*, préf. J. GHESTIN, 1999, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 321, LGDJ, n°s 61 s.), ou bien encore sur une notion plus large et vague d'interdépendance, de connexité (C. GABET-SABATIER, *Le rôle de la connexité dans l'évolution du droit des obligations*, *RTD civ.* 1980. 39, spéc. p. 41, n° 7 ; A. AYNÈS, *Le droit de rétention*, Unité ou pluralité, préf. C. LARROUMET, 2005, coll. Recherches juridiques, Economica, n°s 215 s.). ».

¹⁰³⁷ O. DESHAYES, « Exception d'inexécution », *précit.* n°18.

à notre sens, il est préférable de la qualifier négativement. Autrement dit, pour sa qualification, il convient d'exclure celles auxquelles elle n'appartient pas. D'abord, elle n'est pas une prérogative contractuelle, ni un acte juridique unilatéral classique. Ensuite, elle n'est pas non plus vraiment un fait juridique bien que cela puisse être discuté. Enfin, elle est, parfois, pensée comme un droit¹⁰³⁸, même si une telle qualification est contestable¹⁰³⁹. À cette fin, elle a d'ailleurs pu être considérée comme « un droit de réserve d'exécution »¹⁰⁴⁰ appartenant à la catégorie des droits subjectifs¹⁰⁴¹. L'étude des définitions des catégories juridiques ne permet pas de dégager la véritable nature de l'exception d'inexécution. C'est pourquoi, d'après nous, il faudrait plutôt s'intéresser à la fonction de l'exception d'inexécution pour en comprendre les contours.

189. Les fonctions de l'exception d'inexécution : le rapprochement de la mesure aux sanctions unilatérales du contrat – Quelle est la fonction de l'exception d'inexécution ? Elle est « une voie de justice privée »¹⁰⁴², qui a pour but principal d'inciter le débiteur à s'exécuter¹⁰⁴³. Par-là, elle permet alors de garantir l'exécution du contrat¹⁰⁴⁴. Elle s'exerce lorsque le débiteur ne respecte pas ses obligations. Elle est une première étape possible en cas d'inexécution, avérée ou anticipée, pour le créancier, avant que ce dernier n'emploie une sanction unilatérale. De plus, il s'agit d'un mécanisme qui s'exerce à titre de moyen de défense. Elle fait donc parties des mesures défensives dont disposent le créancier en cas d'inexécution de son débiteur. À ce titre, elle peut faire partie des « remèdes » de l'inexécution¹⁰⁴⁵. Étudiée sous cet angle, l'exception d'inexécution se rapproche des sanctions unilatérales. D'ailleurs, l'indice le plus révélateur de ce rapprochement se retrouve au titre de l'article 1217 qui prévoit les sanctions de l'inexécution, dont l'exception d'inexécution fait partie intégrante. Cette disposition considère cette mesure comme une sanction de l'inexécution, sans aucune

¹⁰³⁸ O. DESHAYES, « Exception d'inexécution », *précit.* n°23 : « Elle serait le droit pour chaque partie de refuser d'exécuter si son cocontractant n'offre pas lui-même la prestation due ».

¹⁰³⁹ V. not., N. CAYROL, *Droit de l'exécution*, LGDJ, 3^{ème} éd., 2019, spéc. p. 134, n°243 : « Qualifier l'exception d'inexécution ou la rétention de droit subjectif n'apporte rien. Un créancier n'a pas besoin d'avoir un droit pour ne pas exécuter ses obligations ou pour ne pas restituer la chose de son débiteur. C'est une abstention, un fait négatif. Nul n'a besoin d'un droit pour ne rien faire ».

¹⁰⁴⁰ B. VINCENTEAU, « L'évolution de l'exception d'inexécution : vers la consécration d'un droit de réserve d'exécution », *LPA* 9 sept. 2019, n°180, p. 6 : « Aussi paraîtrait-il préférable d'évoquer « un droit de réserve d'exécution d'une partie au contrat » aux fins de désigner la réponse de l'obligation de l'autre partie ».

¹⁰⁴¹ V. *infra* n°493.

¹⁰⁴² F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE et F. CHÉNEDÉ, *Droit civil les obligations*, *op. cit.* spéc. p. 822, n°761.

¹⁰⁴³ O. DESHAYES, « Exception d'inexécution », *précit.* n°20.

¹⁰⁴⁴ *Ibid.*

¹⁰⁴⁵ V. *supra* n°11.

distinction avec les autres sanctions unilatérales. C'est pourquoi, ce mécanisme unilatéral doit pouvoir suivre le même régime d'exercice que ces dernières et ce, même s'il n'est pas une prérogative contractuelle. Ainsi, si sa qualification est complexe, sa finalité permet de la rapprocher de la catégorie des sanctions unilatérales.

190. Bilan 2) – L'exception d'inexécution n'est pas une prérogative contractuelle, suivant les caractéristiques de cette dernière. À l'inverse, ces développements permettent d'affirmer que les autres sanctions unilatérales évoquées (résolution unilatérale, faculté unilatérale de remplacement du débiteur défaillant et réduction du prix) appartiennent effectivement à la catégorie des prérogatives contractuelles. Cependant, il faut comprendre que ce n'est pas parce que l'exception d'inexécution n'est pas une prérogative contractuelle, qu'elle ne peut pas bénéficier d'un régime d'exercice précisé, à l'image de celui des autres sanctions unilatérales. Malgré ses différences notables avec ces dernières, elle fait tout de même partie des sanctions de l'inexécution.

191. Bilan A – Les mesures unilatérales doivent être qualifiées de prérogatives contractuelles, excepté l'exception d'inexécution¹⁰⁴⁶. Cette qualification duale nous apparaît plus satisfaisante que la seule qualification unitaire d'acte unilatéral. La définition permet d'englober l'essence des sanctions unilatérales, la détermination de leur nature : un droit potestatif¹⁰⁴⁷ et de leur structure : un acte juridique unilatéral. Par-là, cette qualification permet aussi une intégration structurelle des sanctions unilatérales dans le contrat, là où la seule qualification d'acte unilatéral rendait celle-ci plus difficile et complexe, étant donné sa contradiction naturelle avec le contrat, acte juridique bilatéral. De plus, cette dualité dans la qualification des sanctions unilatérales apparaît plus pertinente pour en préciser le régime¹⁰⁴⁸. En effet, à titre d'exemple, cette qualification des sanctions unilatérales en prérogatives contractuelles peut permettre d'éclairer le régime, en cas de contestation des sanctions unilatérales, là où la seule qualification d'acte juridique unilatéral était incapable d'y parvenir (B).

¹⁰⁴⁶ Pour faciliter la lecture, l'exception d'inexécution sera qualifiée de prérogative. Juridiquement, il faut garder à l'esprit qu'elle n'en est pas une. Elle est une mesure à part, qui doit faire l'objet d'un régime distinct de prérogatives contractuelles.

¹⁰⁴⁷ J. ROCHFELD, « Les droits potestatifs accordés par le contrat », *précit.*

¹⁰⁴⁸ V. *infra* n°350 et s.

B. Le régime de la prérogative contractuelle adapté aux sanctions unilatérales : l'exemple de la contestation de leur exercice

192. En affinant la qualification des mesures unilatérales de l'inexécution en prérogatives contractuelles, il est possible de définir un régime commun en cas de remise en causes de celles-ci, lorsque la qualification d'acte juridique unilatéral ne suffit pas. L'objet de cette partie n'a pas pour but de développer le régime juridique des sanctions unilatérales en tant que prérogatives contractuelles puisque ce dernier fera l'objet de précisions ultérieures¹⁰⁴⁹. Au contraire, l'objectif de ces lignes est de convaincre que la qualification de prérogative contractuelle est davantage satisfaisante que celle du simple acte juridique unilatéral. En tant qu'actes juridiques, les sanctions unilatérales peuvent difficilement être remises en cause, notamment lorsqu'il s'agit d'obtenir la nullité de celles-ci en cas de vice de formation. Au contraire, si les sanctions unilatérales sont qualifiées de prérogatives contractuelles, la contestation de leur exercice peut être éclairée.

La qualification des sanctions unilatérales en prérogatives contractuelles permet de combler les difficultés que la qualification d'acte juridique unilatéral ne permet pas, notamment en cas de demande de nullité de la sanction unilatérale (1). De plus, parce que les sanctions unilatérales sont des prérogatives contractuelles, il est possible, pour contester l'exercice d'une sanction, d'avoir recours à certaines sanctions de l'inexécution, ce que la qualification d'acte juridique unilatéral ne permet pas (2).

1) L'incidence de la qualification de prérogative contractuelle sur la nullité de la sanction unilatérale en cas de vice de formation

193. Comme nous l'avons étudié, si les sanctions unilatérales sont considérées comme de simples actes juridiques unilatéraux, en cas de vice de formation, la nullité de celles-ci ne peut pas être demandée. Le régime de l'acte juridique unilatéral est insuffisant pour régler ce type de contestation¹⁰⁵⁰. Au contraire, à notre sens, si la sanction unilatérale est qualifiée de prérogative contractuelle, ce problème peut trouver une solution.

¹⁰⁴⁹ V. *infra* n°353 s.

¹⁰⁵⁰ V. *supra* n°161.

194. L'adaptation de la sanction de nullité d'une sanction unilatérale grâce à la qualification de prérogative contractuelle – Lorsqu'une sanction unilatérale est contestée par la partie qui s'estime victime de son exercice irrégulier, notamment en cas de problème sur un de ces éléments de formation, cette dernière peut demander la nullité de la sanction puisque celle-ci est un acte juridique unilatéral. La nullité correspond à la sanction d'un défaut d'une des conditions essentielles à la validité d'un acte juridique. Or, pour obtenir la nullité d'une sanction unilatérale, un problème se pose à propos des vices du consentement. En effet, la partie victime ne donne pas son consentement à l'acte unilatéral de sanction. L'acte est unilatéral, il n'y a donc pas de rencontre des consentements, à l'inverse du contrat. Il est donc impossible de se baser sur les vices du consentement pour obtenir la nullité d'une sanction unilatérale. Ici, la qualification d'acte unilatéral ne suffit pas.

Pour contourner ce problème, il est possible d'avoir recours à la qualification de prérogative contractuelle qui est un acte juridique particulier. Si l'on considère que les sanctions unilatérales sont des prérogatives contractuelles, définies comme des droits potestatifs extra-actifs, « qui ont un effet direct sur la sphère juridique d'une autre personne »¹⁰⁵¹, il nous apparaît alors possible d'obtenir la nullité d'une sanction unilatérale en se basant sur un autre élément que le consentement. En effet, comme l'explique un auteur, « à la protection du consentement (inexistant) du destinataire de l'acte, il faut substituer la protection de la non-contradiction de l'acte avec la confiance légitime qu'il a accordée et les attentes qui en découlent »¹⁰⁵². Par ce biais, la partie victime de l'exercice irrégulier d'une sanction unilatérale peut obtenir la nullité de l'acte de sanction sans que les conditions de validité classiques de l'acte unilatéral, insuffisantes et inadaptées aux sanctions unilatérales, n'essaient de s'appliquer. Dans ce cas, pour invoquer la nullité, le débiteur, qui déciderait de contester la mise en œuvre d'une sanction unilatérale de la part de son créancier, ne devrait pas directement invoquer un vice du consentement classique. Au contraire, il devrait prouver que la sanction unilatérale a été mal mise en œuvre ou à défaut, qu'elle n'est pas justifiée. « En d'autres termes, les conditions d'exercice de la prérogative s'analysent comme les conditions de validité de l'acte unilatéral de décision »¹⁰⁵³. Suivant cette affirmation, les conditions d'exercice des mesures unilatérales s'apparenteraient alors aux conditions de validité de l'acte, qui génèrent la mise en œuvre la sanction unilatérale¹⁰⁵⁴. Dans l'hypothèse d'une demande en nullité d'une sanction unilatérale,

¹⁰⁵¹ L. MOLINA, *La prérogative contractuelle*, op. cit., spéc. p. 151, n°129.

¹⁰⁵² *Ibid.* p. 534, n°460.

¹⁰⁵³ L. MOLINA, *La prérogative contractuelle*, op. cit. spéc. p. 534, n°460.

¹⁰⁵⁴ *Ibid.* spéc. p. 534, n°460.

le débiteur ne peut invoquer la nullité de cette dernière pour vice du consentement puisqu'il ne consent pas à l'exercice de la sanction unilatérale. À l'inverse, pour obtenir la nullité de la sanction unilatérale, puisque cette dernière est une prérogative contractuelle, il sera recevable à la contester en démontrant que les conditions nécessaires à la mise en œuvre ne sont pas respectées. Dans ce cas, la sanction demeurerait une nullité car « un contrat qui ne remplit pas les conditions requises pour sa validité est nul »¹⁰⁵⁵. Par analogie, une sanction unilatérale qui ne remplirait pas les conditions requises pour sa validité pourrait être déclarée nulle, dans la mesure où les conditions de validité d'une sanction unilatérale pourraient s'apparenter à ses conditions d'exercice.

195. Bilan 1) – Toutefois, et même si l'on pourrait peut-être douter de l'utilité pratique d'avoir recours à une telle sanction¹⁰⁵⁶, le régime de la prérogative contractuelle en cas de demande de nullité d'une sanction unilatérale est davantage adapté aux sanctions unilatérales. Autrement dit, parce que les sanctions unilatérales sont des prérogatives contractuelles, elles se distinguent des règles de l'acte juridique classique. Pour être remises en cause et déclarées nulles en cas de vice de formation, elles ne doivent pas suivre les règles classiques des éléments de formation de l'acte juridique et, *a fortiori* du contrat. Au contraire, elles doivent disposer de règles propres qui découlent de leur qualification de prérogatives contractuelles. De plus, parce que les sanctions unilatérales sont des prérogatives contractuelles, en cas de contestation, certaines sanctions de l'inexécution peuvent être appliquées (2).

2) Le recours aux sanctions de l'inexécution pour remettre en cause l'acte de sanction unilatérale

196. Parce que les sanctions unilatérales sont des prérogatives contractuelles, soit des actes juridiques unilatéraux indissociables de la situation contractuelle dans laquelle elles sont prises, elles peuvent être contestées par le recours aux sanctions de l'inexécution, dans les cas où la nullité de l'acte de la sanction unilatérale est inadaptée. Cette contestation, impossible avec la seule qualification des sanctions en actes juridiques unilatéraux, est uniquement envisageable parce que les sanctions unilatérales sont des prérogatives contractuelles.

¹⁰⁵⁵ C. civ. art. 1178 (version en vigueur depuis le 01 octobre 2016).

¹⁰⁵⁶ C'est pourquoi nous le verrons, il existe d'autres sanctions possibles en cas de remise en cause d'une sanction unilatérale, v. *infra* n°399 s.

197. L'application de certaines sanctions de l'inexécution à la remise en cause de l'acte de sanction unilatérale – Lorsque le créancier met en œuvre une sanction unilatérale, il est possible qu'il arrête lui-même d'exécuter ses obligations. En effet, à la différence de l'article 1195 du Code civil qui prévoit que le contrat doit continuer à être exécuté durant la procédure de révision pour imprévision par celui qui la met en œuvre, les sanctions unilatérales ne prévoient pas que le créancier doit obligatoirement continuer de s'exécuter durant la procédure de mise en œuvre de la sanction unilatérale. C'est pourquoi, dans certaines situations, il peut commettre une inexécution en parallèle de celle de son débiteur¹⁰⁵⁷. Dans ce cas, le débiteur qui subit la sanction unilatérale initiée par le créancier, peut-il pour se défendre avoir recours à son tour aux sanctions unilatérales ? En d'autres termes, dans une telle situation, selon le créancier le débiteur ne s'est pas exécuté. Cette inexécution a donné lieu à l'exercice d'une sanction unilatérale par le créancier. Après avoir exercé la sanction, ce dernier a alors arrêté de s'exécuter. Le débiteur, pour se défendre, a alors contesté l'exercice de la sanction unilatérale. Peut-il, à son tour, en parallèle, invoquer contre l'inexécution du créancier causée par l'exercice d'une sanction unilatérale une sanction unilatérale de l'inexécution prévue à l'article 1217 du Code civil ? La réponse semble évidente. Le débiteur peut exercer une sanction unilatérale contre le créancier. Toutefois, quelle sanction pourrait-il utiliser dans une telle situation ? Nous sommes conscients que cette hypothèse n'est, *a priori* pas la plus évidente. Il semble qu'elle ne soit pas non plus celle qui se posera le plus en pratique. Cependant, elle mérite notre attention car la qualification de prérogative contractuelle permet de déterminer quelles sanctions unilatérales seraient les plus opportunes à appliquer dans une telle hypothèse.

À notre sens, toutes les sanctions prévues à l'article 1217 du Code civil ne sont pas opportunes à appliquer. En effet, dans une telle hypothèse, l'exécution forcée en nature n'est plus envisageable dans la mesure où l'exécution du contrat a pris fin ou a été modifiée. Il n'est donc pas pertinent pour le débiteur qui conteste une sanction unilatérale irrégulière de demander l'exécution forcée en nature, d'autant plus que s'il conteste la sanction unilatérale par une autre sanction unilatérale, cela peut signifier qu'il ne s'est probablement toujours pas exécuté. De plus, comme il a été expliqué, le maintien forcé du contrat peut avoir lieu par le prononcé de la nullité de la sanction unilatérale. L'exception d'inexécution n'a pas d'intérêt en cas de contestation d'une sanction unilatérale irrégulière puisqu'elle est une mesure provisoire. Elle peut seulement être mise en œuvre lorsque le débiteur veut contester à son tour une exception d'inexécution, mais pour les autres sanctions, elle ne peut pas venir à l'appui de leur

¹⁰⁵⁷ V. en ce sens, L. MOLINA, *La prérogative contractuelle*, op. cit. spéc. p. 558 s, n^{os} 482 s ; Ph. CHAUVIRÉ, « Quelle sanction pour la rupture du contrat en l'absence de comportement grave » *précit.*

contestation. Enfin, dans une telle situation, la réduction unilatérale du prix ne serait pas vraiment intéressante dans la mesure où le contrat est déjà rompu. De même, elle ne serait pas utile pour le débiteur qui subirait une réduction du prix puisque celle-ci a pour objectif de poursuivre l'exécution du contrat à un prix différent. Dans cette situation, la réduction du prix est une forme d'exécution forcée qui ne permet pas de venir contester *a posteriori* une sanction unilatérale.

Cependant, la résolution du contrat pourrait être utilisée par le débiteur qui désirerait contester une sanction unilatérale qu'il estime irrégulière. En effet, comme l'indique l'article 1224 du Code civil, la résolution peut être mise en œuvre par une clause résolutoire ou « en cas d'inexécution suffisamment grave » d'une résolution judiciaire ou par notification¹⁰⁵⁸. La jurisprudence est constante sur ce point, l'expression « inexécution suffisamment grave » n'englobe pas uniquement l'inexécution des obligations. Elle peut également comprendre le comportement du débiteur¹⁰⁵⁹. À partir du moment où la mise en œuvre irrégulière de la sanction unilatérale n'est pas sanctionnée par la nullité de l'acte sanction, la partie qui contesterait cette sanction pourrait agir en résolution du contrat dès lors que les conditions de la résolution seraient remplies¹⁰⁶⁰. Il est parfaitement envisageable que, par exemple, le débiteur victime d'une mise en œuvre abusive d'une réduction unilatérale du prix procède à une résolution par notification pour contester l'exercice de cette sanction par son créancier. Il est alors nécessaire de démontrer que l'exercice abusif d'une sanction unilatérale constitue une inexécution suffisamment grave pour justifier le recours à la résolution¹⁰⁶¹. En l'espèce, le recours abusif à une sanction unilatérale pourrait s'apparenter à un usage déloyal et constituer une inexécution¹⁰⁶². Le fait d'avoir recours à la résolution unilatérale pour le débiteur vient contrebalancer le pouvoir du créancier qui se sert de l'unilatéralisme de manière irrégulière. Autrement dit, « la superposition de prérogatives dilue la puissance : chaque contractant se trouve détenteur de la faculté de rompre le contrat si l'autre partie viole la loi contractuelle, y compris lorsque l'inexécution repose sur l'exercice d'une prérogative »¹⁰⁶³. Enfin, mais tel n'est

¹⁰⁵⁸ C. civ. art. 1224 (version en vigueur depuis le 01 octobre 2016).

¹⁰⁵⁹ V. en ce sens, Cass. Com. 10 janvier 2018, n°16-21.949 ; *RTD civ.* 2018, 398, obs. H. BARBIER. En l'espèce dans cet arrêt, la résolution unilatérale est mise œuvre en l'absence de « tout manquement contractuel ». A ce titre, elle est sanctionnée, ce qui signifie que la résolution unilatérale peut être mise en œuvre uniquement en cas de manquement contractuel. En l'absence d'un tel manquement, sa mise en œuvre doit être sanctionnée.

¹⁰⁶⁰ L. MOLINA, *La prérogative contractuelle, op. cit.* spéc. p. 561 s., n°484 et p. 560, n°463 : « toutes les prérogatives contractuelles doivent pouvoir être sanctionnées par une résiliation du contrat si l'irrégularité qui a entaché leur exercice est telle que la poursuite des relations contractuelles entre les parties est inenvisageable »

¹⁰⁶¹ V. *infra* n°414 s.

¹⁰⁶² V. *infra* n°383 s. En l'espèce le manquement peut s'apparenter à la violation du devoir de bonne foi.

¹⁰⁶³ L. MOLINA, *La prérogative contractuelle, op. cit.* p. 561, n°484.

déjà plus notre sujet, pour contester l'exercice irrégulier d'une sanction unilatérale, le débiteur victime peut mettre en œuvre la réparation prévue à l'article 1217 *in fine* du Code civil.

198. Conclusion du B – En conclusion, nous estimons que la qualification des sanctions unilatérales en prérogative contractuelle est plus adaptée aux sanctions de l'inexécution. En effet, lorsque cela est possible, dans leur mise en œuvre ces dernières peuvent suivre les règles de l'acte juridique unilatéral qui est calqué, sur les règles du contrat. Cependant, il existe plusieurs situations, notamment en cas de contestation de l'exercice d'une sanction unilatérale, où le régime de l'acte juridique s'avère inadapté. D'après nous, cette difficulté peut être palliée par la qualification de prérogative contractuelle, même si cette dernière n'est pas définie expressément dans le Code civil. Cette qualification a pour conséquence d'autoriser la nullité d'une sanction unilatérale suivant des conditions différentes de la nullité classique du contrat, en cas de vice de formation de l'acte sanction. De plus, nous avons démontré que dans certaines situations, la victime de l'exercice irrégulier de la prérogative contractuelle doit pouvoir se défendre en usant à son tour des sanctions de l'inexécution contractuelle¹⁰⁶⁴. C'est pourquoi, à notre sens, les sanctions unilatérales doivent suivre une qualification plus spécifique à leur nature particulière, incarnée en la catégorie de la prérogative contractuelle, qui sont certes des actes juridiques unilatéraux, mais, des actes particuliers du fait de leur connexion au contrat.

199. Conclusion du §2 – Les sanctions unilatérales sont des actes juridiques unilatéraux particuliers, de sorte qu'elles présentent donc une qualification hybride. Cette qualification hybride autorise alors ces dernières à être qualifiée de prérogative contractuelle. Elle permet également de rendre le régime des sanctions unilatérales souple et adaptable. En tant que prérogatives contractuelles, les sanctions unilatérales sont des actes juridiques unilatéraux particuliers. Leur exercice est donc calqué sur les règles du droit des contrats lorsque cela est possible. La qualification de prérogative contractuelle permet de se détacher de ces dernières lorsque celles-ci sont inadaptées, ce que la qualification d'acte juridique ne permet pas puisque le régime de ce dernier suit les règles du contrat, en l'absence de règles propres.

200. Conclusion section 2 – Par une approche davantage doctrinale du nouveau droit des contrats, il est possible de lever l'incohérence théorique entre l'intégration des sanctions unilatérales et la théorie générale du contrat. Les sanctions unilatérales ne sont pas contraires à

¹⁰⁶⁴ L. MOLINA, *La prérogative contractuelle*, *op. cit.* spéc. p. 561, n°484.

la notion de contrat, si ce dernier est conçu comme une entité temporalisée où sa période de formation est distincte de celle de son exécution. Le régime des sanctions unilatérales peut être précisé et développé lorsque l'on adhère à leur qualification de prérogative contractuelle.

CONCLUSION DU CHAPITRE 1

201. L'incohérence théorique entre théorie générale et sanctions unilatérales – L'ordonnance portant réforme du droit des contrats n'est pas une œuvre doctrinale. Elle n'avait donc pas vocation à créer un droit des contrats systématisé et cohérent. Les sanctions unilatérales n'y ont pas fait exception. Elles ont été insérées dans le nouveau droit des contrats sans qu'aucune importance ne soit accordée à une quelconque cohérence entre leur intégration et la théorie générale du contrat. C'est pourquoi, les nouvelles dispositions des articles 1217 et suivants ne s'inscrivent pas dans une démarche systématisée et cohérente entre les principes fondateurs du contrat de droit commun et les règles applicables à celui-ci. D'abord, ces nouvelles règles sont *a priori* contraires à la conception du contrat de droit positif. Ensuite, les mesures unilatérales ne font l'objet d'aucune qualification juridique, ce qui empêche de construire une théorie générale cohérente et de présenter un régime très clair de chacune d'entre elles. L'intégration des sanctions unilatérales est critiquable puisqu'il existe une incohérence entre cette dernière et la théorie générale du contrat justifiée par une codification plus pragmatique que systématisée.

202. L'incidence de l'incohérence théorique sur la pratique – Cette incohérence théorique est également dommageable car elle a une incidence sur la pratique. Il semble que cette difficulté accentue les autres critiques précédemment présentées relatives aux sanctions unilatérales¹⁰⁶⁵ pour deux raisons. D'abord, parce que la conception traditionnelle du contrat est contraire au développement des mesures unilatérales, certaines d'entre elles, à l'image de la résolution unilatérale anticipée, n'ont pas été autorisées. La réforme n'est pas allée au bout de la logique de l'unilatéralisme, qui semble être un principe toléré dans le contrat, uniquement lorsqu'il est d'origine légale. Et, l'on peut alors envisager que la liste des sanctions présentées à l'article 1217 est exhaustive, malgré son absence d'impérativité. Ensuite, dans le silence des textes, l'absence de qualification des sanctions unilatérales accentue les incertitudes relatives à leur régime d'exercice et à leur procédure de contestation en cas de remise en cause de leur exercice. Toutefois, cette critique relative à l'incohérence entre l'intégration des sanctions unilatérales et la théorie générale du contrat peut être surmontée par une analyse davantage doctrinale de la réforme, autorisant une conception renouvelée du contrat, validant la présence

¹⁰⁶⁵ V. *supra* n^{os} 121 et s.

des sanctions unilatérales, et une qualification hybride des sanctions unilatérales en prérogatives contractuelles¹⁰⁶⁶.

203. Pour conclure, à notre avis, il faut saluer l'intégration des sanctions unilatérales dans le nouveau droit des contrats malgré cette incohérence notable avec la théorie générale. Parallèlement, il faut aussi se méfier de « la doctrine, qui raffole du droit des contrats, attentive au moindre arrêt sur ce sujet, [qui] n'est pas elle-même à l'abri de la crise...d'excès d'analyse et de raffinement, d'attention, de détail »¹⁰⁶⁷, pour arriver à un juste milieu entre pratique et théorie. La réforme a privilégié la pratique, au détriment de la théorie. En supprimant la place de la théorie, elle a complexifié la pratique.

Pour achever de s'en convaincre, il faut relever une dernière critique relative à l'intégration des sanctions unilatérales dans la théorie générale : l'absence de prise en compte de la protection de la partie faible au sein de ces dernières (chapitre 2).

¹⁰⁶⁶ Exception faite de l'exception d'inexécution qui n'est pas considérée comme une prérogative contractuelle.

¹⁰⁶⁷ P.-Y. GAUTIER, « Crise du contrat...ou crise du juge et de la doctrine », *RDC*/1 2003, p. 277 s.

CHAPITRE 2 : L'ABSENCE DE COHÉRENCE ENTRE L'INTÉGRATION DES SANCTIONS UNILATÉRALES ET L'IMPÉRATIF DE PROTECTION DE LA PARTIE FAIBLE

204. L'émergence d'un nouveau modèle contractuel de référence : le contrat d'adhésion – Aux origines du Code civil, le contrat est un acte bilatéral¹⁰⁶⁸, dont le contenu est généralement librement négocié par les cocontractants qui sont présumés être les personnes les mieux placées pour satisfaire leurs propres intérêts¹⁰⁶⁹. C'est pourquoi, traditionnellement, la détermination du contenu du contrat n'était que rarement unilatérale. La plupart du temps, l'autre partie discutait l'offre proposée par son cocontractant avant d'y consentir. Par conséquent, les règles du droit commun des contrats étaient conçues sur le modèle du contrat de gré à gré, nouvellement défini par la réforme comme « celui dont les stipulations sont négociables entre les parties »¹⁰⁷⁰. Cette notion de contrat de gré à gré était même « inconnue puisqu'elle participait à l'essence même du contrat »¹⁰⁷¹. Ainsi, dans le Code civil de 1804, ce dernier était le synonyme du contrat¹⁰⁷².

Toutefois, avec la période de la révolution industrielle, les augmentations du pouvoir d'achat, de la population et le développement du commerce, un autre type de contrat a fait son apparition : les contrats de masse. Prérédigés à l'avance afin de satisfaire au plus grand nombre, ces derniers ne correspondent pas à la catégorie des contrats de gré à gré. Au contraire, ce type de contrat correspond à la catégorie des contrats d'adhésion. Ceux-ci sont structurellement différents, dans la mesure où la volonté d'un seul est à la base de leur élaboration¹⁰⁷³. Dans ces situations particulières, le cocontractant est tenu d'exploiter l'offre qui lui est faite en un seul « bloc »¹⁰⁷⁴ c'est-à-dire que la partie doit accepter l'entière proposition sans discussion ou alors la réfuter dans sa globalité. La réforme de 2016 a consacré le contrat d'adhésion dans le Code civil et a inséré des règles propres à cette nouvelle catégorie de contrats afin de protéger la partie faible. En effet, « dès lors qu'une seule des parties établit les termes du contrat, l'accord de volonté n'est plus en mesure de garantir que l'opération convenue est l'expression d'un

¹⁰⁶⁸ T. REVET, « La structure du contrat, entre unilatéralité et bilatéralité (II) », *précit.* « La bilatéralité est irréductiblement l'essence du contrat ». V. *supra* n°s 133 s.

¹⁰⁶⁹ C. BRENNER et S. LEQUETTE, « Acte juridique », *op. cit.* n°245 « contrat d'adhésion » : « Le contrat du code napoléon était et ne pouvait qu'être celui dont les stipulations peuvent être librement négociées, ce qui justifiait que l'on s'en remette entièrement à l'accord pour définir le contenu du contrat ».

¹⁰⁷⁰ C. civ. art. 1110 (version en vigueur depuis le 01 octobre 2018).

¹⁰⁷¹ *Ibid.*

¹⁰⁷² *Ibid.*

¹⁰⁷³ T. REVET, « Le projet de réforme et les contrats structurellement déséquilibrés », *D.* 2015, 1217, spéc. n°5.

¹⁰⁷⁴ T. REVET, « La structure du contrat, entre unilatéralité et bilatéralité (II) », *précit.*

équilibre entre les intérêts en présence »¹⁰⁷⁵. Il est donc nécessaire de créer des règles particulières propres à ces situations contractuelles afin d'en rétablir l'équilibre ou *a minima* pour permettre à la partie qui n'a pas eu les moyens de discuter le contrat de défendre au mieux ses intérêts. Aujourd'hui, le contrat de gré à gré est nommé et dispose d'un « antonyme »¹⁰⁷⁶, le contrat d'adhésion.

205. L'impératif de protection de la partie faible – En accordant une protection spéciale des parties à un contrat d'adhésion, les règles des contrats semblent poursuivre un impératif de protection de la partie faible. Cet impératif vient alors modifier et faire évoluer le modèle contractuel de référence¹⁰⁷⁷. En effet, l'un des autres objectifs de la réforme du droit des contrats était de rendre ce dernier davantage attractif. Toutefois, « renforcer l'attractivité de notre droit n'implique pas pour autant de renoncer à des solutions équilibrées, protectrices des parties, mais aussi efficaces et adaptées aux évolutions de l'économie de marché »¹⁰⁷⁸. Par conséquent, des règles spéciales ont été adoptées « afin de préserver les intérêts de la partie faible »¹⁰⁷⁹, là où d'autres ont été consacrées afin de répondre aux besoins économiques des parties. Ainsi, lors de la formation et l'exécution du contrat, l'impératif de protection de la partie faible semble avoir été accru notamment avec le développement d'une réglementation spéciale permettant l'éradication des clauses abusives dans les contrats d'adhésion¹⁰⁸⁰. En cas d'inexécution, « dans une perspective d'efficacité économique du droit, l'ordonnance offre également aux contractants de nouvelles prérogatives leur permettant de prévenir le contentieux ou de le résoudre sans nécessairement recourir au juge (faculté de résolution unilatérale par voie de notification, exception d'inexécution, faculté d'accepter une prestation imparfaite contre une réduction du prix) »¹⁰⁸¹. En cas de recours aux sanctions judiciaires, la protection de la partie faible est réalisée par le juge. *Quid* de l'impératif de la protection de la partie faible en cas d'exercice d'une sanction unilatérale ?

La critique de l'intégration des sanctions unilatérales dans la théorie générale consiste alors à évaluer la teneur (section 1) et la nécessité (section 2) de cette protection au sein de ces nouvelles dispositions et plus généralement au stade de l'inexécution.

¹⁰⁷⁵ C. BRENNER et S. LEQUETTE, « Acte juridique », *op. cit.* n°245.

¹⁰⁷⁶ T. REVET, « Les critères du contrat d'adhésion », *D.* 2016, p. 1771.

¹⁰⁷⁷ R. LIBCHABER, « Réflexions sur les effets du contrat », *précit.* spéc. p. 232 : cet auteur explique qu'il existe une transformation du droit commun qui découle de la « diversification » des types de contrats.

¹⁰⁷⁸ Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 *précit.*

¹⁰⁷⁹ *Ibid.*

¹⁰⁸⁰ *Ibid.* « L'ordonnance propose également de sanctionner l'abus de dépendance assimilé à la violence et les clauses abusives dans les contrats d'adhésion, afin de préserver les intérêts de la partie la plus faible ».

¹⁰⁸¹ *Ibid.*

Section 1 : La teneur de la protection de la partie faible dans les sanctions unilatérales

206. Lors de la formation et de l'exécution du contrat, le droit commun protège les contractants placés en position d'infériorité face à leurs cocontractants. Pour éviter d'accentuer les déséquilibres entre les parties, des règles spéciales sont imposées aux parties à un contrat d'adhésion. Ce type de contrat se définit comme « celui qui comporte un ensemble de clauses non négociables déterminées à l'avance par l'une des parties »¹⁰⁸². *Quid* de cette protection en cas d'inexécution ? Pour évaluer la teneur de la protection de la partie faible dans les sanctions unilatérales, il faut étudier l'incidence de la catégorie des contrats d'adhésion sur les règles des sanctions unilatérales. Précisons-le dès à présent, celle-ci est inexistante (§1). Toutefois, il faut admettre qu'elle puisse trouver une explication dans le silence de la réforme sur l'application du principe d'égalité. En effet, le droit des contrats doit être le même pour tous. Le législateur semble avoir estimé que le cantonnement de la protection faible à des règles spéciales était suffisant pour que le droit de l'inexécution n'ait pas besoin de prendre en compte un tel impératif (§2).

§1 : L'absence de prise en compte des contrats d'adhésion dans les règles des sanctions unilatérales

207. Un accueil difficile et les nombreuses discussions sur le contrat d'adhésion – Depuis plusieurs années, le droit français connaît un développement relativement important de cette « invention doctrinale »¹⁰⁸³. La consécration des contrats d'adhésion a fait l'objet d'un accueil positif par une majorité de la doctrine malgré des auteurs sur la réserve¹⁰⁸⁴, notamment à cause de la rédaction initiale de l'article 1110 du Code civil issue de l'ordonnance de 2016, qui a été largement critiquée¹⁰⁸⁵. En effet, la définition de ces contrats a été l'un des points les plus

¹⁰⁸² C. civ. art. 1110 al. 2 (version en vigueur depuis le 01 octobre 2018).

¹⁰⁸³ E. GAUDEMET, « Saleilles, 1855-1912 » *précit.* ; F. CHÉNEDÉ, « Raymond Saleilles, Le contrat d'adhésion (1^{re} partie) » *précit.* ; et du même auteur, « Raymond Saleilles, Le contrat d'adhésion (2nde partie) » *précit.*

¹⁰⁸⁴ En ce sens, L. AYNÈS, « Un nouveau droit des contrats au service du droit français des affaires », *Gaz. Pal.* 12 juin 2017, n°Hors-série, n°3, p. 88 ; Ph. DELEBECQUE, « La réforme du droit des contrats : toujours autant d'incertitudes », *AJCA* 2017, p. 453.

¹⁰⁸⁵ V. notamment, C. GRIMALDI, « En attendant la loi de ratification... », *D.* 2016, p. 606 qui estime que la rédaction de la définition du contrat d'adhésion n'est pas claire. Dans le même sens, Haut Comité juridique de la Place financière de Paris, *Propositions d'amélioration de la rédaction des dispositions régissant le droit commun*, 2017, p. 21 s. ; Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et P. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations, op. cit.* spéc. p. 227-229, n°244 qui estiment que la définition du contrat d'adhésion dans l'ordonnance de réforme est « déplorable ».

discutés par la réforme¹⁰⁸⁶. Désormais codifié à l'article 1110 alinéa 2 du Code civil, le contrat d'adhésion est un contrat qui « comporte un ensemble de clauses non négociables déterminées à l'avance par l'une des parties »¹⁰⁸⁷. Cette catégorie d'acte juridique, opposée à celle classique du contrat de gré à gré, a fait une entrée remarquée en droit commun. En effet, il n'en allait pas de soi. Il fut même affirmé qu'une telle consécration en droit commun viendrait dénaturer ce qu'est le titre III du livre III du Code civil¹⁰⁸⁸. Pour cette partie de la doctrine, le droit antérieur à la réforme était suffisamment parvenu à encadrer les contrats d'adhésion, en apercevant « les dangers (les clauses accessoires) » et en proposant « les remèdes (interprétation *in favorem* et éviction des clauses abusives) »¹⁰⁸⁹ au travers de règles spéciales et de la jurisprudence. Il n'était alors pas nécessaire d'insérer dans le droit commun une réglementation particulière, propre aux contrats d'adhésion. Finalement, la réforme en a décidé autrement et au sein du nouveau droit des contrats, une définition et des dispositions propres au contrat d'adhésion ont vu le jour.

Pour comprendre pourquoi cette catégorie contractuelle s'intéresse uniquement aux périodes de formation et d'exécution du contrat, il faut revenir sur la notion (A) et le régime propre au contrat d'adhésion, instaurés par la réforme (B).

A. La notion de contrat d'adhésion depuis la réforme du droit des contrats

208. Une définition délicate – Avant d'arriver à la définition, pour l'heure définitive du contrat d'adhésion de 2018, différentes propositions de définition ont été développées. L'avant-projet de réforme de la Chancellerie, reprenant la définition posée par l'avant-projet Catala, proposait, en son article 10, de définir le contrat d'adhésion comme celui « dont les conditions, soustraites à la discussion, sont acceptées par l'une des parties telles que l'autres les avaient

¹⁰⁸⁶ En ce sens (non exhaustif) : Dossier « Le contrat d'adhésion », *in RDC/2*, 2019, p. 104 s ; T. REVET, « La réception du contrat d'adhésion par la théorie générale du contrat », *in* Dossier « le contrat d'adhésion », *précit.* p. 106 s. et du même auteur, « Les critères du contrat d'adhésion » *précit.* et aussi, « Le projet de réforme et les contrats structurellement déséquilibrés » *précit.*; F. CHÉNEDÉ, « Le contrat d'adhésion dans le projet de réforme », *D.* 2015, 1226 et du même auteur « Le contrat d'adhésion de l'article 1110 du Code civil », *JCP* 2016, 776 ; C. WITZ, « La nouvelle définition du contrat d'adhésion et ses effets sur les clauses sources de déséquilibre significatif », *RLDA* n°140, 2018 ; M. MEKKI, « La définition du contrat d'adhésion : on est loin de la « haute définition » ! », *in* Dossier « Le contrat d'adhésion » *précit.* p. 112. ; D. FENOUILLET, « Le juge et les clauses abusives », *RDC/2* 2016, 358 ; S. GAUDEMET, « Quand la clause abusive fait son entrée dans le Code civil », *CCC* 2016, étude 5 ; N. BLANC, « contrat d'adhésion et déséquilibre significatif après la loi de ratification », *in* Dossier « Le nouveau droit des obligations après la loi de ratification du 20 avril 2018 », *RDC* 2018, n°Hors-série, p. 20 ; A. DOWNE, « Le contrat d'adhésion à l'épreuve du droit des sociétés », *Revue des sociétés*, 2021, p. 160 s.

¹⁰⁸⁷ C. civ. art. 1110 al. 2 (version en vigueur depuis le 01 octobre 2018).

¹⁰⁸⁸ F. CHÉNEDÉ, « Raymond Saleilles, Le contrat d'adhésion (2nde partie) », *précit.* Le titre III du livre III « devrait être réservé aux contrats "classiques", de gré à gré, qu'avait à l'esprit le législateur de 1804 lorsqu'il a adopté le titre III du livre III ».

¹⁰⁸⁹ F. CHÉNEDÉ, « Raymond Saleilles, Le contrat d'adhésion (2nde partie) », *précit.*

unilatéralement déterminées à l'avance »¹⁰⁹⁰. Dans la version définitive du projet de réforme de 2015, celui-ci était défini à l'article 1108 alinéa 2 comme « celui dont les stipulations essentielles, soustraites à la libre discussion, ont été déterminées par l'une des parties »¹⁰⁹¹. Cette définition a fait l'objet de nombreuses critiques¹⁰⁹². On lui reprocha notamment de créer une confusion avec le contrat de dépendance. Il convient pourtant de distinguer les deux. En effet, comme l'explique Monsieur Chénédé la référence au terme « libre discussion » dans la définition de l'article 1108 du projet peut créer une confusion avec les contrats de dépendance¹⁰⁹³. Les deux sont pourtant différents, en ce sens que « l'*adhésion irréfléchie* aux conditions générales d'un fournisseur de services ou de biens (contrat d'adhésion) n'est pas la *soumission forcée* aux conditions particulières d'un distributeur (contrat de dépendance) »¹⁰⁹⁴. Les règles de ces deux types de contrats sont également différentes puisque les dispositions du droit de la concurrence sont applicables aux contrats de dépendance, alors que traditionnellement les règles du droit de la consommation sont applicables aux contrats d'adhésion. En utilisant l'expression « soustraites à la libre discussion », dans le projet de réforme, la définition du contrat d'adhésion englobait les contrats de dépendance qui ne pouvaient pas être concernés par les règles des contrats d'adhésion. Ainsi, la définition du contrat d'adhésion dans le projet de réforme n'était pas satisfaisante¹⁰⁹⁵. C'est pourquoi, pour donner suite à ces critiques, l'ordonnance de réforme de 2016 et la loi de ratification ont totalement modifié la définition du contrat d'adhésion.

209. La nouvelle définition du contrat d'adhésion issue de l'ordonnance de 2016 – Convaincus par ces nombreuses critiques, les rédacteurs de l'ordonnance de réforme ont consacré une définition tout autre du contrat d'adhésion. Les termes du texte ont été remplacés, définissant alors le contrat d'adhésion comme « celui dont les conditions générales, soustraites à la négociation, sont déterminées à l'avance par l'une des parties »¹⁰⁹⁶. Cette nouvelle définition permettait d'évincer les contrats de dépendance de la définition du contrat d'adhésion, ce qui fut salué¹⁰⁹⁷. Cette nouvelle définition s'est néanmoins, elle aussi, heurtée, à d'autres discussions relatives à l'emploi de l'expression « conditions générales », abandonnée

¹⁰⁹⁰ Avant-projet de réforme de la Chancellerie *précit.*, art. 10.

¹⁰⁹¹ Projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats présenté le 25 fév. 2015 *précit.* v. art. 1108 al 2.

¹⁰⁹² R. BOFFA, « Article 1108 : le contrat d'adhésion » *précit.*

¹⁰⁹³ F. CHÉNEDÉ, « Le contrat d'adhésion dans le projet de réforme » *précit.*

¹⁰⁹⁴ *Ibid.*

¹⁰⁹⁵ R. BOFFA, « Article 1108 : le contrat d'adhésion » *précit.*

¹⁰⁹⁶ C. civ. art. 1110 al 2. (version en vigueur entre le 01 octobre 2016 et le 01 octobre 2018).

¹⁰⁹⁷ F. CHÉNEDÉ, « Les classifications des contrats », *Dr. et Patr.* 2016, n°258.

par la loi de ratification¹⁰⁹⁸. La référence aux conditions générales a été largement discutée, aussi, il n'apparaît pas utile de revenir sur le débat¹⁰⁹⁹. Cette définition, applicable aux contrats conclus entre le 1^{er} octobre 2016 et le 30 septembre 2018, bien qu'insatisfaisante, a également reçu la critique de l'extension de la qualification de contrat d'adhésion (et les dispositions qui vont avec) à des contrats qui, de base, n'étaient pas censés entrer dans cette catégorie. Des auteurs ont alors souhaité que la jurisprudence réfute « une appréciation extensive de la définition du contrat d'adhésion »¹¹⁰⁰.

210. La définition définitive depuis la loi de ratification de 2018 – Finalement, à la suite des nombreuses critiques évoquées, aux discussions menées à l'Assemblée nationale et après de longs débats¹¹⁰¹, la loi de ratification a fait évoluer la définition¹¹⁰². Ce remaniement démontre à quel point la consécration de ce type de contrat en droit commun a interrogé. Si le contrat d'adhésion, tant sur le plan de sa définition que sur les modalités de son régime, semble avoir créé autant de controverses, c'est probablement parce que cette innovation vient modifier le droit commun du contrat. En effet, le Code civil basé sur le contrat de gré à gré n'avait jamais pris la peine de définir ce dernier. Or, avec l'intégration du contrat d'adhésion en droit commun, le contrat de gré à gré est désormais défini en opposition à celui-ci comme le contrat « dont les stipulations sont négociables entre les parties »¹¹⁰³.

Le 20 avril 2018, la version actuelle du contrat d'adhésion a été adoptée¹¹⁰⁴. Définitivement modifié, l'article 1110 alinéa 2 du Code civil dispose désormais que le contrat d'adhésion est « celui qui comporte un ensemble de clauses non négociables, déterminées à l'avance par l'une des parties »¹¹⁰⁵. Si certains sont satisfaits de la nouvelle définition¹¹⁰⁶, d'autres, au contraire,

¹⁰⁹⁸ D. MAZEAUD, « Le nouveau droit des obligations : observations conclusives » *précit.*

¹⁰⁹⁹ Pour une explication des « conditions générales » v. notamment C. DELANGLE, « Le nouveau dispositif consacré aux contrats d'adhésion », *JCP E & A* 2017, n°35, Dossier 1452, p. 25-28 ; Sur le contrat d'adhésion dans la réforme voir T. REVET, « Les critères du contrat d'adhésion » *précit.* ; F. CHÉNEDÉ, « Le contrat d'adhésion de l'article 1110 du Code civil », *JCP G* 2016, n°27, Libres propos 776, p. 1334-1338.

¹¹⁰⁰ B. FAGES, J. HEINICH, F. BUY *et al.*, *Le Lamy droit du contrat*, Wolters Kluwer, 2019, n°1298. T. REVET, « L'incohérent cantonnement, par l'Assemblée nationale, du domaine du contrat d'adhésion aux contrats de masse » *précit.*

¹¹⁰¹ Pour une vue d'ensemble sur cette discussion v. notamment F. CHÉNEDÉ, « Interprétation et amélioration du nouveau droit des contrats », *D.* 2017, p. 2214 et « La réforme du droit des contrats et le dialogue entre les chambres », *AJ Contrat* 2018, p. 25 ; D. MAZEAUD, « Contrat d'adhésion : nouvelle version, nouvelle désillusion... », *JCP* 2018, n°3, édito p. 57.

¹¹⁰² M. MEKKI, « La notion de contrat d'adhésion : on est loin de la « haute définition » ! » in Dossier « Le contrat d'adhésion », *RDC/2* 2019, p. 112 ; L. ANDREU, « Le nouveau contrat d'adhésion », *AJCA* 218, p. 262.

¹¹⁰³ C. civ. art. 1110 al 1 (version en vigueur depuis le 01 octobre 2018).

¹¹⁰⁴ V. notamment le Dossier « Le contrat d'adhésion » in *RDC 2019/2* ; T. REVET, « L'incohérent cantonnement, par l'Assemblée nationale, du domaine du contrat d'adhésion aux contrats de masse », *précit.*, p. 124.

¹¹⁰⁵ C. civ. art. 1110 al. 2 (version en vigueur depuis le 01 octobre 2018).

¹¹⁰⁶ S. PELLET, « Heureuse réforme de la définition du contrat d'adhésion », *L'ESSENTIEL Droit des contrats* n°5, 2018, p. 1 ; T. REVET, « Le temps d'après » *précit.*

n'y trouvent toujours pas leur compte¹¹⁰⁷. A notre sens, elle a le mérite d'être plus claire que les définitions précédentes. Le recours aux « conditions générales » est abandonné. Trois critères de qualifications sont désormais à prendre en compte : « 1° la pré-rédaction des clauses (critère inchangé) ; 2° le caractère « non négociable », et non plus « non négociée », de ces stipulations pré-rédigées ; 3° l'existence d'un « ensemble de clauses » non-négociables, qui se substitue aux « conditions générales », qui maintient l'exigence, si ce n'est d'un bloc, du moins d'un certain nombre de clauses soustraites à toute négociation »¹¹⁰⁸. Il ne faut pas minimiser le travail de la jurisprudence qui aura fort à faire pour déterminer, à l'avenir, la qualification et des contours plus précis de la notion de contrat d'adhésion. Pour l'instant, elle n'a pas eu l'occasion de se prononcer sur ce point.

Le contrat d'adhésion a intégré notre droit des contrats. Une telle consécration doit être saluée car elle prend en compte l'évolution des modèles contractuels de droit commun. Madame Belloubet, Garde des sceaux de 2017 à 2020, a d'ailleurs affirmé que « le principe de l'introduction dans le code civil de la notion de contrat d'adhésion a été unanimement salué, cette figure contractuelle étant extrêmement courante en pratique »¹¹⁰⁹. Avec la modification de la réalité contractuelle, le droit français ne pouvait plus ignorer l'importance du contrat d'adhésion en droit commun. C'est donc pourquoi cette intégration semble unanimement saluée par la doctrine, même si certains auraient préféré que les contrats d'adhésion soient codifiés au titre du droit spécial¹¹¹⁰.

211. L'émergence d'une nouvelle *summa divisio* du contrat – Ce nouveau type de contrat de droit commun est singulier puisqu'il emporte avec lui, une part substantielle d'unilatéralisme. Au stade de sa formation, l'élaboration du contrat d'adhésion est unilatérale et se distingue de son antonyme, le contrat de gré à gré. Il faut bien comprendre que cette consécration des contrats d'adhésion n'est pas anodine. Elle démontre la prise en compte, par le législateur, d'une nouvelle réalité contractuelle : l'inégalité entre les contractants. À ce titre,

¹¹⁰⁷ Pour une vue d'ensemble sur le nouveau contrat d'adhésion après la loi de ratification, v. le dossier sur « Le contrat d'adhésion » in le Dossier « Le contrat d'adhésion » in *RDC/2* 2019.

¹¹⁰⁸ F. CHÉNEDÉ, « L'achèvement de la réforme du droit des contrats et des obligations : la ratification et la modification de l'ordonnance du 10 février 2016 », *AJ Famille* 2018, p. 258.

¹¹⁰⁹ N. BELLOUBET (ex Garde des sceaux, ministre de la Justice), *Discours Assemblée nationale XVe législature* – session ordinaire de 2017-2018 Compte rendu intégral – séance du lundi 11 décembre 2017, disponible en ligne sur <http://www.assemblee-nationale.fr/15/cr/2017-2018/20180092.asp> [consultée le 24 juin 2020].

¹¹¹⁰ A. CAYOL, « Le contrat d'adhésion : un contrat spécial ? », *précit.* ; Comp. F. CHÉNEDÉ, « Raymond Saleilles, Le contrat d'adhésion (2^{nde} partie) », *précit.* L'auteur aurait préféré que le titre III du Code civil demeure consacré aux seuls contrats de gré à gré.

nous constatons une fracture du droit commun qui reposerait sur la distinction entre les contrats d'adhésion et de gré à gré.

La question d'une division du droit commun en deux catégories distinctes entre les contrats de gré à gré et d'adhésion a commencé à voir le jour en 2015 avec le projet de réforme du droit des contrats¹¹¹¹. Avec les définitions de ces deux contrats, certains auteurs ont développé l'idée sous-jacente qu'il existerait désormais un double droit commun¹¹¹². Aux prémices du projet de réforme, l'expression « double droit commun » était probablement exagérée. Dans le but de protéger les contractants placés dans une position de faiblesse, une partie de la doctrine s'est toutefois saisie de la distinction entre les contrats d'adhésion et de gré à gré. Cela lui a permis d'affirmer qu'il existait une fracture du droit commun des contrats et qu'il était nécessaire que le régime de droit commun en tienne compte¹¹¹³.

Au fil de l'avancée de la réforme, du projet à l'entrée en vigueur de l'ordonnance ratifiée le 1^{er} octobre 2018, des développements approfondis sur la thèse selon laquelle le nouveau droit commun se diviserait désormais en deux grandes catégories que sont les contrats de gré à gré (figure classique) et les contrats d'adhésion (figure moderne), ont émergé¹¹¹⁴. Selon cette analyse, le droit commun serait alors divisé en deux types de contrats : les contrats négociés et les contrats non négociés, illustrés dans la réforme, au travers des notions respectives de contrat de gré à gré et contrat d'adhésion¹¹¹⁵. Il existerait ainsi une « nouvelle *summa divisio* du droit commun des contrats »¹¹¹⁶. À notre avis, en consacrant les contrats d'adhésion au titre du droit

¹¹¹¹ T. REVET, « Le projet de réforme et les contrats structurellement déséquilibrés » *précit.*

¹¹¹² F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, *Cours de droit civil – Contrats – Théorie générale et quasi-contrats*, *op. cit.* n°4.

¹¹¹³ V. not. en ce sens, R. BOFFA, « Article 1108 : le contrat d'adhésion », *précit.* p. 736 « Si le Code civil doit rester un modèle, il doit embrasser l'ensemble des conventions. Il faut donc se réjouir que le projet consacre ce qui constitue sans doute la *summa divisio* moderne du droit des contrats. Ainsi, l'articulation de la force obligatoire et de la bonne foi, le rôle du juge, la place du consentement, ne peuvent en effet être envisagés de la même manière selon que le contrat est le fruit d'une discussion entre les parties, ou qu'il résulte de l'adhésion plus ou moins consciente à un moule préétabli par autrui ».

¹¹¹⁴ V. notamment T. REVET, « Le contrat Janus ou la dualisation de la théorie du contrat » in *Mélanges en l'honneur du Professeur Laurent Aynès, Liberté, justesse, autorité*, LGDJ 2019, p. 421 ; du même auteur, « L'incohérent cantonnement, par l'Assemblée nationale, des contrats d'adhésion aux contrats de masse », *précit.* p. 124 : « cette distinction met à mal la conception profondément unitaire du contrat et de son régime, qui prévalait en droit commun des contrats depuis 1804 » ; G. CHANTEPIE, « Les virtualités du contrat d'adhésion », in G. CHANTEPIE et M. LATINA (dir.), *Le contrat d'adhésion, perspectives franco-québécoises*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2018, p. 143 s., spéc. p. 144 : « En retour l'introduction du contrat d'adhésion perturbe nécessairement le récit doctrinal : soit parce qu'il fait une place à une catégorie de contrats qui était occultée, avec la tentation d'en minimiser l'importance, en essayant de prescrire une interprétation restrictive de sa portée normative ; soit parce qu'il offre l'occasion de transformer ce récit, en scindant la présentation du droit des contrats suivant que le contrat procède d'une négociation ou d'une adhésion ».

¹¹¹⁵ V. en ce sens, M. FABRE-MAGNAN, « Critique de la notion de contenu du contrat », *précit.* spéc. p. 645 ; T. REVET, « la réception du contrat d'adhésion par la théorie générale des contrats », *RDC/2* 2019, p. 106.

¹¹¹⁶ T. REVET, « Le nouveau discours contractuel (rapport de synthèse) » *précit.* 627 : « La distinction entre les contrats et les contrats d'adhésion constitue la nouvelle *summa divisio* du droit commun des contrats : elle se fonde sur ce qui constitue le cœur et l'essence du contrat depuis l'avènement de la période moderne à savoir le rôle de la

commun, la réforme a consacré la présentation d'un nouveau paysage contractuel. Le contrat de gré à gré, basé sur la volonté commune des parties, n'est plus le principal contrat de référence en droit commun. À l'opposé, avec l'intégration du contrat d'adhésion, une seule volonté peut, à partir du moment où l'autre partie accepte un contenu juridique de façon unilatérale, donner naissance à un contrat¹¹¹⁷. Nous estimons alors que la conception structurelle du contrat est modifiée¹¹¹⁸. D'un côté, il existe les contrats dont deux volontés déterminent ensemble le contenu de ceux-ci et de l'autre côté, des contrats où une seule volonté détermine, l'ensemble du contenu contractuel. « La notion de contrat d'adhésion crée un nouvel axe de répartition du droit des contrats, qui pourrait s'ordonner désormais autour du clivage fondamental entre contrats de gré à gré et contrats d'adhésion, pour la bonne et simple raison que le fondement même du lien juridique n'est pas identique. Ainsi, « là où le "gré à gré" repose sur une volonté commune des parties, que l'on peut donc admettre pour apprécier la validité du contrat et que l'on pourra rechercher par la suite lorsqu'il s'agira de l'interpréter, le contrat d'adhésion ne repose que sur le pouvoir unilatéral d'une partie qui arrête l'économie du contrat à laquelle l'autre ne peut que « se soumettre ou se démettre », sa liberté se limitant à une abstention... souvent impossible »¹¹¹⁹. Ces nouveaux développements doctrinaux démontrent l'apparition nouvelle d'une nouvelle *summa divisio* en fonction des situations contractuelles¹¹²⁰, à laquelle nous adhérons. À notre sens, le point de fracture entre les contrats d'adhésion et de gré à gré se situe au stade de la formation du contrat. C'est probablement ce qui explique l'absence d'incidence de la catégorie des contrats d'adhésion sur l'exercice des sanctions unilatérales. Toutefois, cela nous semble incohérent, dans la mesure où l'inégalité entre les contractants ne cesse pas en cas d'inexécution du contrat par l'une des parties, comme nous allons le voir.

volonté dans l'existence, le contenu et le régime du contrat » ; du même auteur, « Réflexions sur l'unilatéralisme dans le droit rénové des contrats », *précit.*

¹¹¹⁷ D. MAZEAUD, « Quelques mots sur la réforme du droit des contrats », *D.* 2018, p. 912 : « Aux contrats bilatéralement conclus et conçus, il faut donc opposer désormais les contrats bilatéralement conclus mais unilatéralement conçus. Les premiers sont de gré à gré, les seconds, d'adhésion. C.Q.F.D. ! ».

¹¹¹⁸ T. REVET, « Le contrat Janus ou la dualisation de la théorie du contrat », *précit. spéc.* p. 423 : « la liberté de fixer le contenu du contrat ne vaut pas pour toutes les parties à tous les contrats : en matière de contrat de contrat d'adhésion, elle n'appartient, dans les faits, qu'à l'un des cocontractants ».

¹¹¹⁹ A. BÉNABENT, « Le contrat d'adhésion - Propos conclusifs » in Dossier « Le contrat d'adhésion », *RDC/2* 2019 p. 167 s. V. comp. G. DEREUX, « La nature juridique des "contrats d'adhésion" » *précit.* et T. REVET, « Les critères du contrat d'adhésion », *précit. spéc.* n°10 : « un contrat est donc, nécessairement, soit de gré à gré, soit d'adhésion ; il ne peut pas être ni l'un, ni l'autre ».

¹¹²⁰ V. *contra* L. ANDREU, « le nouveau contrat d'adhésion », *précit.* ; B. MORON-PUECH, *Contrat ou acte juridique ? : Étude à partir de la relation médicale*, *op. cit.* qui qualifie les contrats d'adhésion comme des actes juridiques, qui doivent se distinguer du contrat. Dans le même sens, L. MOLINA, *La prérogative contractuelle*, *op. cit.* n° 306, *spéc.* p. 331, qui évoque une *summa divisio* basée sur la distinction entre les contrats de gré à gré et les « situations d'adhésion ».

212. Bilan du A – En consacrant la catégorie des contrats d’adhésion en droit commun, on peut alors penser que le droit des contrats reconnaît l’existence d’une fracture du droit commun. Le législateur admet, qu’à côté des contrats « équilibrés », il existe des contrats dont les situations d’inégalité sont telles, et de toute sortes¹¹²¹, qu’il est nécessaire de protéger davantage les contractants de ce type de contrat. C’est pourquoi, il se propose de corriger ces inégalités en accordant des règles particulières propres aux contrats d’adhésion afin de rétablir les déséquilibres structurels existants dans ce type de contrat. Il convient donc d’étudier les règles spéciales des contrats d’adhésion pour se rendre compte que les sanctions unilatérales n’en font pas partie (B).

B. Les règles spécifiques des contrats d’adhésion limitées au contenu du contrat

213. Deux types de règles spéciales relatives au contrat d’adhésion ont intégré le droit commun. Elles ont pour domaine le contenu du contrat. Il s’agit de celles relatives à l’interprétation du contrat et celles relatives au contrôle des clauses contractuelles pouvant donner naissance à un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties. Les règles spéciales du contrat d’adhésion n’intéressent pas le domaine de l’inexécution du contrat. Historiquement, elles étaient limitées au contenu du contrat. En droit positif, il en va de même. Il est nécessaire de comprendre pourquoi les règles du contrat d’adhésion sont principalement limitées à celles intéressant le contenu de ce dernier pour commencer à justifier l’absence de prise en compte de ces situations contractuelles particulières dans les sanctions unilatérales.

214. Le cantonnement des règles des règles spéciales du contrat d’adhésion au contenu du contrat et sa justification – Il faut revenir sur l’historique de l’intégration des règles des contrats d’adhésion pour comprendre pourquoi les règles de ces derniers ne concernent pas les sanctions unilatérales. Dès le début du XX^e siècle, Saleilles s’est saisi de « cette nouvelle réalité contractuelle »¹¹²². Pour l’encadrer, il a proposé « l’adoption d’une règle spécifique d’interprétation des contrats pour les contrats d’adhésion », consistant, non plus en la recherche de la volonté commune des parties, mais en interprétant « la volonté solitaire de l’offrant tout en ménageant les intérêts de l’adhérent au nom de la loyauté commerciale et des exigences

¹¹²¹ Par exemple, les inégalités peuvent être d’information, de savoir, de compétences, *etc.* En ce sens, P. LOKIEC, *Contrat et pouvoir*, *op. cit.* spéc. p. 22 s.

¹¹²² F. CHENEDÉ, « Raymond Saleilles, Le contrat d’adhésion (2^{ème} partie) » *précit.*

d'humanité »¹¹²³. Il ne développa, pourtant, jamais de régime général pour ce type de contrat particulier. Parallèlement, à la même époque, comme l'explique Monsieur Chénédé, le législateur n'est pas resté dans l'ignorance du développement de ces situations d'adhésion¹¹²⁴. Ce dernier, ainsi que la jurisprudence ont, en effet, pris conscience des « inégalités de fait » entre les parties¹¹²⁵. Des dispositions spéciales pour encadrer ces contrats particuliers (contrat de travail, d'assurance ou encore de transport) ont commencé à voir le jour¹¹²⁶. Les inégalités économiques, qui ont commencé à émerger durant la période de la révolution industrielle à la fin du XIX^e siècle, ont conduit le juge et le législateur à intervenir dans la relation contractuelle afin de protéger les parties faibles contre les parties fortes¹¹²⁷. Ces derniers ont alors pris conscience de la nécessité de remettre en cause « l'égalité abstraite des contractants »¹¹²⁸. Il était nécessaire d'intervenir dans le contrat.

Cet interventionnisme a principalement intéressé les règles d'interprétation du contrat. L'ancien article 1162 du Code civil prévoyait déjà une disposition relative à l'interprétation des conventions¹¹²⁹. D'après cette disposition, la convention devait s'interpréter en faveur du débiteur et contre le créancier. La jurisprudence, en renouvelant l'interprétation de la lettre du texte, en a déduit que, pour s'adapter aux contrats d'adhésion (plus précisément aux contrats non négociés entre les parties avec une partie adhérent sans limite aux stipulations du contrat), « le stipulant devait s'entendre, non pas du créancier, mais de celui qui a rédigé la stipulation équivoque »¹¹³⁰. De fait, dans les contrats où une partie n'a fait qu'adhérer à un contenu entièrement déterminé à l'avance par l'autre partie, en cas de doute d'interprétation, l'adhérent avait les faveurs des juges. Le contrat devait alors s'interpréter, non pas contre le créancier, mais contre la partie qui avait rédigé l'acte ou, du moins contre celle qui avait imposé le contrat à l'autre sans aucune négociation possible¹¹³¹. Pour compléter cette réglementation, le droit de

¹¹²³ F. CHÉNEDÉ, « Raymond Saleilles, Le contrat d'adhésion (2^{ème} partie) » *précit.*

¹¹²⁴ *Ibid.*

¹¹²⁵ J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé, op. cit.* v. « Contrat », spéc. p. 540, n°8.

¹¹²⁶ F. CHÉNEDÉ, « Raymond Saleilles, Le contrat d'adhésion (2^{ème} partie) », *précit.*

¹¹²⁷ *Ibid.* p. 540. V. infra sur la détermination de la partie faible. ¹¹²⁷ J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé, op. cit.* v. « Contrat », spéc. p. 540, n°8.

¹¹²⁸ J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé, op. cit.* v. « Contrat », spéc. p. 539, n°8.

¹¹²⁹ C. civ. art. 1162 anc. (version en vigueur du 17 février 1804 au 01 octobre 2016) : « Dans le doute, la convention s'interprète contre celui qui a stipulé et en faveur de celui qui a contracté l'obligation ».

¹¹³⁰ F. CHÉNEDÉ, « Raymond Saleilles, Le contrat d'adhésion (2^{ème} partie) », *précit.* : à propos de Cass. Civ. 1^{re}, 22 oct. 1974, n°73-13482

¹¹³¹ T. REVET, « L'uniformisation de l'interprétation : contrats types et contrats d'adhésion », in Dossier « L'interprétation : une menace pour la sécurité des conventions ? », *RDC/I* 2015, p. 199 qui cite CA Bordeaux, 16 janv. 2009, n°08/00123 : « Selon l'article 1162 du Code civil, le contrat s'interprète, dans le doute, contre celui qui a stipulé et en faveur de celui qui a contracté l'obligation ; en matière de contrat d'assurance, qualifié de contrat d'adhésion, il convient d'interpréter le contrat contre celui qui l'a rédigé, c'est-à-dire l'assureur » ; CA Angers, 21 mai 2001, n°2000/00744 : « le juge interprète le contrat dans le sens favorable à celui qui a adhéré à un contrat d'adhésion ».

la consommation a consacré, aux termes de l'article L133-2 du code de la consommation, une disposition spéciale de rédaction et d'interprétation des clauses du contrat. Celles-ci devaient être suffisamment claires et s'interprétant en faveur du consommateur ou du non-professionnel. Depuis la réforme du droit des contrats, l'article 1190 du Code civil dispose que « dans le doute, le contrat de gré à gré s'interprète contre le créancier et en faveur du débiteur, et *le contrat d'adhésion contre celui qui l'a proposé* »¹¹³². Cette nouvelle disposition intéresse la distinction entre les contrats de gré à gré et d'adhésion, accordant à ces derniers, une spécificité d'interprétation. Cette faveur accordée à l'adhérent à un contrat d'adhésion semble être présente afin de le limiter la source de l'inégalité entre les contractants, qui pourrait donner lieu à des abus.

Comme l'explique Monsieur Chénédé, dans le contrat d'adhésion, il semblerait que la source du déséquilibre entre la partie faible et la partie forte repose sur le contenu du contrat et plus spécifiquement sur les clauses accessoires de ce dernier¹¹³³. Dans un contrat d'adhésion, l'adhérent, la partie faible, a accepté ou refusé le contrat dans son entier. Il n'a pas participé pas à son élaboration. L'origine de l'inégalité entre les contractants réside alors dans cette élaboration unilatérale qui ne permet pas à l'adhérent à un contrat d'adhésion de négocier l'intégralité du contenu et qui peut donner lieu à des abus, « au profit de l'offrant »¹¹³⁴. Toutefois, il est évident que pour consentir à ce qui lui est proposé, l'adhérent va analyser la proposition qui lui est faite. C'est pourquoi, il va nécessairement s'intéresser aux clauses principales du contrat, savoir celles portant sur l'objet (généralement le prix et la chose)¹¹³⁵. Il en va autrement pour les « clauses accessoires », qu'il accepte en bloc, considérant celles-ci comme des conditions générales, très peu remarquées¹¹³⁶. Ainsi, comme l'explique Monsieur

¹¹³² C. civ. art. 1190 (version en vigueur depuis le 01 octobre 2016), nous soulignons. Des doutes persistent quant à la mise en œuvre de cette règle, (v. en ce sens, F. CHÉNEDÉ, *Droit des obligations et des contrats*, op. cit. spéc. n°124.43, p. 126 : « l'interprétation en faveur de l'adhérent s'impose-t-elle dès lors que l'on est en présence d'une clause ambiguë ou seulement en cas de doute persistant sur le sens de cette clause ? »), notamment quant à l'interrogation sur son application directe ou subsidiaire face au nouvel article 1188 du Code civil (C. civ. art. 1188 (version en vigueur depuis le 01 octobre 2016) : « Le contrat s'interprète d'après la commune intention des parties plutôt qu'en s'arrêtant au sens littéral de ses termes. Lorsque cette intention ne peut être décelée, le contrat s'interprète selon le sens que lui donnerait une personne raisonnable placée dans la même situation »

¹¹³³ F. CHÉNEDÉ, « Raymond Saleilles, Le contrat d'adhésion (2nde partie) », précit

¹¹³⁴ F. CHÉNEDÉ, « Raymond Saleilles, Le contrat d'adhésion (2nde partie) », *précit.* : « De toute évidence, une telle absence de négociation peut être source d'abus au détriment de l'adhérent et au profit de l'offrant ».

¹¹³⁵ F. CHÉNEDÉ, *Droit des obligations et des contrats*, op. cit. spéc p. 101, n°123.372 : « le contractant accepte librement et sciemment le prix de la prestation principale [...] Seules les stipulations accessoires – préredigées et non négociables – échappent à son contrôle ».

¹¹³⁶ *Ibid.* spéc. p. 101, n° 123.372. ; Dans le même sens, F. CHÉNEDÉ, « Raymond Saleilles, Le contrat d'adhésion (2nde partie) », précit : l'auteur cite V. PICHON, *Des contrats d'adhésion, leur interprétation et leur nature*, th. Lyon, 1909.

Chénédé, ce sont alors les clauses « non négociables » qui créent les déséquilibres entre les parties¹¹³⁷. Le déséquilibre dans un contrat d'adhésion reposerait alors sur son contenu.

215. La justification du cantonnement des règles spéciales du contrat d'adhésion au contenu du contrat depuis la réforme de 2016 – C'est pourquoi, à notre avis, lorsqu'en 2016, le législateur a affiché explicitement son intention de contrôler l'équilibre dans les contrats structurellement déséquilibrés¹¹³⁸, il a inséré dans les règles du droit commun, un contrôle des clauses abusives. Celles-ci peuvent se définir comme « les stipulations qui affecteraient l'équilibre du contrat »¹¹³⁹. Ces clauses sont connues du droit français, puisque le droit de la consommation et le droit de la concurrence les sanctionnent au regard de la notion de déséquilibre significatif. Le législateur a donc introduit au sein de l'article 1171 du Code civil, un contrôle de l'équilibre contractuel avec la sanction du déséquilibre significatif, sur la base de ces droits spéciaux. Désormais, « dans un contrat d'adhésion, toute clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties au contrat est réputée non écrite »¹¹⁴⁰. L'article poursuit en précisant que « l'appréciation du déséquilibre significatif ne porte ni sur l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation »¹¹⁴¹. En premier lieu, la nouvelle disposition est cantonnée aux seuls contrats d'adhésion, contrats non librement négociés où dès la formation de ceux-ci, les parties sont placées dans une situation de déséquilibre. En second lieu, elle n'intéresse que les clauses accessoires du contrat¹¹⁴². Par conséquent, il ressort que l'article 1171 nouveau du Code civil vient prolonger le contrôle des clauses abusives à celui des clauses accessoires venant déséquilibrer le contrat. En effet, l'article 1170 du Code civil prévoit un contrôle des clauses du contrat¹¹⁴³. Ce dernier n'est pas réservé

¹¹³⁷ F. CHÉNEDÉ, *Droit des obligations et des contrats*, op. cit. spéc. p. 101, n°123.372.

¹¹³⁸ N. BLANC, « Contrat d'adhésion et déséquilibre significatif après la loi de ratification » in Dossier « Le nouveau droit des obligations après la loi de ratification du 20 avril 2018 », *RDC 2018 n°Hors-série*, p. 20 s.

¹¹³⁹ G. CHANTEPIE, « Les clauses abusives et leur sanction en droit commun des contrats » in « la réforme en pratique », *AJCA 2015*, 121 s.

¹¹⁴⁰ Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 *précit.* art. 1171 al 1^{er}.

¹¹⁴¹ C. civ. art. 1171 al 2 (version en vigueur depuis le 01 octobre 2018).

¹¹⁴² V. *supra* n°93 s.

¹¹⁴³ Cet article fait écho à la célèbre jurisprudence *Chronopost* de la fin des années 1990 : Cass. Com. 22 oct. 1996, dit *Chronopost*, *Bull. civ.* IV, n°258, et surtout à l'arrêt Cass. Com. 29 juin 2010, n°09-11841 ; dit *Faurecia II* ; *D.* 2010, p1832, obs. X. DELPECH ; *ibid.* D. MAZEAUD. Avec l'arrêt *Faurecia II*, la Cour de cassation a mis un terme à cette saga sur les clauses limitatives de réparation pour reprendre l'expression de Monsieur Mazeaud (*D.* 2010, p. 1832, *précit.*). Désormais l'arrêt *Faurecia II* explique « seule est réputée non écrite la clause limitative de réparation qui contredit la portée de l'obligation essentielle souscrite par le débiteur ». Autrement dit, avec l'arrêt *Faurecia II*, toutes les clauses limitatives de responsabilité ne seront plus annulées au simple motif qu'elles contreviennent à l'obligation essentielle. Il faut qu'elles vident de « toute sa substance l'obligation essentielle » (Cass. Com. 29 juin 2010, n°011841 *précit.*). Le terme d'obligation essentielle est réutilisé dans l'ordonnance et « n'est qu'une illustration de la théorie de la cause contrepartie », cause objective (Ph. DELEBECQUE, « Article 1168 : la clause privant de sa substance l'obligation essentielle du contrat », *RDC/3 2015*, p. 759). Ainsi, pour comprendre l'article 1170 du Code civil, il est donc nécessaire de faire appel à la notion de « cause contrepartie »

aux contrats de gré à gré. Ce contrôle fait écho à l'ancienne notion de cause. Elle fut, en droit commun, lorsque le droit spécial n'était pas applicable¹¹⁴⁴, la notion utilisée pour contrôler l'équilibre du contrat et évincer les clauses abusives¹¹⁴⁵. Avec la malléabilité et la flexibilité reconnue à la notion disparue, la jurisprudence s'est servie de cette dernière pour contrôler les déséquilibres relatifs au contenu du contrat en droit commun lorsque le droit de la consommation se retrouvait inapplicable¹¹⁴⁶. Cette utilisation déformée de la cause, pour contrôler les clauses abusives dans les contrats a participé à sa disparition¹¹⁴⁷. Désormais, avec l'article 1171, l'article 1170 du Code civil participe au contrôle des clauses abusives dans les contrats d'adhésion. Il faut retenir que le contrôle des clauses abusives est très poussé pour les contrats d'adhésion. Dans ces derniers, deux articles viennent donc à l'appui du contrôle des clauses abusives¹¹⁴⁸. Il s'agit de l'article 1171 du Code civil qui n'est applicable qu'à cette catégorie de contrat et de l'article 1170 du Code civil qui trouve son application dans l'hypothèse où l'une des clauses d'un contrat d'adhésion venait vider de sa substance l'obligation essentielle du contrat. Par conséquent, du fait de la combinaison de ces deux articles, un contrôle stricte des clauses est réalisé.

Historiquement, le contrôle de l'équilibre du contrat des situations d'adhésion repose uniquement sur des règles qui intéressent le contenu du contrat (interprétation et contrôle des

(A. SÉRIAUX et G. LARDEUX, *Manuel de droit des obligations*, PUF, coll. droit fondamental, 5^e éd. 2023, p. 101, n°44), malheureusement disparue du droit des contrats avec l'ordonnance de réforme de 2016.

¹¹⁴⁴ Le droit de la consommation fut le premier à insérer un contrôle des clauses abusives dans les situations où un professionnel imposait un contrat non négocié à un consommateur ou à un non professionnel avec la notion de « déséquilibre significatif » (F. CHÉNEDÉ, « Raymond Saleilles, Le contrat d'adhésion (2^{de} partie) », *précit.*). Dans la même direction, une protection assurément proche de celle du droit de la consommation, fut également insérée dans les contrats entre professionnels à propos des pratiques restrictives de concurrence au sein de l'article L442-6, I, 2° du Code de commerce

¹¹⁴⁵ V. notamment D. MAZEAUD, « La protection par le droit commun » in *Les clauses abusives entre professionnels*, Economica, 1998, p. 33 et s.

¹¹⁴⁶ V. notamment Cass. Com. 22 oct. 1996, dit *Chronopost*, *Bull. civ.* IV, n°258 ; D. 1997, 121, note A. SÉRIAUX ; D. 1997. Comm. 145, obs. C. LARROUMET et 175, obs. P. DELEBECQUE ; *Defrénois* 1997, 333, obs. D. MAZEAUD ; *JCP* 1997, I, 4002, obs. M. FABRE-MAGNAN ; *JCP* 1997, I, 4025, obs. G. VINEY ; *JCP* 1997, II, 22881, obs. D. COHEN ; *RTD civ.* 1997, 418, obs. J. MESTRE ; *GAJC*, t. 2, n°156, p.72.

¹¹⁴⁶ H. CAPITANT, F. TERRÉ, Y. LEQUETTE et F. CHÉNEDÉ, *GAJC*, t. 2, *op. cit.* n°156, p. 72.

¹¹⁴⁷ Elle était, depuis toujours, une notion controversée et nombreux sont les arguments anti-causalistes. A titre d'exemple, elle a pu être qualifiée de « fausse et inutile » car elle ne permettrait pas de justifier l'interdépendance des obligations des contrats synallagmatiques et qu'elle se confondrait avec l'objet (PLANIOU, *Traité élémentaire de droit civil*, t. 2, LGDJ, 11^{ème} éd., 1928-1932.). D'autres auteurs, sur la base de l'histoire ont expliqué qu'elle était superflue (E.M. MEIJERS, « Les théories médiévales concernant la cause de la stipulation et la cause de la donation », in *Études d'histoire du droit, publiées par R. FEENSTRA et H.W.D. FISCHER, t.4, Le droit romain au Moyen-Âge, Deuxième partie : C. Aspect de l'histoire de quelques principes juridiques*, Leyde 1966, pp. 107-131) et née de la déformation des sources du droit romain (E. CHEVREAU, « La cause dans le contrat en droit français : une interprétation erronée des sources du droit romain », *RDC/I* 2013, p. 11). Enfin, nombreux sont les pays non causalistes ou qui ont abandonné la notion à l'image des Pays-Bas ou de l'Allemagne par ex, (v. J. GHESTIN, *Cause de l'engagement et validité du contrat*, LGDJ, 2006, spéc. p. 5, n°5 et p. 23, n°29).

¹¹⁴⁸ V. *supra* n°93 et s., spéc. n°95.

clauses de ce dernier). À notre avis, ce contrôle a toujours été limité au contenu du contrat, parce qu'historiquement, le législateur a considéré que le cœur du déséquilibre dans les contrats d'adhésion reposait sur l'absence de négociabilité de certaines clauses. Cette absence de négociabilité étant due à l'élaboration unilatérale de ce type de contrat. Ainsi, lors de la réforme du droit des contrats, une interprétation *in favorem* et un contrôle des clauses non négociables dans les contrats d'adhésion a semblé alors suffisant aux yeux du législateur pour protéger la partie faible dans les contrats d'adhésion. Dès lors, ce cantonnement historique des règles spécifiques dans les contrats d'adhésion au contenu du contrat expliquerait alors pourquoi celles relatives aux sanctions unilatérales n'ont pas tenu compte de cette catégorie particulière de contractants.

216. Bilan du B – Pour protéger l'adhérent, le régime du contrat d'adhésion comportait historiquement deux types de règles : celles relatives à l'interprétation du contrat et celles relatives au contrôle du déséquilibre significatif. Créés pour éviter d'accentuer les déséquilibres entre les parties à un contrat d'adhésion, structurellement déséquilibré dès sa formation, elles étaient cantonnées au contenu du contrat. L'historique de la notion et des règles des contrats d'adhésion peut permettre de livrer une explication justifiant l'exclusion de la prise en compte de cette catégorie particulière de contrat dans les sanctions de l'inexécution. Le cœur du déséquilibre reposait sur le contenu du contrat : les clauses non négociables. Si celles-ci étaient contrôlées et interprétées *in favorem*, la protection de la partie faible était alors suffisante. Ces règles spéciales pouvaient permettre de rétablir l'équilibre du contrat, en cas d'abus potentiel généré par l'élaboration du contrat d'adhésion. Il n'était donc pas nécessaire que les règles de l'inexécution rajoutent une protection supplémentaire.

217. Conclusion du §1 – Désormais, la catégorie des contrats d'adhésion a intégré le droit commun des contrats. En intégrant de tels contrats au titre du droit commun, le législateur semble reconnaître qu'il existe une fracture du droit commun basée sur la *summa divisio* des contrats d'adhésion et de gré à gré. Toutefois, il n'a pas consacré explicitement, à l'instar du droit québécois, cette distinction comme la *summa divisio* principale du droit commun du droit des contrats¹¹⁴⁹. Pour l'heure, elle reste « une *summa divisio* du droit des contrats »¹¹⁵⁰, dont

¹¹⁴⁹ C. civ. québécois art. 1379 al. 2 « Tout contrat qui n'est pas d'adhésion est de gré à gré ». v. B. MOORE, « Le contrat d'adhésion en droit québécois » in Dossier Le contrat d'adhésion, *RDC/2* 2019, p. 123. Nous soulignons.

¹¹⁵⁰ M. MEKKI, « La notion de contrat d'adhésion : on est loin de la « haute définition » ! » précti. Nous soulignons.

seul le contenu du contrat bénéficie de règles spécifiques relatifs à ce type de contrat particulier. À notre sens, ce régime, bien que nouvellement intégré au Code civil, n'en est pas moins au stade encore « embryonnaire »¹¹⁵¹. Effectivement, la réforme du droit des contrats intègre seulement deux règles relatives à ce type de contrat. Le Code civil consacre une règle spéciale d'interprétation relative aux contrats d'adhésion¹¹⁵² et une autre relative à un contrôle des clauses abusives pour ce type de contrat¹¹⁵³.

Toutefois, l'intégration de la figure du contrat d'adhésion dans le droit commun évoque selon nous, un changement de paradigme de la conception française du contrat jusqu'alors basée uniquement sur le contrat de gré à gré. Cette dernière n'a pourtant aucune incidence sur les règles des sanctions unilatérales qui ne disposent d'aucunes règles spéciales pour les contrats d'adhésion. Seules des règles relatives au contenu du contrat sont applicables à ce type de contrat particulier. Ce cantonnement des règles des contrats d'adhésion à l'exécution du contrat trouve à notre avis, une explication historique. Les règles des contrats d'adhésion ont été façonnées, principalement dans le cadre du droit spécial, pour faire face aux évolutions sociétales, qui ont créé des inégalités entre les cocontractants¹¹⁵⁴ et donné lieu à la naissance des situations d'adhésion. Historiquement, ces règles ont été établies pour pallier le déséquilibre inhérent présent dans ces contrats et qui résulterait de l'élaboration unilatérale des contrats d'adhésion. En effet, l'élaboration unilatérale empêcherait la partie faible de négocier certaines clauses du contrat, ce qui pourrait générer des abus de la part de la partie forte. Et, des règles cantonnées au contenu du contrat seraient alors suffisantes pour replacer virtuellement les parties sur un pied d'égalité et éviter les abus.

En consacrant un contrôle du déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties, réservé aux clauses accessoires, le législateur semble avoir maintenu ce postulat. Le contrôle de l'équilibre du contenu du contrat de droit positif a été considéré comme suffisant par les rédacteurs de l'ordonnance pour protéger les parties faibles à un contrat d'adhésion. Partant, il n'était pas nécessaire, lors de l'inexécution de prévoir des règles spécifiques aux contrats d'adhésion. Les règles des contrats d'adhésion dédiées au contenu du contrat ont été considérées comme efficaces et satisfaisantes pour purger le déséquilibre entre les parties. À notre sens, cela signifie alors que le législateur a estimé que, dans une situation d'inexécution, les parties à un contrat d'adhésion, assez protégées par le contrôle des clauses et de

¹¹⁵¹ R. BOFFA, « Article 1108 : le contrat d'adhésion » *précit.*

¹¹⁵² A. ETIENNEY DE SAINTE MARIE, « L'interprétation du contrat d'adhésion » in Dossier « le contrat d'adhésion », *RDC/2* 2019, p. 146.

¹¹⁵³ L. GRATTON, « Les clauses abusives en droit commun des contrats », *D.* 2016, 22.

¹¹⁵⁴ Un auteur évoque des différences de pouvoir : v. P. LOKIEC, *Contrat et pouvoir*, *op. cit.* p. 19 s.

l'interprétation du contrat, ne sont plus placées dans une situation déséquilibrée. La justification de l'absence de prise en compte des contrats d'adhésion dans les règles des sanctions unilatérales relèverait alors d'une égalité stricte entre tous les cocontractants, peu important le type de contrat conclu, sur laquelle il faut à présent s'appesantir (§2).

§2 : La justification de l'absence de prise en compte des contrats d'adhésion dans les règles des sanctions unilatérales

218. Le cantonnement des règles spécifiques applicables aux contrats d'adhésion au contenu du contrat trouve une première explication dans la source de l'inégalité entre les parties à ces contrats. L'élaboration unilatérale de ce type de contrat risque de créer un abus potentiel contre la partie faible et, en faveur de celle qui propose le contrat¹¹⁵⁵. Dès lors, lorsqu'il existe des règles spécifiques au contenu du contrat qui peuvent éviter ces abus, l'équilibre du contrat est protégé. En partant de ce postulat, le législateur estime qu'il n'est pas nécessaire d'accorder une protection supplémentaire à la partie faible en cas d'inexécution du contrat. Les parties, replacées sur un pied d'égalité virtuelle grâce à la présence de règles protectrices dans le contenu du contrat, doivent alors être traitées de la même manière. L'absence de prise en compte de la partie faible en cas d'inexécution semble alors résider dans l'application stricte du principe d'égalité à l'opération contractuelle envisagée par le contrat (A). Toutefois, d'après nous, les déséquilibres entre les parties peuvent survivre lors de l'inexécution du contrat. La source de l'inégalité peut ressurgir lors de l'exercice des sanctions unilatérales, puisque le contractant partie forte peut éventuellement abus de sa position contre son cocontractant. Dans ce cas, distinguer l'application des règles entre les contrats d'adhésion et de gré à gré dans les sanctions unilatérales n'est pas forcément contraire au principe d'égalité et peut permettre de poursuivre la protection de la partie faible en cas d'inexécution (B).

A. L'application du principe d'égalité à l'opération contractuelle dans les règles des sanctions unilatérales

219. Le principe d'égalité devant la loi en droit des contrats – En droit, il existe un principe général d'égalité devant la loi. Ce dernier est issu de l'article 1^{er} de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen (DDHC) de 1789 qui dispose que « les hommes naissent

¹¹⁵⁵ F. CHÉNEDÉ, « Raymond Saleilles, Le contrat d'adhésion (2nde partie) », *précit.*

libres et égaux en droit »¹¹⁵⁶. Ce grand principe du droit français témoigne de la volonté des rédacteurs de la DDHC d'appliquer les mêmes lois, les mêmes règles de droit à tous les Hommes, sans aucun critère de distinction. Dès lors que ces derniers disposent de la personnalité juridique, ils deviennent égaux et disposent des mêmes droits¹¹⁵⁷. Les justiciables doivent être traités de façon égalitaire. Les règles de droit doivent donc leur être appliquées de la même manière. La loi doit être la même pour tous.

Ce principe, appliqué au droit des contrats signifie alors que les contractants doivent pouvoir bénéficier des mêmes règles. Le principe d'égalité justifie donc que les sanctions unilatérales soient applicables de la même manière dans tous les contrats. En effet, dans sa conception classique, le contrat était pensé comme la rencontre des volontés de parties, parties considérées comme égales, capables de protéger respectivement leurs propres intérêts. Traditionnellement, il n'y avait donc aucune nécessité de faire de distinction dans l'application des règles de ce dernier. À partir du moment où un contrat était conclu, les parties pouvaient appliquer les règles du droit commun. À notre sens, le principe d'égalité en droit des contrats explique pourquoi les règles de l'inexécution s'applique indistinctement selon le type de contrat, qu'il soit d'adhésion ou de gré à gré.

220. Le principe d'égalité dans la loi en droit des contrats – Cependant, le principe d'égalité n'a jamais été réduit à une égalité stricte, totalement utopique. « Égaux en droit, les Hommes ne l'ont jamais été en fait »¹¹⁵⁸. Le Conseil constitutionnel explique que le principe d'égalité devant la loi n'interdit pas que cette dernière intègre des règles différentes en fonctions des personnes et de leurs situations¹¹⁵⁹. Par conséquent, le principe d'égalité peut s'analyser comme une « *égalité devant la loi* », qui prévoit l'application de la règle de droit à tous les justiciables mais aussi, par « *l'égalité dans la loi* » qui prévoit l'application de règles distinctes suivant les situations des justiciables¹¹⁶⁰. Ce principe d'*égalité dans la loi* s'applique aux règles du contrat. En effet, même si tous les contrats sont des actes juridiques formés par la rencontre

¹¹⁵⁶ Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen (DDHC), 1789, art 1^{er}.

¹¹⁵⁷ G. CORNU, *Droit civil. Introduction. Les personnes. Les biens*, Montchrestien, 12^{ème} éd., 2005, spéc. n°457 et n°430.

¹¹⁵⁸ M. DRÉANO, *La non-discrimination en droit des contrats*, Dalloz vol. 172, préf. E. SAVAUX, Nouvelles bibliothèques de thèses, 2018, spéc. n°1.

¹¹⁵⁹ Cons. const., 17 janvier 1979, décision n°78-101 DC. Le principe d'égalité devant la loi « ne fait obstacle à ce que la loi établisse des règles non-identiques à l'égard des catégories de personnes se trouvant dans des situations différentes ».

¹¹⁶⁰ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, 2^{ème} traduction française 1962, réédition LGDJ, Bruylant 1999, spéc. p. 190 ; Dans le même sens, v. M. DRÉANO, *La non-discrimination en droit des contrats*, op. cit. spéc. n°44 qui distingue « égalité en droit » qui correspond à l'application de la loi à tous et « égalité par le droit » qui nécessite une application de la loi différente en fonction des situations.

de deux volontés, ils sont aussi un lien interpersonnel entre deux parties ou plus. Le contrat est un lien entre différentes catégories de personnes. Dans certaines situations, les parties appartiennent virtuellement à la même catégorie et sont placées sur un pied d'égalité. À l'inverse, dans d'autres, les parties ne sont pas égales, elles sont issues de catégories différentes, à l'image du contrat de travail entre l'employeur et l'employé. Dans ce cas, en vertu du principe d'égalité dans son versant *égalité dans la loi*, les règles du droit des contrats peuvent être adaptées pour prendre en compte la différence de situations entre les parties. Le développement des situations d'adhésion a montré que le droit prenait de plus en plus en compte, une catégorie spéciale de cocontractant, qui est aujourd'hui nommée « la partie faible » notamment dans le cadre de la protection des clauses contractuelles abusives.

221. Le principe d'égalité appliqué à l'opération contractuelle – Le principe d'égalité autorise donc le régime du contrat à prendre en compte les différences de situations entre les parties pour justifier l'existence de règles différentes. Ainsi, à notre avis, si le droit de l'inexécution ne fait aucune distinction dans l'application des règles des sanctions unilatérales entre les contrats d'adhésion et de gré à gré, c'est parce que ce dernier est basé sur la conception du contrat en tant qu'acte bilatéral et non pas en tant que lien interpersonnel. En effet, la conception dominante du contrat en cas d'inexécution repose, à notre sens, sur l'opération contractuelle créée par les parties. Il est pertinent de rappeler que la nouvelle définition du contrat est principalement basée sur l'accord de volonté, et non sur le lien interpersonnel entre les parties contractantes¹¹⁶¹. Que ce soit dans un contrat d'adhésion ou de gré à gré, toutes les parties ont un but commun : parvenir à l'exécution de leurs obligations et obtenir un avantage de la part de leur cocontractant. Dans cette optique, différencier les règles des sanctions unilatérales en fonction du type de contrat n'a pas d'intérêt puisque cela viendrait créer une discrimination entre les parties d'un contrat d'adhésion et celles d'un contrat de gré à gré. Il y aurait alors rupture du principe d'égalité.

Cependant, ce problème peut être contourné si l'on considère que le contrat est un lien interpersonnel, et que ce n'est plus à l'opération contractuelle qu'il faut s'attacher mais à la personne de chaque contractant. Pour maintenir l'égalité, il est alors nécessaire d'adapter les règles des sanctions unilatérales à la personne des cocontractants (B).

¹¹⁶¹ C. civ. art. 1101 (version en vigueur depuis le 01 octobre 2016). Sur les critiques de cette définition : v. *supra* n°s 143 s.

B. L'application du principe d'égalité à la relation contractuelle dans les règles des sanctions unilatérales

222. Le principe d'égalité appliqué à la relation contractuelle – La réforme est silencieuse sur le principe d'égalité en droit des contrats. Le droit des contrats n'impose pas une *égalité devant la loi*, ni une *égalité dans la loi*. Dans le droit de l'inexécution, *l'égalité devant la loi* semble préférée parce que le contrat est pensé comme une opération contractuelle. Néanmoins, si le contrat est, certes, une opération contractuelle, il est aussi une relation entre différentes parties qui ne sont pas toujours placées sur un pied d'égalité. Dans le silence des textes quant au principe d'égalité, il nous apparaît alors parfaitement possible de faire une distinction dans l'application des règles des sanctions unilatérales en fonction des cocontractants et d'appliquer une *égalité dans la loi*, à l'image des règles de l'exécution du contrat spécifiques aux contrats d'adhésion¹¹⁶². Dans les contrats d'adhésion, les parties ne sont pas placées sur un pied d'égalité. Deux catégories de contractants se font face. D'un côté, il y a celle qui rédige unilatéralement le contrat et qui en impose les termes à son cocontractant. De l'autre, il y a la partie qui n'a d'autre choix que d'accepter ou de refuser en bloc l'offre de contrat qui lui est faite. Cette partie est communément appelée la partie faible. Au contraire, dans le contrat de gré à gré, les parties sont supposées appartenir à la même catégorie, celle des cocontractants capables de négocier librement le contenu du contrat. De ce fait, même si l'égalité n'est qu'hypothétique (une partie sera toujours en position de force face à une autre selon la loi du marché), les parties disposent d'une marge de négociation suffisante pour défendre respectivement leurs propres intérêts. À l'inverse, dans un contrat d'adhésion, la possibilité de négociation est absente, pour une catégorie de cocontractant, la partie faible. L'élaboration unilatérale peut générer des abus. Et, nous estimons que ces abus ne disparaissent pas lors de l'exercice d'une sanction unilatérale. Certes, les clauses relatives aux sanctions unilatérales peuvent faire l'objet d'un contrôle. Toutefois, nous considérons que cette protection est insuffisante pour éviter les abus dans l'exercice des sanctions unilatérales. Par conséquent, parce qu'il existe deux catégories de contractants dans les contrats d'adhésion, le principe d'égalité, s'il est appliqué à la relation contractuelle (et non plus à l'opération contractuelle), peut alors justifier que des règles spéciales soient applicables dans les contrats d'adhésion en cas d'inexécution. Pour ce faire, il faut alors être capable de déterminer cette catégorie particulière de cocontractants dans les contrats d'adhésion, ce qui n'est pas toujours facile.

¹¹⁶². C. civ art. 1171 (version en vigueur depuis le 01 octobre 2016) et *ibid.* art. 1190 (version en vigueur depuis le 01 octobre 2016). V. *supra* n°213 s.

223. La détermination de la partie faible dans le contrat d'adhésion – Pour que le principe d'égalité, sous sa composante *égalité dans la loi* soit appliqué dans les contrats d'adhésion, et justifie la présence de règles spéciales dans les sanctions unilatérales, de ce type de contrat, pour une catégorie particulière de cocontractant, il est nécessaire de définir cette catégorie. La figure du contrat d'adhésion de droit commun semble s'être inspirée de celle du droit de la consommation. Dans cette matière, la partie faible est représentée par la partie protégée, à savoir le consommateur mais aussi le non-professionnel. Le consommateur s'apparente à « toute personne physique qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale, libérale ou agricole »¹¹⁶³. Classiquement, il s'agit d'une personne physique, non professionnelle¹¹⁶⁴. Cependant, il faut préciser, qu'en plus du consommateur, le droit de la consommation protège également, dans ses règles sur les clauses abusives, également le non-professionnel¹¹⁶⁵. Même si les définitions semblent relativement claires, il n'a pas toujours été facile de définir le consommateur¹¹⁶⁶. La jurisprudence a encore régulièrement l'occasion de préciser qui est consommateur, mais aussi qui est non-professionnel¹¹⁶⁷. La définition du consommateur n'est à notre sens pas d'un grand secours pour définir la partie faible dans un contrat d'adhésion en droit commun. Cependant, cette dernière a été précisée par la Cour de Justice de l'Union européenne qui a déclaré que « le consommateur se trouve dans une situation d'infériorité, en ce qui concerne tant le pouvoir de négociation que le niveau d'information, situation qui le conduit à adhérer aux conditions rédigées préalablement par le professionnel »¹¹⁶⁸. Cette précision est davantage éclairante pour définir qui est la partie faible à un contrat d'adhésion, en droit commun. D'abord, la partie faible est représentée par la partie protégée par les règles spéciales, celle qui bénéficie des règles spéciales des articles 1171 et 1190 du Code civil. À notre sens, il s'agit toujours de l'*adhérent*. *A priori*, la réforme qui développe une politique de protection des parties faibles entérine cette qualification¹¹⁶⁹. Toutefois, des auteurs se sont interrogés afin de déterminer si l'adhérent à un

¹¹⁶³ C. cons. art. liminaire.

¹¹⁶⁴ V. « Consommateur », *Dalloz Fiche d'orientation*, août 2022, spéc. n°s 1.2 et 1.3.

¹¹⁶⁵ G. CHANTEPIE et N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, « Déséquilibre significatif », *Rép. Com.* Dalloz., janvier 2022, n°29 s. : « C'est à l'occasion de la première loi sur les clauses abusives que le « non-professionnel » fut mentionné, en droit de la consommation, comme bénéficiaire, aux côtés du consommateur, de la législation sur les clauses abusives. Le principe a perduré même si, en raison de la recodification, il est aujourd'hui formellement distingué du consommateur (C. consom., art. L. 212-2) ».

¹¹⁶⁶ En ce sens, v. J.-P. CHAZAL, « Le consommateur existe-t-il ? », *D.* 1997, 260.

¹¹⁶⁷ Cass. Civ. 1^{re}, 31 août 2022, n°21-11.097 ; *D.* 2023, p. 254, obs. R. BOFFA ; *EJT* 2022, p. 19, chron. R. BOUNIOL ; *JurisTuris* 2022, n°57, p. 9 obs. X. DELPECH. Un médecin qui réserve une chambre d'hôtel pour aller à un congrès n'agit pas à des fins professionnelles. Le Code de la consommation est donc applicable en cas de litige.

¹¹⁶⁸ CJUE 30 mai 2013, aff. C-488/11, Asbeek Brusse et de Man Garabito, points 28 et 30.

¹¹⁶⁹ En ce sens, T. REVET, « une philosophie générale ? » *précit.*

contrat d'adhésion est nécessairement la partie faible¹¹⁷⁰. Ensuite, la partie faible à un contrat d'adhésion est, à l'image du droit de la consommation, la partie qui adhère au contrat, *sans possibilité d'en discuter les termes car ce dernier a été rédigé unilatéralement par l'autre partie*¹¹⁷¹. Enfin, la partie faible est également *celle qui est en infériorité face à son contractant potentiel*, parce qu'en plus de ne pas disposer d'une capacité de négociation, elle ne dispose pas des compétences et ou des informations suffisantes pour être placée sur un pied d'égalité avec ce dernier, lors de la conclusion du contrat. Il existe alors une différence de pouvoir entre les parties¹¹⁷². Ainsi, lorsque le contrat d'adhésion est également un contrat de consommation, le consommateur s'apparente à la partie faible en droit commun. Lorsque le contrat n'est pas un contrat de consommation, la partie faible d'un contrat d'adhésion de droit commun est celle qui adhère au contrat, sans en discuter les termes, et qui se retrouve en infériorité de compétence ou d'information par rapport à son cocontractant. Par exemple, dans un contrat de téléphonie mobile, la partie faible est le consommateur, le client, celui qui adhère au contrat. La partie forte est l'opérateur téléphonique. Dans un contrat d'assurance, la partie faible est l'assuré, qui n'a d'autre choix que d'accepter en bloc certaines clauses non négociables. Dans ce cas, la partie forte est l'assureur. Les exemples de ce type sont légion. Finalement, à notre avis, la partie faible à un contrat d'adhésion est facilement déterminable, à partir du moment où l'on considère que cette dernière se retrouve en la personne de la partie adhérente.

224. Conclusion du §2 – Il n'existe pas de règles spécifiques aux contrats d'adhésion dans l'exercice des sanctions unilatérales. Cette absence s'explique par le fait que le droit de l'inexécution poursuit un principe général *d'égalité devant la loi*. En acceptant qu'en plus d'être une opération contractuelle, le contrat est aussi un lien interpersonnel entre les parties, il est, cependant, possible d'envisager que les règles des sanctions unilatérales soient différentes en fonction des situations contractuelles. Dans les contrats d'adhésion, il est alors possible d'adapter les règles des sanctions unilatérales pour protéger la partie faible, définie comme celle qui adhère au contrat, sans qu'il n'y ait de rupture du principe d'égalité.

225. Conclusion de la section 1 – La réforme du droit des contrats ne prend pas en compte la catégorie des contrats d'adhésion dans les sanctions unilatérales en vertu du principe d'égalité. En cas d'inexécution, la protection de la partie faible est assurée par le juge, lorsque

¹¹⁷⁰ M. DUPRÉ, « Le contrat d'adhésion : rupture ou continuité ? », *Dr et Patr.* n°300, 1^{er} mars 2020.

¹¹⁷¹ J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé, op. cit. spéc.* p. 542, n°9.

¹¹⁷² P. LOKIEC, *Contrat et pouvoir, op. cit. spéc.* p. 22 s.

le créancier a recours à une sanction judiciaire. Ainsi, lorsqu'une sanction unilatérale est exercée, aucune protection n'est accordée à la partie faible. Que ce soit dans un contrat d'adhésion ou de gré à gré, les règles des sanctions unilatérales ont pour but de protéger l'opération contractuelle, le respect des prévisions des parties. Dans un contrat d'adhésion ou de gré à gré, l'opération contractuelle est toujours la même. Il n'y a donc pas lieu de distinguer les règles pour ces contrats, ce que la réforme n'a d'ailleurs pas réalisé. Cependant, dans le silence des textes, nous pensons que les règles des sanctions unilatérales protègent l'opération contractuelle mais aussi la relation contractuelle. Toutefois, dans un contrat d'adhésion, il existe une catégorie particulière de cocontractants, la partie faible. Pour maintenir l'égalité entre les cocontractants, les règles des sanctions unilatérales peuvent alors s'adapter pour la partie faible, qui en droit commun s'entend comme l'adhérent à un contrat d'adhésion. Bien que la teneur de la protection de la partie faible soit inexistante dans les règles des sanctions unilatérales, puisque ces dernières ne tiennent pas compte de la catégorie des contrats d'adhésion, il semble qu'il existe un véritable intérêt à consacrer une telle protection (section 2).

Section 2 : La nécessité de protection de la partie faible dans les sanctions unilatérales

226. Les règles des sanctions unilatérales ne tiennent pas compte de la catégorie des contrats d'adhésion. Cette absence, justifiée, conduit à affirmer que les sanctions unilatérales omettent la protection de la partie faible. Il convient de s'interroger sur la cause de cette omission (§1). En outre, comme le législateur a fait le choix de ne pas intégrer une telle protection dans les sanctions de l'inexécution, il nous est permis de nous interroger sur le fait de savoir si cette protection est véritablement nécessaire ? (§2)

§1 : La cause de l'absence de protection de la partie faible dans les règles des sanctions unilatérales

227. La protection de la partie faible ne semble pas assurée dans les règles des sanctions unilatérales. Il convient d'en étudier la cause.

Outre l'absence de prise en compte de la catégorie des contrats d'adhésion dans les sanctions unilatérales, il convient d'étudier les objectifs poursuivis par chacune d'entre elles. Ces dernières ont été insérées dans l'objectif de respecter les ambitions affichées par la réforme.

La réforme devait avoir lieu « afin de moderniser, de simplifier, d'améliorer la lisibilité, de renforcer l'accessibilité du droit commun des contrats, du régime des obligations et du droit de la preuve, de garantir la sécurité juridique et l'efficacité de la norme »¹¹⁷³. Ces différents objectifs, justifiant la modification du droit des contrats, étaient présents dans le projet d'ordonnance¹¹⁷⁴, ainsi que dans le rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance portant réforme du droit des contrats.

Concernant les sanctions de l'inexécution, deux objectifs poursuivis par celles-ci, en *sus* de la modernisation de celles-ci effectuée par leur regroupement¹¹⁷⁵, ont été mis en avant. Il s'agit de la sécurité et de l'efficacité du contrat. Il convient d'étudier le contenu de ces deux objectifs au sein des sanctions unilatérales (A) pour déterminer si ceux-ci permettent à chacune d'entre elles d'assurer une protection suffisante de la partie faible (B).

A. Les objectifs d'efficacité et de sécurité poursuivis par les sanctions unilatérales

228. L'efficacité économique et les sanctions unilatérales – Le but de la réforme était d'améliorer l'efficacité économique du droit des contrats, notamment en ce qui concernait les sanctions de l'inexécution¹¹⁷⁶, afin de le rendre plus attractif. En effet, « le droit des obligations, en ce qu'il est le socle des échanges économiques, doit de ce point de vue présenter une efficacité maximale »¹¹⁷⁷. Le contrat « permet d'atteindre les objectifs de l'analyse économique : que les choses aillent vers leur usage le plus valorisé »¹¹⁷⁸. Cette école de pensée analyse « l'homme, *homo economicus* »¹¹⁷⁹, comme un homme rationnel qui est le plus à même de savoir quels sont les objectifs qu'il cherche à atteindre¹¹⁸⁰. Ainsi, les mesures unilatérales

¹¹⁷³ Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 *précit.*

¹¹⁷⁴ V. notamment en ce sens la table ronde organisée à propos du projet d'ordonnance de réforme en 2015 : L. LEVENEUR, « Table ronde : faut-il avoir confiance dans la réforme ? » *précit.* ; F. BAUMGARTNER, « Faut-il avoir confiance dans la réforme ? » *précit.*

¹¹⁷⁵ Désormais le créancier déçu peut voir d'un coup d'œil toutes les sanctions qui s'offrent à lui, grâce à la section 5 de l'ordonnance de réforme intitulée « l'inexécution du contrat ». Outre les difficultés de hiérarchie qu'il sous-tend, l'article 1217 du Code civil est plutôt clair à lire, toutes les sanctions de l'inexécution sont énumérées. V. sur la hiérarchie, *supra* n°99 s.

¹¹⁷⁶ Rapport au président de la République, *précit.* : « Dans une perspective d'efficacité économique du droit, l'ordonnance offre également aux contractants de nouvelles prérogatives leur permettant de prévenir le contentieux ou de le résoudre sans nécessairement recourir au juge (faculté de résolution unilatérale par voie de notification, exception d'inexécution, faculté d'accepter une prestation imparfaite contre une réduction du prix) ».

¹¹⁷⁷ F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE et F. CHÉNEDÉ, *Droit civil les obligations*, *op. cit.* spéc. p. 56, n°69.

¹¹⁷⁸ M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations 1 – Contrat et engagement unilatéral*, *op. cit.* spéc. p. 143, n°161.

¹¹⁷⁹ *Ibid.* p. 142, n°161.

¹¹⁸⁰ *Ibid.* p. 142, n°161; E. MACKAAY, « L'efficacité du contrat – une perspective d'analyse économique du droit », in G. LARDEUX (dir.), *L'efficacité du contrat*, Dalloz, 2011, p. 31 s., spéc. p. 32 : « En concluant le contrat, chaque contractant cherche à faire un gain. Si cette attente se réalise pour les deux parties, les bien évoluent vers des usages mieux valorisés ».

sont un bon moyen de parvenir aux objectifs d'efficacité économique prévus par les parties lors de la conclusion du contrat. Autoriser davantage de mesures unilatérales permet de parvenir à davantage d'efficacité économique dans ces contrats¹¹⁸¹. Toutes les mesures unilatérales, y compris les sanctions unilatérales, sont porteuses de libéralisme économique¹¹⁸². C'est pourquoi grâce à la consécration de ces dernières, la réforme a tenté d'accroître l'efficacité économique des contrats. Son but était de devenir compétitive par rapport aux autres droits étrangers. Il fallait que le droit français soit « susceptible d'attirer les investisseurs étrangers et les opérateurs souhaitant rattacher leur contrat au droit français »¹¹⁸³.

229. La sécurité juridique et les sanctions unilatérales – Cependant, il ne faut pas oublier que « le droit remplit d'abord une fonction sociale, en sorte qu'il ne saurait être gouverné par le seul calcul économique »¹¹⁸⁴. C'est pourquoi, la réforme a mis en avant un second objectif. Il s'agit de la sécurité juridique. « La sécurité juridique est inhérente au droit des contrats »¹¹⁸⁵. Elle regroupe traditionnellement trois composantes classiques : l'accessibilité, la stabilité et la prévisibilité. Ces composantes ont été reprises par le Rapport au Président de la République.

La première est l'accessibilité. Il s'agit de pouvoir trouver et comprendre les règles du droit des contrats facilement. Cette question n'a d'ailleurs aucunement le monopole du droit privé¹¹⁸⁶. Elle se matérialise par la lisibilité du nouveau droit des contrats et se traduit par une codification à droit constant des solutions jurisprudentielles antérieures afin d'harmoniser la teneur des règles de droit et de les rendre prévisibles¹¹⁸⁷. La seconde composante de la sécurité juridique est la stabilité. Elle se divise en deux. D'abord, la stabilité du droit objectif. Les règles de droit ne peuvent pas être modifiées autrement que par l'intervention du législateur pour éviter le sentiment d'insécurité constant. Ensuite, la stabilité des droits subjectifs, c'est-à-dire la protection des espérances qui naissent des utilisations faites des règles de droit par les

¹¹⁸¹ C. JAMIN, « Les sanctions unilatérales de l'inexécution du contrat : trois idéologies en concurrence » *précit.* spéc. p. 76 qui évoquait le choix à réaliser entre moralisme et efficacité économique pour décider si oui ou non il fallait intégrer des prérogatives unilatérales dans le contrat. Il expliquait à ce titre que, dans une certaine mesure, les sanctions unilatérales favorisent l'efficacité économique.

¹¹⁸² P. LEMAY, *Le principe de la force obligatoire du contrat à l'épreuve du développement de l'unilatéralisme*, *op. cit.* n°152, p. 526-527 et n°216 s., p. 304 à 311.

¹¹⁸³ Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 *précit.*

¹¹⁸⁴ F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE et F. CHÉNEDÉ, *Droit civil les obligations*, *op. cit.* spéc. p. 56. n°69.

¹¹⁸⁵ P. LEMAY, *Le principe de la force obligatoire à l'épreuve du développement de l'unilatéralisme*, *op. cit.*, p.290 n°202.

¹¹⁸⁶ V. notamment le rapport du Conseil d'État, « Sécurité juridique et complexité du droit », 2006.

¹¹⁸⁷ Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 *précit.* : « La sécurité juridique impose également la prise en considération de la jurisprudence développée depuis deux cents ans. Force est de constater que les textes actuels ne permettent pas d'appréhender le droit positif, tant la jurisprudence a dû les interpréter, par analogie, a contrario, voire contra legem ».

justiciables. Cette dernière composante est enserrée dans la notion de prévisibilité juridique. Le contrat est la terre de prévisions des parties et celles-ci doivent respecter ce qui est prévu¹¹⁸⁸.

Cependant, le Rapport a ajouté une finalité à la sécurité juridique, en ce qu'elle est le moyen de parvenir à une meilleure justice contractuelle¹¹⁸⁹. « Le juste contractuel s'entend en principe de l'équilibre voulu par les parties qui sont présumées être les meilleurs juges de leur intérêt »¹¹⁹⁰. Toutefois, avec le développement de situations contractuelles déséquilibrées, une catégorie de contractants, la partie faible, n'est plus à même de défendre ses propres intérêts. Le droit des contrats doit alors comporter des règles spécifiques afin de rétablir l'équilibre dans ce type de situation. Sous le volet de la sécurité juridique, la réforme a alors eu pour ambition de protéger la partie faible, de maintenir l'équilibre dans le droit des contrats au nom de la justice contractuelle. Par conséquent, la sécurité juridique comprend trois composantes : l'accessibilité, la stabilité, la prévisibilité qui ont pour but de parvenir à une meilleure la justice contractuelle entendue comme la préservation de l'équilibre contractuel entre les parties.

Concernant l'accessibilité et la stabilité, les sanctions unilatérales ne sont pas contraires à ces composantes. Il suffit que des textes clairs et accessibles soient rédigés pour l'occasion. En codifiant des sanctions unilatérales déjà connues, le droit des contrats assure la stabilité et la prévisibilité de leur utilisation. Par exemple, avec le développement de la rupture unilatérale par la jurisprudence *Tocqueville*¹¹⁹¹ – et désormais avec la nouvelle insertion de la mesure dans le Code civil – les parties peuvent prévoir ce qu'il peut se passer en cas de comportement grave dans l'exécution du contrat par le débiteur, de sorte que les prérogatives unilatérales et leur développement ne portent pas atteintes directement à la prévisibilité du contrat.

230. La justice contractuelle et les sanctions unilatérales – Si la codification des sanctions unilatérales n'est pas contraire aux composantes de la sécurité juridique, il est possible de s'interroger sur le fait de savoir si cette dernière favorise une certaine justice contractuelle. En d'autres termes, les sanctions unilatérales permettent-elles vraiment de préserver l'équilibre contractuel entre les parties ? Le principe d'équilibre contractuel est une notion centrale de la

¹¹⁸⁸ V. notamment la comparaison avec le droit public, M. HAURIOU, *Principes de droit public*, Sirey 1916, 2^{ème} éd.

¹¹⁸⁹ Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 *précit.* : « On peut enfin rappeler que cet objectif de justice contractuelle ne peut être atteint que si le droit applicable est lisible et accessible, et donc susceptible d'être compris sans l'assistance d'un spécialiste. La sécurité juridique est ainsi à la fois l'un des objectifs de l'ordonnance et le moyen d'atteindre les autres buts, dont celui de la justice contractuelle ». *Ad.* F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE et F. CHÉNEDÉ, *Droit civil les obligations*, *op. cit.* spéc. p. 52 s. n°s66 s.

¹¹⁹⁰ F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE et F. CHÉNEDÉ, *Droit civil les obligations*, Dalloz, 12^{ème} éd., 2018, spéc. p. 57, n°70.

¹¹⁹¹ Cass. Civ. 1^{re}, 13 oct. 1998, *Bull. Civ. I*, n°300, *précit.*

réforme du droit des contrats. Parce qu'il existe dans la réalité contractuelle, des contrats structurellement déséquilibrés, la réforme a intégré une nouvelle catégorie de contrat et lui a accordé des règles spéciales en matière de contrôle des clauses abusives et d'interprétation du contrat¹¹⁹². À n'en pas douter, le contrat d'adhésion est un contrat particulier, qu'il faudrait traiter différemment de la figure habituelle du contrat, représentée par celle du contrat de gré à gré. Ce contrat s'inscrit désormais parfaitement dans le droit commun des contrats¹¹⁹³. « Le contrat d'adhésion n'est pas un "contrat spécial" mais une catégorie générale du contrat »¹¹⁹⁴, malgré son originalité¹¹⁹⁵. Sa définition repose sur l'absence de possibilité de négociation de l'intégralité de son contenu. « Le contrat d'adhésion est donc marqué, caractérisé par un déséquilibre dans la mesure où le consentement de l'une des parties consiste seulement à adhérer à un contrat dont le contenu a été prédéterminé par l'autre »¹¹⁹⁶. C'est pourquoi pour éviter les abus, des règles protectrices sont venues augmenter les règles du Code civil pour préserver l'équilibre de ce type de contrat, dans les cas où il risquait d'être rompu¹¹⁹⁷. À s'en tenir à ce raisonnement, les mesures unilatérales ne sont pas aptes à protéger la partie faible dans les contrats d'adhésion puisqu'elles ne tiennent pas compte de cette catégorie particulière de contrat. Aucune règle spéciale n'accorde d'importance au type de contrat conclu pour mettre en œuvre les sanctions de l'inexécution, dont les sanctions unilatérales font désormais partie intégrante. En effet, si les mesures unilatérales sont utilisées par des créanciers malveillants, ces dernières peuvent engendrer de lourdes conséquences, qu'il est nécessaire d'éviter au maximum dans les contrats d'adhésion, où l'équilibre contractuel est constamment sur le fil. Pour protéger les parties et rétablir l'équilibre rompu au moment de la conclusion de ce type de contrat, ou du moins pour ne pas accentuer les éventuels déséquilibres, les mesures unilatérales doivent pouvoir être appliquées. Effectivement, elles peuvent être utilisées par la partie faible pour se sortir d'une relation déséquilibrée. Cependant, à la différence des contrats où l'équilibre contractuel est présent, les sanctions unilatérales doivent être encadrées et parfois restreintes, pour correspondre aux deux objectifs professés par la réglementation propre aux contrats d'adhésion : protéger la partie faible et rétablir l'équilibre contractuel lorsque celui-ci est rompu. L'encadrement des mesures unilatérales doit être mis en place pour éviter aux parties

¹¹⁹² V. *supra*. n^{os} 213 s.

¹¹⁹³ Dans le même sens, T. REVET, « La réception du contrat d'adhésion par la théorie générale du contrat » *précit.*

¹¹⁹⁴ A. CAYOL, « Le contrat d'adhésion : un contrat spécial ? », *précit.*

¹¹⁹⁵ *Ibid.*

¹¹⁹⁶ N. BLANC, « L'équilibre du contrat d'adhésion » in *Dossier « le contrat d'adhésion »*, RDC/2 2019, p. 155 s.

¹¹⁹⁷ M. DUPRÉ, « Le contrat d'adhésion : rupture ou continuité ? », *précit.*

en position dominante d'abuser de leur position au stade de l'inexécution et d'augmenter le déséquilibre inhérent à ce type de contrat.

231. Bilan A – Les sanctions unilatérales poursuivent deux objectifs distincts. Le principal est relatif à l'efficacité économique. Intégrer de telles mesures permet de valoriser cet objectif. Par ailleurs, les règles des sanctions unilatérales participent à la sécurité juridique. Leur codification à droit constant en valorise les composantes d'accessibilité, de stabilité et de prévisibilité des règles des droits. Toutefois, l'intégration des sanctions unilatérales ne permet pas toujours de parvenir au rétablissement de l'équilibre contractuel dans la mesure où elles ne tiennent pas compte de la protection de la partie faible. Pour achever de s'en convaincre, il faut analyser les objectifs poursuivis par chacune des sanctions (B).

B. Les objectifs poursuivis par chaque sanction unilatérale : le compromis entre efficacité et sécurité

232. L'analyse des sanctions unilatérales à l'aune des objectifs d'efficacité et de sécurité – Les nouvelles règles tentent d'insérer autant de sécurité juridique que possible, à côté d'une augmentation de l'efficacité économique. Les sanctions de l'inexécution ne font pas exception à cette affirmation. La plupart des règles relatives aux sanctions unilatérales semblent avoir pour but, soit d'atteindre l'objectif d'efficacité, soit celui de sécurité, tous deux affichés par la réforme. Cette tentative de conciliation des objectifs dans chaque règle de la réforme génère pourtant des difficultés au sein de la mise en œuvre des sanctions puisque nous avons démontré que ceux-ci sont contradictoires. L'exception d'inexécution et la résolution, sanctions jurisprudentielles, sont issues d'une codification à droit constant¹¹⁹⁸. *A priori*, leur intégration permet une certaine prévisibilité des solutions par le biais de l'entérinement des solutions jurisprudentielles connues, qui vient sécuriser l'exercice et la contestation de ces mesures unilatérales. À l'inverse, la réduction du prix, l'exception d'inexécution anticipée et la faculté de remplacement du débiteur défaillant dans le cadre de l'exécution forcée sont de parfaites innovations. Leurs consécutions respectives ont pour but l'efficacité économique en développant davantage l'unilatéralisme contractuel au sein de ces mesures. Par ces nouveautés, la réforme augmente l'efficacité économique des contrats. Les nouvelles règles de l'inexécution

¹¹⁹⁸ F. CHÉNEDÉ, *Droit des obligations et des contrats*, op. cit. v. les consolidations apportées par la réforme à ces sanctions développées : pour l'exception d'inexécution : spéc. n°128.41 s., p. 161 s. et pour la résolution par notification : spéc. n°128.90 s., p. 177 s.

font donc l'objet d'un compromis entre ces deux objectifs. Cela semble *a priori* totalement satisfaisant. Cependant, en étudiant les textes, il nous semble que les objectifs d'efficacité ou de sécurité recherchés par chaque sanction ne sont pas si évidents à déterminer.

233. Les objectifs de la faculté de remplacement du débiteur défaillant – À titre d'exemple, la faculté de remplacement du débiteur défaillant dans le cadre de l'exécution forcée en nature est limitée dans certaines hypothèses comme évoquées précédemment¹¹⁹⁹. La mesure unilatérale de remplacement du débiteur défaillant par un tiers, mise en œuvre par le créancier, est donc limitée au nom de la sécurité. Il faut donc comprendre que l'article 1221 nouveau du Code civil poursuit deux objectifs. D'un côté, en permettant la mesure unilatérale de remplacement du débiteur défaillant, cette disposition promeut l'efficacité. De l'autre, en interdisant cette mesure dans certaines hypothèses, aussi justifiées qu'elles soient, elle instigue une certaine sécurité. Il y a donc ici un compromis entre les objectifs d'efficacité et de sécurité poursuivis par l'article 1221 du Code civil. Cette tentative de compromis réduit alors le domaine d'application de la mesure unilatérale et diminue l'intérêt de celle-ci, qui ne peut être utilisée que dans des hypothèses restreintes. Dans ce cas, quel est l'objectif qui prédomine ? À n'en pas douter, alors même que le débiteur ne s'est pas exécuté, il ne pourra y être forcé unilatéralement par son créancier, si cela risque de lui coûter trop cher et à condition qu'il soit de bonne foi. Dans ce cas, il semble que l'objectif de sécurité soit largement mis en avant à défaut de l'efficacité économique. Évidemment, l'exécution forcée pourra toujours être prononcée par le juge. Or, la jurisprudence a montré que lorsque l'exécution forcée est disproportionnée, elle n'est plus prononcée¹²⁰⁰. Ici, l'efficacité économique n'est pas recherchée, l'important est de protéger une partie, le débiteur de bonne foi en l'espèce¹²⁰¹. À l'inverse, si l'efficacité était mise en avant, aucune hypothèse, mise à part les impossibilités classiques relatives à l'exécution forcée en nature (morale, juridique ou matérielle), la faculté de remplacement du débiteur défaillant ne comporterait pas d'hypothèse où elle doit être écartée, telle est d'ailleurs la solution antérieure à l'ordonnance de 2016. Or, pour le créancier victime de l'inexécution qui veut parvenir à l'exécution forcée en nature, lorsqu'elle n'est pas impossible, le cantonnement de la faculté de remplacement à certaines hypothèses rend la mesure moins efficace et

¹¹⁹⁹ V. *supra* n°30.

¹²⁰⁰ Par exemple, Cass. 3^{ème} civ. 11 mai 2005, *précit.* ; Cass. 3^{ème} civ. 16 juin 2015, n°14.14 -612.

¹²⁰¹ Il faut se souvenir que la loi de ratification a modifié l'article 1221 du Code civil qui prévoit les impossibilités de l'exécution forcée en nature. L'article a cantonné l'impossibilité d'exécution forcée en nature en cas de coût excessif aux débiteurs de bonne foi. Désormais, « Le créancier d'une obligation peut, après mise en demeure, en poursuivre l'exécution en nature sauf si cette exécution est impossible ou s'il existe une disproportion manifeste entre son coût pour le débiteur de bonne foi et son intérêt pour le créancier. ». Nous soulignons.

comminatoire. Ici, l'article 1221 du Code civil promeut un compromis d'objectifs, ce qui empêche la mesure unilatérale d'être au maximum de son efficacité, au nom de la sécurité juridique.

234. Les objectifs de la réduction du prix – La réduction du prix est également un autre exemple qui témoigne de la difficulté pour les sanctions unilatérales de prendre parti en faveur d'un objectif défini. En effet, à lire l'article 1223 du Code civil, la mesure de réduction proportionnelle et unilatérale du prix a pour but l'efficacité économique. Ainsi, si le créancier victime d'une exécution imparfaite de la part de son débiteur, décide pour une raison ou une autre, de se contenter de la prestation exécutée, au détriment de celle promise, il peut demander en compensation, à son débiteur, de réduire le prix. En l'absence de recours au juge, cette sanction a pour but de promouvoir l'efficacité du contrat. *Quid* de l'hypothèse où le débiteur refuse la réduction du prix ? Si la jurisprudence estime à l'avenir que l'acceptation par le débiteur est une véritable condition nécessaire à la validité de la réduction du prix¹²⁰², il faut alors comprendre que la sanction ne sera plus totalement unilatérale. Elle sera soumise au consentement de l'autre partie. Par conséquent, l'acceptation du débiteur, quelle que soit sa nature (condition de validité, transaction ou simple élément de preuve en cas de contestation *a posteriori*), imposée à l'article 1223 du Code civil, a pour but de protéger le débiteur en lui demandant de s'informer en actant de la réduction du prix par écrit. Par conséquent, on remarque alors que l'objectif d'efficacité poursuivi par la réduction unilatérale n'est pas le seul promu. En incitant le débiteur à accepter la réduction, l'article a également pour but de protéger le débiteur, même s'il faut admettre qu'il est peu probable que l'acceptation du débiteur de la réduction devienne une condition de fond essentielle à l'exercice de l'article 1223 du Code civil¹²⁰³. De même, la réduction du prix n'est possible que dans l'hypothèse où le créancier n'a pas encore payé. Dans l'hypothèse inverse, si le prix a déjà été payé, la réduction du prix redevient judiciaire. Cette mesure vient ici protéger les parties en cas de restitution. Elle n'est donc pas unilatérale puisqu'il est très difficile voire juridiquement impossible de forcer une partie à rendre le prix en dehors de toute intervention judiciaire. Comme pour la faculté de remplacement du débiteur défaillant, l'objectif d'efficacité est contrebalancé au sein de la même mesure par l'objectif de sécurité. Il faut comprendre que la volonté de parvenir à un compromis d'objectifs entre les mêmes règles conduit nécessairement à créer des difficultés au sein de celles-ci. La rédaction de l'article 1223 du Code civil relatif à la réduction du prix aurait pu être

¹²⁰² CA Montpellier, 10 nov. 2022, n°22/01068 *précit.* v. *supra* n°43.

¹²⁰³ Il faudrait attendre que la Cour de cassation apporte une réponse à cette interrogation.

plus claire si l'acceptation du débiteur n'avait pas été rédigée telle quelle. L'efficacité de cet article en aurait été renforcée notamment dans le cas où le créancier n'a pas encore payé.

235. Les objectifs de l'exception d'inexécution anticipée – L'exception d'inexécution anticipée semble promouvoir l'efficacité économique puisqu'elle permet au créancier qui estime que l'exécution de son obligation n'aura pas lieu par le débiteur peut refuser par anticipation de s'exécuter. Cette mesure a pour objectif principal l'efficacité et omet totalement la sécurité juridique. En effet, il est possible de souligner que l'absence d'exigence de motivation de la suspension de l'exécution de ses obligations, par le créancier lors de la notification de cette mesure, prive le débiteur, à l'inverse de la résolution unilatérale, d'un moyen de preuve en cas de contestation postérieure¹²⁰⁴. Or, en étant silencieux en ce qui concerne le garde-fou de la motivation de la notification, l'exception d'inexécution préventive n'a pas pour objectif premier la sécurité des parties. On pourrait alors objecter que la sécurité ici est différente. Le but est de protéger le créancier. Il est titulaire d'un droit de créance et comme l'explique un auteur, l'exercice d'une mesure unilatérale a pour but d'affirmer ce droit¹²⁰⁵. L'exercice de l'exception d'inexécution anticipée permettrait alors de protéger le droit de créance du créancier. Toutefois, l'objectif principal serait de parvenir à l'exécution du contrat et donc aux effets attendus de ce dernier, au détriment du débiteur.

236. Les objectifs de la résolution unilatérale et de l'exception d'inexécution – Enfin, pour être complet, il faut souligner que certaines sanctions remplissent plutôt convenablement le double objectif d'efficacité et de sécurité, à l'image de l'article 1226 nouveau du Code civil. La résolution par notification n'est pas une nouveauté en droit des contrats et sa consécration en droit positif s'apparente davantage à une « consolidation »¹²⁰⁶. Par cette mesure, l'efficacité économique est promue puisque la mesure permet au créancier de se sortir plus rapidement d'un contrat dont l'exécution est entravée par l'autre. En son sein, elle contient une certaine protection avec l'obligation de motiver la résolution lors de la notification. Cette mesure a pour but de protéger le débiteur, qui, en cas de contestation, pourra s'en servir comme d'un élément de preuve. De même, l'exception d'inexécution classique a pour but d'inciter le débiteur d'une

¹²⁰⁴ F. CHÉNEDÉ, *Droit des obligations et des contrats*, op. cit. spéc. n°128.62, p. 163. Dans le même sens, O. DESHAYES, T. GENICON et Y-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations – Commentaire article par article*, op. cit. spéc. p. 504.

¹²⁰⁵ J. ROCHFELD, « Les droits potestatifs accordés par le contrat » *précit.* spéc. p. 759, n°12. Il s'agit alors d'une « potestativité de second degré ».

¹²⁰⁶ Expression utilisée par F. CHÉNEDÉ, *Le nouveau droit des obligations et des contrats, consolidations – innovations – perspectives*, (ancienne version) op. cit. spéc. n°128.90 s., p. 156 s.

inexécution avérée à s'exécuter sans faire appel au juge. L'article 1219 du Code civil est donc une mesure qui promeut l'efficacité économique en se passant du juge. Pourtant, elle réalise un bon compromis avec l'objectif de sécurité puisqu'elle ne peut être mise en œuvre qu'en cas d'une « inexécution suffisamment grave ». Les nombreuses précisions apportées par la jurisprudence antérieure relativement aux conditions de l'exception d'inexécution ainsi que la rédaction claire du texte indiquent que l'objectif de sécurité est atteint pour cette mesure¹²⁰⁷.

237. Bilan B – Ainsi, certaines sanctions unilatérales arrivent à un bon compromis entre les objectifs de sécurité et d'efficacité. Il s'agit principalement de celles déjà connues par le passé notamment par la jurisprudence. Au contraire, d'autres ont du mal à y parvenir. Cela concerne notamment les sanctions innovantes. La faculté de remplacement du débiteur défaillant et la réduction unilatérale du prix créent des difficultés de mise en œuvre car ces règles ont un double objectif : l'efficacité mais aussi la sécurité. Or, d'après nous, ces deux objectifs contradictoires empêchent ces sanctions d'être pleinement efficaces. À cause de cette tentative échouée de compromis entre les objectifs poursuivis, elles présentent des défauts. À l'image de l'exception d'inexécution anticipée qui promeut un seul objectif, celui de l'efficacité économique, il aurait fallu pour ce type de sanction faire un choix de l'objectif dominant. L'étude des objectifs poursuivis par chaque sanction unilatérale témoigne d'une recherche de compromis, qui ne favorise pas la protection de la partie faible dans les sanctions unilatérales.

238. Conclusion du §1 – Finalement, il faut admettre que les objectifs d'efficacité et de sécurité n'ont pas le même contenu. L'efficacité du droit des contrats encourage le développement des sanctions unilatérales. Au contraire, l'objectif de sécurité de ce dernier a tendance, si ce n'est à les interdire, à exiger un encadrement de ces dernières. Les impératifs poursuivis par la réforme sont donc contradictoires. En affichant, dans les règles des sanctions unilatérales, ces deux objectifs côte à côte, le législateur semble avoir fait le choix d'un compromis. Les règles des sanctions unilatérales n'ont pas été épargnées car elles ont été rédigées dans le souci d'être efficaces, en présentant une certaine sécurité juridique. Or, à notre sens, le problème relève de ce compromis. Si l'absence de protection de la partie faible dans les sanctions unilatérales se justifie par l'application stricte du principe d'égalité à l'opération contractuelle, elle trouve une cause dans la recherche du compromis entre les objectifs

¹²⁰⁷ Pour mettre en œuvre l'exception d'inexécution, il faut que l'inexécution de l'obligation qui donne lieu à cette mesure soit suffisamment grave, v. en ce sens Cass. soc. 21 oct. 1954, *Bull. civ* IV, n°613 ; Cass. com. 30 janv. 1979, n°77-13.151.

d'efficacité et de sécurité poursuivis par les mesures unilatérales. Les sanctions de l'inexécution poursuivent des objectifs contradictoires qui ne permettent pas une protection efficace de la partie faible dans les contrats d'adhésion puisqu'aucune règle spécifique n'est présente pour ce type de contrat.

Toutefois, précisons-le dès à présent, il semble qu'il soit possible de contrer cette critique du compromis en proposant une alternative pour que les sanctions unilatérales atteignent les objectifs fixés par la réforme et donc, qu'elles assurent une protection accrue de la partie faible dans les contrats d'adhésion en proposant des règles propres à ces derniers en cas d'inexécution¹²⁰⁸. En prenant en compte la distinction entre les contrats d'adhésion et de gré à gré dans les règles des sanctions unilatérales, cette contradiction pourrait, selon nous, être surmontée. Ainsi, la protection de la partie faible pourrait être assurée au sein de ces nouvelles mesures, car celle-ci, nous allons le voir, apparaît comme nécessaire. Il convient d'en étudier la raison (§2).

§2 : La nécessaire protection de la partie faible dans les sanctions unilatérales

239. La protection de la partie faible dans le droit spécial – La figure du contrat d'adhésion a intégré le droit commun. Toutefois, cette dernière n'est pas nouvelle¹²⁰⁹. « Devoir conclure un bail pour se loger, un contrat de travail pour assurer sa subsistance, un cautionnement pour obtenir un emprunt... place inévitablement le contractant sous le pouvoir d'autrui »¹²¹⁰. Il existe déjà des règles protectrices dans les principaux contrats d'adhésion de droit spécial connus tels que le contrat d'assurance ou encore le contrat de consommation¹²¹¹. Le régime des contrats d'adhésion spéciaux est donc davantage développé. Toutefois, cette recherche s'intéresse au droit commun des contrats. Ce dernier constitue un socle de règles communes, applicables à tous les contrats, complétant les règles du droit spécial. Accorder une place à la réglementation du contrat d'adhésion de droit commun nous apparaît comme essentielle pour couvrir l'ensemble des contrats d'adhésion, notamment ceux qui ne sont pas déjà réglementés par le droit spécial et ce, même si leur nombre est résiduel. En effet, dans cette matière, il existerait *a minima* deux raisons principales justifiant une protection de la partie faible dans l'exercice des sanctions unilatérales. La première est d'origine pratique. Protéger la

¹²⁰⁸ V. *infra* n°s 277 et s.

¹²⁰⁹ V. *supra* n°93.

¹²¹⁰ P. LOKIEC, *Contrat et pouvoir*, LGDJ, 2021, p. 24 s.

¹²¹¹ F. VESSIO, « Le contrat d'adhésion à l'aune du système économique, un enjeu d'ordre public économique entre volonté et consentement », *JCP E* n°41, 13 oct. 2022, 1334.

partie faible peut permettre aux sanctions unilatérales de droit commun d'être plus efficaces (A). L'autre raison qui nous conduit à penser que cette protection doit être prise en compte lors de l'inexécution du contrat est d'ordre plus théorique. En effet, protéger la partie faible pourrait permettre d'entériner l'évolution du modèle contractuel de référence de droit commun, évolution qui emporterait plusieurs conséquences relatives aux sanctions unilatérales (B).

A. L'intérêt pratique de protéger la partie faible à un contrat d'adhésion dans les sanctions unilatérales

240. L'efficacité limitée des sanctions unilatérales – La cause de l'absence de protection de la partie faible à un contrat d'adhésion dans les sanctions unilatérales réside dans le compromis entre les objectifs d'efficacité et de sécurité poursuivis par la majorité des sanctions unilatérales¹²¹². Toutefois, il nous apparaît qu'en protégeant la partie faible, c'est-à-dire en accordant des règles spéciales pour les contrats d'adhésion, dans l'exercice des sanctions unilatérales, il est possible de rendre ces dernières plus efficaces.

En effet, en l'état du droit positif, il est possible de croire en une efficacité limitée de celles-ci. D'abord, nombre d'entre elles présentent des limitations de l'unilatéralisme, à l'image de la faculté de remplacement du débiteur défaillant qui est limitée à certaines hypothèses ou encore de la réduction du prix qui n'est unilatérale que lorsque le créancier n'a pas encore payé. Par exemple, la faculté de remplacement unilatérale du débiteur défaillant pour obtenir l'exécution forcée en nature est une mesure considérée depuis plusieurs années comme une mesure favorisant l'efficacité économique du contrat¹²¹³. Toutefois, en droit positif, lorsque le créancier veut faire détruire ce qui a été fait en violation de l'obligation aux frais du débiteur, une autorisation du juge est nécessaire au préalable. La faculté unilatérale est encadrée dans l'article 1222 nouveau du Code civil pour limiter les couts de l'exécution forcée en nature et, dans le cas où l'exécution forcée indirecte entrainerait une disproportion manifeste entre son intérêt pour le créancier et le coût de cette destruction pour le débiteur. L'article 1222 du Code civil est donc un exemple parmi d'autres d'une limitation de l'unilatéralisme dans les sanctions de l'inexécution. Le retour du juge dans la sanction vient alors limiter l'efficacité économique¹²¹⁴. En effet, l'efficacité économique résulte dans l'intérêt pour le créancier de se passer du juge,

¹²¹² V. *supra* n°232 et s.

¹²¹³ En ce sens, G. LARDEUX, « Plaidoyer pour un droit contractuel efficace », *D.* 2006, p. 1406.

¹²¹⁴ P. GROSSER, « Les sanctions de l'inexécution », *Dr. et Patr.* 2016, n°258.

des coûts de la procédure et d'obtenir l'exécution du contrat. « Les praticiens pourraient se dire que, quitte à se faire contrôler par le juge, autant commencer par demander au juge »¹²¹⁵.

Ensuite, le juge est loin d'être absent des sanctions de l'inexécution, « juge régulateur » concernant l'exécution forcée en nature, l'exception d'inexécution et la résolution, tantôt, « juge réviseur » à propos de la révision du contrat et du prix, « la réforme souhaitait éloigner le juge du contrat, mais elle a au contraire renforcé ses pouvoirs en lui confiant des pouvoirs nouveaux et diversifiés : à compter du 1^{er} octobre 2016, le juge contrôlera et régulera l'application par les parties de leurs facultés unilatérales »¹²¹⁶. L'efficacité économique peut alors, en ce qui concerne ces nouveaux textes être partiellement atteinte puisque le recours au juge implique nécessairement du temps et une dose d'aléatoire, qui résulte du pouvoir d'appréciation des situations *in concreto*¹²¹⁷. Ainsi, nous ne considérons donc pas toutes les sanctions unilatérales comme efficaces.

Enfin, il faut préciser que sur le plan de l'efficacité économique du contrat, la réforme était très attendue en droit des affaires¹²¹⁸. En effet, considération faite du développement des nouvelles technologies et plus particulièrement du développement de la *blockchain* et des *smart contracts*¹²¹⁹, l'intégration des sanctions unilatérales a été saluée. On pensait que cette intégration dans le droit commun d'accroître l'efficacité des contrats d'affaires. Cependant, il a été mis en avant que « le déséquilibre caractéristique du contrat d'adhésion est renforcé par les nouvelles technologies, qu'une partie dominante est en position d'utiliser au mieux de ses intérêts. »¹²²⁰. Dès lors, concernant l'efficacité économique, le monde du droit des affaires

¹²¹⁵ R. ROUGERON, « Discussion », à propos de A. AYNÈS, « Les remèdes unilatéraux (résolution unilatérale, réduction du prix) », p. 113 in Ph. STOFFEL-MUNCK, *Réforme du droit des contrats et pratiques des affaires*, Dalloz, 2015, spéc. p. 127.

¹²¹⁶ M. BROCHIER, « Les nouveaux rôles du juge dans l'inexécution du contrat », *Dr. et Patr.* 2016, n°259.

¹²¹⁷ A. AYNÈS, « Accroissement du pouvoir de la volonté individuelle », *Dr. et Patr.* 2016, n°259.

¹²¹⁸ M. MEKKI, « 3 questions Contentieux commercial et droit des contrats : nouveau droit, nouveaux risques », *JCP E* 2016, n°13, p. 266. V. ég. sur le projet de réforme du droit des contrats, Ph. STOFFEL-MUNCK (dir.), *Réforme du droit des contrats et pratiques des affaires*, op. cit.

¹²¹⁹ C. ZOLYNSKI, « La blockchain : la fin de l'ubérisation ? », *Dalloz IP/IT* 2017, p. 385 développe une définition de la blockchain et des smart contracts : « La *blockchain* est une technologie de stockage et de transmission d'informations, fonctionnant grâce à un système distribué et des procédés cryptographiques. Ce grand journal public, contenant l'historique de tous les échanges effectués entre les utilisateurs depuis sa création, est partagé et constamment vérifié ; son mode de gouvernance, par consensus distribué, le rend en principe infalsifiable. Chaque utilisateur peut ainsi participer à son bon fonctionnement en vérifiant la validité de la chaîne de blocs de transactions et prendre connaissance des transactions effectuées, ce qui en garantit la publicité et la traçabilité [...] La *blockchain* permet notamment d'envisager des applications pour le transfert d'actifs, en tant que registre ou encore pour automatiser les transactions grâce à la programmation de *smart contract* - ces protocoles informatiques qui traduisent les termes d'un engagement afin de programmer une chaîne d'événements emportant des conséquences dès la réalisation des conditions et termes prévus, de manière fidèle et sans intervention humaine ».

¹²²⁰ D. HOUTCIEFF, « La réactivité en droit contemporain des contrats : des réactions unilatérales au smart contract », *Gaz. Pal.* 19 juin 2019, n°354, hors-série n°3, p. 9 s.

dresse un bilan mitigé de la réforme¹²²¹. Il est à craindre que certains textes de la réforme soient inefficaces, ou écartés. Par conséquent, l'objectif initial d'efficacité économique demeurerait partiellement atteint¹²²². Il est alors possible de dégager le constat suivant : les objectifs de modernisation, d'efficacité et de sécurité sont partiellement atteints. Évidemment, il ne faut pas méconnaître que les nouvelles règles du droit commun des contrats sont, pour la plupart, bienvenues à l'image de l'insertion de l'article 1217 du Code civil, qui malgré ses défauts, a pour avantage de présenter le nouveau panel des sanctions. Pour autant, des impasses demeurent notamment relativement à la mise en œuvre des sanctions de l'inexécution, et particulièrement vis-à-vis des contrats d'adhésion. Nous croyons, en ce qui concerne le nouveau droit de l'inexécution, que les objectifs de la réforme ne sont pas tous remplis¹²²³, à l'instar de l'efficacité qui demeure largement discutable, et à l'inverse de ce qu'affirmait le Rapport concernant les sanctions de l'inexécution¹²²⁴.

241. Protéger la partie faible pour atteindre les objectifs de la réforme – À notre sens, la possibilité de prendre en compte la distinction entre les contrats d'adhésion et de gré à gré pour protéger la partie faible peut permettre, aux sanctions unilatérales, d'atteindre les objectifs de la réforme. Le compromis entre les objectifs de sécurité et d'efficacité, au sein de ces mesures, aurait pu être évité. En effet, si le parti avait été pris de promouvoir l'objectif d'efficacité économique, dont se réclament naturellement les sanctions unilatérales, certaines difficultés précédemment évoquées auraient pu être évitées. L'objectif de sécurité aurait pu également être atteint différemment.

D'abord, il aurait fallu admettre le recours plein et entier aux sanctions unilatérales et reconnaître expressément que celles-ci ont pour objectif d'accentuer l'efficacité économique. Il aurait donc été préférable que l'objectif d'efficacité soit ouvertement affiché et promu pour les

¹²²¹ L. AYNÈS, « Un nouveau droit des contrats au service du droit français des affaires », *Gaz. Pal.* 12 juin 2017, n°296, hors-série n°3, p. 88 ; J. VOGEL, « Faut-il réformer la réforme du droit des contrats ? », *AJ contrat* 2017, p. 470.

¹²²² V. notamment *contra* J. BÜRKLE et R. MAHIEU, « Nouveau droit des contrats et « contract management » : pour une meilleure performance des contrats d'affaire », *RLDC*, 2018, n° 159, 2018: « L'efficacité économique du droit civil français était une autre préoccupation des rédacteurs du nouveau texte. Cela passe avant tout par la prévisibilité des solutions, ce que cette réforme apporte. En effet, il est plus aisé d'opérer un revirement de jurisprudence que de modifier une loi. ».

¹²²³ V. notamment G. PARLEANI, « Un droit des contrats qui fait tout pour qu'on le fuie », *AJ Contrat* 2019, p. 149.

¹²²⁴ Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 *précit.* : « [qu'] est ainsi créé un cadre juridique clair, efficace et adapté aux enjeux d'une économie mondialisée et en perpétuelle évolution ».

sanctions unilatérales. Ensuite, pour promouvoir la sécurité, nous pensons qu'il aurait été possible de prendre en compte la protection de la partie faible au stade de l'inexécution.

En effet, cette volonté de compromis pour atteindre les objectifs envisagés par la réforme rejoint la réflexion relative à l'indifférence du type de contrat au stade de l'inexécution. En décidant de ne pas faire de différence entre les parties à un contrat d'adhésion et les parties à un contrat de gré à gré, au stade de l'inexécution, la réforme a inséré des règles de compromis qui tentent avec difficultés de s'adapter à tous les contrats, à l'image de toutes les règles du droit des contrats qui essaient de réaliser un compromis parfait entre les objectifs de sécurité et d'efficacité. Par conséquent, certaines sanctions unilatérales, trop dangereuses pour un type de contractant particulier, en l'espèce la partie faible dans les contrats d'adhésion, sont interdites à l'image de la résolution unilatérale préventive alors même que l'exception d'inexécution anticipée ne l'est pas. Cela est tout à fait paradoxal. D'un autre côté, toutes les mesures unilatérales sont largement encadrées, au point parfois de rendre difficilement concevable leur application pratique et de perdre en efficacité. Il est fait référence ici à la réduction du prix dont la rédaction en l'état est encore très discutable¹²²⁵.

Or, en prenant en compte la distinction les contrats d'adhésion et les contrats de gré à gré dans le régime de l'inexécution, la réforme aurait pu diminuer les défauts des sanctions unilatérales et les objectifs de sécurité et d'efficacité du contrat auraient été atteints. À ce titre, elle aurait alors pu parvenir à une balance satisfaisante entre les objectifs d'efficacité et de sécurité. En effet, dans les contrats d'adhésion, la sécurité juridique prend une place prépondérante les règles de ce type de contrat afin de protéger la partie faible car la relation contractuelle est déséquilibrée dès sa création. À l'inverse dans les contrats de gré à gré, l'objectif principal est de parvenir au maximum d'efficacité contractuelle puisqu'il faut partir du postulat que dans ce type de contrat, les parties sont hypothétiquement et majoritairement sur un pied d'égalité. Pour protéger la partie faible, la réforme aurait donc pu intégrer dans les sanctions unilatérales des règles différentes en fonction du type de contrat. Dans ce cas, la prise en compte du type de contrat dans les sanctions de l'inexécution aurait alors permis de protéger la partie faible en proposant des sanctions unilatérales adaptées aux contrats d'adhésion. Cela aurait permis de rendre les sanctions unilatérales efficaces dans les contrats de gré à gré et sécuritaires dans les contrats d'adhésion. Nous avons conscience que ces propositions sont radicales. Toutefois, elles nous apparaissent nécessaires afin de parvenir aux objectifs professés par la réforme.

¹²²⁵ V. *supra* n°39.

242. Bilan A – Dans une optique de modernisation du Titre III du Livre III du Code civil, le législateur semble avoir fait le choix du compromis entre l'efficacité et la sécurité des contrats au sein des nouvelles règles relatives aux sanctions unilatérales. Dans une telle configuration, il semble qu'il existe un risque de limitation de l'objectif d'efficacité poursuivi par les sanctions unilatérales. L'exemple topique d'une telle affirmation réside dans la consécration de la résolution unilatérale anticipée. Au contraire, nous estimons qu'il aurait fallu prendre davantage position et reconnaître que le but principal et prioritaire des sanctions unilatérales est l'efficacité économique. Pour ne pas mettre de côté la sécurité juridique au sein de ces nouvelles dispositions, il aurait alors été possible et pertinent de prendre en compte la distinction entre les contrats d'adhésion et de gré à gré au stade de l'inexécution. Pour ce faire, il aurait fallu appliquer différemment le régime de ces sanctions en fonction du type de contrat. C'est pourquoi, nous estimons que pour que les règles des sanctions unilatérales parviennent aux objectifs professés par la réforme du droit des contrats, il aurait fallu accorder une protection de la partie faible dans les contrats d'adhésion. Accorder une protection spéciale à cette catégorie de contractants lors de l'exercice des sanctions unilatérale aurait alors permis à ces dernières d'être pleinement efficaces, sans omettre la sécurité¹²²⁶. Suivant ce raisonnement, il semble donc qu'il existe un véritable intérêt pratique à protéger la partie faible dans les sanctions unilatérales : accentuer l'efficacité économique de celles-ci. Ce dernier n'est pas le seul. En effet, il semble qu'il existe également un intérêt théorique à la consécration de la protection de la partie faible dans l'exercice des sanctions unilatérales (B).

B. L'intérêt théorique de protéger la partie faible à un contrat d'adhésion dans les sanctions unilatérales

243. La consécration d'un second modèle contractuel de référence – Il semble qu'il existe un second intérêt à prendre en compte la protection de la partie faible à un contrat d'adhésion dans les règles des sanctions unilatérales. En l'état du droit positif, que les parties aient conclu un contrat de gré à gré ou d'adhésion, les sanctions unilatérales peuvent être mises en œuvre par ces dernières lorsque les conditions propres à chacune d'entre elles sont remplies. Il n'est pas nécessaire de prendre en compte le type de contrat conclu pour que l'exercice et les effets de la mesure unilatérale aient lieu.

¹²²⁶ V. *infra* n°s 253 et s. En l'espèce revoir les sanctions de l'inexécution en fonction du type de contrat aurait pu compléter l'atteinte des objectifs de sécurité et d'efficacité, comme nous le verrons ultérieurement.

Toutefois, il semble qu'il existe une véritable différence entre les contrats d'adhésion et de gré à gré, qui forment ensemble, à notre avis, le nouveau modèle contractuel de référence en droit commun. Au stade de l'inexécution, il apparaît que le législateur n'a pas pris acte d'une telle distinction. Cette absence s'explique probablement par le fait que la protection offerte aux parties d'un contrat d'adhésion, sous le couvert des règles relatives aux clauses abusives, a été estimée suffisante pour protéger la partie faible à un contrat d'adhésion. Cependant, nous croyons que la protection offerte par les articles 1170 et 1171 du Code civil n'est pas suffisante. Bien sûr, elle offre, lors de l'exécution du contrat, la possibilité à la partie faible d'agir sur le déséquilibre du contenu du contrat. En cas d'inexécution, et en l'absence de clause spécialement dédiée à celle-ci, cette dernière ne dispose pas de règles spéciales capables de limiter l'accentuation des déséquilibres inhérents à ce type de contrat. En d'autres termes, au stade de l'inexécution du contrat, les parties sont considérées comme étant placées sur un pied d'égalité, alors même qu'au moment de la formation et lors de période d'exécution du contrat, les règles spécifiques du droit commun témoignent que ce n'est pas le cas. Comment se fait-il qu'en cas d'inexécution, les parties disposent de mesures similaires (l'exercice des sanctions unilatérales) alors même que leurs forces respectives sont inégales ? Dans ce cas de figure, les parties ne disposent pas des mêmes pouvoirs de fait¹²²⁷. Le législateur n'a pas estimé nécessaire de tenir compte de cette inégalité de pouvoirs dans les sanctions unilatérales de l'inexécution. Pour combler cette difficulté nous estimons donc qu'il aurait fallu en tenir compte en réalisant une distinction des règles des sanctions unilatérales en fonction du type de contrat (de gré à gré ou d'adhésion).

Dans ce cas, distinguer les règles de l'inexécution en fonction du type de contrat reviendrait à considérer que le droit commun des contrats ne repose plus sur un modèle unique de figure contractuelle de référence, le contrat de gré à gré. Au contraire, il faudrait alors admettre que celui-ci est composé de deux contrats distincts. Suivant cette logique, les règles du droit commun devraient alors se dédoubler à tous les temps du contrat. En effet, à partir du moment où l'on considère qu'il existe deux types de contrats de droit commun différents, le régime de

¹²²⁷ Ici, le pouvoir est « une relation de fait qui voit “le fort” imposer sa volonté au “faible” », P. LOKIEC, *Contrat et pouvoir*, op. cit. p. 22 et s. Il existerait différentes sortes de pouvoirs de fait, qui peuvent se combiner : « le pouvoir de marché empêche de négocier librement les conditions économiques du contrat ou, pire, contraint à contracter. La puissance relationnelle place une partie sous l'influence, parfois sous l'emprise d'une autre. Le pouvoir-savoir empêche de contracter en connaissance de cause, tout au moins en situation d'équilibre informationnel. L'organisation oblige à se soumettre si l'on ne veut pas courir le risque d'être exclu et de voir le contrat qui lie à elle rompu ».

ceux-ci devrait nécessairement être différent¹²²⁸. Autrement dit, des règles spéciales devraient être consacrées pour le contrat d'adhésion, de la formation à l'inexécution de celui-ci.

Protéger la partie faible dans les sanctions unilatérales permettrait d'entériner la consécration d'un double droit commun du contrat. Or, consacrer un double droit commun en droit des contrats aurait des conséquences sur les sanctions unilatérales. Cette consécration pourrait permettre d'améliorer et de préciser le régime de ces dernières. À titre d'exemple, prendre en compte la distinction entre les contrats d'adhésion et de gré à gré dans les sanctions unilatérales pourrait permettre de protéger la partie faible dans les contrats d'adhésion en apportant des précisions quant aux hypothèses d'aménagement conventionnel des sanctions unilatérales dans ce type de contrat.

244. L'apport de précisions relatives aux hypothèses d'aménagement contractuel des sanctions unilatérales – Affirmer qu'il existerait un double droit commun revient à considérer que les sanctions unilatérales de l'inexécution devraient s'appliquer différemment en fonction du type de contrat conclu par les parties. En prenant en compte la distinction entre les contrats de gré à gré et les contrats d'adhésion dans le régime des sanctions unilatérales, il est possible de préciser les hypothèses d'aménagement conventionnel des sanctions unilatérales. À la différence des contrats de gré à gré, l'aménagement des sanctions unilatérales dans les contrats d'adhésion peut se heurter au contrôle des clauses abusives¹²²⁹. En effet, comme la plupart des sanctions de l'inexécution, les nouvelles dispositions sont supplétives de volonté ; leur application peut être écartée ou encadrée par une clause¹²³⁰. Par rapport à la réduction unilatérale du prix, Monsieur Noblot s'est interrogé quant au possible contrôle des clauses abusives venant aménager la mise en œuvre d'une telle sanction en mettant en garde contre cette possibilité. La solution qu'il préconise, et que nous validons, est celle de la prudence relativement à la rédaction de telle clause dans des contrats d'adhésion, qui risquent de se voir

¹²²⁸ En ce sens, F. CHÉNEDÉ, *Le nouveau droit des obligations*, op. cit. spéc. p. 167, n°128.114.

¹²²⁹ F. CHÉNEDÉ, *Le nouveau droit des obligations*, op. cit. p. 167, n°128.114, à propos de la clause d'exclusion conventionnelle de l'exception de disproportion pour la mise en œuvre de l'exécution forcée en nature : « les juges pourraient être néanmoins amenés à distinguer selon la nature du contrat dans laquelle la clause sera insérée : valable dans les contrats de gré à gré, elle pourrait être réputée non écrite en application du droit des clauses abusives (art. 1171) ».

¹²³⁰ Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 *précit.* : pour rappel, « dans la tradition du code civil, l'ordonnance n'affirme pas expressément dans un article spécifique le caractère supplétif de volonté de ses dispositions. En effet, leur caractère supplétif s'infère directement de l'article 6 du code civil et des nouveaux articles 1102 et 1103, sauf mention contraire explicite de la nature impérative du texte concerné. Il n'y a donc pas lieu de préciser pour chaque article son caractère supplétif, qui constitue le principe, le caractère impératif étant l'exception ».

plus facilement sanctionnées sur le terrain du déséquilibre significatif que dans les contrats de gré à gré au sein desquels l'article 1171 du Code civil n'est pas applicable¹²³¹.

De plus, si l'on considère qu'il existe une division du droit commun basée sur la distinction entre les contrats de gré à gré et d'adhésion¹²³², et que les sanctions unilatérales sont des prérogatives contractuelles¹²³³, il est possible de préciser le régime de celles-ci dans les contrats d'adhésion¹²³⁴. Les sanctions unilatérales sont des prérogatives contractuelles d'origine légale. De plus, elles peuvent être aménagées conventionnellement par les parties. Cependant, en fonction des situations, les prérogatives contractuelles ne sont pas toujours admises¹²³⁵. En droit commun, comme l'explique Madame Molina, les prérogatives contractuelles ne doivent pas être autorisées sans limite dans les contrats d'adhésion¹²³⁶. En effet, en partant du contrôle du déséquilibre significatif dans les contrats d'adhésion, il existerait des prérogatives à l'origine de celui-ci, selon cet auteur, qu'il faudrait prohiber en tenant compte de la limite selon laquelle « la seule identification d'une puissance décisionnelle en faveur de la partie forte ne suffit pas à déclarer la clause abusive »¹²³⁷. Comme nous l'avons expliqué, les sanctions unilatérales appartiennent à la catégorie des prérogatives sanctions défensives. À ce titre, ces dernières pourraient alors être autorisées dans les contrats d'adhésion sous certaines conditions pour ne pas créer de déséquilibre significatif, qui pourrait alors être sanctionné. Pour être permises dans les contrats d'adhésion, elles doivent être commutatives et remplir plusieurs conditions. En effet, « les droits d'extinction de la situation contractuelle sont utiles à tous, si bien que le combat contre le déséquilibre significatif s'appuie sur l'absence d'équivalence de ces droits entre partie faible et partie forte »¹²³⁸. Pour être valables, les prérogatives défensives doivent donc être réciproques, c'est-à-dire possible pour toutes les parties au contrat, et équivalentes. Cela signifie que « la commutativité suppose que l'exercice de la prérogative défensive ne soit pas rendu plus aisé pour la partie forte que pour la partie faible »¹²³⁹. Si ces deux conditions

¹²³¹ C. NOBLOT, « Article 1223 du Code civil : la clause de définition de l'exécution imparfaite » *précit.*

¹²³² En ce sens, F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, *Cours de droit civil, contrats, op. cit.* pp. 33-37 ; M. FABRE-MAGNAN, « Critique de la notion de contenu du contrat », *précit.* p. 645 ; T. REVET, « La réception du contrat d'adhésion par la théorie générale du contrat », *précit.* et du même auteur, « Le contrat Janus, ou la dualisation de la théorie du contrat », *précit.* et *ibid.* « Le projet de réforme et les contrats structurellement déséquilibrés », *précit.* *Contra* : B. MORON-PUECH, *Contrat ou acte juridique ? : Étude à partir de la relation médicale, op. cit.*

¹²³³ V. *supra* n°181 s.

¹²³⁴ V. *infra* n°350 s.

¹²³⁵ L. MOLINA, *La prérogative contractuelle, op. cit.* spéc. p. 302, n°271

¹²³⁶ *Ibid.* L'auteur développe deux autres situations dans lesquelles les prérogatives contractuelles peuvent être prohibées. Il s'agit des contrats de consommation régis par l'article L. 212-1 du Code de la consommation et des contrats conclus entre professionnels en droit commercial prévus à l'article L. 442-1 Du Code de commerce.

¹²³⁷ L. MOLINA, *La prérogative contractuelle, op. cit.* spéc. p. 319. n°289.

¹²³⁸ *Ibid.* spéc. p. 329, n°302.

¹²³⁹ *Ibid.* spéc. p. 330, n°304.

cumulatives ne sont pas remplies, la prérogative contractuelle crée un déséquilibre significatif. Elle est abusive et doit être réputée non écrite¹²⁴⁰.

Appliquée aux sanctions unilatérales, ce raisonnement conduirait à une différence de traitement dans les sanctions de l'inexécution en fonction du type de contrat. Pour être appliquées, les sanctions unilatérales devraient tenir compte de la situation contractuelle dans laquelle elles sont projetées¹²⁴¹. En d'autres termes, « le traitement des prérogatives contractuelles doit être adapté à ce mode de formation spécifique »¹²⁴², le contrat d'adhésion. En effet, *a priori* toutes les sanctions remplissent une condition de réciprocité. Que l'on soit dans un contrat d'adhésion ou de gré à gré, à partir du moment où une inexécution est constatée par l'une des parties, l'autre peut utiliser une sanction unilatérale. Cependant, en l'état du droit positif les conditions de mise en œuvre de chaque sanction ne distinguent pas le type de contrat. Par conséquent, la procédure de mise en œuvre de chaque sanction est égalitaire pour la partie faible et la partie forte. En cas d'aménagement conventionnel des sanctions unilatérales, il nous semble alors qu'il existe un risque de déséquilibre significatif dans la mise en œuvre de celles-ci, dans l'hypothèse où elles sont aménagées à l'avance dans les contrats d'adhésion. L'aménagement conventionnel des sanctions qui viendrait par exemple, faciliter la procédure de mise en œuvre de la sanction, et qui serait réservée à la partie forte, risquerait alors de subir le contrôle des clauses abusives. Ce type de clause serait alors réputé non écrit sur la base de l'article 1171 du Code civil. C'est pourquoi, les sanctions unilatérales, qualifiées de prérogatives contractuelles, devraient être encadrées dans les contrats d'adhésion afin de maintenir la commutativité dans l'exercice de ces sanctions, commutativité qui est nécessaire afin de ne pas accentuer le déséquilibre factuel imposé par le contrat d'adhésion. Il apparaît alors que ces dernières nécessiteraient donc de faire l'objet d'une attention particulière dans ce type de contrat. Autrement, dit, dans les contrats d'adhésion, les sanctions unilatérales ne devraient pas être autorisées sans limite.

Par conséquent, prendre en compte la distinction des contrats d'adhésion et de gré à gré, pour protéger la partie faible dans les sanctions unilatérales, pourrait permettre de préciser les hypothèses d'aménagement conventionnel des sanctions unilatérales sur lequel nous reviendrons ultérieurement¹²⁴³. Il faudrait donc davantage encadrer les sanctions unilatérales

¹²⁴⁰ L. MOLINA, *La prérogative contractuelle*, op. cit. spéc. p. 331, n°305.

¹²⁴¹ *Ibid.* spéc. p. 333 n°307, « Les règles de validité des prérogatives contractuelles sont donc plus restreintes dans les situations d'adhésion. [...] L'utilité que présentent certaines prérogatives rend, cependant, possible leur survie, subordonnée à des conditions ».

¹²⁴² *Ibid.* spéc. p. 334, n°308.

¹²⁴³ V. *infra* n°s292 et s.

dans les contrats d'adhésion dans la mesure où celles-ci sont des prérogatives contractuelles qui doivent tenir compte de la situation particulière dans laquelle elles sont mises en œuvre.

245. Les autres conséquences de la consécration d'un double modèle contractuel de référence sur le régime des sanctions unilatérales – Enfin, la protection de la partie faible qui se traduirait par une distinction des règles des sanctions unilatérales entre les contrats de gré à gré et d'adhésion emporterait avec elle, plusieurs modifications et conséquences sur le régime de ces dernières. D'abord, en acceptant que le droit commun est basé non plus sur un, mais sur deux contrats de référence distincts, le rôle des « acteurs du contrat » que sont le juge et les parties pourrait être modifié¹²⁴⁴. Concernant les parties, là où dans les contrats de gré à gré, celles-ci demeurent respectivement et classiquement, le meilleur juge de leurs intérêts propres, dans les contrats d'adhésion, le législateur doit admettre qu'il en va différemment. La partie faible est alors moins apte à décider de ses propres intérêts. C'est pourquoi, pour éviter d'accentuer les déséquilibres, des règles spéciales doivent exister pour protéger les intérêts de la partie faible. Ensuite, le dédoublement du contrat de droit commun viendrait modifier le rôle du juge, qui est nécessairement différent face au contrat devant lequel il se trouve. Classiquement dans un contrat de gré à gré, le juge est « le serviteur de la loi contractuelle »¹²⁴⁵ décidée par les parties. Au contraire, dans les contrats d'adhésion, « le juge est investi d'un rôle totalement ou à peu près totalement inédit dans le Code civil »¹²⁴⁶. Le nouveau contrôle des clauses abusives en est l'exemple topique dans la mesure où le juge peut décider d'écarter une clause qui viendrait créer un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties. Le juge, par le biais du législateur, assurerait, désormais, « la défense de l'intérêt d'une catégorie de contractants, ceux qui, lors de la préparation du contrat, se trouvent placés, par leur condition ou par la situation, dans l'impossibilité de négocier un ensemble de clauses qu'ils ne peuvent qu'accepter ou refuser en bloc »¹²⁴⁷. Le rôle du juge serait alors complètement différent dans un contrat d'adhésion et dans un contrat de gré à gré¹²⁴⁸.

246. Bilan B – La protection de la partie faible dans les sanctions unilatérales pourrait permettre d'entériner l'évolution du modèle contractuel de référence. En effet, une telle protection semble justifier la différence de traitement des cocontractants des contrats de gré à

¹²⁴⁴ T. REVET, « Le contrat Janus ou la dualisation de la théorie du contrat », *précit.* spéc. p. 425.

¹²⁴⁵ *Ibid.* spéc. 427.

¹²⁴⁶ T. REVET, « Le contrat Janus ou la dualisation de la théorie du contrat », *précit.* p. 427.

¹²⁴⁷ *Ibid.* p. 428.

¹²⁴⁸ V. *infra* n°s 392 et s.

gré et d'adhésion. Parallèlement, elle autorise à croire à l'avènement d'un dédoublement du modèle contractuel de référence qui serait basé sur la distinction entre les contrats d'adhésion et de gré à gré. Désormais, à notre sens, le modèle contractuel du droit commun ne devrait plus seulement être fondé sur la figure du seul contrat de gré à gré. Par conséquent, en fonction du type de contrat, des règles différentes devraient pouvoir être appliquées. Cette différenciation des règles des sanctions unilatérales en fonction du type de contrat aurait pour conséquence d'apporter des précisions supplémentaires quant au régime des sanctions unilatérales.

247. Conclusion §2 – Il semble qu'il existe un véritable intérêt pratique à protéger la partie faible dans les sanctions unilatérales. Ce dernier réside dans le renforcement de leur efficacité, tout en n'augmentant pas les déséquilibres contractuels inhérents aux contrats d'adhésion lors de leur exercice. Cet avantage n'est pas isolé. En effet, selon nous, la protection de la partie faible peut également permettre d'entériner l'évolution du modèle contractuel de référence. Cette consécration aurait pour conséquences vertueuses d'améliorer les sanctions unilatérales, dont le régime pourrait être précisé en prenant appui sur leur rattachement à la catégorie des prérogatives contractuelles.

248. Conclusion de la section 2 – Si la teneur de la protection de la partie faible dans les sanctions unilatérales est inexistante, la nécessité de celle-ci est discutable. L'absence de protection trouve sa cause dans l'absence de logique dans la poursuite des objectifs de la réforme du droit des contrats, l'objectif des sanctions unilatérales n'ayant pas été clairement défini. Toutefois, accorder une protection spéciale à la partie faible dans les règles des sanctions de l'inexécution présente un double intérêt, pratique et théorique, non négligeable lorsqu'il s'agit d'améliorer l'intégration des sanctions unilatérales dans le droit commun des contrats.

CONCLUSION DU CHAPITRE 2

249. La critique de l'intégration des sanctions unilatérales dans la théorie générale nous a conduit à étudier la teneur de la protection de la partie faible dans les sanctions unilatérales.

Cette dernière est inexistante. Elle semble se matérialiser par une absence de prise en compte de la catégorie des contrats d'adhésion dans les règles des sanctions unilatérales.

Loin d'être considérée comme anodine, cette absence semble être le défaut le plus important de l'intégration des sanctions unilatérales dans la théorie générale du contrat pour plusieurs raisons.

D'abord, cette absence empêche, à notre sens, l'efficacité des sanctions unilatérales. Elle justifie alors l'interdiction de certaines d'entre elles à l'image de la résolution unilatérale anticipée. En effet, comme nous venons de le voir l'absence de prise en compte de la distinction entre les contrats d'adhésion et de gré à gré, dans les règles des sanctions unilatérales, ne permet pas d'atteindre les objectifs d'efficacité et de sécurité, mis en avant lors de l'élaboration de la réforme du droit des contrats. Ainsi, pour améliorer les règles des sanctions unilatérales, il faudrait donc prendre en compte la protection de la partie faible. Pour ce faire, il serait alors pertinent de prendre en compte dans les règles des sanctions unilatérales la distinction entre les contrats d'adhésion et de gré à gré.

Ensuite, l'absence de protection de la partie faible ne favorise pas l'idée d'une consécration de l'évolution du modèle contractuel de référence en droit des contrats. En effet, l'insertion de la distinction entre les contrats de gré à gré et d'adhésion en droit commun permet de consacrer une nouvelle dichotomie des contrats. Les contrats d'adhésion sont des contrats structurellement déséquilibrés qui nécessitent une protection spéciale. A ce titre, le législateur a consacré un contrôle poussé des clauses abusives dans ce type de contrat afin de pouvoir, en cas de besoin, rétablir l'équilibre entre les parties et une règle d'interprétation du contrat favorable à la partie faible. Or, malgré l'importance des contrats d'adhésion dans le monde contractuel, au point d'avoir décidé de les intégrer dans le droit commun, les règles des sanctions unilatérales sont totalement indifférentes à ce type de contrat. Afin de mettre en œuvre la réglementation des clauses abusives, il est nécessaire qu'une clause soit insérée dans le contrat. En l'absence de clause relative à l'inexécution et en cas d'inexécution avérée, le législateur n'a pas jugé nécessaire d'apporter une protection spéciale à la partie faible. Lorsque le contrat est en péril, les parties se retrouvent sur un pied d'égalité virtuel, qui est pourtant combattu au stade de la formation et de l'exécution du contrat par une réglementation spéciale.

Il s'agit là d'un défaut non négligeable qui accentue plusieurs difficultés des sanctions unilatérales, telles que les interrogations sur les hypothèses d'aménagement conventionnel de celles-ci. Au contraire, comme nous le verrons, prendre en compte cette distinction permettrait de régler ces difficultés¹²⁴⁹. Parce que la réforme n'a pas tenu compte de cette *summa divisio* au titre des sanctions de l'inexécution, il semble que les incomplétudes des nouvelles sanctions trouvent donc une autre explication par le biais de cette absence. C'est pourquoi, après analyse, nous arrivons à la conclusion que l'absence de protection de la partie faible explique certaines difficultés techniques des sanctions unilatérales précédemment évoquées et génère un autre défaut majeur relatif à la théorie générale du contrat : l'absence de consécration de l'évolution du modèle contractuel de référence.

250. Il semble pourtant qu'il existe un véritable intérêt à la consécration de la protection de la partie faible à un contrat d'adhésion dans les sanctions unilatérales. En effet, la consécration, dans la théorie générale du contrat, de la catégorie des contrats d'adhésion et l'entérinement de nouvelles règles propres à celle-ci témoignent du renouveau du paysage contractuel français. Du point de vue de la formation du contrat, l'unilatéralisme est accueilli positivement, lors de formation du contrat d'adhésion, par son élaboration unilatérale. Ce renouveau semble alors entraîner un changement de paradigme quant à la conception unitaire du contrat qui, désormais, devrait se concevoir comme une conception duale, divisée entre la négociation (le contrat de gré à gré) ou le rapport de force (le contrat d'adhésion). Dès lors, comme la division du contrat semble avoir évolué, il semble que le régime tout entier du droit commun devrait évoluer, à son tour. Au niveau de l'inexécution, il apparaît alors que les sanctions unilatérales auraient dû tenir compte de cette évolution. À n'en plus douter, « la période qui s'est ouverte avec la réforme 2016-18 est donc bien celle du « contrat Janus » : un contrat de droit commun aux deux visages, car incarné dans deux grandes figures antithétiques, le contrat de gré à gré et le contrat d'adhésion, en ce qu'elles concrétisent des conceptions irréductibles l'une à l'autre de ce qui fait le cœur de cet acte – le rôle de la volonté des parties dans la détermination du contenu du contrat et la façon dont l'intérêt de chaque contractant y est promu et défendu »¹²⁵⁰

¹²⁴⁹ V. *infra* n°s 253 et s.

¹²⁵⁰ T. REVET, « Le contrat Janus ou la dualisation de la théorie du contrat », *précit.* spéc. p. 431.

CONCLUSION DU TITRE 2

251. La seconde critique des sanctions unilatérales nous a conduit à nous intéresser à leur intégration dans la théorie générale du contrat. À notre sens, cette dernière est insatisfaisante. D'un point de vue théorique, l'intégration des sanctions unilatérales manque de cohérence pour plusieurs raisons. Ce manque de cohérence théorique est d'une importance déterminante dans la mesure où il a une incidence sur la pratique, puisque ce dernier accentue les critiques des dispositions propres et commune aux sanctions unilatérales précédemment évoquées.

Ce manque de cohérence s'explique, d'abord, parce que la nouvelle conception du contrat, proposée par la réforme, semble n'avoir que trop peu évolué pour valider le recours naturel aux sanctions unilatérales. Certes, celles-ci ont été consacrées par nécessité pratique et au nom du développement d'une efficacité économique accrue dans les règles du contrat. Toutefois, en s'intégrant dans une conception encore trop classique du contrat, basée sur l'accord de volontés, les sanctions unilatérales – si elles ne sont plus expressément prohibées – doivent pour être valables et reconnues légalement, présenter une procédure très stricte et précise. Ces deux conditions sont nécessaires afin de ne pas contredire la force obligatoire et la bilatéralité structurelle traditionnelle du contrat. Il ressort que seules les sanctions unilatérales prévues à l'article 1217 du Code civil remplissent ces deux conditions. Ainsi, à cause d'une conception encore trop traditionnelle du contrat, les sanctions unilatérales innovantes telles que la résolution unilatérale anticipée n'ont pas été autorisées en droit commun, laissant alors penser que, malgré son absence d'impérativité, la liste des sanctions unilatérales prévues à l'article 1217 est exhaustive. Toutefois, en proposant une conception renouvelée et temporalisée du contrat, ces deux exigences auraient pu être évitées, faisant de la liste des sanctions de l'article 1217 du Code civil, une liste indicative, et non impérative, des sanctions unilatérales possibles.

Ce manque de cohérence s'explique, ensuite, par l'absence de qualification de la nature juridique des sanctions unilatérales, qui après démonstration, peuvent être qualifiées de prérogatives contractuelles, l'exception d'inexécution étant mise à part. Cette absence de qualification est regrettable en ce qu'elle ne permet pas d'éclaircir le régime des sanctions unilatérales, lorsque ce dernier est incomplet ou obscur.

Ce manque de cohérence s'explique, enfin, par la non prise en compte de l'impératif de protection de la partie faible dans les sanctions unilatérales, alors même que le nouveau droit des contrats lui accorde une importance particulière lors des périodes respectives de formation et d'exécution du contrat. En cas d'inexécution, cette protection apparaît également nécessaire,

Consacrer une telle protection pourrait également permettre d'entériner l'évolution du modèle contractuel de référence de droit commun, en un double modèle basé sur la nouvelle *summa divisio* entre les contrats d'adhésion et de gré à gré, qui réaliserait une balance entre les objectifs d'efficacité et de sécurité professés par la réforme.

CONCLUSION DE LA PARTIE 1

252. La critique de l'intégration des sanctions unilatérales dans le droit commun nous a conduit à apprécier la consécration de ces nouvelles mesures dans le droit de l'inexécution. En étudiant les dispositions propres à chaque sanction unilatérale, mais également l'article 1217 du Code civil qui les regroupe, nous avons démontré qu'il existe des incertitudes dans leur exercice. Ces dernières sont de plusieurs ordres portant tout à la fois sur les conditions de mise en œuvre, sur les modalités de contestation, mais aussi sur celles relatives à l'aménagement et à la hiérarchie des sanctions unilatérales. Sur la base de ces différentes critiques, nous avons commencé à mettre en exergue le fait que le régime de chacune d'entre elles était imprécis et qu'il existerait une absence générale de protection de la partie faible dans leurs règles.

Ces deux défauts majeurs, initiés par l'évaluation des critiques de l'intégration des sanctions unilatérales dans le droit de l'inexécution, sont toutefois apparus plus nettement lorsque que nous nous sommes intéressée à leur inclusion dans un cadre plus vaste, celui de la théorie générale du contrat. En premier lieu, nous avons expliqué que l'intégration des sanctions unilatérales est incohérente avec la conception du contrat consacrée par la réforme, laquelle est basée sur la rencontre des volontés et sur la figure du contrat de gré à gré. Nous avons alors considéré qu'il existait une absence regrettable de la protection de la partie faible à un contrat d'adhésion dans les sanctions unilatérales. En second lieu, nous avons relevé une absence de qualification juridique de ces nouvelles mesures, qui ne permet pas d'en préciser le régime. Les imprécisions relatives au régime d'exercice et de contestation de chaque sanction unilatérale ont été confirmées.

Toutes ces démonstrations nous amènent alors à penser que l'intégration des sanctions unilatérales dans le droit commun des contrats est imparfaite. Notre intuition de départ a été validée. Le nombre de critiques qui a suivi l'intégration des sanctions unilatérales depuis la réforme de 2016 n'était donc pas anodin et il témoignait déjà, à notre avis, de la nécessité d'améliorer l'intégration des sanctions unilatérales dans le droit commun. Par conséquent, s'il apparaît qu'en l'état du droit positif, la consécration des sanctions unilatérales dans le Livre III du Titre III du Code civil n'est pas satisfaisante, cette dernière doit faire l'objet de corrections. Il convient à présent de réaliser ce travail (partie 2).

PARTIE 2 : LES AMÉLIORATION DE L'INTÉGRATION DES SANCTIONS UNILATÉRALES DANS LE DROIT COMMUN

253. Ainsi que nous l'avons démontré, l'intégration des sanctions unilatérales dans le droit de l'inexécution, et plus généralement dans le droit commun des contrats, est à la fois imparfaite et perfectible.

Afin d'y remédier, il semble nécessaire de corriger les défauts majeurs des sanctions unilatérales : l'absence de protection de la partie faible et l'absence de certitudes relatives aux modalités de leur régime d'exercice et de contestation.

Pour ce faire, il convient, d'abord, d'améliorer l'article 1217 du Code civil afin d'assurer une protection plus satisfaisante de la partie faible dans les contrats d'adhésion. Cette disposition doit faire l'objet de modifications pour parvenir à davantage de justice contractuelle sans pour autant limiter l'efficacité du recours aux sanctions unilatérales (titre 1).

Ensuite, en prenant acte des conséquences de la qualification des sanctions unilatérales en prérogatives contractuelles, il conviendra de préciser les éléments de régime de celles-ci afin de lever les imprécisions et interrogations précédemment évoquées¹²⁵¹. Cependant, il sera nécessaire de concilier ces propositions avec deux éléments : l'impératif de protection de la partie faible développé en amont et les spécificités propres à chaque sanction (titre 2).

Titre 1. L'amélioration de la protection de la partie faible dans les sanctions unilatérales.

Titre 2. L'amélioration du régime des sanctions unilatérales.

¹²⁵¹ V. *supra* n^{os} 16 et s.

TITRE 1 : L'AMÉLIORATION DE LA PROTECTION LA PARTIE FAIBLE DANS LES SANCTIONS UNILATÉRALES

254. L'absence de protection de la partie faible, au sein des articles 1217 et suivants, est réelle¹²⁵². Malgré les difficultés engendrées, ce manque de règles est, d'abord, justifié par le maintien depuis la réforme, d'une conception contractuelle classique basée sur la figure du contrat de gré à gré¹²⁵³. À l'inverse des règles relatives à la formation du contrat, lorsque la relation contractuelle est déséquilibrée, le droit de l'inexécution ne propose aucune alternative particulière¹²⁵⁴. Cela est regrettable car cela pourrait, à défaut de rétablir un équilibre parfait, éviter d'aggraver le déséquilibre naturel entre les contractants dans les contrats d'adhésion. Par exemple, en matière d'inexécution, il n'existe aucune règle spéciale pour les parties placées en position de faiblesse face à leurs cocontractants¹²⁵⁵. L'article 1217 du Code civil n'apporte aucune précision quant aux hypothèses de cumul des sanctions entre elles, ni quant à celles relatives à leur aménagement conventionnel qui ne sont pas toujours évidentes. Les clauses du contrat relatives aux sanctions peuvent parfois causer des difficultés¹²⁵⁶. Le législateur semble avoir considéré que le développement de l'existence d'un des clauses abusives dans le cadre des contrats d'adhésion¹²⁵⁷ était satisfaisant afin de répondre à ces difficultés en cas d'inexécution. Ainsi, l'absence d'une protection spéciale des parties faibles dans les règles des contrats d'adhésion trouverait donc une première explication dans l'existence suffisante du contrôle des clauses prévues par les articles 1171 et 1170 du Code civil. Toutefois, un tel contrôle ne nous apparaît pas toujours suffisant notamment en cas d'inexécution du contrat où des abus peuvent réapparaître lors de l'exercice des sanctions unilatérales.

Ensuite, il semblerait que l'absence de protection de la partie faible dans les sanctions unilatérales trouve une seconde explication dans le développement du principe de la liberté contractuelle¹²⁵⁸. Cette dernière se matérialise également par une absence de hiérarchie des sanctions, unilatérales et judiciaires. Le contenu de l'article 1217 est guidé par une liberté

¹²⁵² V. *supra* n°s 204 et s.

¹²⁵³ V. *supra* n°s 143 et s. et n° 204.

¹²⁵⁴ Certes il existe le contrôle du juge. Cependant, il n'existe pas de règles spéciales codifiées pour ce type de contrat dans le droit de l'inexécution du contrat. À l'inverse, le contenu du contrat est soumis au contrôle du déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties, C. civ. art. 1171.

¹²⁵⁵ V. *supra* n°s 213 et s.

¹²⁵⁶ V. *supra* n°s 85 et s.

¹²⁵⁷ V. *supra* n°s 93 et s.

¹²⁵⁸ V. *supra* n° 83.

contractuelle totale au point que cette disposition n'impose aucune hiérarchie dans le recours aux différentes sanctions unilatérales ou judiciaires. Dans une certaine mesure, cette absence est positive parce qu'elle permet une mise en œuvre très libre des sanctions unilatérales, en favorisant le développement de l'efficacité économique du contrat. Or, cette faveur est critiquable puisqu'elle se réalise, parfois, au détriment de la justice contractuelle, notamment dans le cadre des relations contractuelles déséquilibrées¹²⁵⁹.

Le contrôle du déséquilibre significatif et la liberté contractuelle sont les deux explications de l'absence de protection de la partie faible à un contrat d'adhésion dans l'exercice des sanctions unilatérales. Dans la mesure où nous avons démontré que cette dernière était nécessaire¹²⁶⁰, il convient de revoir le contenu (chapitre 1) et la hiérarchie des sanctions unilatérales (chapitre 2) de l'article 1217 du Code civil à l'aune de cette protection.

Chapitre 1. La révision de la disposition commune à toutes les sanctions unilatérales à l'aune de la protection de la partie faible.

Chapitre 2. La hiérarchisation du recours aux sanctions unilatérales à l'aune de la protection de la partie faible.

¹²⁵⁹ V. *supra* n°99 et s.

¹²⁶⁰ V. *supra* n°239 et s.

CHAPITRE 1 : LA RÉVISION DU CONTENU DE L'ARTICLE 1217 À L'AUNE DE LA PROTECTION DE LA PARTIE FAIBLE

255. Le contenu de l'article 1217 du Code civil est insatisfaisant. En effet ce dernier ne prévoit aucune règle protectrice de la partie faible à un contrat d'adhésion lorsqu'il est nécessaire, pour les parties, d'avoir recours aux sanctions unilatérales¹²⁶¹. Cette absence se traduit par une liste, des hypothèses de cumul et un aménagement contractuel critiquables des sanctions¹²⁶². Toutefois, cette protection semble être un impératif nécessaire dans l'exercice des sanctions unilatérales¹²⁶³, afin que le droit de l'inexécution atteigne les objectifs annoncés par la réforme : l'efficacité et la sécurité. Aussi, afin d'assurer une plus grande protection de la partie faible, il apparaît indispensable d'améliorer le contenu de l'article 1217 du Code civil.

Il faut garder à l'esprit que l'absence de protection de la partie faible dans les sanctions de l'inexécution est également justifiée par une conception traditionnelle fondée sur la figure du contrat de gré à gré¹²⁶⁴. Pour mettre fin à cette absence, il conviendrait alors de prendre en compte une autre conception du contrat. Précédemment, nous avons commencé à la développer : le contrat devrait être considéré comme une entité temporalisée¹²⁶⁵. Il est désormais nécessaire de proposer une lecture renouvelée du principe de la force obligatoire du contrat afin d'entériner une conception différente du contrat, reposant sur la *summa divisio* des contrats d'adhésion et de gré à gré¹²⁶⁶. Ce n'est qu'après avoir réétudier le principe de la force obligatoire du contrat à l'aune de la distinction entre les contrats d'adhésion et de gré à gré (section 1), qu'il sera alors possible de proposer une révision du contenu de l'article 1217 du Code civil, capable de protéger la partie faible (section 2).

¹²⁶¹ Lors de l'exercice des sanctions judiciaires, une telle protection peut être apportée par le juge.

¹²⁶² V. *supra* n°s 70 et s.

¹²⁶³ V. *supra* n°s 239 et s.

¹²⁶⁴ V. *supra* n°s 204 et s.

¹²⁶⁵ V. *supra* n°s 72 et s.

¹²⁶⁶ Contre la *summa divisio* v. F. TERRÉ, P. SIMLER, Y. LEQUETTE et F. CHÉNEDÉ, *Droit civil les obligations*, *op. cit.* spéc. p. 111 s., n°111.

Section 1 : L'exigence d'une conception renouvelée du contrat de droit commun

256. Pour protéger la partie faible, afin de parvenir aux objectifs d'efficacité et de sécurité de la réforme, les règles de l'inexécution devraient davantage prendre en considération la distinction entre les contrats d'adhésion et de gré à gré. Cette dichotomie constitue, selon nous, une nouvelle *summa divisio* essentielle dans la qualification des contrats. Il apparaît essentiel que le droit de l'inexécution en tienne compte. Renforcer la protection de la partie faible dans les contrats d'adhésion en cas d'inexécution du contrat offrirait l'opportunité d'augmenter la protection d'une catégorie de cocontractants, lorsque les droits spéciaux, tels que le droit de la consommation et le droit commercial, sont inapplicables ou insuffisants. L'amplification de cette protection, permettrait, si ce n'est de rétablir un équilibre parfait et utopique entre les parties, d'éviter au maximum les déséquilibres qui rendraient la relation contractuelle totalement infructueuse¹²⁶⁷. Cela aurait vocation à maintenir une certaine justice contractuelle.

Cependant, en prenant le parti de distinguer les contrats d'adhésion et de gré à gré dans l'exercice des sanctions de l'inexécution, une modification de la conception unitaire du contrat de droit pourrait apparaître. Il ne faut pas en avoir peur. En effet, « le droit du contrat consiste d'abord en des mécanismes communs à toute espèce de contrat, ensuite en la déclinaison de deux *corpora* de ce qui constituait jusqu'ici la théorie générale, l'un relatif au contrat structurellement équilibré et l'autre au contrat structurellement déséquilibré »¹²⁶⁸. En acceptant qu'il existe deux types de contrats de droit commun, la conception du contrat peut s'en trouver modifiée.

Toutefois, cette dernière affirmation ne va pas de soi, en ce qui concerne la théorie générale et notamment, à propos du principe de la force obligatoire du contrat. En effet, ce dernier s'impose quel que soit le type de contrat. Aussi, pour pouvoir admettre l'existence d'une du droit commun entre les contrats d'adhésion et de gré à gré, justifiant l'adaptation des règles des sanctions unilatérales en fonction du type de contrat, il apparaît indispensable de déconstruire ce principe (§1) avant de tenter d'en proposer une relecture (§2).

¹²⁶⁷ V. *supra* n°s 205 et s.

¹²⁶⁸ F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, *Cours de droit civil, contrats, op. cit.* spéc. n°4, p. 36.

§1 : La déconstruction du principe de la force obligatoire à l'aune d'une nouvelle conception du contrat

257. Classiquement, il est enseigné que le principe de la force obligatoire est le corollaire de l'intangibilité du contrat. Cette affirmation peut être remise en cause (A) afin d'accepter que ce principe puisse avoir d'autres fondements (B) autorisant une conception divisée du contrat et acceptant par la même occasion, le développement des mesures unilatérales dans le contrat.

A. La force obligatoire et l'intangibilité du contrat

258. Comme l'indique Monsieur Chazal, la force obligatoire du contrat est souvent confondue avec l'intangibilité¹²⁶⁹. Ainsi, à cause de cet enchevêtrement le juge ne peut pas intervenir sur le contrat pour le réviser¹²⁷⁰, au même titre que les parties. Celles-ci doivent trouver un consensus sur les modifications à apporter à leur accord. Par conséquent, les mesures unilatérales sont traditionnellement mal acceptées dans les règles du droit des contrats, de sa formation à son exécution et donc, *a fortiori*, en cas d'inexécution, à cause du principe de la force obligatoire du contrat, gardien de l'intangibilité de ce dernier.

259. La remise en cause historique de l'assimilation entre force obligatoire et intangibilité du contrat – Toutefois, l'étude de l'histoire de ce principe témoigne que la force obligatoire n'a pas toujours été considérée comme le corollaire de cette immutabilité. À l'origine du Code civil, la force obligatoire n'avait pas pour fondement la philosophie de l'autonomie de la volonté¹²⁷¹. Pour le comprendre, il faut d'ailleurs remonter plus loin dans

¹²⁶⁹ J.-P. CHAZAL, « De la signification du mot loi dans l'article 1134 alinéa 1^{er} du code civil », *précit.*, spéc. n°2.

¹²⁷⁰ *Contra* C. JAMIN, « Révision ou intangibilité du contrat ou la double philosophie de l'article 1134 du code civil », *Dr. et patr.* 1998, n°58, p. 46, colloque du 28 nov. 1997, Chambéry.

¹²⁷¹ *Ibid.* J.-P. CHAZAL, « De la signification du mot loi dans l'article 1134 alinéa 1^{er} du code civil », *précit.*, spéc. n°4 : « D'emblée, il faut écarter l'anachronisme consistant à croire qu'en assimilant la convention à la loi, Domat et, à sa suite, les rédacteurs du code civil auraient voulu consacrer le principe de la liberté contractuelle ou de l'autonomie de la volonté ». D. DEROUSSIN, *Histoire du droit des obligations, op. cit.* p. 490 qui avance des arguments techniques tels que « la distinction de la règle et de sa sanction, du vouloir et du voulu », « la référence à la loi, moins fortement exprimée que dans les projets antérieurs [au Code civil] » (p. 491) et des arguments idéologiques selon lesquels « l'autonomie de la volonté suppose une vision particulière de l'homme et de la volonté de l'homme comme puissance d'agir apte à fonder du droit » (p. 492). Comme l'explique Monsieur Deroussin, les rédacteurs du Code civil n'avaient que peu confiance en la nature honnête et sage de l'homme qui ne permet pas de baser la force obligatoire du contrat sur l'autonomie de la volonté. Dans le même sens Monsieur CHAZAL, « De la signification du mot loi dans l'article 1134 alinéa 1^{er} du code civil », *précit.* expliquait déjà que « Certes, Domat est sensible à la liberté de l'homme. Mais, pour le janséniste qu'il était, la liberté n'implique pas le pouvoir faire ou convenir ce que qu'il nous plaît. Elle consiste seulement à respecter la loi divine qui conduit l'homme vers sa fin, son véritable accomplissement : l'amour du bien. Être libre c'est se conformer aux commandements de Dieu, qui se sont substitués, dans la doctrine chrétienne, à l'ordre de la nature ».

l'Histoire. En droit romain, notamment avec Ulpien, le contrat tirait sa force obligatoire de la loi des parties¹²⁷². Cependant, comme l'explique Monsieur Deroussin, « cette référence à la loi n'a pas pour effet de figer définitivement le contenu contractuel »¹²⁷³. Suivant cette affirmation, les mesures unilatérales, émanant du juge ou des parties, n'étaient pas considérées comme inacceptables. Elles n'étaient pas interdites en droit romain, à l'image de la révision pour imprévision qui était autorisée¹²⁷⁴.

L'École du droit naturel moderne a posé la question de savoir si le fondement de la force obligatoire reposait effectivement sur la volonté de chaque partie. Ainsi, « plus que la volonté, c'est la sociabilité naturelle de l'homme ou son utilité qui le pousse à respecter la parole donnée »¹²⁷⁵. Finalement, dans ce courant de pensée, « la force obligatoire du contrat est bien située à la fois dans l'extériorité au sujet (dans le droit positif et la *potestas* du Législateur) et, indirectement, dans l'intériorité du sujet : la *potestas* du Législateur resterait lettre morte si elle ne trouvait écho dans la raison »¹²⁷⁶. Cela signifie qu'aux fondements de la force obligatoire, la volonté avait une place importante mais elle n'était pas toute puissante.

Il en va de même dans l'Ancien droit où la volonté avait une importance dans le contrat mais « il ne s'agi[ssait] pas pour autant de placer au fondement de sa force obligatoire la volonté toute puissante des parties »¹²⁷⁷. Durant cette époque, le contrat était comparé à la loi des parties, à l'image du droit romain. Comme l'explique Monsieur Chazal, « il suffit de lire les motifs exposés par Bigot-Préameneu pour se rendre compte que les principes du droit des contrats ont été empruntés au droit romain, qualifié de raison écrite, tel qu'il a été transmis et remodelé par Domat et Pothier »¹²⁷⁸. En effet, il n'est pas vain de rappeler que la formule « les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites » a été inspirée de Domat¹²⁷⁹. Comme l'exprimait ce dernier, « le contrat est la *règle* que se donnent les parties et qu'elles ne

¹²⁷² D. DEROUSSIN, *Histoire du droit des obligations*, op. cit., spéc. p. 473, « Et Ulpien toujours souligne qu'il faut dans un contrat respecter ce qui a été initialement convenu parce que le contrat *donne* loi aux parties : '*nam hoc servabitur, quod initio convenit (legem enim contractus dedit)*' » (D. 50, 17, 23). » et « au XVI^e siècle par exemple, l'expression *lex contractus* (loi des parties) est utilisée par Mantica, juriste formé au droit canonique. ».

¹²⁷³ *Ibid.* spéc. p. 473.

¹²⁷⁴ D. DEROUSSIN, *Histoire du droit des obligations*, op. cit. spéc. p. 473.

¹²⁷⁵ *Ibid.* spéc. p. 475 et s. L'auteur explique que chez Grotius, « la force obligatoire du contrat est donc liée à une certaine anthropologie, qui n'isole pas l'homme de ses semblables » (p. 476). De même, chez Pufendorf, « le respect du contrat, donc sa force contraignante, repose *in fine* sur l'utilité du contrat pour le commerce des hommes » (p. 477), et le contrat doit être respecté « parce qu'il est lié au devoir général de ne pas nuire à autrui » (p. 477).

¹²⁷⁶ *Ibid.* p. 478.

¹²⁷⁷ *Ibid.* p. 478.

¹²⁷⁸ J.-P. CHAZAL, « De la signification du mot loi dans l'article 1134 alinéa 1^{er} du code civil », *précit.*, spéc. n°3.

¹²⁷⁹ Domat, *Loix civiles*, 1^{re} partie, livre I, titre I, sect. 2, n°7 : « les conventions étant formées, tout ce qui est convenu tient lieu de loi à ceux qui les ont faites ».

peuvent modifier qu'ensemble »¹²⁸⁰. À la suite du droit canonique, la force obligatoire du contrat fut basée sur la morale : le respect de la parole donnée¹²⁸¹. À la fin de l'Ancien Régime, les juristes ont finalement fondé la force obligatoire sur « la solidarité imposée par la société »¹²⁸², plutôt que sur celle imposée par Dieu¹²⁸³. C'est pourquoi, il est curieux que, de la formulation, « les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites »¹²⁸⁴, très largement inspirée des idées de Domat, furent déduit, le principe de l'autonomie de la volonté et son corollaire bien connu, l'intangibilité du contrat¹²⁸⁵. Aux origines du Code, la force obligatoire du contrat ne traduisait pas nécessairement l'intangibilité des conventions.

Toutefois, nous savons que la doctrine a fini par convaincre que la force obligatoire était basée sur la volonté toute puissante des parties. Ainsi, ce principe est devenu la justification à l'intangibilité du contrat dès la fin du XIX^e siècle¹²⁸⁶. Le terme « loi » de l'ancien article 1134 du Code civil s'entendait alors comme « une contrainte »¹²⁸⁷ ; « tant pour les parties contractantes, qui sont tenues d'exécuter ce à quoi elles se sont engagées, que pour le juge qui est asservi aux termes de la convention comme à ceux d'une loi »¹²⁸⁸. À partir de là, l'interprétation de l'article 1134 était comprise différemment par la doctrine. L'intangibilité du contrat était alors fondée, non pas grâce à l'effet de la loi mais grâce à la rencontre de deux volontés qui s'étaient mises d'accord pour former un effet juridique et, donc, pour créer un contrat¹²⁸⁹. Par l'ancien article 1134 du Code civil, Domat « aurait » utilisé le mot loi, dans son sens moderne de contrainte, pour exprimer le principe de l'intangibilité absolue des

¹²⁸⁰ D. DEROUSSIN, *Histoire du droit des obligations*, op. cit. p. 479 mais comme le précise cet auteur, « il [Domat] compare le contrat et la loi pour en justifier l'intangibilité et non le fondement ».

¹²⁸¹ Y. PICOD, « Force obligatoire du contrat – Bonne foi », Fasc. Unique : Contrat, *Jurisclasseur Civil Code*, nov. 2019, mise à jour : 29 juillet 2022, spéc. n°23 : « Mais ce sont les canonistes qui sont à l'origine de ce principe de respect des promesses : *Pacta sunt servanda*. Ils ont ainsi assigné au rapport juridique un fondement moral. Leur doctrine trouva un écho dans la publication, en 1234, de la collection des décrétales de Grégoire IX, la règle morale se transformant en obligation juridique ». Il serait sans doute excessif de considérer que Domat, lorsqu'il qualifiait les conventions de loi, entendait ce mot. D. DEROUSSIN, *Histoire du droit des obligations*, op. cit. p. 479 : « au fond, il vaut mieux voir dans les développements de Domat l'expression d'une vision téléologique inscrivant le contrat dans la loi de la solidarité humaine, conséquence des lois fondamentales qui prescrivent l'amour de Dieu, l'amour du Bien et des hommes ».

¹²⁸² D. DEROUSSIN, *Histoire du droit des obligations*, op. cit. spéc. p. 482.

¹²⁸³ J.-P. CHAZAL, « De la signification du mot loi dans l'article 1134 alinéa 1^{er} du code civil », *précit.* spéc. n°8 et 9.

¹²⁸⁴ C. civ. art. 1134 al. 1^{er} anc. (version en vigueur du 17 février 1804 au 01 octobre 2016).

¹²⁸⁵ D. DEROUSSIN, *Histoire du droit des obligations*, op. cit. p. 482 s.

¹²⁸⁶ *Ibid.* spéc. p. 497. : « La volonté est érigée en instance indépendante et créatrice, tel serait le sens philosophico-juridique de l'article 1134 C. civ., ce qui d'ailleurs est exagéré parce que, souvent, les commentaires visent moins à marteler une conception *auto-fondatrice du contrat* qu'à lutter contre les interventions du Législateur (Jamin) » ; C. JAMIN, « Révision ou intangibilité du contrat ou la double philosophie de l'article 1134 du code civil », *précit.* ; J.-P. CHAZAL, « De la signification du mot loi dans l'article 1134 alinéa 1^{er} du code civil », *précit.*, spéc. n°10.

¹²⁸⁷ J.-P. CHAZAL, « De la signification du mot loi dans l'article 1134 alinéa 1^{er} du code civil », *précit.*, spéc. n°10. M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, t.1, 5^{ème} éd. 1908, n°144.

¹²⁸⁸ M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, T.1, 5^{ème} éd. 1908, n°144.

¹²⁸⁹ D. DEROUSSIN, *Histoire du droit des obligations*, op. cit. p. 497.

conventions »¹²⁹⁰. Ce rapprochement de la force obligatoire du contrat avec l'autonomie de la volonté, aurait alors empêché, durant de nombreuses années, la révision du contrat en permettant, à une tierce partie, le juge, de s'immiscer dans la relation contractuelle. Ce rapprochement aurait également empêché de permettre aux volontés individuelles des parties de créer un quelconque effet de droit. Ainsi, par exemple, les parties ne pouvaient pas avoir recours aux mesures unilatérales pour permettre le bon déroulé de la relation contractuelle et atteindre le but espéré par le contrat. En cas d'inexécution, seules les interventions judiciaires permettant de prononcer l'exécution forcée du contrat, ou la résolution, étaient possibles.

260. Le rejet de l'assimilation entre force obligatoire et intangibilité du contrat – Plusieurs auteurs se sont attachés à démontrer que l'immutabilité et l'intangibilité des conventions n'étaient pas la conséquence directe du principe de la force obligatoire¹²⁹¹. Comme a pu le faire remarquer, par exemple, Monsieur Lemay, le développement intense des prérogatives unilatérales au fil du temps a exercé une influence sur le principe traditionnel de la force obligatoire¹²⁹². Cet auteur a alors pu démontrer que le développement de l'unilatéralisme permettait de dissocier le principe de la force obligatoire de la règle de l'intangibilité des conventions¹²⁹³. Pour ce faire, il a exprimé une contestation relative à « l'assimilation de la résolution judiciaire à la défense de la force obligatoire »¹²⁹⁴. Il est ainsi parvenu à démontrer que « la force obligatoire du contrat n'induit pas nécessairement un règlement judiciaire du contrat »¹²⁹⁵. Le lien entre la résolution judiciaire et le principe de la force obligatoire, qui interdit l'usage de prérogative unilatérale et n'autorise qu'un mode

¹²⁹⁰ J-P. CHAZAL, « De la signification du mot loi dans l'article 1134 alinéa 1^{er} du code civil », *précit.*, spéc. n°10 : « La force obligatoire s'explique par ce qui deviendra au XX^e siècle le dogme de l'autonomie de la volonté. La convention est obligatoire et intangible parce qu'elle a été voulue par les parties. Fort de cette conviction inébranlable, la doctrine procède à une relecture des sources de l'article 1134, qui sont dénaturées sous ce prisme déformant. Ainsi, en soulignant que les romains qualifiaient les clauses contractuelles de *leges privatae*, on a attribué à Domat, inspirateur de l'article 1134, une conception volontariste du contrat en estimant qu'il a commis, en citant un fragment du Digeste (50, 17, 23), un contresens sur le terme *lex* ».

¹²⁹¹ J-P. CHAZAL, « De la signification du mot loi dans l'article 1134 alinéa 1^{er} du code civil », *précit.* ; C. JAMIN, « Révision ou intangibilité du contrat ou la double philosophie de l'article 1134 du code civil » *précit.* ; P. ANCEL, « La force obligatoire du contrat, jusqu'où la défendre », in C. JAMIN et D. MAZEAUD (dir.), *La nouvelle crise du contrat*, Dalloz 2001, p. 165 ; SIRI (A.), « L'évolution des interprétations du principe de la force obligatoire du contrat de 1804 à l'heure actuelle », *Revue de la recherche juridique*, (devenue Droit prospectif), 2008, p. 1342 ; D. DEROUSSIN, *Histoire du droit des obligations*, op., spéc. p. 497 à 504.

¹²⁹² P. LEMAY, *Le principe de la force obligatoire à l'épreuve du développement de l'unilatéralisme*, op. cit. spéc. p. 142, n°77. V. également avant lui, Y.-M. LAITHIER, *Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, préf. H. MUIR-WATT, Bibliothèque de droit privé, thèse, t. 419, 2007, qui présente également dans sa thèse une déconnexion entre l'intangibilité des conventions et le principe de la force obligatoire du contrat.

¹²⁹³ P. LEMAY, *Le principe de la force obligatoire à l'épreuve du développement de l'unilatéralisme*, op. cit. spéc. p. 143-160, n°78 à 90.

¹²⁹⁴ *Ibid.* spéc. p. 144, n°779.

¹²⁹⁵ *Ibid.* spéc. p. 144, n°779.

judiciaire de règlement des conflits au stade de l'inexécution contractuelle, serait une déformation doctrinale qui aurait créé « un lien entre l'article 1134 et 1184 du Code civil »¹²⁹⁶, représentant respectivement les anciens articles sur le principe de la force obligatoire et la résolution judiciaire du contrat. En définitive, l'auteur a expliqué, par ces différentes interprétations doctrinales que « la règle de la résolution judiciaire serait le bras armé du principe de la force obligatoire selon lequel, puisque le contrat est intangible, seul un juge peut délier les parties »¹²⁹⁷. Celui-ci est arrivé à la conclusion selon laquelle « en relativisant la portée de la règle de l'irrévocabilité, l'on *redécouvre* que le principe de la force obligatoire vient plus *sanctionner juridiquement une inexécution qu'imposer un mode judiciaire de résolution des contrats ou interdire la rupture unilatérale* »¹²⁹⁸, en dépassant ce constat, au travers d'une analyse de la décision du « PACS » du 9 novembre 1999 du Conseil constitutionnel¹²⁹⁹.

Lorsque le Conseil constitutionnel fut saisi sur le projet de loi instituant le Pacte civil de solidarité (PACS) du 9 novembre 1999 dans l'objectif de savoir si ce dernier n'était pas contraire au bloc de constitutionnalité, ses juges durent répondre à plusieurs questions posées par les 113 députés et 115 sénateurs à l'origine de cette saisine¹³⁰⁰. Dans ce projet de loi, le PACS était considéré comme un contrat. Une disposition spéciale était prévue permettant la résiliation unilatérale de ce dernier par l'une des parties. L'une des questions a été de savoir si la rupture unilatérale du PACS ne portait pas atteinte à l'intangibilité et à l'immutabilité de ce contrat particulier. Pour répondre à cette question, les juges constitutionnels ont estimé que le contrat est « la loi commune des parties »¹³⁰¹. Cependant, cette « loi » n'interdit pas la rupture unilatérale de ce contrat, à la condition de respecter certaines modalités spécifiques, à l'image d'un délai de préavis, ou d'une possibilité de réparation en cas de rupture abusive. Grâce à ces dispositions singulières, la rupture unilatérale ne porte pas atteinte à l'article 4 de la Déclaration de 1789 qui intéresse le principe de la liberté. Dans cette décision, la liberté contractuelle vient justifier le droit de rompre unilatéralement le contrat. Comme l'explique Monsieur Piastra, même si le Conseil constitutionnel n'accorde traditionnellement pas de véritable valeur constitutionnelle au principe de la liberté contractuelle¹³⁰², la décision « PACS » du 9 novembre

¹²⁹⁶ P. LEMAY, *Le principe de la force obligatoire à l'épreuve du développement de l'unilatéralisme*, op. cit. spéc. p. 147, n°82.

¹²⁹⁷ *Ibid.*, p. 151, n°83.

¹²⁹⁸ *Ibid.* spéc. p. 160, n°90. Nous soulignons.

¹²⁹⁹ Cons. const. n°99-DC du 9 nov. 1999, « PACS » : *Recueil Lebon*, p. 116 ; *RTD Civ.* 2000, p.109 note J. MESTRE et B. FAGES ; *JCP G* 2000, I, 210, étude de N. MOLFESSIS ; *RRJ*, 2002, p. 1199, LA FÉMÉNIA ; *D.* 2000, p. 203, note R. PIASTRA.

¹³⁰⁰ R. PIASTRA, « Loi relative au PACS », *D.* 2000, 203.

¹³⁰¹ *Ibid.*

¹³⁰² Cons const. n°97-388 DC du 20 mars 1997 (loi créant les plans d'épargne retraite), §48 : « Considérant que le principe de liberté contractuelle n'a pas en lui-même de valeur constitutionnelle » ; *D.* 1999, p. 234, obs.

1999 précitée invite à relativiser cette affirmation au même titre qu'il avait déjà eu l'occasion dans plusieurs décisions au sein desquelles les juges avaient affirmé que « le législateur ne saurait porter atteinte à l'économie des conventions et contrats légalement conclus une atteinte d'une gravité telle qu'elle méconnaisse manifestement la liberté découlant de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 »¹³⁰³. En d'autres termes, par cette décision, nous estimons, à l'instar de Monsieur Piastra, que dans sa décision de 1999, le Conseil constitutionnel fait appel, en plus de la liberté individuelle, à la liberté contractuelle, même s'il ne lui accorde toujours pas directement de valeur constitutionnelle, pour pouvoir valider le recours à la résiliation unilatérale, sous conditions particulières¹³⁰⁴. Ainsi, la résolution du PACS n'est pas nécessairement judiciaire. En accordant une place importante à la liberté contractuelle, à côté du principe de la force obligatoire du PACS, le Conseil constitutionnel relativise l'intangibilité et l'immutabilité des conventions.

Au nom de la liberté contractuelle, la rupture unilatérale du PACS est alors possible¹³⁰⁵. En somme, dans cette décision, le principe de la force obligatoire ne serait pas en contradiction avec la résolution unilatérale. Nous estimons alors qu'il est possible d'étendre plus largement cette solution. Dans ce cas, les sanctions unilatérales seraient alors parfaitement conciliables avec celui-ci.

L'analyse présentée par Monsieur Lemay poursuit celle effectuée en amont par Monsieur Laithier dans sa thèse sur les sanctions de l'inexécution du contrat, qui s'était déjà attelé quelques années auparavant à démontrer que « la résolution judiciaire ne doit rien au précepte solennel de l'article 1134 du Code civil »¹³⁰⁶. Il est donc possible de déconnecter le principe de la force obligatoire de l'autonomie de la volonté. Détachée de ce fondement, la force obligatoire n'interdit pas le développement des mesures unilatérales dans le contrat puisque l'intangibilité

L. FAVOREU et *ibid.* p. 236, obs. F. MÉLIN-SOUCRAMANIEN ; Cons. const. n°94-348 DC du 3 août 1994, (loi relative à la protection sociale complémentaire des salariés et portant transposition des directives n°92/49 et n°92/96 des 18 juin et 10 novembre 1992 du conseil des communautés européennes), §9 : « Considérant qu'aucune norme de valeur constitutionnelle ne garantit le principe de la liberté contractuelle » ; D. 1995, 344 obs. F. MÉLIN-SOUCRAMANIEN.

¹³⁰³ Cons. const. n°98-401 DC du 10 juin 1998 (loi d'orientation et d'incitation à la réduction du temps de travail), §29 ; D. 2000, p. 60 obs. L. FAVOREU ; Dans le même sens, Cons. const. n°99-416 DC du 23 juillet 1999 (loi portant création d'une couverture maladie universelle), §19.

¹³⁰⁴ R. PIASTRA, « Loi relative au PACS », *précit.* : « Il est clair que le conseil se réfère indirectement à la liberté contractuelle en estimant que les gens ayant passé un pacte ont le droit, sous certaines conditions de le rompre ».

¹³⁰⁵ *Ibid.* : « En avalisant ainsi, sous certaines conditions, le droit de ne plus contracter, il nous apparaît clairement, comme on l'a déjà souligné, que le Conseil fait un pas supplémentaire vers la constitutionnalisation de la liberté contractuelle ».

¹³⁰⁶ Y.-M. LAITHIER, *Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, *op. cit.* n°264, spéc. p. 184. Comp. V. *supra* n°108.

des conventions n'est plus le corollaire principal de la force obligatoire du contrat¹³⁰⁷. La résolution judiciaire n'est plus le seul mode de règlement des conflits entre les parties.

Cependant, si la force obligatoire n'est pas basée sur l'autonomie de la volonté, il est alors possible, et surtout nécessaire, à notre sens, de lui dégager d'autres « justifications » qui permettent d'intégrer les sanctions unilatérales au contrat sans faire obstacle à ce principe mais aussi de présenter une division des règles du contrat de droit commun basée sur deux types de contrats distincts (B).

B. La reconnaissance de la diversité des fondements de la force obligatoire

261. Avant de proposer un renouvellement de la force obligatoire qui permettrait de reconnaître l'existence des règles des sanctions unilatérales de savoir comment adapter celles-ci pour protéger la partie faible, il faut comprendre que ce principe est une notion souple. Ses fondements peuvent être variables. Des auteurs se sont attachés à démontrer qu'il existe d'autres justifications¹³⁰⁸, que l'autonomie de la volonté, pour valider l'effet obligatoire du contrat. A notre sens, ces autres fondements permettraient d'intégrer des mesures unilatérales dans le contrat. Ils autoriseraient également à penser le contrat différemment « Si l'on prend pour exemple la force obligatoire du contrat, l'article 1103 du Code civil, anciennement 1134, en constitue le fondement mais ses justifications peuvent être aussi bien recherchées dans l'intention commune que dans le solidarisme, les attentes légitimes ou l'utile et le juste »¹³⁰⁹. Cette étude des autres fondements de la force obligatoire constitue le préalable afin d'arriver à une proposition du principe de la force obligatoire qui rendrait cohérente l'existence des sanctions unilatérales dans le contrat.

¹³⁰⁷ Ph. JESTAZ, « Rapport de synthèse », précit : « le plus grand obstacle au développement de l'unilatéralisme réside à coup sûr dans la force obligatoire du contrat ». V. ég. H. JUILLET-REGIS, *La force obligatoire du contrat, Réflexion sur l'intérêt au contrat*, th. Paris II, 2015, spéc. n°483 : l'auteur qualifie l'intangibilité du contrat comme le « premier corollaire de la force obligatoire ».

¹³⁰⁸ V. not., H. JUILLET-REGIS, *La force obligatoire du contrat, Réflexion sur l'intérêt au contrat*, op. cit.

¹³⁰⁹ P. LOKIEC, *Contrat et pouvoir*, op. cit. avant-propos, p. 7.

262. L'approche normativiste de la force obligatoire autorisant les sanctions unilatérales – L'approche normativiste du contrat est une théorie mettant en avant une conception renouvelée du rapport contractuel¹³¹⁰. Issue des idées de Kelsen¹³¹¹, la théorie normativiste permet de renouveler les fondements de la force obligatoire du contrat. Détachée de la rencontre des volontés qui forme l'acte juridique, cette théorie conçoit le contrat dans son entier, en tant que norme¹³¹². La conception du rapport contractuel en une norme permet alors d'abandonner la toute-puissance de la volonté dans l'analyse de la force obligatoire du contrat. Lorsqu'on évoque les idées de Kelsen, « on peut dire que le contrat tire sa force obligatoire de la volonté du législateur de le sanctionner »¹³¹³. À l'inverse, suivant cette théorie, le contrat ne tire plus sa force obligatoire de la volonté commune des parties. La conséquence de ce principe n'est plus de rendre le contrat intangible¹³¹⁴.

Par conséquent, les mesures unilatérales peuvent prendre place dans le contrat parce qu'il existerait selon Monsieur Ancel une distinction entre la force obligatoire du contrat et le contenu obligationnel¹³¹⁵. Il faut distinguer la force obligatoire du contrat et le contenu de ce dernier : les obligations. Cet auteur s'est inspiré des idées de Rouhette¹³¹⁶, qui s'était lui-même inspiré de Kelsen¹³¹⁷ afin de démontrer qu'il fallait différencier ces deux éléments dans le contrat. Dans sa thèse, Rouhette a montré que la conception du contrat n'était pas volontariste¹³¹⁸. Pour ce faire, il va tenter de démontrer que le contrat et l'obligation ne se

¹³¹⁰ P. LEMAY, *Le principe de la force obligatoire à l'épreuve du développement de l'unilatéralisme*, op. cit. spéc. p. 232, n°156.

¹³¹¹ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, Bruylant, 1999 et du même auteur, « La théorie juridique de la convention », *précit.*

¹³¹² P. LEMAY, *Le principe de la force obligatoire à l'épreuve du développement de l'unilatéralisme*, op. cit., p. spéc. 232 spéc. n°156 « Les volontés des parties, bien que nécessaires, perdent leur primauté lorsque le contrat est conclu. Ce dernier représente bien plus que la rencontre des volontés, il constitue dorénavant une norme à part entière ». V. *supra* n°135.

¹³¹³ J. GHESTIN, « La notion de contrat » *précit.*

¹³¹⁴ P. ANCEL, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *précit.* n°26 : « Fondamentalement, elle [la force obligatoire] signifie que les parties ne peuvent pas faire comme si le contrat n'avait pas été passé, que leur situation juridique est irrémédiablement modifiée par le contrat. Il en va ainsi, d'ailleurs, même dans les contrats à exécution successive et à durée indéterminée où chaque partie dispose d'une faculté de résiliation unilatérale : cette faculté ne porte nullement atteinte au principe de la force obligatoire dans la mesure où elle n'est pas rétroactive et où la partie qui l'exerce ne pourra pas néanmoins faire comme si le contrat n'avait pas antérieurement existé ».

¹³¹⁵ P. ANCEL, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *précit.*

¹³¹⁶ G. ROUHETTE, *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, op. cit.

¹³¹⁷ G. ROUHETTE, *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, op. cit. spéc. p. 345, n°224 : « Si l'analyse du droit positif a conduit à nier que la volonté dût avoir une place dans une définition du contrat ; l'examen des doctrines avait donné à penser que les définitions courantes n'accordaient pas une importance suffisante à l'élément de l'obligation. Le meilleur moyen de donner son relief à cet élément essentiel paraît être de se référer à une conception normativiste de l'acte juridique, peu défendue en France, mais pour courante à l'étranger ». Ici l'auteur fait notamment référence à la théorie de Kelsen.

¹³¹⁸ F. CHÉNEDÉ, « Contrat » in Association Henri Capitant (dir.), *Hommage à Georges Rouhette*, coll. Thèmes et commentaires, Dalloz, 2013, p. 25 s. spéc. p. 33.

confondent pas¹³¹⁹. Monsieur Ancel a alors expliqué que la force obligatoire n'était pas le corollaire de l'intangibilité du contrat. Pour lui, il fallait distinguer ce principe du contenu du contrat, c'est-à-dire des obligations du contrat. Dans cette conception, « le caractère obligatoire du contrat n'est pas différent de celui de la loi : le contrat est obligatoire parce qu'il est une norme reconnue par le droit »¹³²⁰. Cela signifie que la force obligatoire du contrat ne prend pas nécessairement corps dans les obligations créées par le contrat¹³²¹. Selon Monsieur Ancel, la force obligatoire du contrat survivrait en dehors de toute obligation¹³²². Il faudrait distinguer les deux. En d'autres termes, cet auteur a alors pu expliquer que « dire que les parties sont « obligées » par le contrat (il vaudrait mieux dire qu'elles sont engagées, tenues par le contrat) ne signifie pas nécessairement et pas seulement, qu'elles sont tenues (débitrices) d'obligations »¹³²³. Avec cette théorie qui renouvelle la force obligatoire, il est alors possible de comprendre que l'intangibilité du contrat n'est plus une conséquence de la force obligatoire. En effet, « comme on raisonne habituellement en termes de contrat créateur d'obligations, on a tendance à ramener l'irrévocabilité à l'impossibilité pour les parties de se dégager unilatéralement des obligations qu'elles ont assumées dans le contrat »¹³²⁴. De cette vision normativiste du contrat, il nous est possible de conclure que les mesures unilatérales peuvent être intégrées dans le contrat sans porter atteinte à sa force obligatoire¹³²⁵. Il suffit d'accepter que les mesures unilatérales présentent un lien avec le contenu obligationnel du contrat et non pas avec la force obligatoire de l'engagement. En effet, les sanctions unilatérales existent pour

¹³¹⁹ F. CHÉNEDÉ, « Contrat », *précit.* spéc. p. 33 : selon Rouhette, la conception du contrat « confondrait, tout d'abord, les deux éléments du contrat : le contrat et l'obligation ».

¹³²⁰ P. LEMAY, *Le principe de la force obligatoire à l'épreuve du développement de l'unilatéralisme*, *op. cit.*, spéc. p. 234, n°157 qui cite G. ROUHETTE, *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, *op. cit.* spéc. p. 399 et p. 400.

¹³²¹ P. ANCEL, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *précit.* : l'auteur propose de déconnecter la force obligatoire du contenu obligationnel du contrat, spéc. n°5 : « la force obligatoire apparaît comme un contenant, une sorte de cadre général à l'intérieur duquel vont (généralement mais pas nécessairement) s'inscrire des rapports d'obligation, des relations entre créancier et débiteur, chacune des parties pouvant d'ailleurs avoir les deux qualités ».

¹³²² P. ANCEL, Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat » *précit.* spéc. n°14. L'auteur prend pour exemple la remise de dette. Pour lui, elle serait un contrat « tout aussi obligatoire qu'un contrat de vente ou de bail. Cependant il est clair que ni l'une ni l'autre des parties n'est tenue à aucune prestation positive, ni même à aucune abstention envers l'autre ». Toutefois, dans ces contrats la force obligatoire du contrat existe et « se manifeste simplement en ce que le créancier qui a déchargé le débiteur de son obligation serait mal fondé ensuite à en réclamer l'exécution ».

¹³²³ *Ibid.* spéc. n°4.

¹³²⁴ *Ibid.* spéc. n°26.

¹³²⁵ Dans le même sens, P. LEMAY, *Le principe de la force obligatoire à l'épreuve du développement de l'unilatéralisme*, *op. cit.*, spéc. p. 241, n°162 : « La conception normativiste offre un cadre théorique favorable au développement de l'unilatéralisme ». Il faut également préciser que cette approche normativiste a également fait l'objet d'une jurisprudence de la Cour de cassation, v. en ce sens, Cass. Com. 10 juillet 2007, n°06-14.768, *précit.* La Cour de cassation a d'ailleurs précisé dans son communiqué accompagnant l'arrêt qu'elle avait distingué selon la théorie de Monsieur ANCEL, la force obligatoire du contrat du contenu obligationnel. Cette conception de la force obligatoire du contrat n'est donc pas purement hypothétique et trouve écho en droit positif.

pallier l'inexécution d'une obligation contractuelle. Elles n'ont pas de prise sur l'engagement. Elles n'intéressent donc que les obligations du contrat. Elles seraient alors déconnectées de la force obligatoire de l'engagement. A ce titre, leur intégration dans le contrat ne remettrait pas en cause le principe de sa force obligatoire, dès lors que l'on déconnecte la force obligatoire du contenu obligationnel du contrat comme le propose Monsieur Ancel¹³²⁶. Cette première analyse emporte notre conviction. Elle permet de maintenir le caractère obligatoire de l'engagement, tout en acceptant le recours aux sanctions unilatérales en cas d'inexécution. A ce titre, elle pourrait permettre de lever l'incohérence entre la conception volontariste du contrat et l'intégration des mesures unilatérales.

263. La théorie des attentes – Cependant, l'approche normativiste n'est pas la seule théorie qui permettrait l'intégration de mesures unilatérales sans remettre en cause la force obligatoire du contrat. Il est nécessaire d'en étudier une autre pour savoir laquelle retenir. La « théorie des attentes » peut également permettre de renouveler la conception de la force obligatoire du contrat¹³²⁷. Cette théorie a surtout fait l'objet d'une attention particulière dans le droit communautaire¹³²⁸. Cette dernière propose de s'intéresser à l'attente du créancier plutôt qu'à la promesse du débiteur¹³²⁹. Autrement dit, « en ne se tournant pas exclusivement vers le débiteur, mais en recherchant les assises de la force obligatoire du contrat auprès des deux contractants, on peut en proposer un fondement plus technique : le contrat devrait être respecté car il est acte de prévision »¹³³⁰. Comme il est un acte de prévision¹³³¹, il devrait pouvoir faire l'objet d'adaptation. Lorsque nous avons qualifié les sanctions unilatérales, nous avons estimé que celles-ci étaient des prérogatives contractuelles¹³³². Il a ainsi été démontré que celles-ci ont pour fonction l'adaptation du contrat¹³³³. Si l'on fondait la force obligatoire du contrat sur la théorie des attentes, l'intégration des sanctions unilatérales ne seraient pas contraires à ce principe. Toutefois, la théorie des attentes ne pourrait pas, à elle seule, fonder la force obligatoire du

¹³²⁶ P. ANCEL, « Force obligatoire et contenu obligationnel » *précit.*

¹³²⁷ P. LEMAY, *Le principe de la force obligatoire à l'épreuve du développement de l'unilatéralisme*, *op. cit.*, spéc. p. 242 et s., n°163 : « Ce nouvel éclairage de la notion de contrat porte son attention sur les attentes du créancier nées de la promesse du débiteur » et p. 249, n°169 : « Ce ne serait alors plus la volonté, mais bien les attentes produites par la déclaration de volonté mais aussi par le comportement des parties, les usages, voire l'ancienneté de leur relation qui justifieraient la force obligatoire du contrat ».

¹³²⁸ H. AUBRY, « Un apport du droit communautaire au droit français des contrats : la notion d'attente légitime », *RIDC* 2005, p. 628.

¹³²⁹ P. LOKIEC, « Le droit des contrats et la protection des attentes », *D.* 2007, 321.

¹³³⁰ H. LÉCUYER, « Redéfinir la force obligatoire du contrat ? » *LPA* 1998, n°54, p. 44.

¹³³¹ H. LÉCUYER, « Le contrat, acte de prévision » in *Mélanges en hommage à F. Terré*, Dalloz, PUF, JurisClasseur, 1999, p. 643.

¹³³² V. *supra* n°183.

¹³³³ L. MOLINA, *La prérogative contractuelle*, *op. cit.* spéc. p. 23 n°8.

contrat parce qu'elle présenterait « un vice de circularité »¹³³⁴. Suivant cette théorie, le droit doit protéger les attentes légitimes du créancier. Or, il est possible de se demander si les attentes sont légitimes « parce qu'elles sont protégées par le droit », ou si ces dernières « sont protégées par le droit parce qu'elles sont légitimes »¹³³⁵. De plus, cette théorie n'a fait l'objet d'aucune généralisation dans la réforme du droit des contrats. Et, même si l'article 1166 du Code civil¹³³⁶, semble faire directement référence à cette théorie, « une telle disposition est insuffisante à ancrer la théorie des attentes dans le droit français des contrats »¹³³⁷.

264. La méthode retenue : la recherche des assises de la force obligatoire – En analysant diverses théories permettant de renouveler le principe de la force obligatoire, il faut comprendre qu'il n'est pas nécessaire de vouloir à tout prix trouver un fondement unique à la force obligatoire. Au contraire, il est plus pertinent d'en trouver les assises, qui, sont multiples. Celles-ci peuvent alors s'inspirer de différentes propositions, dont celles précédemment évoquées¹³³⁸. Cette méthode de recherche des assises de la force obligatoire nous apparaît pertinente. Eu égard au développement d'un nouveau modèle contractuel de référence basé sur deux types de contrats distincts, il nous apparaît nécessaire de ne pas dégager de fondement unique de la force obligatoire. Au contraire, pour prendre en compte les spécificités du contrat d'adhésion, mais aussi celles du contrat de gré à gré, il apparaît intéressant repenser les fondements de la force obligatoire de manière plus souple. Il faudrait admettre deux éléments. D'abord, il serait nécessaire de reconnaître que la force obligatoire du contrat peut avoir plusieurs fondements. Ensuite, il faudrait ce principe n'entre pas nécessairement en contradiction avec les mesures unilatérales de l'inexécution¹³³⁹. Dans un monde contractuel divisé entre les contrats d'adhésion et les contrats de gré à gré, le principe de la force obligatoire

¹³³⁴ P. LEMAY, *Le principe de la force obligatoire à l'épreuve du développement de l'unilatéralisme*, op. cit., spéc. p. 250, spéc. n°170.

¹³³⁵ *Ibid.* L'auteur se réfère à la critique de la théorie des attentes évoquées par H. KENFACK, « La consécration de la confiance comme fondement de la force obligatoire ? » in V.-L. BÉNABOU et M. CHAGNY (dir.), *La confiance en droit privé des contrats*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2008, p. 120 s., spéc. p. 129.

¹³³⁶ C. civ. art. 1166 (version en vigueur depuis le 01 octobre 2016) : « lorsque la qualité de la prestation n'est pas déterminée ou déterminable en vertu du contrat, le débiteur doit offrir une prestation de qualité conforme aux attentes légitimes des parties en considération de sa nature, des usages et du montant de la contrepartie ». Nous soulignons.

¹³³⁷ P. LOKIEC, *Contrat et pouvoir*, op. cit. spéc. p. 134.

¹³³⁸ P. LEMAY, *Le principe de la force obligatoire à l'épreuve du développement de l'unilatéralisme*, p. 251, n°171, « En conclusion, il semble que même si la théorie des attentes légitime ne permet pas de fonder à elle seule le principe de la force obligatoire des conventions, elle peut malgré tout partiellement le justifier et constituer un éclairage nouveau d'un intérêt pratique indéniable ».

¹³³⁹ *Ibid.* p. 257, n°177 : « En ce sens, l'unilatéralisme semble s'intégrer sans accroc dans des approches évolutives de la notion de force obligatoire, ce qui marque encore un peu plus le lien qui pourrait exister entre unilatéralisme et force obligatoire ». V. également, L. AYNÈS, « À propos de la force obligatoire du contrat », *RDC/I* 2003, p. 323.

devrait être repensé selon plusieurs fondements. C'est pourquoi, à l'instar des auteurs qui ont repensé la force obligatoire au travers de diverses théories, il convient, dans notre étude, de renouveler la conception de celle-ci à l'aune de divers fondements. A ce titre, nous avons précisé que la force obligatoire du contrat devait être distinguée de son contenu obligationnel. Le renouvellement de celle-ci devrait alors se baser, dans un premier temps, sur une approche normativiste du contrat, et non sur la théorie des attentes.

265. Bilan §1 – Le principe de la force obligatoire du contrat n'a jamais eu pour justification unique l'autonomie de la volonté, même s'il a pu prédominer à un certain moment. En étudiant diverses théories, à l'image de l'approche normativiste ou de la théorie des attentes, des auteurs admettent que la force obligatoire est déconnectée de l'intangibilité des conventions et de sa conséquence effective, qui s'incarne dans le recours aux sanctions judiciaires en cas de conflits, et non aux sanctions unilatérales. Par conséquent, si l'on accepte de repenser le principe de la force obligatoire, il s'avère alors que ce dernier n'apparaît plus comme un obstacle au développement des mesures unilatérales dans les règles du droit de l'inexécution. Repenser ce principe est parfaitement possible¹³⁴⁰. De plus, la division du droit commun en deux catégories de contrats de référence est en parfaite adéquation avec une relecture de la force obligatoire du contrat suivant plusieurs assises. À ce titre, le contrat d'adhésion est fondamentalement différent du contrat de gré à gré. Il est alors possible de croire que les assises de la force obligatoire de ces deux types de contrat puissent être différentes.

Ainsi, la souplesse de la conception de la force obligatoire montre qu'il est possible de penser le contrat différemment. Il est alors possible d'accepter de prendre en compte une nouvelle réalité contractuelle, basée sur la nouvelle dichotomie entre les contrats d'adhésion et de gré à gré. Parallèlement, nous venons de montrer que l'invitation à repenser le fondement de la force obligatoire peut émaner du développement des sanctions unilatérales dans les règles du contrat. Le développement de ces dernières exerce à notre sens, une véritable influence sur le principe de la force obligatoire. Par conséquent, l'influence de l'unilatéralisme sur ce principe est telle qu'elle permet également d'en livrer une nouvelle lecture afin de valider la distinction entre les contrats d'adhésion et de gré à gré et de permettre le développement des prérogatives unilatérales dans le contrat. Les développements précédemment viennent de démontrer que

¹³⁴⁰ C. JAMIN, « Une brève histoire politique des interprétations de l'article 1134 du Code civil », *précit.* à propos de l'analyse des interprétations successives dans le temps de l'ancienne formule de l'article 1134 du Code civil : « Cette histoire nous en apprend beaucoup, non seulement sur le fait que cette formule est peut-être seulement ce que ses interprètes (professeurs et juges) en font, mais aussi, et surtout, sur le caractère politique de ces interprétations ».

cette lecture devrait se baser sur une approche normativiste, et non sur la théorie des attentes qui présente une difficulté insurmontable. Il convient alors de compléter l'analyse et de proposer une reconstruction de la force obligatoire du contrat (§2).

§2 : La reconstruction du principe de la force obligatoire à l'aune d'une nouvelle conception du contrat

266. Nous estimons que le principe de la force obligatoire est le même pour tous les contrats. Cette absence de différence justifie alors que les règles applicables à cet acte juridique soient semblables à toutes les catégories de ce dernier. Cependant, à partir du moment où l'on affirme qu'il existerait deux types de contrats de droit commun et que les règles des sanctions unilatérales devraient être adaptées en fonction du contrat conclu, il semblerait cohérent de revoir le principe de la force obligatoire. Le contenu de ce principe pourrait alors être différent en fonction du type de contrat. Il nous semble donc possible de repenser le principe de la force obligatoire afin que ce principe justifie la présence de règles différentes en fonction du type de contrat dans les sanctions unilatérales. Comme nous l'avons démontré, le principe de la force obligatoire peut avoir différents fondements. Il convient de mettre en lumière ceux qui permettraient de différencier les règles applicables aux sanctions unilatérales, dans les contrats d'adhésion et de gré à gré.

Parmi, les différents fondements présentés, nous avons adhéré à l'approche normativiste de la force obligatoire. Toutefois, pour compléter l'analyse d'un renouvellement des assises de ce principe, il nous est apparu pertinent de mobiliser deux théories complémentaires. Il s'agit de la théorie de Monsieur Ghestin qui proposait de repenser la force obligatoire en termes de finalités *d'utile* et du *juste* (A) et de celle de Monsieur Lemay qui a décidé d'en compléter la lecture suivant trois valeurs : *efficacité, sécurité et liberté* (B).

A. Le recours aux finalités de l'*utile* et du *juste* dans la détermination des fondements de la force obligatoire

267. **Les finalités de la force obligatoire du contrat** – Monsieur Ghestin a développé une théorie permettant de repenser la notion de contrat au travers de sa force obligatoire davantage basée sur l'équité. Selon lui, la force obligatoire du contrat se justifie et se comprend par ses

finalités objectives, *l'utile et le juste*¹³⁴¹. Seul un contrat juste et utile est obligatoire. Par cette théorie, le contrat peut être analysé comme un instrument, un outil, une « une notion juridique dont la seule justification ne peut qu'être fonctionnelle »¹³⁴². Il reste en conséquence un accord de volontés destiné à produire des effets de droit dont la force obligatoire dépend de sa conformité au droit objectif.

Le contrat doit être utile et juste pour être obligatoire.

Qu'est-ce qu'un contrat utile ? La finalité d'utilité sociale se traduit par des impératifs de sécurité juridique et de coopération des parties. En d'autres termes au nom de l'utilité sociale des volontés individuelles, « le contrat est [...] l'instrument privilégié de la prévision d'où résulte la sécurité juridique, et de la liberté et de la responsabilité qui sont nécessaires à l'épanouissement de l'homme en société »¹³⁴³.

Qu'est-ce qu'un contrat juste ? La finalité de justice a un lien avec la justice contractuelle. Il faut constamment que le contrat et, les règles qui l'entourent, aspirent à « la recherche de l'égalité des prestations par le respect d'une procédure contractuelle effectivement correcte et efficace »¹³⁴⁴.

Les règles qui régissent les contrats doivent avoir pour but d'atteindre ces deux finalités. Envisagées sous cet angle, les sanctions unilatérales participent, selon nous, à rendre le contrat plus utile et plus juste. En effet, dans certains cas, le recours aux sanctions unilatérales permet de rétablir l'égalité des prestations entre les parties en cas d'inexécution de leurs obligations par l'une d'entre elles. À titre d'exemple, l'exception d'inexécution permet à la partie victime de l'inexécution de son cocontractant de la forcer à s'exécuter. La réduction du prix permet aux parties d'obtenir l'exécution, même imparfaite, du contrat. Elle permet également une exécution plus juste dans la mesure où le créancier paiera un prix inférieur à celui prévu dans la mesure où la prestation attendue n'est pas conforme à ce qui avait été convenu. Ainsi, dans une certaine mesure, les sanctions unilatérales favorisent la coopération

¹³⁴¹ J. GHESTIN, « L'utile et le juste dans les contrats », *précit.* ; du même auteur, « L'utile et le juste dans les contrats », *D.* 1982, chron. p. 1 : « C'est finalement la recherche, par le droit objectif, de l'utile et du juste, qui justifie la force obligatoire du contrat, et qui, du même coup, en fixe les conditions et les limites, autrement dit le régime du contrat, dans son ensemble ». V. aussi du même auteur, « Le contrat en tant qu'échange économique », *Revue d'économie industrielle*, vol. 92, 2^{ème} et 3^{ème} trimestres 2000, p. 81-100, p. 81 ; du même auteur, « La notion de contrat au regard de la diversité de ses éléments variables » in Travaux de l'Association Henri Capitant, *La relativité du contrat*, Journée de Nantes 1999, LGDJ, 2000, p. 223 s. ; J. GHESTIN, C. JAMIN, et M. BILLIAU, *Traité de droit civil, les effets du contrat*, *op. cit.* spéc. p. 9 et p. 75.

¹³⁴² J. GHESTIN, « Le contrat en tant qu'échange économique », *précit.* spéc. p. 81. Le contrat est alors défini comme un « accord de volontés, qui en est l'élément subjectif essentiel, et par l'utile et le juste, qui sont ses finalités objectives ».

¹³⁴³ J. GHESTIN, « L'utile et le juste dans les contrats », *précit.* p. 35 s., spéc. p. 44.

¹³⁴⁴ J. GHESTIN, « Le contrat en tant qu'échange économique », *précit.* p. 81-100, spéc. p. 100.

entre les parties par leur fonction comminatoire. La faculté unilatérale de remplacement du débiteur défaillant permet aux parties de parvenir à l'exécution du contrat, telle que prévue lors de sa conclusion. Enfin, grâce à leur récente codification, et par les différents garde-fous qui encadrent leur mise œuvre pour l'éloigner de l'arbitraire, elles sont porteuses de sécurité juridique.

La théorie de la force obligatoire basée sur l'utile et le juste peut apparaître comme très intéressante puisque qu'elle crée une balance entre ce qui est nécessaire pour qu'un contrat fonctionne et que les parties accèdent au but qu'elles s'étaient fixées et, une certaine protection contre elles-mêmes. Cette présentation de la force obligatoire prouve que le contrat est une relation spéciale où même si les parties coopèrent et s'accordent la plupart du temps, elles sont naturellement en concurrence, à cause de la recherche de leurs propres intérêts. C'est pourquoi, parce que le contrat doit être utile mais aussi juste, la théorie de Monsieur Ghestin justifie, indirectement, l'insertion des mesures unilatérales, en faveur de l'une ou l'autre des parties afin de maintenir cet équilibre fragile entre ces deux finalités. Pour faire respecter la justice contractuelle, le droit des contrats a besoin de règles spéciales. Ainsi, le législateur développe parfois des règles protectrices telles que le contrôle des clauses abusives, pour permettre aux parties de trouver un juste équilibre dans leur relation contractuelle. Toutefois, cet impératif de justice contractuelle peut, parfois, s'effacer au profit de l'utilité sociale du contrat.

Parallèlement, si le contrat doit être juste, il doit aussi être utile. C'est pourquoi, les mesures unilatérales peuvent s'intégrer au contrat parce qu'elles ne sont pas contraires à la finalité de l'utile de la force obligatoire du contrat. En effet, il ne faut donc pas perdre de vue que les mesures unilatérales au moment de l'inexécution du contrat se justifient également et sont là, dans certaines situations, pour rétablir la sécurité juridique, la prévision contractuelle envisagée au début du contrat et donc autrement dit, tendre vers l'utile. Elles sont un outil efficace et éprouvé, pour que les parties atteignent l'objectif qu'elles s'étaient fixées depuis la conclusion du contrat. Par exemple, l'exception d'inexécution permet au contractant victime d'une exécution de refuser de s'exécuter tant que l'autre partie ne s'exécute pas. Par son caractère incitatif à l'exécution, l'autre partie au nom de l'acte de prévision qu'elle avait conclu est normalement incitée à poursuivre l'exécution de sa propre obligation pour parvenir à la prévision escomptée au moment de la formation du contrat. Les règles des nouvelles sanctions unilatérales permettent alors de tendre vers la finalité de l'utile. Suivant cette lecture, il est alors parfaitement possible de comprendre que les sanctions unilatérales sont présentes pour rendre le contrat obligatoire, puisqu'elles participent aux deux finalités, l'utile et le juste, de sa force obligatoire.

268. L'adaptation des finalités de l'utile et du juste à la *summa divisio* entre les contrats d'adhésion et de gré à gré ? – Si l'on reprend l'analyse de Monsieur Ghestin, le contrat serait juste parce que chaque partie est le meilleur juge de ses intérêts. Par conséquent, le contrat qu'elle conclut est nécessairement juste¹³⁴⁵. Cependant, l'on peut se demander si le contrat conclu est juste lorsque le contractant n'est pas le meilleur juge de ses propres intérêts. Dans certains types de contrat, notamment dans les contrats d'adhésion, la partie faible n'est pas toujours à même de se protéger. Ainsi, si un contrat n'est pas juste, l'auteur indique que le législateur peut imposer des règles protectrices pour des catégories particulières de contractants afin que le contrat tende davantage vers le juste. Ces règles seraient alors justifiées par un ordre public de protection¹³⁴⁶. Par ailleurs, cet auteur précise aussi que si le contrat doit être juste, il doit aussi être utile. Les parties doivent en retirer un intérêt¹³⁴⁷. Elles ont donc une certaine confiance en ce dernier, dans la mesure où il va leur permettre de parvenir à la réalisation de leur intérêt¹³⁴⁸. Dans le modèle du contrat-échange, elles vont alors en retirer une richesse (un service, une somme d'argent, un bien). Le contrat-échange fonde le marché économique¹³⁴⁹. Le contrat doit donc être utile aux parties pour qu'elles puissent obtenir ce qu'elles espéraient. Il favorise aussi, toujours selon Monsieur Ghestin, la liberté contractuelle¹³⁵⁰. En effet, selon lui, si les parties sont libres de contracter et de déterminer le contenu de leur contrat, elles auront confiance en ce dernier et se sentiront investies dans la bonne exécution de ce dernier. Ainsi, parce que le contrat leur est utile, il n'est pas nécessaire qu'il existe des règles trop strictes limitant leur liberté. À partir du moment où il existerait des règles qui porteraient atteinte à la finalité de l'utile de la force obligatoire du contrat, la confiance que les parties auraient dans leur contrat serait diminuée¹³⁵¹. Monsieur Ghestin suggère alors, pour qu'un contrat soit utile, que les règles du contrat soient guidées par un ordre public de direction¹³⁵².

La théorie de l'utile et du juste de Monsieur Ghestin a une incidence pratique sur la formation du contrat. Il l'indique lui-même, elle pourrait s'imposer à toutes les

¹³⁴⁵ J. GHESTIN, « L'utile et le juste dans les contrats », *précit.* spéc. p. 36 qui cite « E. KANT, trad. Barni, p. 169 ».

¹³⁴⁶ J. GHESTIN, « L'utile et le juste dans les contrats », *précit.* spéc. p. 51 qui explique que l'ordre public de protection « vise à la protection des intérêts des contractants se trouvant dans une position d'infériorité telle que l'exercice de leur volonté ne garantit plus la justice contractuelle, par exemple les salariés ».

¹³⁴⁷ J. GHESTIN, « La notion de contrat », *précit.*, p. 147.

¹³⁴⁸ La confiance des parties le contrat rendrait ce dernier obligatoire, en ce sens, V. H. KENFACK, « La consécration de la confiance comme fondement de la force obligatoire ? », *précit.* spéc. p. 125.

¹³⁴⁹ L. BOY, « Les "utilités" du contrat », *précit.*

¹³⁵⁰ J. GHESTIN, « L'utile et le juste dans les contrats » *précit.*

¹³⁵¹ *Ibid.*

¹³⁵² *Ibid.* spéc. p. 51 : « En revanche, l'ordre public de direction ne vise pas à protéger une catégorie de personnes, mais à imposer une certaine conception de l'intérêt général, de l'utilité publique, par exemple la réglementation des changes ou la monnaie nationale ».

règles relatives à la formation du contrat¹³⁵³. Nous estimons que cette dernière peut s'étendre aux règles de l'inexécution et donc aux règles relatives aux sanctions unilatérales, en reprenant les bases de l'analyse de cet auteur et en les transposant à notre problématique. Pour ce faire, il faut accepter de repenser le principe de la force obligatoire du contrat en termes *d'utile* et de *juste*, conformément à la pensée de Monsieur Ghestin. Il faudrait partir du constat suivant lequel, dans la majorité des situations donnant lieu à la conclusion d'un contrat d'adhésion, la partie faible n'est pas capable de protéger ses propres intérêts. La majorité des contrats d'adhésion ne serait pas juste. Par conséquent, pour rétablir cet impératif du *juste*, il serait envisageable d'accorder des règles protectrices dans ces contrats. Au titre du contenu du contrat, le contrôle du déséquilibre significatif est déjà présent. Toutefois, en cas d'inexécution, nous estimons cette protection insuffisante¹³⁵⁴. C'est pourquoi, au titre de l'inexécution, il conviendrait alors d'intégrer des règles protectrices dans les contrats d'adhésion. Pour des raisons de complexité de détermination de la partie faible, il conviendrait donc d'encadrer le recours aux sanctions unilatérales dans les contrats d'adhésion¹³⁵⁵, sans distinguer la qualité des parties (partie forte ou partie faible), comme le fait d'ailleurs le droit positif¹³⁵⁶. En effet, il n'est pas toujours évident de savoir qui est la partie faible¹³⁵⁷ et surtout, il n'est pas nécessaire de complexifier le droit de l'inexécution. Ainsi, à notre avis, dans ces contrats la finalité prédominante de la force obligatoire serait alors le juste. Cela ne signifie pas que l'autre finalité, celle de l'utile, n'existerait pas. Nous estimons que le développement des sanctions unilatérales est guidé par un ordre public de direction. Ces dernières ont été instaurées afin d'augmenter l'efficacité économique des contrats. Les sanctions unilatérales sont utiles pour les besoins du marché. Ainsi, même dans les contrats d'adhésion, elles devraient pouvoir être autorisées. Toutefois, pour ne pas déséquilibrer la relation contractuelle, elles devraient être encadrées. Cet encadrement permettrait de réinjecter de la justice contractuelle dans ce type de contrat.

À l'inverse, nous estimons que, dans les contrats de gré à gré, la finalité dominante est l'utile. Pour que les parties aient pleine confiance dans leurs engagements, confiance nécessaire pour qu'elles aient tendance à vouloir le respecter au maximum, il faut favoriser la liberté contractuelle. Il est alors nécessaire que les sanctions unilatérales puissent être utilisées

¹³⁵³ J. GHESTIN, « L'utile et le juste dans les contrats » *précit.* spéc. p. 54 s.

¹³⁵⁴ V. *supra* n°213 et s.

¹³⁵⁵ V. *infra* n°320 et s.

¹³⁵⁶ Si l'intégration des règles spéciales dans les contrats d'adhésion relève d'une volonté de protéger la partie faible. Cette protection se réalise en fonction du type de contrat. Elle ne s'intéresse pas à la qualité des parties. À ce titre, l'article 1171 prévoit le contrôle des clauses du contrat qui pourraient créer un déséquilibre significatif « dans les contrats d'adhésion ».

¹³⁵⁷ V. *supra* n°223.

le plus librement possible. En effet, il serait utopique de croire que toutes les parties vont s'investir dans la bonne exécution du contrat. C'est pourquoi, il est nécessaire d'encadrer un minimum le recours aux sanctions unilatérales pour éviter les dérives¹³⁵⁸.

269. Bilan A – Ces développements appellent deux remarques. D'abord, si l'on accepte de penser la force obligatoire en termes de finalités, ce principe n'est pas contraire au développement des sanctions unilatérales dans le contrat. Au contraire, les nouvelles règles, imposées par les finalités de la force obligatoire du contrat, peuvent soit de rétablir l'équilibre entre les prestations des parties (et donc de maintenir la justice contractuelle dans le contrat). Ou alors, elles peuvent, par leur codification, qui leur confère un caractère comminatoire automatique, inciter à la coopération entre les parties. À cette occasion, elles seront alors vectrices de sécurité juridique.

Ensuite, la force obligatoire, présentée en termes de finalités de l'utile et du juste, nous autorise à différencier le recours aux sanctions unilatérales en fonction du type de contrat. Le contrat de gré à gré est un contrat où les parties sont normalement placées sur un pied d'égalité. Les parties sont alors les plus à mêmes de décider de leurs propres intérêts. Pour rétablir un équilibre rompu, si elles n'arrivent pas à leurs prévisions, elles doivent disposer d'une grande liberté pour agir. En cas d'inexécution, les sanctions unilatérales sont donc un bon moyen d'y parvenir tant, à ce stade, il n'est plus besoin d'en présenter les avantages¹³⁵⁹. C'est pourquoi, la finalité prédominante de ces contrats semble être l'utile.

Dans le contrat d'adhésion, il en va différemment. Les parties sont placées dès la conclusion de l'accord dans une situation inégalitaire. Par conséquent, la partie faible n'est pas toujours celle qui est la plus à même d'être le meilleur juge de ses intérêts. Les sanctions unilatérales sont parfois un moyen pour les aider à rétablir l'équilibre en cas de problème. Toutefois, il ne faut pas oublier, qu'il existe toujours un risque pour que ces mêmes sanctions accentuent le déséquilibre initial entre les parties et que les parties fortes en abusent. Ainsi, à la différence des contrats de gré à gré, le recours à ces dernières doit, non pas être interdit, mais être davantage encadré. La finalité prédominante dans ce type de contrat serait alors le juste.

En somme, la relecture de la force obligatoire en termes de finalités autoriserait le recours aux sanctions unilatérales en cas d'inexécution, recours très libéré dans les contrats de gré à gré et davantage encadré dans les contrats d'adhésion. Ainsi, cette théorie emporte *a priori* notre assentiment parce qu'elle permet une grande souplesse dans la compréhension du principe

¹³⁵⁸ V. *infra* n°88 et s.

¹³⁵⁹ V. *supra* n°11.

de la force obligatoire tout en entérinant les différences entre les contrats d'adhésion et de gré à gré, permettant alors de valider l'existence de la *summa divisio*. Elle permet également d'intégrer efficacement les sanctions unilatérales dans le contrat, en les considérant désormais, comme des règles incontournables dans la recherche des buts d'utilité et de justice poursuivis par le contrat. Les sanctions unilatérales ne sont plus perçues comme des exceptions et des tempéraments au principe de la force obligatoire. Toutefois, il en va différemment sur le plan pratique. C'est pourquoi, une relecture plus pragmatique de la force obligatoire, doit être mobilisée. Cette dernière fait le lien avec celle proposée par Monsieur Ghestin et correspond davantage à la réalité du droit positif (B).

B. Le renouvellement de la force obligatoire à l'aune des sanctions unilatérales

270. Les limites de la théorie de l'*utile* et le *juste* – La théorie de Monsieur Ghestin nous a permis de proposer une relecture de la force obligatoire justifiant une adaptation des règles des sanctions unilatérales en fonction du type de contrat. Cependant, comme toute théorie cette dernière présente des limites¹³⁶⁰. Il faut admettre que cette dernière n'a jamais fait l'objet d'une quelconque reprise en droit positif. Cela s'explique peut-être parce que cette analyse, en plus d'être complexe, est abstraite et éloigné des concepts connus du droit des contrats. À notre avis, les concepts d'*utile* et de *juste* sont trop distants, en termes d'appellation des principes généraux qui guident les règles du droit des contrats (liberté, force obligatoire, loyauté) pour que cette théorie puisse être appliquée en pratique. La tendance actuelle semble être à la simplification des termes. C'est pourquoi, les finalités de la force obligatoire du contrat présentées par Monsieur Lemay¹³⁶¹ nous sont apparues plus adéquates et plus proches des dispositions de droit positif. Elles peuvent nous permettre de proposer un renouvellement satisfaisant du principe de la force obligatoire qui pourrait rendre cohérente l'intégration des sanctions unilatérales dans la théorie générale.

271. Les trois finalités de la force obligatoire du contrat selon Monsieur Lemay – Sur les bases de la théorie de Monsieur Ghestin, cet auteur propose une approche plus pragmatique de la lecture du principe de la force obligatoire du contrat. Selon Monsieur Lemay, la force

¹³⁶⁰ J. GHESTIN, « L'utile et le juste dans les contrats », spéc. p. 51. L'auteur en présente une lui-même, la distinction entre les règles visant à promouvoir l'ordre public de direction et l'ordre public de protection est « difficile ».

¹³⁶¹ P. LEMAY, *Le principe de la force obligatoire à l'épreuve du développement de l'unilatéralisme*, op. cit.

obligatoire du contrat serait guidée par trois valeurs : *l'efficacité contractuelle, la sécurité juridique et la liberté contractuelle*¹³⁶². Il estime que ces finalités permettraient de s'adapter davantage à la réalité contractuelle du XXI^e siècle. Sur ce point, nous le rejoignons.

D'abord, comme l'explique Monsieur Lemay, la force obligatoire du contrat aurait pour but de promouvoir *l'efficacité contractuelle*¹³⁶³. Il indique que cette dernière est un principe d'une grande souplesse, il est donc parfaitement possible que la force obligatoire du contrat véhicule cette valeur compte tenu de l'évolution du monde contractuel¹³⁶⁴. Le contrat doit être efficace pour les parties. Il le devient lorsqu'il produit « l'effet attendu »¹³⁶⁵. Selon Monsieur Lemay, lorsque la force obligatoire du contrat est fondée sur l'autonomie de la volonté, en vertu de l'efficacité, le législateur doit imposer des règles pour faire respecter cette parole. C'est pourquoi, il conclut alors que dans une telle conception, les mesures unilatérales sont interdites et l'exécution forcée encouragée. Toutefois, selon lui, à partir du moment où la force obligatoire du contrat est déconnectée du principe de l'autonomie de la volonté, la finalité de la force obligatoire reste l'efficacité mais son contenu est modifié. Il expose que le contenu de la force obligatoire peut être ajusté. Il n'est plus nécessaire « faire respecter le contrat à tout prix »¹³⁶⁶. L'auteur rajoute que pour parvenir à davantage d'efficacité économique, il est intéressant d'être plus flexible¹³⁶⁷. Au nom de l'efficacité contractuelle, Monsieur Lemay considère donc que les mesures unilatérales pourraient, et surtout devraient, donc se développer dans le contrat. Il estime qu'elles seraient alors, au nom de l'efficacité dans le contrat¹³⁶⁸, vectrices d'efficacité économique.

Cependant, ce dernier indique que l'efficacité contractuelle ne devrait pas être sans limite. Il explique qu'elle ne devrait alors pas porter atteinte au lien contractuel¹³⁶⁹. Elle devrait, au contraire participer à sa préservation. D'après lui, il faudrait trouver une balance entre efficacité économique et respect des prévisions des parties au contrat¹³⁷⁰. Cette balance se traduirait par

¹³⁶² P. LEMAY, *Le principe de la force obligatoire à l'épreuve du développement de l'unilatéralisme*, op. cit. spéc. p. 277 s., n°s 190 s.

¹³⁶³ *Ibid.* spéc. p. 284, n°197. À ce titre l'auteur explique que même si antérieurement, la force obligatoire était rattachée au respect de la parole donnée, il est parfaitement envisageable de lui accorder de nouvelles valeurs, d'autres fondements, V. ég. n°263 ; Dans le même sens, R. LIBCHABER, *Le contrat au XXI^e siècle*, op. cit.

¹³⁶⁴ P. LEMAY, *Le principe de la force obligatoire à l'épreuve du développement de l'unilatéralisme*, op. cit.

¹³⁶⁵ Y.-M. LAITHIER, *Études comparatives des sanctions de l'inexécution du contrat*, op. cit., spéc. p. 19, n°8.

¹³⁶⁶ P. LEMAY, *Le principe de la force obligatoire à l'épreuve du développement de l'unilatéralisme*, op. cit. spéc. p. 282, n°196.

¹³⁶⁷ *Ibid.* spéc. p. 284, n°197.

¹³⁶⁸ V. not. les actes du colloque du même nom, G. LARDEUX (dir.), *L'efficacité du contrat*, op. cit.

¹³⁶⁹ P. LEMAY, *Le principe de la force obligatoire à l'épreuve du développement de l'unilatéralisme*, op. cit. spéc. p. 284, n°197.

¹³⁷⁰ *Ibid.* spéc. p. 284, n°197. Selon lui, le contrat devrait donc tendre vers « [l'amélioration] de l'efficacité économique du contrat tout en préservant un certain moralisme contractuel ».

la notion de « pérennité contractuelle »¹³⁷¹. En somme, pour cet auteur, la première finalité de la force obligatoire du contrat serait l'efficacité contractuelle, tout en gardant à l'esprit, que cette dernière devrait être conciliée avec la préservation du lien contractuel. Les sanctions unilatérales sont des outils économiques très efficaces pour les parties¹³⁷². Il explique que les sanctions unilatérales auraient également pour fonction de conserver le lien contractuel, dans certaines situations. Nous pensons que la réduction du prix peut préserver ce lien car elle autorise, l'exécution, du contrat entre les parties et ce même si cette dernière est imparfaite. Cependant, si nous sommes d'accord avec le fait que certaines sanctions unilatérales telle que la réduction du prix et la faculté unilatérale de remplacement du débiteur défaillant peuvent permettre de préserver le lien contractuel car elles ont pour but l'exécution du contrat. Il nous est permis de douter que la résolution du contrat puisse le permettre. À l'inverse, Monsieur Lemay explique que les sanctions unilatérales permettraient de préserver le lien contractuel, quand bien même le maintien de la relation contractuelle ne serait plus possible, à l'image de la résolution unilatérale¹³⁷³. À ce titre, le recours aux sanctions unilatérales permettrait, selon cet auteur, de conserver une certaine durabilité du lien contractuel entre les parties. En effet, il explique que lorsque l'exécution d'un contrat est en échec, il semble parfois intéressant de se sortir unilatéralement de ce dernier. Dans ce cas, la résolution unilatérale existerait alors pour dénouer efficacement le lien contractuel. Dans une telle situation, nous pensons que le lien contractuel n'est plus préservé. Au contraire, l'auteur semble alors envisager la préservation du lien contractuel futur. Même si cela paraît purement hypothétique, permettre le recours aux sanctions unilatérales pourrait faciliter le règlement du litige. Dans ce cas, si le litige se règle efficacement, l'auteur estime qu'il est possible de penser que les parties, dont la relation contractuelle immédiate est en échec, puissent un jour reconclure un nouveau contrat. Si tel est le cas, le recours à la sanction unilatérale aura permis, d'après lui, de préserver le lien contractuel, non pas immédiat mais futur. Pour ce faire, il suffirait d'accepter de concevoir la préservation du lien contractuel sur le long terme. Il admet alors que le lien contractuel primaire serait rompu. Toutefois, il estime le lien contractuel futur serait maintenu avec la possibilité de conclure à nouveau un contrat plus tard¹³⁷⁴. Une telle position est discutable. L'auteur semble conscient de cette limite et précise à ce titre que seules les mesures unilatérales qui ont pour but

¹³⁷¹ P. LEMAY, *Le principe de la force obligatoire à l'épreuve du développement de l'unilatéralisme*, op. cit. spéc. p. 289, n°201.

¹³⁷² V. *supra* n°11.

¹³⁷³ P. LEMAY, *Le principe de la force obligatoire à l'épreuve du développement de l'unilatéralisme*, op. cit. spéc. p. 286, n°200.

¹³⁷⁴ *Ibid.* spéc. p. 287, n°200.

de pallier « une inexécution mineure » peuvent permettre « de continuer la relation contractuelle »¹³⁷⁵, même s'il adhère au postulat selon lequel « la résolution unilatérale est parfaitement compatible avec une politique favorisant le maintien du contrat en cas d'inexécution »¹³⁷⁶.

La finalité première de la force obligatoire suivant cet auteur serait donc l'efficacité contractuelle. Cette dernière peut se traduire comme l'efficacité économique du contrat. Cette finalité encouragerait très fortement le recours aux sanctions unilatérales. Étudiée sous cet angle, la force obligatoire du contrat ne serait donc pas contraire au développement des sanctions unilatérales, qui sont des règles qui participent à la réalisation de l'efficacité économique du contrat.

La seconde finalité de la force obligatoire présentée par cet auteur serait la *sécurité juridique*, que nous avons déjà eu l'occasion d'évoquer précédemment¹³⁷⁷. Pour lui, le réajustement de la force obligatoire accentuerait la notion de sécurité juridique qui regroupe trois éléments : l'accessibilité, la stabilité et la prévisibilité. La sécurité juridique est à son sens, une notion clé du principe de la force obligatoire¹³⁷⁸. Monsieur Lemay estime que reconnaître cette finalité à la force obligatoire n'empêcherait pas le développement des sanctions unilatérales dans le contrat. Pour s'en convaincre, l'auteur propose de confronter les composantes de la sécurité juridique aux sanctions unilatérales. Comme nous avons pu l'étudier, l'intégration des sanctions unilatérales dans les règles de l'inexécution participe à l'accessibilité du droit. La réforme a participé à cette dernière en codifiant ces nouvelles mesures au titre des articles 1217 et suivants du Code civil. De plus, l'intégration des mesures unilatérales ne vient nullement affaiblir la prévisibilité¹³⁷⁹. Toutefois, selon Monsieur Lemay, la sécurité juridique pourrait également s'entendre comme la stabilité des droits et des obligations des parties¹³⁸⁰. Le contrat est un acte de prévisions. Il doit donc pouvoir être stable. Les sanctions unilatérales autorisées par le droit positif ne remettent pas en cause la sécurité juridique puisqu'elles ont pour but premier de sanctionner une inexécution. Parce qu'elles sont codifiées à l'article 1217 du Code civil et qu'elles sont les mêmes qu'un juge peut prononcer

¹³⁷⁵ P. LEMAY, *Le principe de la force obligatoire à l'épreuve du développement de l'unilatéralisme*, op. cit. p. 289, spéc. n°201.

¹³⁷⁶ Y.-M. LAITHIER, *Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, op. cit. spéc. p. 276, n°195.

¹³⁷⁷ V. *supra* n°227 et s., spéc. n°229.

¹³⁷⁸ P. LEMAY, *Le principe de la force obligatoire à l'épreuve du développement de l'unilatéralisme*, op. cit., p. 299, n°211 s. et p. 300, n°212 à 214 : l'auteur confronte ici l'unilatéralisme en général aux composantes de la sécurité juridique.

¹³⁷⁹ V. *supra* n°229.

¹³⁸⁰ P. LEMAY, *Le principe de la force obligatoire à l'épreuve du développement de l'unilatéralisme*, op. cit., p. 300, n°213.

en cas d'inexécution (la différence réside dans le fait que leur mise en œuvre est réalisée par les parties), elles ne portent pas atteinte à la stabilité des droits et des obligations des parties¹³⁸¹. Pour être complet, comme l'explique Monsieur Lemay, il faut préciser que la sécurité juridique peut aussi s'entendre comme la stabilité du lien contractuel. La stabilité du lien contractuel est, pour lui, « une facette de la notion de sécurité des transactions »¹³⁸². Les sanctions unilatérales sont-elles contraires à cette composante ? Dans certains cas, les mesures unilatérales viennent affaiblir les droits et obligations des parties. La composante de stabilité n'est plus respectée et la sécurité juridique n'est pas effective. Pour pallier cette difficulté, l'auteur distingue le contenu du contrat et la relation contractuelle. Cette distinction entre le contenu obligationnel et le contrat rappelle l'analyse normativiste précédemment présentée évoquée comme fondement possible de la force obligatoire du contrat¹³⁸³. Selon lui, dans certaines situations, il serait possible de favoriser cette stabilité de la relation contractuelle au détriment des droits et obligations des parties. En prenant l'exemple des contrat de longues durée, il explique que permettre l'adaptation du contrat, par le recours aux prérogatives, unilatérales peut permettre de préserver la sécurité des transactions¹³⁸⁴. De là, il conclut qu'il existerait des situations où les mesures unilatérales, y compris les sanctions unilatérales, ne sont pas contraires à la sécurité du lien contractuel¹³⁸⁵. Par conséquent, après la confrontation des composantes de la sécurité juridique aux sanctions unilatérales, Monsieur Lemay constate que les sanctions unilatérales ne sont pas contraires au principe de la force obligatoire du contrat, qui aurait pour deuxième finalité la sécurité juridique.

¹³⁸¹ P. LEMAY, *Le principe de la force obligatoire à l'épreuve du développement de l'unilatéralisme*, op. cit. spéc. p. 300, n°213. « promouvoir la rupture unilatérale du contrat en cas d'inexécution essentielle ne porte donc pas plus atteinte à la stabilité des droits et obligations des parties – en l'occurrence du débiteur – que le prononcé judiciaire de la résolution ».

¹³⁸² *Ibid.* spéc. p. 301, n°213.

¹³⁸³ V. *supra* n°262.

¹³⁸⁴ P. LEMAY, *Le principe de la force obligatoire à l'épreuve du développement de l'unilatéralisme*, op. cit., p. 301, n°213 : « Particulièrement adaptée aux relations contractuelles longues, cette conception de la stabilité contractuelle, plus dynamique que la précédente, justifie la mise en œuvre des certaines prérogatives contractuelles unilatérales et permet d'envisager l'introduction de la théorie de l'imprévision ». L'auteur indique ensuite qu'une partie de la doctrine entend la sécurité des transactions, facette de la sécurité juridique ne concerne que la stabilité des droits et obligations des parties. La stabilité du lien contractuel relèverait alors de la notion de « sécurité matérielle », V. sur ce point cité par l'auteur, T. PIAZZON, *La sécurité juridique*, préf. L. LEVENEUR, Défrenois, 2009. Sécurité juridique et sécurité matérielle seraient alors deux notions différentes. Mais finalement, Monsieur Lemay se rallie à la thèse selon laquelle la sécurité des transactions est une composante de la notion de la sécurité juridique, tant elle est une notion souple et complexe, spéc. p. 303 : « Il apparaît alors que pour une même situation la sécurité des uns fait l'insécurité des autres ». V. not. sur ce point, A. CRISTAU, « L'exigence de sécurité juridique », *D.* 2002, p. 2814.

¹³⁸⁵ P. LEMAY, *Le principe de la force obligatoire à l'épreuve du développement de l'unilatéralisme*, op. cit., spéc. p. 301, n°213. « même si le développement de l'unilatéralisme tend, dans une certaine mesure, à affaiblir le critère de stabilité des droits nés du contrat, c'est pour réinjecter cette sécurité au niveau de la relation contractuelle ».

Enfin, la dernière finalité de la force obligatoire serait, selon Monsieur Lemay, *la liberté contractuelle*. Il est un principe essentiel du droit des contrats¹³⁸⁶, au même titre que la force obligatoire du contrat. C'est pourquoi, il peut apparaître surprenant de présenter la liberté contractuelle comme une finalité de la force obligatoire du contrat. Normalement, le principe de la liberté contractuelle intervient en amont du principe de la force obligatoire. Dans un premier temps, les parties sont libres de contracter, c'est-à-dire de décider s'assujettir à une norme (le contrat). Ensuite, lorsqu'elles ont conclu le contrat, c'est-à-dire lorsqu'elle se sont effectivement assujetties à cette norme, celui-ci devient obligatoire. Dès lors, on comprend que liberté contractuelle et force obligatoire sont liées dans le processus contractuel¹³⁸⁷. Cependant, elles ont des finalités distinctes. C'est pourquoi, il peut apparaître paradoxal d'estimer qu'une des finalités de la force obligatoire puisse être la liberté contractuelle.

Toutefois, lorsqu'il s'agit de proposer un renouvellement du contenu de la force obligatoire du contrat, comme l'explique Monsieur Lemay, ces principes « ne peuvent s'ignorer »¹³⁸⁸. Pour le comprendre, cet auteur propose alors « d'étudier quelle conception de la liberté contractuelle tend à s'appliquer dans l'entreprise de réajustement du principe de la force obligatoire »¹³⁸⁹.

Selon lui, il semble que la liberté contractuelle puisse recouvrir plusieurs acceptions. L'une d'entre elles serait le libéralisme juridique¹³⁹⁰. Il explique que le libéralisme juridique représente l'ensemble des doctrines qui tendent à garantir les libertés individuelles¹³⁹¹. La liberté contractuelle serait reliée au libéralisme puisque dans le contrat, « on exalte la liberté des individus qui peuvent prévoir, par convention particulière, tout ce qui n'intéresse pas l'ordre public et les bonnes mœurs »¹³⁹². Toutefois, le libéralisme serait intimement lié à l'individualisme, qui est une doctrine « qui fait prévaloir l'individu sur toutes les autres formes de réalité, et qui lui décerne le plus haut degré de valeur »¹³⁹³. L'auteur cite Roubier qui définit cette philosophie comme « une philosophie qui met plus haut que tout "l'éminente dignité de la personne humaine", et croit que la société la meilleure est celle qui consacre le plus grand

¹³⁸⁶ M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations*, t. 1, *op. cit.* spéc. p. 105, n°124 ; D. MAZEAUD, « Le contrat liberté contractuelle et sécurité juridique », *Défrenois* n°19, 1998, p. 1137.

¹³⁸⁷ J. GHESTIN, « L'utile et le juste dans les contrats », *précit.*

¹³⁸⁸ P. LEMAY, *Le principe de la force obligatoire à l'épreuve du développement de l'unilatéralisme*, *op. cit.* spéc. p. 305 n°216.

¹³⁸⁹ *Ibid.* spéc. p. 305, n°216.

¹³⁹⁰ *Ibid.* spéc. p. 305, n°217.

¹³⁹¹ *Ibid.* p. 305, n°217.

¹³⁹² *Ibid.* spéc. p. 305, n°217.

¹³⁹³ TLFi, v° Individualisme. V. ég J.-F. SPITZ, « "Qui dit contractuel dit juste" : quelques remarques sur la formule d'Alfred Fouillée », *RTD. Civ.* 2007, p. 281.

affranchissement de l'homme »¹³⁹⁴. Ainsi, la liberté contractuelle serait également source d'individualisme. En suivant cette analyse, on comprend alors que libéralisme et individualisme ont des contenus très liés et qu'ils sont source tous deux la liberté contractuelle. Malgré ces similitudes apparentes, Monsieur Lemay expose qu'il existerait une différence entre ces deux doctrines dans le contrat.

Ces deux doctrines se distingueraient lorsque l'on étudie « les conséquences de leur application en droit des contrats »¹³⁹⁵. Selon cet auteur, « l'individualisme correspond le plus souvent à une conception absolutiste du contrat »¹³⁹⁶, dès lors que l'on considère que « l'autonomie de la volonté dans sa conception classique implique nécessairement une liberté contractuelle absolue »¹³⁹⁷. À ce titre, Monsieur Lemay indique que la liberté contractuelle correspond traditionnellement « au principe du consensualisme, dérivant lui-même de la théorie de l'autonomie de la volonté »¹³⁹⁸. Or, pour se détacher de cette affirmation, il fait référence aux auteurs qui estiment qu'il est possible de détiiser le lien entre autonomie de la volonté et liberté contractuelle¹³⁹⁹. Suivant ce raisonnement, la liberté contractuelle pourrait se transformer en un concept souple¹⁴⁰⁰, incarné par « un libéralisme juridique renouvelé »¹⁴⁰¹. Ce dernier serait alors « une nouvelle facette de la liberté contractuelle »¹⁴⁰². Il semble que l'adjonction de l'adjectif « renouvelé » traduise, pour Monsieur Lemay, la différenciation entre l'individualisme et le libéralisme. A partir de là, l'auteur semble admettre que la liberté contractuelle a pour dimension le libéralisme c'est-à-dire défendre la liberté des individus. Toutefois, cette faveur ne serait pas toute-puissante, contrairement à l'individualisme. La liberté

¹³⁹⁴ P. ROUBIER, *Théorie générale du droit*, Sirey, 2^{ème} éd. 1951, réédité en 2005, Dalloz, préf. D. DEROUSSIN, p. 232 cité par P. LEMAY, *Le principe de la force obligatoire à l'épreuve du développement de l'unilatéralisme*, op. cit., spéc. p. 306 s. n°217.

¹³⁹⁵ P. LEMAY, *Le principe de la force obligatoire à l'épreuve du développement de l'unilatéralisme*, op. cit., p. 305 s. n°217.

¹³⁹⁶ *Ibid.* spéc. p. 305 s. n°217. Dans le même sens, V. M. MEKKI, *L'intérêt général et le contrat, contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts privés*, préf. J. GHESTIN, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 411, 2004, spéc. p. 261 n°233 : « dans une optique individualiste exacerbée, le fondement de la force obligatoire du contrat devient le principe de l'autonomie de la volonté ».

¹³⁹⁷ L. FIN-LANGER, *L'équilibre contractuel*, préf. C. THIBIERGE, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 366, 2002, spéc. p. 97, n°215.

¹³⁹⁸ P. LEMAY, *Le principe de la force obligatoire à l'épreuve du développement de l'unilatéralisme*, thèse 2014, op. cit., p. 306 s. n°217 qui cite V. FORRAY, *Le consensualisme dans la théorie générale du contrat*, LGDJ, t. 480, préf. G. PIGNARRE, 2007.

¹³⁹⁹ L. FIN-LANGER, *L'équilibre contractuel*, op. cit. spéc. p. 98, n°133 et J. HAUSER, *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique*, op. cit. spéc. p. 48, note n°68 « ce lien entre l'autonomie de la volonté et la liberté contractuelle n'est d'ailleurs pas nécessaires », cités par P. LEMAY, *Le principe de la force obligatoire à l'épreuve du développement de l'unilatéralisme*, op. cit., p. 307 s. n°218. Dans le même sens, J.-F. SPITZ, « “Qui dit contractuel dit juste” : quelques remarques sur la formule d'Alfred Fouillée », *RTD. Civ.* 2007, p. 281.

¹⁴⁰⁰ L. FIN-LANGER, *L'équilibre contractuel*, op. cit. p. 99, n°136.

¹⁴⁰¹ P. LEMAY, *Le principe de la force obligatoire à l'épreuve du développement de l'unilatéralisme*, op. cit., p. 308 s. n°219.

¹⁴⁰² *Ibid.* spéc. p. 311, n°221.

contractuelle pourrait alors se détacher de l'autonomie de la volonté. Selon, lui la force obligatoire du contrat aurait alors pour finalité de favoriser ce libéralisme renouvelé auquel il n'apporte pas de véritable définition¹⁴⁰³.

Autrement dit, selon Monsieur Lemay il faudrait se baser sur une conception « transpersonnaliste » du contrat, à l'instar des propositions de Monsieur Mekki¹⁴⁰⁴. La conception du contrat devrait se détacher de l'autonomie de la volonté « en rejetant l'individualisme exacerbé mais n'adhérant pas pour autant au collectivisme »¹⁴⁰⁵. Dans une telle conception du contrat, il serait alors possible d'adapter le contrat, lors de son exécution, pour promouvoir les intérêts des parties. Une telle adaptation viendrait alors accentuer la liberté des parties¹⁴⁰⁶. En effet, comme le souligne Madame Thibierge-Guelfucci, suivant une approche modernisée de la théorie générale du contrat, « la liberté reflue de la conclusion pour réapparaître après [...] le souci de sécurité, jadis attaché aux effets du contrat, à sa force obligatoire, se reporte sur la période de formation de l'acte [...] Après la conclusion du contrat, au contraire, la sécurité contractuelle n'apparaît plus comme le seul impératif. L'irrévocabilité et l'intangibilité refluent laissant place à l'impératif de justice contractuelle. Et corrélativement, cela réintroduit plus de liberté et de volonté dans les effets du contrat : l'accroissement de la liberté de chacune des parties de sortir unilatéralement de l'acte »¹⁴⁰⁷. C'est pourquoi, suivant une telle démonstration Monsieur Lemay conclut que la force obligatoire du contrat a pour finalité la promotion du libéralisme juridique qui serait un versant de la liberté contractuelle¹⁴⁰⁸, lorsque la conception du contrat est détachée de celle de l'autonomie de la volonté. Et, la promotion du libéralisme justifierait le recours aux sanctions unilatérales en cas d'inexécution. L'augmentation du nombre de ces mesures unilatérales dans le contrat serait vectrice de libéralisme juridique et non d'individualisme puisque l'encadrement de l'exercice de ces

¹⁴⁰³ P. LEMAY, *Le principe de la force obligatoire à l'épreuve du développement de l'unilatéralisme*, op. cit. spéc. p. 308, n°219 : « Une politique juridique ayant pour effet de modifier l'approche relative au principe de la force obligatoire peut rejaillir sur la liberté des parties et ainsi accentuer le libéralisme contractuel. Ainsi, nous pensons que l'augmentation du nombre de prérogatives contractuelles unilatérales agit sur la conception du principe de la force obligatoire du contrat mais aussi accroît le pouvoir des parties, étend la liberté des contractants.

¹⁴⁰⁴ M. MEKKI, *L'intérêt général et le contrat, contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts privés*, op. cit. spéc. n°234 s., p. 162 s.

¹⁴⁰⁵ P. LEMAY, *Le principe de la force obligatoire à l'épreuve du développement de l'unilatéralisme*, op. cit., p. 308 s. n°219.

¹⁴⁰⁶ P. LEMAY, *Le principe de la force obligatoire à l'épreuve du développement de l'unilatéralisme*, op. cit., spéc. p. 308 s. n°219 : « nous pensons que l'augmentation du nombre de prérogatives contractuelles unilatérale agit sur la conception du principe de la force obligatoire mais aussi accroît le pouvoir des parties ; étend la liberté des contractants ».

¹⁴⁰⁷ C. THIBIERGE-GUELFUCCI, « Libre propos sur la transformation du droit des contrats », *RTD Civ.* 1997, p. 376, spéc. n°24.

¹⁴⁰⁸ P. LEMAY, *Le principe de la force obligatoire à l'épreuve du développement de l'unilatéralisme*, op. cit., spéc. p. 311, n°221. s

dernières, permettraient d'éviter qu'elles ne soient prises à la discrétion de leur auteur¹⁴⁰⁹. En effet, à partir de l'instant où la conception du contrat est détachée de la théorie de l'autonomie de la volonté, Monsieur Lemay estime que prôner le libéralisme ne signifie pas forcément qu'il soit nécessaire d'accorder la toute-puissance aux cocontractants¹⁴¹⁰.

Dans une conception renouvelée du contrat, la liberté contractuelle pourrait alors être considérée, dans une certaine mesure, comme une des finalités d'une conception également renouvelée de la force obligatoire.

272. La proposition de relecture du principe de la force obligatoire à l'aune du droit positif – Selon nous, il est possible de se baser sur l'approche en termes de finalités de Monsieur Lemay pour repenser le principe de la force obligatoire.

Le principe de la force obligatoire du contrat est entériné à l'article 1103 du Code civil. Depuis la réforme, l'article 1103 du Code civil dispose que « les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits ». Les différences avec l'ancien article 1134 du Code civil sont minimales¹⁴¹¹. La place de cet article est déterminante. L'article qui précède le principe de la force obligatoire intéresse le principe de la liberté contractuelle dans la théorie générale du contrat. L'article 1102 du Code civil dispose à ce titre, « chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter, de choisir son cocontractant et de déterminer le contenu et la forme du contrat dans les limites fixées par la loi »¹⁴¹². Puisqu'il existe un article spécifique consacré à la liberté contractuelle, il faut entendre que tous les contrats sont innervés par ce principe qui fait désormais partie du contrat. Les règles de ce dernier doivent expressément le respecter. Par conséquent, selon nous, le principe de la liberté contractuelle fait partie intégrante du contrat, au même titre que celui de la force obligatoire. Cette approche est tout à fait classique. Toutefois, à l'aune du développement des sanctions unilatérales dans le contrat, l'approche de Monsieur Lemay en ce qui concerne la liberté contractuelle nous apparaît pertinente à présenter.

La liberté contractuelle est un des principes qui fonde le droit des contrats¹⁴¹³. Elle gouverne l'ensemble de la théorie générale. À ce titre, elle devrait, à notre avis, également gouverner le principe de la force obligatoire du contrat. Présenté sous cet angle, rien n'interdirait alors de l'envisager comme une composante de la force obligatoire du contrat.

¹⁴⁰⁹ P. LEMAY, *Le principe de la force obligatoire à l'épreuve du développement de l'unilatéralisme*, op. cit., spéc. p. 311, n°221.

¹⁴¹⁰ *Ibid.* spéc. p. 307, n°217.

¹⁴¹¹ V. *supra* n°148.

¹⁴¹² C. civ. art. 1102 (version en vigueur depuis le 01 octobre 2016).

¹⁴¹³ Dans ce même sens, M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations*, t. op. cit. spéc. p. 86, n°101.

C'est pourquoi, d'après nous, il faut analyser la liberté contractuelle en deux temps. Dans tous les contrats, elle est le dénominateur commun du contrat, en tant que principe du droit des contrats. Cependant, elle pourrait également être considérée comme une des finalités de la force obligatoire du contrat. Toutefois, pour être considérée comme telle, il faudrait envisager la liberté contractuelle, à l'instar de Monsieur Lemay, sous sa déclinaison « libéralisme juridique »¹⁴¹⁴. La force obligatoire aurait pour but de promouvoir ce libéralisme, de promouvoir les libertés individuelles. Pour ce faire, il faudrait se détacher de la conception volontariste du contrat¹⁴¹⁵ et envisager que la liberté contractuelle n'est plus forcément reliée à l'autonomie de la volonté. Au contraire, elle pourrait présenter des liens avec la notion d'équilibre contractuel. En d'autres termes, la liberté contractuelle « rechercherait moins la satisfaction systématique des intérêts d'un individu »¹⁴¹⁶, que celle de l'équilibre contractuel. Envisagée sous cet angle la liberté contractuelle pourrait permettre, à notre avis, de préserver l'équilibre contractuel. Dans une certaine mesure cette préservation peut se traduire par « l'admission, sous conditions et de manière limitée, d'une adaptabilité du contrat »¹⁴¹⁷, et donc des mesures unilatérales. Ainsi, lors de l'exécution du contrat, afin de rétablir l'équilibre du contrat, les mesures unilatérales pourraient être envisagées. Il en irait de même en cas d'inexécution. Tolérer l'existence de mesures unilatérales dans le contrat permettrait de rétablir l'équilibre entre les parties lors que celui-ci est rompu. Le créancier victime de l'inexécution pourrait alors avoir recours aux sanctions unilatérales pour parvenir à une issue plus favorable à son litige qu'il n'aurait pu l'espérer avec la seule reconnaissance des sanctions judiciaires. Nous estimons alors que la *liberté contractuelle* devrait être une des finalités renouvelées de la force obligatoire du contrat. La finalité de la sécurité juridique pourrait aussi faire partie, d'après nous, du principe de la force obligatoire. Elle serait commune à tous les contrats dans le but de valoriser la stabilité des droits subjectifs et de garantir l'accessibilité du droit. De plus, nous l'avons démontré, les nouvelles mesures unilatérales ne sont pas contraires à cette finalité. Enfin, l'article 1103 n'interdit en rien de penser que le principe de la force obligatoire n'est guidé pas par l'efficacité contractuelle, en l'absence d'une affirmation contraire.

Cette disposition, en restant relativement proche de l'ancien article 1134 du Code civil, permettrait alors de proposer une lecture différente du principe de la force obligatoire du contrat,

¹⁴¹⁴ V. *supra* n°271.

¹⁴¹⁵ V. *supra* n°258 et s. et n°172 et s.

¹⁴¹⁶ P. LEMAY, *Le principe de la force obligatoire à l'épreuve du développement de l'unilatéralisme*, op. cit., spéc. p. 307 s. n°218.

¹⁴¹⁷ R. BLOUGH, *Le forçage, du contrat à la théorie générale*, préf. D. FENOUILLET, PUAM, 2011, spéc. p. 167, n°236.

détaché de l'intangibilité du contrat, sans être réécrite. Le principe de la force obligatoire du contrat pourrait donc être détaché du refus de l'intégration des mesures unilatérales. Il pourrait se baser sur trois finalités : *l'efficacité, la sécurité et la liberté contractuelle*. La position du nouvel article 1103, au sein des « dispositions liminaires » dans le nouveau plan du droit des contrats, nous autorise également à envisager la force obligatoire comme un principe directeur, général du droit des contrats¹⁴¹⁸, soucieux d'atteindre les objectifs principaux poursuivis par la réforme : la sécurité et l'efficacité. Ainsi reconstruites, les finalités du principe de la force obligatoire – que sont l'efficacité du contrat soucieuse la pérennité du lien contractuel, le respect de la sécurité juridique et la promotion des libertés individuelles qui est un aspect de la liberté contractuelle – permettraient de valider et même d'adhérer à l'intégration de sanctions unilatérales dans le contrat. L'incohérence entre l'intégration des sanctions unilatérales et le principe de sa force obligatoire serait alors corrigée¹⁴¹⁹. Parallèlement, cette nouvelle conception permettrait de savoir comment protéger la partie faible dans les règles des contrats d'adhésion. Il convient de voir comment.

273. Les finalités dominantes de la force obligatoire en fonction du type de contrat –

Selon nous, une nouvelle présentation de la force obligatoire pourrait nous permettre de valider la thèse selon laquelle il faut différencier les contrats d'adhésion et de gré à gré dans la théorie générale du contrat et *a fortiori*, dans les règles des sanctions de l'inexécution. Comme nous venons de l'expliquer, la force obligatoire du contrat pourrait selon Monsieur Lemay regrouper trois finalités distinctes. Il convient de les adapter pour parvenir à exposer le renouvellement du principe de la force obligatoire que nous désirons proposer.

¹⁴¹⁸ Il faut préciser que les principes directeurs du droit des contrats sont implicites dans la réforme. Le Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016, *précit.* indique expressément que « contrairement à certains projets européens, l'ordonnance n'a pas opté pour un chapitre préliminaire consacré aux « principes directeurs » du droit des contrats ». Pour une synthèse des principes directeurs V Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française et la Société de législation comparée, *Projet cadre commun de référence, Principes contractuels communs, op. cit.* p. 197 ; L'avant-projet de la Chancellerie prévoyait de consacrer des principes directeurs : la liberté contractuelle, la bonne foi et la force obligatoire. Pour une critique des principes directeurs de cet avant-projet, V. A. GHOZI et Y. LEQUETTE, « La réforme du droit des contrats : brèves observations sur le projet de la Chancellerie », *D.* 2008, p. 2609. Sur les principes directeurs de tous les avant-projets de réforme, V. Ph. DUPICHOT, « Les principes directeurs du droit français des contrats », *RDC/1* 2013, 387. ; C. PÉRÈS, « Observations sur "l'absence" de principes directeurs à la lumière du projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats », *RDC/3* 2015, p. 647 ; M. MEKKI, « La réforme au milieu du gué. Les notions absentes ? Les principes généraux du droit des contrats – aspects substantiels », *RDC/3*, 2015 p. 651. V. ég. M. FABRE-MAGNAN, « Avantages et inconvénients des principes directeurs », *RDC/4* 2012, p. 430.

¹⁴¹⁹ V. *supra* n°s 131 et s.

D'abord, à notre avis, la finalité commune à tous les contrats devrait être celle de la *sécurité juridique*. En revanche ; les autres finalités – l'*efficacité contractuelle* et la *liberté contractuelle* – devraient être d'une importance différente en fonction du type de contrat.

Dans un contrat d'adhésion, la principale finalité de la force obligatoire ne pourrait pas être semblable à celle d'un contrat de gré à gré. Cette analyse rappelle celle que nous avons déjà évoquée sur les idées de Monsieur Ghestin, qui indique que le contrat doit faire la balance entre l'utile et le juste. Les contrats d'adhésion et de gré à gré ne poursuivent pas les mêmes finalités.

C'est pourquoi, il semble que, dans un contrat de gré à gré, la finalité dominante de la force obligatoire du contrat devrait, à notre avis, être la *liberté contractuelle*. Cette finalité se rapproche de la finalité de l'*utile*. Parce que ce contrat a été négocié librement et que ses conséquences en cas d'inexécution des obligations ont parfaitement pu être anticipées, il est nécessaire d'accorder le plus de liberté aux contractants afin qu'ils puissent parvenir aux objectifs qu'ils se sont fixés lors de la conclusion du contrat. Ces contrats sont obligatoires pour les parties parce qu'ils peuvent leur permettre aux parties d'accéder à la réalisation de leurs intérêts en disposant d'une capacité maximum d'adaptabilité. En cas d'inexécution, il faut pouvoir rétablir un certain équilibre contractuel. Il faut être en mesure d'adapter le contrat pour permettre à la partie qui exerce la sanction unilatérale de parvenir à une issue favorable à son litige. C'est pourquoi, les mesures unilatérales pourraient être encouragées dans ce type de contrat, au nom du libéralisme juridique, considéré comme une « facette » de la liberté contractuelle¹⁴²⁰. Ainsi, au niveau des sanctions de l'inexécution, accorder davantage de prérogatives unilatérales dans les contrats de gré à gré est en adéquation avec la conception de la force obligatoire de ce type de contrat qui aurait pour finalité dominante la *liberté contractuelle*. L'unilatéralisme serait alors le meilleur outil économique pour parvenir à cette finalité qui prédominerait dans les contrats de gré à gré. Toutefois, l'exercice des sanctions unilatérales devraient être encadré pour ne pas tomber dans l'effet inverse et prôner la toute-puissance des volontés individuelles.

Pour autant, la force obligatoire de ces contrats ne devrait nullement mettre de côté les principes d'efficacité contractuelle et de sécurité juridique. Nous l'avons démontré les prérogatives unilatérales et leur développement n'est nullement contraire à l'accessibilité, la prévisibilité et à la stabilité des contrats. Parfois, elles permettent de parvenir à l'effet attendu du contrat, notamment lorsque l'exception d'inexécution fonctionne et que le débiteur finit par s'exécuter ou lorsque le contrat est exécuté par un tiers. Dans les autres cas, elles ne permettent

¹⁴²⁰ P. LEMAY, *Le principe de la force obligatoire à l'épreuve du développement de l'unilatéralisme*, op. cit., spéc. p. 311, n°221.

pas l'effet attendu du contrat mais elles permettent au créancier d'obtenir une certaine satisfaction dans le règlement de son litige, en obtenant la résolution ou la réduction du prix. Les finalités de *sécurité* et d'*efficacité* devraient être présentes dans le contenu de la force obligatoire des contrats de gré à gré. Toutefois, elles ne devraient pas être considérées comme les finalités dominantes. La finalité dominante de la force obligatoire de ce type de contrat serait, au contraire, celle incarnée par la *liberté contractuelle*.

A l'inverse, dans les contrats d'adhésion, l'*efficacité contractuelle* semblerait être la finalité principale. Il faudrait alors entendre cette finalité d'efficacité contractuelle, pas seulement comme l'efficacité économique comme le suggérait Monsieur Lemay, mais également comme la réalisation des effets attendus du contrat. Cette finalité se rapprocherait alors de la finalité du *juste*. Dès leur formation, il existe un déséquilibre naturel entre les droits et les obligations des parties. Ainsi, si le recours aux sanctions unilatérales est trop libre dans ce type de contrat, cela pourrait être contraire à l'efficacité contractuelle. Par conséquent, il faudrait parvenir à limiter les abus naturels de ces contrats. Ainsi, pour ne pas déséquilibrer davantage la relation, les prérogatives unilatérales devraient, non pas être interdites, mais être encadrées. En effet, les déséquilibres trop importants de la relation dans ce type de contrat sont déjà sanctionnés dans la réforme au travers du contrôle des clauses abusives et la notion de déséquilibre significatif¹⁴²¹. Toutefois, au niveau des sanctions de l'inexécution, cela reste à faire. Les sanctions unilatérales dans ce type de contrat ne devraient pas non plus être totalement interdites. Ainsi, la force obligatoire de ces contrats devrait aussi avoir pour finalité la liberté contractuelle. L'existence des sanctions unilatérales dans ces contrats aurait alors pour but de promouvoir l'adaptation du contrat. Toutefois, cette dernière ne devrait pas être prédominante. Il devrait en être de même pour celle relative à la sécurité.

274. Bilan B – Présenter la force obligatoire en termes de finalités d'*efficacité*, de *sécurité* et de *liberté* nous apparaît plus pertinente car son contenu est respectueux de deux principes directeurs implicites du droit des contrats : la sécurité juridique et la liberté contractuelle. Elle a pour avantage de correspondre davantage à l'actuel vocabulaire juridique. Elle fait le lien avec les objectifs poursuivis par la réforme : l'efficacité et la sécurité. Ensuite, l'autre avantage de la présentation d'un contenu du principe de la force obligatoire guidé par trois finalités complémentaires est le même que celui présenté précédemment lorsque nous avons exposé la théorie de Monsieur Ghestin pour repenser la force obligatoire. Envisager la force obligatoire

¹⁴²¹ V. *supra* n°93 et s.

sous forme de trois finalités, *efficacité*, *sécurité* et *liberté*, nous autorise, à différencier les règles des sanctions unilatérales en fonction du type de contrat. Dans les contrats d'adhésion, l'exercice des sanctions unilatérales devrait être protégé. Dans les contrats de gré à gré, celui-ci devrait être davantage facilité.

275. Conclusion §2 – La mobilisation de la théorie de Monsieur Ghestin, complétée par celle de Monsieur Lemay, nous invite à repenser le principe de la force obligatoire en termes de finalités, sur les bases d'une approche normativiste du contrat. D'après nous, *l'utile* et le *juste* sont les deux finalités générales du principe de la force obligatoire.

La prédominance de ces finalités, en fonction du type de contrat, permet de justifier l'adaptation des règles des sanctions unilatérales entre les contrats d'adhésion et de gré à gré. Toutefois, il nous semble plus pertinent de concevoir la force obligatoire suivant trois finalités distinctes, qui s'inscrivent directement dans la lignée des objectifs poursuivis par le nouveau droit des contrats. La conception de la force obligatoire du contrat en termes d'efficacité, de sécurité et de liberté, semblent avoir plus de prise avec la réalité du droit des contrats. Pour être obligatoire, tous les contrats doivent être stables pour respecter les prévisions des parties (sécurité). Ils doivent tous produire l'effet attendu (efficacité). Pour parvenir à cet effet, ils peuvent tous être adaptés (liberté).

Toutefois, afin de protéger la partie faible dans les règles des sanctions unilatérales, il faudrait admettre qu'il existe une différence dans la prédominance des finalités de la force obligatoire entre les contrats d'adhésion et de gré à gré. Lorsque les parties ne sont pas placées sur un pied d'égalité, le législateur, guidé par un ordre public de direction, pourrait consacrer des règles particulières pour protéger des catégories spéciales de contractants. Celles-ci auraient pour but d'aider ce type de contractants à atteindre à l'effet attendu lors de la conclusion du contrat. Dans les contrats d'adhésion, il apparaîtrait alors possible de prévoir des règles spéciales lors de l'exercice des sanctions unilatérales pour protéger les parties faible. Pour ce faire, il faudrait admettre que dans ces contrats, la finalité dominante de la force obligatoire est *l'efficacité*. À l'inverse, si les parties sont les meilleurs juges de leur intérêt, ce que l'on suppose dans un contrat de gré à gré, l'adaptation du contrat doit pouvoir être encouragée. En cas d'inexécution les mesures unilatérales devraient pouvoir se développer davantage parce que la finalité dominante de la force obligatoire de ce type de contrat est, à notre avis, la *liberté*. L'intégration des sanctions unilatérales semblerait ici guidée par un ordre public de direction.

276. Conclusion section 1 – Lorsque l'on déconnecte le principe de la force obligatoire de son fondement de l'autonomie de la volonté, ce dernier peut être repensé. Notre analyse de la force obligatoire peut permettre d'entériner une nouvelle conception du contrat prenant appui sur la distinction entre les contrats d'adhésion et de gré à gré. Ce renouvellement de la conception du contrat, par l'évolution du contenu de sa force obligatoire, permettrait de déterminer comment prendre en compte la protection de la partie faible dans les sanctions unilatérales. Cette nouvelle conception du contrat, avec une force obligatoire renouvelée justifierait l'adaptation des règles des sanctions unilatérales en fonction du type de contrat. Dans les contrats d'adhésion, un encadrement important de leur exercice serait justifié. À l'inverse, dans les contrats de gré à gré, le développement et l'exercice des sanctions unilatérales devraient être facilités. Pour protéger la partie faible dans les contrats d'adhésion, il est apparu nécessaire de développer une nouvelle conception du contrat. En plus de concevoir le contrat comme une entité une entité temporalisée¹⁴²², nous avons pu réétudier le principe de sa force obligatoire à l'aune de trois finalités (liberté, efficacité et sécurité). Cette nouvelle conception pourrait permettre de proposer une révision du contenu de l'article 1217 du Code civil qui prend en considération l'impératif de protection de la partie faible dans les contrats d'adhésion (section 2).

Section 2 : Les conséquences de l'existence d'une nouvelle conception renouvelée du contrat de droit commun

277. Précédemment, nous avons constaté que la présentation des sanctions de l'inexécution, dont font partie les sanctions unilatérales, est insatisfaisante pour deux raisons principales. D'abord, les nouvelles sanctions, issue de la liste de l'article 1217 du Code civil, ne prennent pas en compte la protection de la partie faible puisque toutes les sanctions unilatérales peuvent être mises en œuvre par tous les contractants, peu importe le type de contrat conclu¹⁴²³. Ensuite, la présentation des sanctions est insatisfaisante puisqu'elle est incertaine quant aux possibilités d'aménagements conventionnels et de cumul de celles-ci, notamment lorsqu'il s'agit d'aménager ces sanctions dans les contrats d'adhésion¹⁴²⁴. Il convient donc de corriger cette double difficulté. Pour ce faire, il faudrait revoir la liste des sanctions unilatérales afin de parvenir à une protection efficace de la partie faible, sans compromettre l'avantage généré par

¹⁴²² V. *supra* n°s 172 et s.

¹⁴²³ V. *supra* n°78.

¹⁴²⁴ V. *supra* n°98.

les sanctions unilatérales : permettre aux parties de trouver une issue rapide et efficace à leurs problèmes d'inexécution.

Le renouvellement du contenu de l'article 1217 du Code civil pourrait alors porter sur deux points successifs qui doivent être soumis à l'étude. En premier lieu, la nouvelle conception du contrat permet de revoir la liste des sanctions unilatérales à l'aune de la protection de la partie faible (§1). En second lieu, cette dernière permet de préciser les hypothèses d'aménagement conventionnel des sanctions, notamment dans le cadre des contrats d'adhésion (§2).

§1 : Le renouvellement de la liste des sanctions unilatérales à l'aune de la protection de la partie faible

278. La prise en compte de la distinction entre les contrats d'adhésion et de gré à gré dans la liste des sanctions de l'article 1217 du Code civil – La présentation des sanctions de l'article 1217 n'est pas parfaite. En effet, la protection de la partie faible pourtant nécessaire et utile, ne semble pas y être assurée puisque toutes les sanctions unilatérales peuvent être appliquées à tous les types de contrats. Toutefois, il semble qu'il soit possible de revoir la liste des sanctions établie par cet article, en prenant en compte la *summa divisio* des contrats de gré à gré et d'adhésion afin de renforcer la protection accordée à la partie faible. Cette modification doit être réalisée suivant un principe général : les sanctions unilatérales peuvent être mise en œuvre dans tous les types de contrats (A), même s'il existe une exception relative aux sanctions unilatérales anticipées (B).

A. Le principe : la conservation de la liste des sanctions unilatérales pour tous les types de contrat

279. Le recours aux sanctions unilatérales dans les contrats d'adhésion et de gré à gré – Lors de l'étude des éventuels défauts de sanctions de l'inexécution, la liste des sanctions unilatérales a retenu notre attention. Nous en sommes arrivés à la conclusion que celle-ci était satisfaisante car l'article 1217 du Code civil regroupe désormais toutes les sanctions de

l'inexécution dans une seule et même disposition. Toutefois, l'absence de protection de la partie faible dans la présentation des sanctions a été critiquée¹⁴²⁵.

La partie victime d'une inexécution, peu importe son statut et le type de contrat qu'elle a conclu, peut avoir recours à toutes les sanctions unilatérales, y compris celles qui peuvent s'avérer « dangereuses », à l'image de l'exception unilatérale anticipée¹⁴²⁶. À l'inverse, comme ces mêmes parties peuvent avoir recours à toutes les sanctions unilatérales, certaines d'entre elles, qui peuvent pourtant s'avérer pertinentes n'ont pas été codifiées. Nous faisons directement référence ici à la résolution unilatérale anticipée, qui à la différence de certains projets d'harmonisation européenne, n'a pas intégré le droit de l'inexécution.

En effet, dans les projets européens d'harmonisation des contrats, la résolution unilatérale pour inexécution anticipée est admise¹⁴²⁷. Ses atouts sont indéniables. En effet, selon les rédacteurs du projet de révision des Principes du droit européen des contrats, « elle témoigne d'un souci de réactivité qui va dans le sens d'une meilleure adaptation des réponses juridiques aux problèmes de la vie économique »¹⁴²⁸. Dans le droit positif, cette absence de codification de la résolution unilatérale anticipée pourrait, en partie, être justifiée, par sa trop grande dangerosité pour tous les types de contractants. À titre d'exemple, la lecture du projet Terré témoigne expressément que l'instauration de la résolution unilatérale anticipée finalement préconisée par ce projet, n'a pas été évidente¹⁴²⁹. Les rédacteurs ont mis en avant que lors de l'exercice d'une telle sanction, il existerait un risque que certains créanciers, craintifs d'une inexécution de la part de leur débiteur, exercent cette dernière, quand bien même celle-ci serait infondée. Dans ce cas, « si le débiteur peut toujours contester la résolution anticipée en justice, on sait que tous n'en ont pas les moyens »¹⁴³⁰, à l'instar des parties faibles à un contrat d'adhésion. Par conséquent, l'absence de prise en compte du type de contrat peut être l'une des explications à l'absence de l'intégration de sanctions unilatérales innovantes, telle que la résolution unilatérale anticipée. Parce qu'elle peut générer trop d'abus, et de dérives notamment

¹⁴²⁵ V. *supra* n°71 et s.

¹⁴²⁶ V. *supra* n°50.

¹⁴²⁷ Dans la version française G. ROUHETTE, I. DE LAMBERTERIE, D. TALLON et C. WITZ, *Principes du droit européen du contrat*, *op. cit.*, : V. art. 9: 304 : « Inexécution par anticipation » : « Lorsque, dès avant la date à laquelle une partie doit exécuter, il est manifeste qu'il y aura une inexécution essentielle de sa part, le co-contractant est fondé à résoudre le contrat » ; UNIDROIT, « Principes relatifs aux contrats du commerce international », *op. cit.* V. art. 7.3.3 « Inexécution anticipée » : « Une partie est fondée à résoudre le contrat si, avant l'échéance, il est manifeste qu'il y aura inexécution essentielle de la part de l'autre partie ».

¹⁴²⁸ Association Henri CAPITANT des Amis de la Culture Juridique Française et la Société de législation comparée, *Projet cadre commun de référence, Principes contractuels communs*, *op. cit.* p. 706.

¹⁴²⁹ F. TERRÉ (dir.), *Pour une réforme du droit des contrats*, *op. cit.* spéc. n°9 p. 273.

¹⁴³⁰ *Ibid.* spéc. n°9 p. 273. « Ne serait-ce alors pas trop favoriser les intérêts du créancier au détriment du débiteur ? ».

dans le cadre des contrats d'adhésion, le droit français a préféré l'occulter et ce, bien qu'il existe des solutions pour diminuer cette dangerosité¹⁴³¹. Or, le choix de ne pas intégrer cette sanction unilatérale peut être paradoxal, puisque le législateur a pris le parti d'incorporer les sanctions unilatérales au droit des contrats, dont certaines dans leur version anticipée, à l'image de l'exception d'inexécution anticipée¹⁴³².

Finalement, en n'acceptant pas la résolution unilatérale anticipée, on peut donc supposer que le législateur a fait le choix de ne pas favoriser le développement de l'unilatéralisme, alors même qu'il est désormais acquis que les mesures unilatérales sont des recours efficaces et nécessaires au bon déroulement de la relation contractuelle. L'absence de protection de la partie faible lors de l'exercice des sanctions unilatérales a donc pu justifier, dans une certaine mesure, le blocage au niveau de la liste de celles-ci au sein de l'article 1217 du Code civil, dont certaines ne font pas partie, alors même qu'il y aurait un véritable intérêt à les consacrer¹⁴³³. C'est pourquoi, cette absence de protection de la partie faible semble également avoir empêché le développement efficace des sanctions unilatérales. Il est pourtant possible de corriger cette difficulté en révisant le contenu de l'article 1217 pour parvenir à un juste équilibre entre protection de la partie faible, et à développement efficace des sanctions unilatérales.

280. Bilan A – Pour protéger la partie faible, il semble donc qu'il soit nécessaire de prendre en compte la distinction entre les contrats d'adhésion et de gré à gré dans le droit de l'inexécution. Cela signifie que désormais, la liste des cinq sanctions unilatérales proposée à l'article 1217 du Code civil devrait en tenir compte. Comme nous l'avons évoqué précédemment, les sanctions unilatérales devraient pouvoir être utilisées dans tous les types de contrats, qu'ils soient de gré à gré ou d'adhésion. Il n'est pas envisageable de supprimer le recours aux sanctions unilatérales dans les contrats d'adhésion¹⁴³⁴.

Au contraire, le recours à celles-ci dans ce type de contrat doit demeurer possible mais, davantage de précautions devraient être prises. Si le recours aux sanctions unilatérales ne doit pas être interdit dans les contrats d'adhésion, il faut tout de même nuancer le propos. En effet, il existerait une exception à ce principe. Il s'agirait du cas des sanctions unilatérales anticipées.

¹⁴³¹ V. *infra* n°281.

¹⁴³² H. BARBIER, « Les grands mouvements du droit commun des contrats après l'ordonnance du 10 février 2016 », *précit.*

¹⁴³³ F. TERRÉ, *Pour une réforme du droit des contrats*, *op. cit.* spéc. n°9, p. 273. À titre de comparaison, les rédacteurs du projet Terré reconnaissent ouvertement que la consécration d'une résolution unilatérale anticipée en droit des contrats est guidée par « une recherche d'efficacité économique et de rapprochement avec les législations européennes ».

¹⁴³⁴ V. *supra* n°s320 et s.

En effet, pour protéger la partie faible, il faudrait admettre que le recours à ces dernières n'est peut-être pas forcément nécessaire, ni pertinent. Aujourd'hui le droit positif ne reconnaît que l'exception d'inexécution anticipée. Cette sanction doit-elle être interdite dans les contrats d'adhésion ? À l'inverse, dans les contrats de gré à gré, la résolution unilatérale par anticipation doit-elle être acceptée ? Il faut donc s'intéresser aux sanctions anticipées afin d'améliorer la liste des sanctions unilatérales, tout en maintenant une protection spéciale de la partie faible dans les contrats d'adhésion (B).

B. L'exception : l'interdiction du recours aux sanctions unilatérales anticipées dans les contrats d'adhésion

281. L'intégration de la résolution unilatérale anticipée – L'intégration de la résolution unilatérale n'allait pas de soit en droit français. Les avant projets de réforme du droit des contrats divergeaient quant à cette question. L'avant-projet Catala refusait purement et simplement l'admission de la résolution unilatérale anticipée¹⁴³⁵. Il était entièrement silencieux sur ce point. Cela pouvait probablement s'expliquer par le fait que les rédacteurs apparaissaient mesurés sur l'insertion des mesures unilatérales, pour ne pas dire totalement réfractaires. À titre d'exemple, on peut remarquer que pour parler de la résolution unilatérale l'avant-projet n'utilisait pas l'appellation « résolution unilatérale ». « La résolution unilatérale a de quoi choquer. Elle est utile à consacrer mais avec des ménagements de forme (en pensant au côté psychologique de l'innovation). La formule "il déclare que le contrat sera résolu" serait trop catégorique. Pour un même résultat, on peut arrondir l'initiative par un tour moins "unilatéraliste" en énonçant "il tiendra le contrat pour résolu" »¹⁴³⁶. La version de 2008 du projet de la Chancellerie¹⁴³⁷, largement inspiré par l'avant-projet Catala, adoptait la même position quant à la résolution unilatérale. Certains commentateurs ont d'ailleurs reconnu que « la résolution unilatérale n'a été consacrée qu'à reculons »¹⁴³⁸, du fait des nombreux mécanismes de fond et de forme venant protéger le débiteur défaillant d'une résolution unilatérale

¹⁴³⁵ P. CATALA (dir. de), *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, op. cit.

¹⁴³⁶ P. CATALA (dir. de), *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, op. cit. p. 106.

¹⁴³⁷ Avant-projet de la chancellerie en juillet 2008 : G. ROUHETTE, « Préface », *précit.* p. 265 qui explique que le débat porte « le projet de réforme du droit des contrats élaborés par le Ministère de la Justice dans l'état dans lequel il était en septembre 2008 » ; L. LEVENEUR, « Projet de la Chancellerie de réforme du droit des contrats : à améliorer », *CCC* 2008, repère 10 ; « une douteuse condition de contenu » ; A. GHOZI et Y. LEQUETTE, « La réforme du droit des contrats : brèves observations sur le projet de la chancellerie », *D.* 2008, 2609 ;

¹⁴³⁸ P. STOFFEL-MUNCK, « Exécution et inexécution du contrat », *in* Débats « La réforme du droit français des contrats en droit positif » (à propos du projet de réforme du droit des contrats élaboré par le ministère de la Justice dans l'état dans lequel il était en septembre 2008), *RDC* 2009/1, p. 333, spéc. p. 343.

abusive¹⁴³⁹, au point peut-être d'aller jusqu'à dissuader les créanciers de les utiliser. Ce projet occultait également la possibilité de résolution unilatérale anticipée. À l'inverse, dans l'avant-projet Terré¹⁴⁴⁰, la résolution était admise à l'article 109. Un article entier était également consacré à la résolution par notification¹⁴⁴¹, en première place, avant tous les autres modes de résolutions possibles (anticipé, par voie de clause résolutoire et judiciaire). La résolution unilatérale anticipée était consacrée à l'article 111 du projet¹⁴⁴². Cette place de choix pouvait alors s'entrevoir comme la volonté de ses rédacteurs, de concevoir la résolution unilatérale comme le principe, les autres modes de résolution devenant alors les exceptions.

Nous considérons que, pour aller jusqu'au bout de la logique de l'intégration de l'unilatéralisme au stade de l'inexécution du contrat, la résolution unilatérale anticipée devrait intégrer le droit de l'inexécution, comme le préconisent les projets d'harmonisation européenne¹⁴⁴³. Toutefois, comme elle est une mesure anticipée, elle peut s'avérer dangereuse, à l'image de ce qu'il a pu être affirmé pour l'exception d'inexécution anticipée¹⁴⁴⁴. C'est pourquoi, elle ne devrait pas être intégrée sans condition. À n'en pas douter, il est parfaitement possible d'accepter la résolution unilatérale anticipée, sans que des dérives trop importantes ne voient le jour. En effet, l'on sait qu'avant même l'élaboration définitive de la réforme du droit des contrats, la doctrine s'intéressait sur le point de savoir, si le droit européen et les projets de celui-ci, exerçaient une influence sur la modification du droit des contrats¹⁴⁴⁵. Ces divers projets peuvent permettre d'améliorer l'intégration des sanctions unilatérales, et être une grille de lecture pour intégrer la résolution unilatérale par anticipation dans notre droit. En effet, comme nous l'avons expliqué précédemment, les Principes du droit européen des contrats préconisent l'intégration de la résolution unilatérale anticipée sans condition. En l'espèce, pour rappel l'article 9: 304 dispose que « lorsque, dès avant la date à laquelle une partie doit exécuter, il est

¹⁴³⁹ V. not. en ce sens Ph. STOFFEL-MUNCK, « Exécution et inexécution du contrat » *précit.* ; D. MAZEAUD, « Rapport de synthèse » in Débats « La réforme du droit français des contrats en droit positif » (à propos du projet de réforme du droit des contrats élaboré par le ministère de la Justice dans l'état dans lequel il était en septembre 2008), *RDC* 2009/1, p. 397.

¹⁴⁴⁰ F. TERRÉ (dir. de), *Pour une réforme du droit des contrats*, *op. cit.*

¹⁴⁴¹ *Ibid.* art. 110.

¹⁴⁴² *Ibid.* art. 111

¹⁴⁴³ G. ROUHETTE, I. DE LAMBERTERIE, D. TALLON et C. WITZ, *Principes du droit européen du contrat*, *op. cit.*, : V. art. 9: 304 : « Inexécution par anticipation ».

¹⁴⁴⁴ V. *supra* n°24 sur l'exception d'inexécution anticipée ; N. DISSAUX et C. JAMIN, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016), commentaire des articles 1100 à 1386-1 du Code civil*, *op. cit.* p. 128 : commentaire de l'article 1220.

¹⁴⁴⁵ B. MALLET-BRICOUT, « Le droit européen des contrats en construction : perturbation ou inspiration pour la perspective française de réforme du droit des obligations », in B. JALUZOT (dir.), *Droit japonais, droit français, Quel dialogue ?*, Schulthess Éditions romandes, ENS de Lyon, 2014, p. 165 s., spéc. p. 164 : « Bien évidemment, le droit français étant à l'écoute, forcée ou volontaire, du droit européen depuis déjà quelques décennies, on pressent qu'agir au niveau interne sur le droit des obligations ne saurait se faire dans l'ignorance de ce qui se construit au niveau européen ».

manifeste qu'il y aura une inexécution essentielle de sa part, le co-contractant est fondé à résoudre le contrat »¹⁴⁴⁶. Toutefois, l'Association Henri Capitant, qui a eu pour projet de réviser ces principes, développe, quant à elle, une version de la résolution unilatérale anticipée corrigée et protectrice des parties. À ce titre, ils proposent « d'associer davantage le débiteur à la décision de résolution : on peut envisager d'exiger une déclaration expresse d'inexécution future de sa part »¹⁴⁴⁷. L'association Henri Capitant présente la réécriture de l'article 9: 304 des Principes du droit européen des contrats au nouvel article 10: 308. Dans cet article, deux cas de figures sont distingués ; - s'il est certain que le débiteur ne va pas s'exécuter à l'échéance, eu égard à ses déclarations ou à sa manière d'agir, la résolution unilatérale est envisageable ; - au contraire, « lorsque l'inexécution essentielle n'est pas manifeste, le créancier est seulement fondé à demander une garantie relative à l'exécution [...] »¹⁴⁴⁸. La création d'une double hypothèse quant à la certitude de l'inexécution essentielle du contrat démontre que la possibilité de résolution anticipée n'est pas totale et surtout, encadrée. Ainsi, dans la deuxième hypothèse de l'article, si l'inexécution n'est pas manifeste, le créancier perd son droit de résolution unilatérale anticipée, son unique alternative réside alors dans la demande d'une garantie d'exécution à son débiteur. C'est pourquoi, en consacrant différentes hypothèses pour la mise en œuvre de la résolution unilatérale anticipée c'est à dire en l'admettant pas sans condition) l'intégration de cette dernière apparaît acceptable. D'autant plus qu'il ne faut pas oublier que, selon notre analyse, elle est nécessaire d'un point de vue de l'efficacité économique du contrat, en plus d'aller au bout de la logique d'intégration de l'unilatéralisme dans le contrat sur le plan théorique. Elle présente des avantages tels que : « permettre au créancier de prendre de nouvelles dispositions limitant autant que possible les conséquences néfastes d'une inexécution ; trouver plus facilement et rapidement des solutions de remplacement ; permettre également au débiteur d'éviter l'aggravation du préjudice et limiter ainsi les dommages et intérêts dus au créancier »¹⁴⁴⁹. Par conséquent, il serait donc nécessaire au stade des sanctions de l'inexécution, d'autoriser la résolution unilatérale anticipée, d'autant que comme le rapportait déjà le projet Terré, la consécration et le recours à une telle mesure dans les autres droits (notamment allemand et de *Common law*) « n'ont pas généré particulièrement

¹⁴⁴⁶ Dans la version française G. ROUHETTE, I. DE LAMBERTERIE, D. TALLON et C. WITZ, *Principes du droit européen du contrat*, op. cit.

¹⁴⁴⁷ Association Henri CAPITANT des Amis de la Culture Juridique Française et la Société de législation comparée, *Projet cadre commun de référence, Principes contractuels communs*, op. cit. p. 709.

¹⁴⁴⁸ Association Henri CAPITANT des Amis de la Culture Juridique Française et la Société de législation comparée, *Projet cadre commun de référence, Principes contractuels communs*, op. cit. p. 709 : art. 10 : 308. Nous soulignons.

¹⁴⁴⁹ F. TERRÉ, *Pour une réforme du droit des contrats*, op. cit. spéc. n°9, p. 273.

d'excès »¹⁴⁵⁰. Il faut admettre que cette sanction devrait intégrer la liste des sanctions unilatérales pour des raisons d'efficacité, mais aussi d'attractivité du droit commun français des contrats. Cependant, cette intégration dans notre droit ne devrait pas être réalisée de manière absolue.

282. L'interdiction des sanctions unilatérales anticipées dans les contrats d'adhésion –

La résolution unilatérale anticipée devrait être autorisée en droit positif. Toutefois, et surtout, parce qu'elle est une sanction unilatérale anticipée, elle nécessite d'être encadrée¹⁴⁵¹. Sur le point qui nous intéresse, à savoir la liste des sanctions unilatérales, elle devrait pouvoir en faire partie. Cependant, il ne faut pas oublier que le défaut principal de la liste des sanctions unilatérales repose, à notre sens, sur l'absence de protection de la partie faible. En plus de l'exception d'inexécution anticipée, intégrer à cette dernière la résolution unilatérale par anticipation risquerait d'augmenter cette difficulté. En effet, dans ce genre de sanction, les risques d'abus sont déjà importants. *Quid* du cas où dans un contrat d'adhésion, la partie faible serait victime d'une résolution anticipée du contrat ? Cette sanction unilatérale devrait donc être encadrée pour ne pas venir augmenter les déséquilibres entre les parties dans ce type de contrat. C'est pourquoi, aujourd'hui nous préconisons l'interdiction pure et simple des mesures unilatérales anticipées dans les contrats d'adhésion. Quand bien même la partie faible aurait besoin d'une de ces mesures, il faut convenir que le panel des sanctions de l'inexécution, unilatérales ou judiciaires, est suffisamment important pour que les litiges entre les parties soient réglés efficacement. À titre d'exemple, comme l'affirme Monsieur Houtcieff, « l'exception d'inexécution anticipée n'aura sans doute vocation dans la pratique qu'à renforcer l'exception d'inexécution ordinaire. L'article 1220 devrait ainsi devenir un complément habituel de l'article 1219, renforçant son champ d'application sans modifier la nature du mécanisme de l'exception d'inexécution »¹⁴⁵². Si l'on suit ce raisonnement, l'exception d'inexécution anticipée ne remplace pas sa version classique. Par conséquent, dans les contrats d'adhésion, les parties disposeront toujours de la possibilité d'avoir recours à l'exception d'inexécution de droit commun pour se défendre et inciter le contractant défaillant à s'exécuter. Le même raisonnement peut être appliqué pour la résolution unilatérale anticipée. C'est pourquoi, selon nous, pour protéger la partie faible, il faudrait admettre que seul le recours aux

¹⁴⁵⁰ F. TERRÉ, *Pour une réforme du droit des contrats, op. cit.*

¹⁴⁵¹ V. *infra* nos propositions de modifications des dispositions relatives aux sanctions unilatérales, art. 10 « Résolution par voie de notification pour risque ».

¹⁴⁵² D. HOUTCIEFF, « L'étendue des nouveaux pouvoirs du contractant », *précit. spéc.* p. 513.

sanctions unilatérales anticipées doit être interdit. Pour ce faire, il faudrait spécifier dans les dispositions relatives à ces mesures unilatérales anticipées qu'elles ne sont applicables que dans les contrats de gré à gré. Il conviendrait alors de débiter chaque disposition relative aux sanctions unilatérales anticipées par l'expression « dans les contrats de gré à gré »¹⁴⁵³.

Cependant, il faudrait préciser que seul le recours aux sanctions unilatérales anticipées est interdit dans les contrats de gré à gré, sans pour autant supprimer le recours aux autres sanctions unilatérales classiques. Il ne faut pas porter atteinte à la liberté contractuelle des parties dans les contrats d'adhésion. Toutefois, l'on sait que les limites à la liberté contractuelle sont nombreuses et que « souvent elles procèdent d'une situation de fait »¹⁴⁵⁴. Une telle limitation pourrait toutefois être justifiée par un ordre public de protection, à l'image de ceux développé en droits de la consommation et de la concurrence¹⁴⁵⁵, destiné en l'espèce à protéger les parties faibles à ces contrats.

Enfin, le choix d'interdire le recours aux sanctions unilatérales anticipées pour toutes les parties à un contrat d'adhésion se justifie pour des raisons de difficultés de qualification de la partie faible. Il est déjà assez difficile de qualifier le contrat d'adhésion, tant l'on sait que les débats sur sa définition ont été nombreux¹⁴⁵⁶. Et, il est probable que des questions de qualification apparaissent¹⁴⁵⁷. Afin de ne pas complexifier à outrance le droit de l'inexécution¹⁴⁵⁸, il n'apparaît pas opportun, pour savoir si le recours aux sanctions anticipées doit être autorisé ou interdit, de distinguer en fonction de la qualité des contractants à un contrat

¹⁴⁵³ V. *infra* nos propositions de modifications des dispositions relatives aux sanctions unilatérales, art. 5 et art. 10.

¹⁴⁵⁴ N. DISSAUX et C. JAMIN, *Projet de réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, rendu public le 25 février 2015, Commentaire article par article*, Dalloz, 2015, commentaire sous art. 1102 projet relatif à la liberté contractuelle : « Chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter, de choisir son cocontractant et de déterminer le contenu et la forme du contrat dans les limites fixées par la loi. Toutefois, la liberté contractuelle ne permet pas de déroger aux règles qui intéressent l'ordre public, ou de porter atteinte aux droits et libertés fondamentaux reconnus dans un texte applicable aux relations entre personnes privées, à moins que cette atteinte soit indispensable à la protection d'intérêts légitimes et proportionnée au but recherché. »

¹⁴⁵⁵ J.-J. LEMOULAND, J. PIETTE et J. HAUSER, « Ordre public et bonne mœurs », *Rép. civ. Dalloz*, mise à jour 2023, spéc. n°887 et s. ; V. ég. P. LOKIEC, *Contrat et pouvoir*, *op. cit.* spéc. p. 63 s.

¹⁴⁵⁶ Sur ce point v. not. les discussions sur les différentes versions possible de la définition du contrat d'adhésion entre 2016 et 2018 : G. CHANTEPIE et M. LATINA, « Ratification de la réforme du droit des obligations : analyse de la deuxième lecture du Sénat », *D.* 2018, p. 309 ; F. CHÉNEDÉ, « La réforme du droit des contrats et le dialogue des chambres : vers de justes compromis ? », *AJ contrat* 2018, p. 25 ; T. REVET, « L'incohérent cantonnement, par l'Assemblée nationale, du domaine du contrat d'adhésion aux contrats de masse », *précit.*

¹⁴⁵⁷ Comp. avec le droit commercial où des problèmes de qualification de l'adhésion se posent, V. par ex. CA Chambéry, 30 juin 2020, RG n°18/01858 sur la question du caractère négociables des tarifs d'un contrat commercial ; B. WALTZ-TERACOL, « Le contrat d'assurance est-il un contrat d'adhésion ? », *RGDA/3* 2020, p. 6 ; N. RONTCHEVSKY, « Les contrats financiers à l'épreuve de la distinction entre les contrats d'adhésion et de gré à gré », *RTD Com.* 2016, p. 515 ; A. DOWNE, « Le contrat d'adhésion à l'épreuve du droit des sociétés », *Rev. Sociétés* 2021, p. 160 ; S. SCHILLER, « L'acte rédigé par un notaire ou un avocat peut-il être qualifié de contrat d'adhésion ? », *JCP N* 2017, n°1271.

¹⁴⁵⁸ L'un des objectifs de la réforme était de simplifier les textes relatifs au droit des contrats. Il n'est pas opportun de les complexifier en rajoutant une condition spéciale relative à la qualité des parties pour savoir si le recours aux sanctions unilatérales est possible ou non.

d'adhésion, d'autant plus que déterminer la qualité dans ce type de contrat n'est pas toujours évident¹⁴⁵⁹. En d'autres termes, il n'apparaît pas pertinent d'interdire le recours aux sanctions unilatérales anticipées aux seules parties fortes à un contrat d'adhésion. Pour simplifier le droit de l'inexécution et arriver à une protection satisfaisante de la partie faible, il nous apparaît alors que la seule qualification du contrat en une situation d'adhésion prévue à l'article 1110 alinéa 2 du Code civil soit suffisante. L'interdiction du recours aux sanctions unilatérales anticipées devant alors s'appliquer à tous les contractants d'un contrat d'adhésion¹⁴⁶⁰. Ainsi, il faudrait alors faire le choix de limiter l'autorisation du recours aux sanctions unilatérales anticipées aux contrats de gré à gré. En effet, dans ces contrats, les sanctions unilatérales anticipées devraient encouragées pour assurer la recherche de l'efficacité économique. Or, les mesures unilatérales anticipées sont un moyen supplémentaire d'y parvenir.

283. Bilan B – Le point d'amélioration des sanctions unilatérales semble résider dans la différence de possibilité pour les parties d'avoir recours aux sanctions unilatérales anticipées en fonction du type de contrat. Pour ce faire, il faut comprendre que les sanctions unilatérales anticipées devraient pouvoir se développer dans les règles du droit des contrats, même si leur exercice doit demeurer encadrer afin de préserver « les droits des débiteurs »¹⁴⁶¹. Aujourd'hui, le droit positif ne reconnaît qu'une seule mesure unilatérale anticipée au stade de l'inexécution : l'exception d'inexécution anticipée dite « préventive ». Cela ne nous apparaît pas suffisant. Il faudrait augmenter la liste des sanctions unilatérales anticipées afin que la réforme puisse aller au bout de la logique de l'insertion efficace des mesures unilatérales dans le contrat. D'après nous, il faudrait alors intégrer la résolution unilatérale anticipée à la liste des sanctions de l'article 1217 du Code civil. Cependant, comme il s'agit d'une mesure prise par anticipation, si elle est utilisée à mauvais escient ou simplement si elle s'avère finalement infondée, il faut envisager que – plus que dans les contrats de gré à gré où une telle utilisation serait déjà regrettable – l'exercice d'une telle mesure, dans les contrats d'adhésion, pourrait venir accentuer les déséquilibres déjà présents entre les cocontractants. Or, en vertu d'une plus grande justice contractuelle vers laquelle tendent les dispositions du nouveau droit des contrats, cela

¹⁴⁵⁹ En ce sens, P. LOKIEC, *Contrat et pouvoir*, *op. cit.* spéc. p. 33 : « Il ne faut pas non plus postuler que l'acheteur, qui n'est pas forcément un consommateur, est nécessairement dans une position de faiblesse par rapport au vendeur [...] Loin de l'image de la partie forte qui donne des ordres, le mandant se mue parfois, lui aussi, en personne à protéger, que ce soit le client profane en présence de mandataires professionnels et commerciaux ou le bénéficiaire du mandat de protection future qui s'expose aux agissements peu scrupuleux du mandataire ».

¹⁴⁶⁰ À titre de comparaison voire le contrôle du déséquilibre significatif qui ne s'applique pas en fonction des parties mais en fonction du type de contrat, *cf.* C. civ. art. 1171.

¹⁴⁶¹ F. TERRÉ, *Pour une réforme du droit des contrats*, *op. cit.* spéc. p. 273, n°10.

n'est pas souhaitable. Ainsi, il faudrait reconnaître que les sanctions unilatérales anticipées doivent, purement et simplement, être interdites dans les contrats d'adhésion, dans la mesure où il n'est pas envisageable, ni pertinent de distinguer selon la qualité des parties au contrat pour autoriser ou interdire le recours à de telles mesures.

284. Conclusion §1 – Suivant les développements présentés, le renouvellement de la liste des sanctions unilatérales au sein de l'article 1217 du Code civil pourrait alors se traduire par l'intégration de la résolution unilatérale anticipée. Parallèlement, afin de protéger la partie faible, il conviendrait d'interdire le recours aux sanctions unilatérales dans les contrats d'adhésion. Cette interdiction serait une limite à la liberté contractuelle, justifiée par un ordre public de protection. Il est à présent nécessaire de s'intéresser à l'aménagement conventionnel des sanctions unilatérales à l'aune

§2 : Les précisions sur les hypothèses d'aménagement conventionnel des sanctions unilatérales à l'aune de la protection de la partie faible

285. La prise en compte de la protection de la partie faible dans l'aménagement conventionnel des sanctions de l'article 1217 du Code civil – La présentation des sanctions unilatérales n'est pas parfaite puisque les modalités d'aménagements conventionnels et de cumul des sanctions, entre elles, interrogent¹⁴⁶². Ces difficultés sont issues d'une absence de précision du régime des sanctions unilatérales. Il conviendra donc de revenir sur ce point ultérieurement lorsque nous aborderons les précisions du régime de ces dernières¹⁴⁶³. Toutefois, sur le point de l'aménagement conventionnel, il semble possible d'apporter des précisions en prenant en compte la protection de la partie faible qui se traduit par la prise en compte de la *summa divisio* entre les contrats d'adhésion et de gré à gré dans l'exercice des sanctions unilatérales. Il faut se souvenir que l'article 1217 est silencieux sur les possibilités d'aménagement conventionnel des sanctions unilatérales. Cependant, comme il n'est pas d'ordre public, rien n'interdit théoriquement aux parties de créer et d'insérer des clauses relatives aux sanctions unilatérales¹⁴⁶⁴. Sur le plan de la liberté contractuelle, il faut saluer ce silence car, implicitement, il participe à la souplesse naturelle des règles du contrat qui est un instrument au service des parties. Cependant, l'absence de précisions sur les modalités

¹⁴⁶² V. *supra* n°s 79 et s. et n°s 83 et s.

¹⁴⁶³ V. *infra* n°s 349 et s.

¹⁴⁶⁴ V. *infra* n° 84.

d'aménagement des sanctions unilatérales est également source de difficultés. En effet, des questions se posent, notamment, quant aux clauses de renonciation à une sanction unilatérale¹⁴⁶⁵, aux clauses de réserve du bénéfice de la sanction à une seule partie¹⁴⁶⁶, aux clauses de hiérarchisation de celles-ci¹⁴⁶⁷ et enfin, quant aux clauses relatives aux modalités de mise en œuvre effective des sanctions unilatérales¹⁴⁶⁸. C'est pourquoi, pour donner suite aux développements qui nous ont conduit à affirmer que le droit commun du contrat se divise désormais en deux, entre les contrats d'adhésion et de gré, il apparaît possible d'apporter quelques pistes pour corriger le silence laissé par l'article 1217 du Code civil, quant aux hypothèses d'aménagements conventionnel des sanctions. Aussi, en prenant en compte la protection de la partie faible dans les possibilités d'aménagement conventionnel des sanctions unilatérales, il est permis de comprendre que l'aménagement des sanctions unilatérales n'est peut-être pas aussi libre qu'il n'y paraît. Certaines règles doivent être respectées pour éviter la censure des clauses contractuelles qui porteraient atteinte à l'équilibre entre les droits et les obligations des parties dans les contrats d'adhésion notamment.

286. Le contrôle des clauses abusives à l'appui de l'éclairage de l'aménagement conventionnel des sanctions unilatérales – Le contrôle des clauses abusives a déjà été évoqué précédemment¹⁴⁶⁹. Pour avoir un éclairage sur les hypothèses d'aménagement conventionnel des sanctions unilatérales de l'inexécution, il est nécessaire de tenir compte de ce dernier. Celui-ci repose sur deux dispositions du Code civil, les articles 1170 et 1171. L'article 1170 dispose que « toute clause qui prive de sa substance l'obligation essentielle doit être réputée non écrite »¹⁴⁷⁰. L'article 1171 prévoit que « dans un contrat d'adhésion, toute clause non négociable, déterminée à l'avance par l'une des parties, qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties au contrat est réputée non écrite »¹⁴⁷¹. Le contrôle des clauses abusives de droit commun est donc basé sur deux points : le type de contrat et le type de clause. Concernant le type de contrat, l'article 1170 s'applique indistinctement aux contrats d'adhésion et de gré à gré. À l'inverse, l'article 1171 dispose d'une application limitée aux contrats d'adhésion. Concernant le type de clause, l'article 1170 est applicable à toutes les clauses qui privent de sa substance la portée de l'obligation essentielle du contrat, peu important

¹⁴⁶⁵ V *supra* n°87.

¹⁴⁶⁶ V *supra* n°89.

¹⁴⁶⁷ V *supra* n°88.

¹⁴⁶⁸ V *supra* n°90.

¹⁴⁶⁹ V. *supra* n°93 et s.

¹⁴⁷⁰ C. civ. art. 1170 (version en vigueur depuis le 01 octobre 2016).

¹⁴⁷¹ C. civ. art. 1171 (version en vigueur depuis le 01 octobre 2018).

que la clause soit essentielle ou accessoire¹⁴⁷². Ainsi, l'article 1171 ne s'applique qu'aux clauses, non négociables unilatéralement déterminée à l'avance par l'une des parties mais aussi et surtout, accessoires du contrat. Autrement dit, il s'agit des clauses participant à la qualification du contrat d'adhésion et qui n'intéressent pas les obligations essentielles du contrat. Or, les clauses qui ont pour objet les sanctions unilatérales sont rarement considérées comme des clauses portant sur l'obligation essentielle. Ce sont presque toujours des clauses accessoires¹⁴⁷³. Dans les contrats de gré à gré, les clauses relatives aux sanctions unilatérales ne peuvent être écartées que si elles portent une atteinte à l'obligation essentielle du contrat, suivant les conditions de l'article 1170. À l'inverse, parce qu'elles sont presque toujours des clauses accessoires, dans les contrats d'adhésion, si elles viennent déséquilibrer les droits et les obligations des parties, elles doivent être écartées. Par conséquent, pour savoir si les clauses de renonciation à une sanction unilatérale, les clauses de réserve du bénéfice de la sanction à une seule partie, les clauses de hiérarchisation de celles-ci mais aussi les clauses relatives aux modalités de mise en œuvre effective des sanctions unilatérales sont valables, il convient, en priorité, de déterminer le type de contrat dans lequel elles sont inscrites. Si elles sont présentes dans un contrat de gré à gré, il y a de fortes chances qu'elles soient considérées comme valables à condition de respecter la règle de l'article 1170 du Code civil. Au contraire, dans les contrats d'adhésion, il faudra être attentif, et faire en sorte que les clauses qui aménagent les sanctions unilatérales, et même toutes les sanctions de l'inexécution en général, ne créent pas de déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties.

À la lumière de ces développements, il nous semble alors possible de répondre à plusieurs interrogations relatives aux hypothèses d'aménagement conventionnel des sanctions unilatérales que nous avons eu l'occasion d'évoquer précédemment¹⁴⁷⁴. Par exemple, les clauses de renonciation au bénéfice d'une sanction sont-elles valables ? La réponse nous semble variable. Dans les contrats de gré à gré, *a priori* la réponse est positive. Pour les contrats d'adhésion, il faut faire attention à ce que ce type de clause ne crée pas un déséquilibre important entre la partie faible et la partie forte. Pour ce faire, l'appréciation doit se faire *in concreto*. Si la clause de renonciation à une sanction est réalisée au bénéfice de la partie forte, il est possible qu'elle soit valable car, renoncer à une sanction unilatérale dans une clause du contrat ne veut pas dire que le recours aux autres sanctions légales de l'article 1217 du Code

¹⁴⁷² V. *supra* n°s 93 et s. et n° 215.

¹⁴⁷³ Ce sont même des prérogatives contractuelles, sur ce point comp. V. *infra* n°s 350 et s.

¹⁴⁷⁴ V. *supra* n°s 83 et s. Les difficultés sur l'aménagement conventionnel des sanctions unilatérales sont communes avec celles qui se posent pour les sanctions judiciaires

civil est écarté. Si les parties disposent d'autres moyens de défense, la jurisprudence rappelle régulièrement que ce type de clause est parfaitement valable à l'image des clauses de renonciation à la résolution judiciaire¹⁴⁷⁵. Cependant, si la clause de renonciation à une sanction est stipulée au bénéfice de la partie faible, il est possible de considérer que cette dernière s'affaiblit d'une occasion de régler son litige d'inexécution. Certes, la partie faible dispose également d'autres moyens légaux pour régler son litige mais si la clause vient déséquilibrer les droits et les obligations des parties, elle pourra être réputée non écrite. Il faut tout de même être prudent et s'interroger sur le point de savoir si l'unilatéralité d'une clause, à l'image des clauses de réserve de bénéfice de la sanction unilatérale ou des clauses de renonciation à la sanction, suffit, dans un contrat d'adhésion, à rendre applicable l'article 1171 du Code civil. En effet, ces développements sont l'occasion de rappeler l'arrêt de la Cour de cassation du 26 janvier 2022 qui a précisé que pour être réputée non écrite, la non-réciprocité d'une clause n'est pas suffisante¹⁴⁷⁶.

En l'espèce, dans cette affaire, il s'agissait d'un contrat de location financière entre une entreprise de restauration rapide de sandwicherie et une société de financement, louant du matériel de restauration à cette dernière. À la suite des loyers impayés par son locataire, la société de financement a mis en œuvre une clause résolutoire de plein droit, prévue au contrat. La société de restauration rapide a contesté en justice l'existence de cette clause sur le terrain de l'article 1171 du Code civil. En appel, sa demande fut acceptée. La cour a estimé que l'absence de réciprocité de la clause, dont le seul bénéficiaire était la société de location, créait un déséquilibre significatif venant justifier sa mise à l'écart. Le loueur de matériel a alors contesté cette décision en estimant que l'article 1171 était inapplicable en l'espèce puisque l'article ne s'applique pas entre professionnels. Sur ce point, la Haute juridiction a rejeté le pourvoi en rappelant que « les contrats de location financière conclus par des professionnels relèvent de l'article 1171 du Code civil »¹⁴⁷⁷. De plus, le loueur a estimé que la simple non-réciprocité de la clause ne suffisait pas à créer un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties. En effet, selon lui, la présence d'une telle clause se justifiait par la nature du contrat. Le loueur finançait l'intégralité du prix du matériel loué en exécutant dès le départ toutes ses obligations prévues au contrat, à savoir payer le matériel et le mettre à disposition. À

¹⁴⁷⁵ V. *supra* n°87.

¹⁴⁷⁶ Cass. Com. 26 janv. 2022, n°20-16.782, *précit.* ; *JCP E et A*, n°26, 30 juin 2022, p. 1234, obs. L. MOLINA ; *ibid.*, n°12, 24 mars 2022, p. 1125, comm. G. CHANTEPIE ; *D.* 2022, p. 539, obs. S. TYSSEYRE ; *ibid.*, p. 1419, chron. C. BELLINO ; *ibid.*, p. 725, chron. N. FERRIER ; *ibid.*, p. 2255, chron. Y. SERRA ; *RTD Civ.* 2022, p. 124, obs. H. BARBIER ; *D.* 2023, p. 254, obs. R. BOFFA ; *RLDC* mars 2022, n°201, note S. DE ROUMEFORT.

¹⁴⁷⁷ S. BARBOT, C. BELLINO, C. DE CABARRUS, S. KASS-DANNO, « Chronique de jurisprudence de la Cour de cassation », *D.* 2022, p. 1419, obs. C. BELLINO.

partir de là, si les obligations du loueur étaient remplies instantanément, celles du locataire s'échelonnaient dans le temps. La clause résolutoire qui s'applique en cas de non-respect des seules obligations du locataire était alors parfaitement valable puisque la réciprocité d'une telle clause n'est pas possible dans ce type de contrat puisque le loueur avait déjà exécuté ses obligations et que seul le locataire devait encore exécuter sa part du contrat, à l'instar du paiement du loyer comme dans le cas d'espèce¹⁴⁷⁸. La Cour de cassation a validé ce raisonnement. Elle a estimé que le simple fait que la clause résolutoire ne soit pas réciproque ne suffit pas à être qualifiée de clause abusive. Au contraire, si « le défaut de réciprocité de la clause résolution de plein droit [...] se justifie par la nature des obligations auxquelles sont respectivement tenues les parties »¹⁴⁷⁹, dans ce cas, une telle clause n'a pas à être réputée non écrite. Enfin, précisons que l'arrêt de 2022 a été l'occasion pour la Cour de préciser que l'appréciation du déséquilibre significatif créé par une clause doit être analysé suivant cette seule clause. En effet, la décision d'appel a été censurée par la Cour de cassation car elle s'était basée sur « des motifs tirés du déséquilibre créé par une autre clause du contrat qui, bien qu'insérée dans le même article des conditions générales, était en réalité distincte, puisque prévoyant la résiliation de plein droit du contrat, avec pénalités, dans diverses hypothèses non liées à une inexécution du contrat »¹⁴⁸⁰.

À notre sens, cette décision appelle à la prudence concernant l'aménagement conventionnel des sanctions unilatérales dans les contrats d'adhésion. Le simple fait qu'une clause soit stipulée unilatéralement en faveur de la partie forte ne suffit pas à écarter la clause. « L'asymétrie obligationnelle ne rend pas *per se* la clause abusive »¹⁴⁸¹. La qualification du contrat d'adhésion n'est pas suffisante, à l'inverse du droit de la consommation, pour rendre la clause abusive. Ainsi, dans un contrat d'adhésion, pour déclarer une clause aménageant une sanction unilatérale abusive, il faut analyser l'entier « contenu obligationnel du contrat »¹⁴⁸² afin de vérifier si la nature des obligations justifie la non-réciprocité d'une telle clause. Par conséquent, dans un contrat d'adhésion, les clauses aménageant les sanctions unilatérales doivent pouvoir être permises, mais elles doivent être insérées avec prudence. Il faut donc

¹⁴⁷⁸ Cass. com. 26 janv. 2022, n°20-16.782, *précit.* n°8 énoncé du moyen : « [...] qu'en matière de location financière, et eu égard au caractère purement financier de son intervention, le loueur exécute instantanément l'intégralité des obligations mises à sa charge, en réglant immédiatement au fournisseur le prix des biens commandés par le locataire et en les mettant à la disposition de ce dernier, si bien que seul le locataire reste ensuite tenu, jusqu'au terme du contrat, d'obligations susceptibles d'être sanctionnées par une clause résolutoire [...] ».

¹⁴⁷⁹ Cass. com. 26 janv. 2022, n°20-16.782, *précit.* n°11 réponse de la Cour.

¹⁴⁸⁰ S. BARBOT, C. BELLINO, C. DE CABARRUS, S. KASS-DANNO, « Chronique de jurisprudence de la Cour de cassation », *précit.*

¹⁴⁸¹ S. TISSEYRE, « Clauses abusives : application de l'article 1171 du Code civil à la location financière et précisions sur la notion de déséquilibre significatif en droit commun », *D.* 2022, p. 539.

¹⁴⁸² *Ibid.*

retenir que le contrôle des clauses abusives n'est pas rendu automatique à cause de l'unilatéralité d'une clause aménageant les sanctions unilatérales. Au contraire, en prenant appui sur la décision de la Cour de cassation de 2022, le contenu des obligations du contrat doit être analysé pour estimer le caractère abusif d'une telle clause. L'appréciation du déséquilibre significatif doit être réalisée sur la seule clause qui pose un problème dans le contrat car c'est elle seule qui sera alors écartée de celui-ci. Pourtant, comme l'explique Madame Bellino, ce n'est pas parce que le juge contrôle la seule clause qui crée le déséquilibre significatif pour décider de son caractère abusif, qu'il existe un « obstacle à ce que cette clause soit ensuite confrontée à l'économie générale du contrat ou à d'autres clauses susceptibles le cas échéant de compenser le déséquilibre qu'elle crée »¹⁴⁸³.

Il faut finalement conclure que l'appréciation de la validité des clauses relatives aux sanctions unilatérales, mais aussi aux sanctions de l'inexécution en général, repose sur une appréciation au cas par cas des situations contractuelles. Les hypothèses d'aménagement conventionnel des sanctions de l'inexécution ont pu être éclairées en prenant en compte le type de contrat. D'abord, pour pallier le silence relatif aux difficultés d'aménagements conventionnels des sanctions unilatérales, il faut prendre en compte la *summa divisio* entre les contrats d'adhésion et de gré à gré dans l'aménagement de celles-ci. En effet, les clauses relatives aux sanctions unilatérales dans les contrats d'adhésion doivent veiller à ne pas créer de déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties. Autrement dit, toute clause qui viendrait augmenter ce déséquilibre pourra alors se voir écarter au titre de l'article 1171 du Code civil. De même, dans ces contrats mais également, et surtout, dans les contrats de gré à gré, toute clause aménageant les sanctions unilatérales qui viendrait vider de sa substance l'obligation essentielle du contrat sera également réputée non écrite au titre de l'article 1170 du Code civil. Même si la lettre de l'article 1217 du Code civil est silencieuse sur les possibilités d'aménagement conventionnel, il est pourtant possible d'éviter certaines incertitudes en tenant compte de la *summa divisio* entre les contrats d'adhésion et de gré à gré lorsqu'il s'agit d'insérer des clauses relatives aux sanctions unilatérales dans le contrat, afin de protéger la partie faible. Pour ce faire, il conviendrait alors de préciser au sein de l'article 1217 du Code civil que « l'aménagement conventionnel des sanctions demeure libre dans le respect des règles relatives aux articles 1170 et 1171 du Code civil »¹⁴⁸⁴. De plus, il ne faut pas oublier que les sanctions unilatérales sont des prérogatives contractuelles. Or, cette qualification peut

¹⁴⁸³ S. BARBOT, C. BELLINO, C. DE CABARRUS, S. KASS-DANNO, « Chronique de jurisprudence de la Cour de cassation », *précit.*

¹⁴⁸⁴ V. *infra* nos propositions de modifications relatives aux sanctions unilatérales, art. 3.

influencer le débat relatif au contrôle des clauses aménageant les sanctions unilatérales. Toutefois, cet élément fera l'objet de développements ultérieurs¹⁴⁸⁵.

Enfin, pour atténuer le silence de l'article 1217 du Code civil quant aux hypothèses d'aménagement des sanctions unilatérales, nous sommes conduits à développer les garde-fous obligatoires des sanctions unilatérales qui ne peuvent jamais être écartés par les parties.

287. L'importance de la protection de la partie faible sur les garde-fous procéduraux des sanctions unilatérales – Si l'aménagement général des clauses relatives aux sanctions unilatérales ne semble pas entièrement guidé par le principe d'une liberté contractuelle à toute épreuve et soumis au contrôle des clauses abusives et de la bonne foi¹⁴⁸⁶, il faut aussi comprendre que cet aménagement doit tenir compte de la spécificité de ces sanctions. En effet, ces sanctions sont distinctes des sanctions judiciaires puisqu'elles sont unilatérales. Or, il ne faut pas oublier le reproche le plus important que l'on puisse faire à l'unilatéralisme. Il s'agit de son caractère arbitraire, si ce dernier n'est pas encadré efficacement par une procédure de mise en œuvre stricte¹⁴⁸⁷. Pour éviter de tomber dans l'arbitraire, le recours aux sanctions unilatérales est alors encadré par la présence des garde-fous procéduraux solides. De plus, doivent-ils différer en fonction du type de contrat ? La réponse semble négative, dans la mesure où ils sont, pour ces dernières, une garantie commune qu'elles ne sont pas des mesures arbitraires. D'ailleurs, il faut, d'ores et déjà, affirmer qu'une procédure allégée de mise en œuvre d'une sanction unilatérale ne signifie pas que cette dernière est utilisée de façon arbitraire.

Toutefois, l'impératif de protection de la partie faible dans l'exercice des sanctions unilatérales n'exerce-t-il pas une influence quant à l'intensité à accorder à la présence des garde-fous procéduraux ? Doivent-ils être plus ou moins forts selon les cas ? Il convient de se demander si une telle protection fait différer la présence obligatoire ou non de ces éléments procéduraux dans l'exercice des sanctions unilatérales en fonction du type de contrat. La réponse à ces interrogations pourrait permettre d'apporter un éclairage supplémentaire relatif à l'aménagement contractuel de ces éléments d'exercice des sanctions unilatérales.

Pour ce faire, il faut, au préalable, de présenter les garde-fous communs aux sanctions unilatérales (A) avant d'étudier si la prise en compte de la nouvelle dichotomie entre les contrats d'adhésion et de gré à gré dans le régime d'exercice de ces nouvelles mesures exerce une

¹⁴⁸⁵ V. *infra* n°s 350 et s.

¹⁴⁸⁶ V. *infra* n°s 403 et s.

¹⁴⁸⁷ V. *supra* n° 11.

influence sur le caractère obligatoire ou non de ces éléments de procédure, et donc sur les hypothèses de leur aménagement conventionnel (B).

A. La présentation des garde-fous procéduraux communs des sanctions unilatérales

288. L'importance des garde-fous procéduraux dans la mise en œuvre des sanctions unilatérales – Pour mettre en œuvre efficacement les sanctions unilatérales et les rendre acceptables, il faut des limites. « Sans pouvoir supprimer le risque d'une utilisation opportuniste d'une prérogative contractuelle unilatérale, exiger le respect d'un formalisme procédural strict tend en limiter la survenance »¹⁴⁸⁸. De plus, pour avoir recours aux sanctions unilatérales, cette exigence d'une procédure particulière ne porte pas atteinte à la liberté contractuelle. Au contraire, imposer le respect de certains garde-fous procéduraux dans les sanctions unilatérales tend à légitimer leur usage¹⁴⁸⁹. C'est pourquoi, pour être mises en œuvre, les sanctions unilatérales doivent respecter une procédure particulière. Même si cette procédure diffère suivant la sanction mise en œuvre, il existe plusieurs garde-fous procéduraux communs à la majorité des sanctions unilatérales. Ceux-ci s'apparentent à aux exigences respectives de mise en demeure et du respect d'un certain délai dans l'exercice de la sanction. Parfois, certaines sanctions doivent, en plus, faire l'objet d'une notification et respecter une obligation de motivation pour que la sanction soit effective¹⁴⁹⁰.

289. Les garde-fous communs des sanctions unilatérales – Prévue à l'article 1344 du Code civil, la mise en demeure n'est pas obligatoire dans la mise en œuvre de toutes les sanctions de l'inexécution dans la réforme¹⁴⁹¹. À ce titre, elle n'est pas exigée pour l'exception d'inexécution¹⁴⁹². Pour des raisons évidentes de sécurité et de preuve de la bonne foi du créancier, elle est un élément de procédure qu'il est fortement conseillé de respecter¹⁴⁹³. À l'inverse, pour l'exécution forcée indirecte, la réduction du prix et la résolution, la mise en

¹⁴⁸⁸ P. LEMAY, *Le principe de la force obligatoire du contrat à l'épreuve du développement de l'unilatéralisme*, *op. cit.* spéc. p. 397, n°286.

¹⁴⁸⁹ *Ibid.* spéc. p. 400, n°288 « Un formalisme procédural, même contraignant, n'a pas nécessairement pour conséquence d'entraver l'exercice des prérogatives mise en œuvre. Au contraire, dans la plupart des cas, cette procéduralisation renforce sa vigueur en lui offrant un cadre procédural qui certifie sa légitimité ».

¹⁴⁹⁰ V. *supra* n°s 17 et s. sur la procédure de mise en œuvre de chaque sanction.

¹⁴⁹¹ O. DESHAYES, « La mise en demeure préalable aux sanctions de l'inexécution contractuelle : état des lieux critique après la réforme de 2016 », *RDC/I* 2019, p. 29.

¹⁴⁹² V. *supra* n°90.

¹⁴⁹³ F. CHÉNEDÉ, *Droit des obligations et des contrats op. cit.*, pour l'exception d'inexécution notamment, spéc. p.162, n°128.53.

demeure est obligatoire dans les textes. La mise en demeure consiste en « une sommation ou un acte portant interpellation suffisante »¹⁴⁹⁴. Il a d'ailleurs été rappelé à ce propos que « l'acte équivalent à la sommation pourra toujours être, non seulement un commandement de payer ou une citation en justice, mais également une lettre simple ou recommandée, s'il en ressort une interpellation suffisante du débiteur »¹⁴⁹⁵. La mise en demeure fait donc partie des garde-fous processuels incontournables à la bonne mise en œuvre des sanctions de l'inexécution. Étape préalable au bon déroulement de celles-ci, elle n'est cependant pas considérée comme une barrière spécifique au développement incontrôlé de l'unilatéralisme dans les sanctions de l'inexécution puisqu'elle se retrouve à tous les temps du contrat, et qu'elle est également utilisée pour informer l'autre partie sur différents points du contrat¹⁴⁹⁶. En parallèle de la mise en demeure, certaines sanctions de l'inexécution nécessitent une notification¹⁴⁹⁷. Elle permet d'informer le débiteur de la décision prise par le créancier d'activer telle ou telle sanction et elle est différente de la mise en demeure¹⁴⁹⁸. Ensuite, dans la procédure de mise en œuvre des sanctions, un temps est toujours laissé au défaillant pour tenter de se rattraper dans sa mauvaise exécution ou alors, dans le pire des cas, pour préparer à recevoir les effets d'une mesure unilatérale. Autrement dit, la mise en œuvre des sanctions unilatérales doit toujours respecter un certain délai. Les sanctions unilatérales de l'inexécution comprennent, en leur sein un délai durant lequel le débiteur de l'obligation inexécutée peut, soit remédier à son inexécution afin que le contrat se poursuive, soit avoir le temps nécessaire pour prendre acte de la sanction qu'il encourt. Par conséquent, le délai peut se définir comme « un espace de temps au cours ou à l'expiration duquel est affecté un effet de droit »¹⁴⁹⁹. La réforme utilise différents termes pour imposer l'exigence du respect d'un certain délai dans la mise en œuvre des sanctions unilatérales¹⁵⁰⁰. Ensemble, les délais et la mise en demeure constituent deux éléments de procédure nécessaires afin d'éloigner les sanctions unilatérales de l'arbitraire et d'éviter les mises en œuvre abusives. Un autre élément de procédure, plus spécifique et non généralisé à toutes les sanctions unilatérales, doit également être soumis à l'étude. Il s'agit de l'obligation de motivation contenue la procédure d'exercice de la résolution unilatérale.

¹⁴⁹⁴ C. civ. art. 1344 (version en vigueur depuis le 01 octobre 2016).

¹⁴⁹⁵ F. CHÉNEDE, *Droits des obligations et des contrats op. cit.*, spéc. p. 272, n°214-51.

¹⁴⁹⁶ B. GRIMONPREZ, « Mise en demeure », *Rép. Civ. Dalloz*, actualisation : mai 2018), n°1 : « Par la mise en demeure, le titulaire d'un droit manifeste son impatience en déclarant à son débiteur qu'il est temps d'agir. Si l'interpellation peut avoir pour objet l'exécution d'une obligation, elle peut aussi véhiculer d'autres prétentions, comme de prendre parti sur une situation qui tarde à se dénouer ».

¹⁴⁹⁷ V. not. C. civ. art. 1220 : exception d'inexécution, art. 1225 : clause résolutoire et art. 1226 : résolution par notification (versions en vigueur depuis le 01 octobre 2016).

¹⁴⁹⁸ V. *supra* n°60 où la différence entre notification et la mise en demeure est développée.

¹⁴⁹⁹ D. MAZEAUD, R. BOFFA et N. BLANC (dir.), *Dictionnaire du contrat, op. cit.*, n°108, v° Délai, spéc. p. 455.

¹⁵⁰⁰ V. *supra* n°90.

290. Le cas particulier de l'obligation de motivation comme garde-fou des sanctions unilatérales – L'obligation de motivation ne trouve aucune définition dans le Code civil. Selon Monsieur Revet « la motivation est un discours rhétorique destiné à convaincre de la rationalité d'une décision générale ou particulière, par la présentation organisée de l'ensemble des considérations qui, selon son auteur, commandent qu'il prenne telle option »¹⁵⁰¹. Avant d'être mises en œuvre, certaines sanctions nécessitent que le créancier, déçu, expose les raisons de son recours. C'est le cas pour la résolution par notification. Dans le renouveau du droit des contrats, des auteurs tels que Madame Fabre-Magnan¹⁵⁰², Monsieur Mazeaud¹⁵⁰³ ou encore Monsieur Jamin¹⁵⁰⁴, en construisant leur approche sur le solidarisme contractuel, prônaient depuis longtemps, la motivation systématique avant toute mise en œuvre d'une mesure unilatérale¹⁵⁰⁵. La réforme n'a pas suivi cette généralisation. À la suite nombreux débats¹⁵⁰⁶, seule la résolution par notification impose, depuis la réforme du droit des contrats, une exigence de motivation légale. Ainsi, pour toutes les autres sanctions unilatérales, le créancier qui met en œuvre la sanction n'est pas obligé de motiver, en amont, sa prise de décision. Cependant, cela ne signifie pas pour autant que la motivation n'est pas nécessaire dans la mise en œuvre des différentes mesures unilatérales puisqu'elle est un garde-fou qui tempère les excès et les potentielles dérives de l'unilatéralisme, et, notamment, son caractère arbitraire. Cerner l'obligation de motivation n'est pas chose facile et cette thèse ne prétend pas en retracer l'histoire intégrale. Cependant, il convient de revenir brièvement sur la notion. Jamais définie en droit, la motivation est une notion floue, à l'image de la cause disparue. Parfois synonyme de motifs¹⁵⁰⁷, elle se définit comme « [l'] action de motiver, d'alléguer les (l'ensemble des) considérations qui servent de motif(s) avant l'acte et de justification à cet acte, *a posteriori* »¹⁵⁰⁸. « En tout état de cause, lorsque l'on parle d'obligation de motivation, c'est qu'une personne doit expliquer ses raisons, et donc les exprimer, pour pouvoir prendre certaines décisions et adopter certaines attitudes »¹⁵⁰⁹. Relativement utilisée en droit de la distribution et en droit du travail, la

¹⁵⁰¹ T. REVET, « L'obligation de motiver une décision contractuelle unilatérale, instrument de vérification de la prise en compte de l'intérêt de l'autre partie », *RDC*/2 2004, p. 579.

¹⁵⁰² M. FABRE-MAGNAN, « La motivation... », *précit.*

¹⁵⁰³ D. MAZEAUD, « Unilatéralisme et motivation en droit des contrats », *D.* 2001, p. 3237.

¹⁵⁰⁴ C. JAMIN, « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », *précit.*

¹⁵⁰⁵ *Contra* V. R. CABRILLAC, « La motivation des actes individuels, le contrat », *RDLC* 2012, n°89, p. 91.

¹⁵⁰⁶ V. not. le colloque « La motivation » organisé par le Laboratoire de Droit privé, Université Montpellier 1 le 26 novembre 2010. Pour une vision comparatiste : B. MARPEAU et A. KANEZUKA « Approches française et japonaise de la résiliation unilatérale des contrats », *RLDC* 2009, n°56.

¹⁵⁰⁷ Dictionnaire électronique des synonymes, Centre de recherches inter-langues sur la signification en contexte (CRISCO).

¹⁵⁰⁸ TLFi, v° « Motivation ».

¹⁵⁰⁹ M. FABRE-MAGNAN, « L'obligation de motivation en droit des contrats » *précit.* spéc. p. 306.

motivation se rapproche parfois d'un « droit causé »¹⁵¹⁰. Dans le droit des contrats traditionnel, la figure emblématique du contrat est établie sur le consensualisme et l'égalité des contractants, de sorte que la motivation est forcément écartée par ces deux principes qui ne la nécessitent pas. Selon Monsieur Lemay, la motivation doit également se distinguer de la justification. Selon cet auteur, lorsque l'on motive quelque chose, on ne se justifie pas, on expose la juste cause¹⁵¹¹. C'est pourquoi la justification dépasse l'exigence de motivation¹⁵¹². Qualifiée de « mécanisme correcteur »¹⁵¹³ utilisé par les juges pour contrôler une prise de décision par l'une ou l'autre des parties dans le contrat, il a pu être affirmé que l'obligation de motivation a des liens avec l'abus de droit et la bonne foi. D'un côté, elle a des liens avec l'abus de droit dans la mesure où « elle est imposée en effet lorsqu'un contractant entend utiliser l'une des prérogatives que lui confère le contrat, la loi, ou le juge »¹⁵¹⁴ mais de l'autre, elle s'apparente davantage à la bonne foi quand elle est « imposée à un contractant qui cherche simplement à mettre en œuvre l'un de ses droits »¹⁵¹⁵. Cependant, ce « mécanisme correcteur » dépasse les contrôles que permettent l'abus de droit et la bonne foi dans la mesure où lorsqu'une obligation de motivation est exigée lors de la mise en œuvre d'une prérogative par l'un des contractants, « elle révèle que le droit [dont fait usage le cocontractant] est finalisé : il ne peut être utilisé qu'en vue d'un certain objectif, et donc en vertu de certaines raisons dont il faut s'expliquer »¹⁵¹⁶. Le droit est alors encadré et finalement considéré comme « un droit moins absolu »¹⁵¹⁷. L'obligation de motivation, dans le cadre du droit des contrats, vient donc amoindrir la liberté contractuelle. De l'autre côté, motiver son action lors de la mise en œuvre de la prérogative unilatérale, permet alors de prendre des précautions quant aux dérives arbitraires que peut engendrer l'unilatéralisme. Ainsi, pour que l'unilatéralisme soit accepté, sa mise en œuvre doit être motivée et expliquée. C'est de cette façon qu'il a alors pu être affirmé que l'obligation de motivation était « un contrepoids de premier ordre au développement de l'unilatéralisme »¹⁵¹⁸ et qu'il était nécessaire de généraliser cette obligation de motivation à la mise en œuvre de toutes les prérogatives unilatérales. Dépassant alors les questions de la définition et du contenu

¹⁵¹⁰ J. PELISSIER, A. SUPIOT et A. JAMMEAUD, *Droit du travail*, Dalloz, 24^{ème} éd. 2008.

¹⁵¹¹ P. LEMAY, *Le principe de la force obligatoire du contrat à l'épreuve du développement de l'unilatéralisme*, thèse *op. cit.*, spéc. p. 431, n°313.

¹⁵¹² *Ibid.* p. 431, n°313.

¹⁵¹³ M. FABRE-MAGNAN, « L'obligation de motivation en droit des contrats », *précit.* spéc. p. 320.

¹⁵¹⁴ *Ibid.* spéc. p. 325.

¹⁵¹⁵ *Ibid.* spéc. p. 325.

¹⁵¹⁶ *Ibid.* spéc. p. 325.

¹⁵¹⁷ *Ibid.* spéc. p. 325.

¹⁵¹⁸ P. LEMAY, *Le principe de la force obligatoire du contrat à l'épreuve du développement de l'unilatéralisme*, thèse *op. cit.*, spéc. p. 451, n°330.

de cette obligation¹⁵¹⁹, la question récurrente, et celle que se sont également posé les rédacteurs de la réforme, a été alors de savoir s'il fallait généraliser l'obligation de motivation en droit des contrats ? La réforme ne l'a pas fait mais il est permis de contester cette prise de position. Nous allons y revenir¹⁵²⁰.

Ces éléments constituent les assises de la procédure de la mise en œuvre des sanctions unilatérales afin que celles-ci ne soient pas exercées arbitrairement par les parties. En effet, ils constituent une protection pour les parties.

291. Bilan A – L'exigence de mise en demeure et le respect de délais systématiques dans la mise en œuvre des sanctions unilatérales sont les garde-fous communs à toutes les sanctions unilatérales. L'obligation de motivation contenue dans la notification est, pour l'heure, propre à la résolution unilatérale. Ainsi, en cas de contestation, la partie qui s'estime victime d'une mise en œuvre abusive d'une sanction unilatérale peut faire valoir devant le juge les éléments de procédure qui n'ont pas été respectés. À l'inverse, en respectant une procédure particulière, la partie qui met en œuvre une sanction unilatérale se protège par avance contre toute contestation. Ces éléments procéduraux participent donc à légitimer la régularité de la mise en œuvre de la sanction. C'est donc pour toutes ces considérations que les sanctions unilatérales ne peuvent se passer des exigences de garde-fous procéduraux. Ces dernières sont nécessaires à leur bon fonctionnement. Ensemble ces éléments de procédure constituent le socle protecteur formaliste des sanctions unilatérales pour les éloigner de l'arbitraire, les légitimer et pour éviter leur mise en œuvre abusive qui serait automatiquement sanctionnée par le juge en cas de contrôle *a posteriori*. Nous reviendrons sur ce point ultérieurement¹⁵²¹.

Dans la mesure où l'on adhère à la dualisation du droit commun des contrats, nécessitée notamment par la protection de la partie faible dans les contrats d'adhésion, il est intéressant de se demander si le type de contrat n'exercerait pas une influence sur les éléments de procédure obligatoire dans la mise en œuvre des sanctions unilatérales, permettant par la même occasion de préciser les hypothèses d'aménagement conventionnel des sanctions unilatérales ? (B)

¹⁵¹⁹ V. not., Travaux de l'Association Henri Capitant, *La motivation*, Tome III, Limoges – 1998, LGDJ, 2000.

¹⁵²⁰ V. *infra* n°s 362 et s.

¹⁵²¹ V. *infra* n°s 393 et s.

B. L'incidence de la protection de la partie faible sur le caractère obligatoire des garde-fous communs procéduraux des sanctions unilatérales

292. Dans les contrats d'adhésion, la situation particulière des parties inviterait à plus de protection. *A contrario*, dans les contrats de gré à gré, la liberté contractuelle autoriserait à davantage de souplesse dans l'exercice des sanctions unilatérales. À notre sens, il semblerait pertinent de distinguer les garde-fous procéduraux des sanctions unilatérales en fonction du type de contrat afin d'accorder davantage de protection à la partie faible dans les contrats d'adhésion. Autrement, il ne s'agirait pas de conclure que dans les contrats de gré à gré, les sanctions unilatérales devraient pouvoir être exercées librement et que toute exigence procédurale devrait être supprimée. Au contraire, il s'agirait d'analyser quels seraient les éléments de procédure obligatoires à respecter pour qu'une sanction unilatérale soit mise en œuvre valablement dans un contrat de gré à gré, afin que la mesure conserve une certaine légitimité nécessaire à son existence. De la même manière, dans un contrat d'adhésion, pour protéger la partie faible, éviter les abus et légitimer le recours à la sanction unilatérale, l'exercice procédural de celles-ci devrait également être encadré. Or, comme ces contrats présentent des différences notables et invariables avec les contrats de gré à gré, le caractère obligatoire des éléments de procédure pourrait être accentué dans ce type de contrat.

En somme, il convient donc d'analyser quels sont les éléments de procédure obligatoires dans les sanctions unilatérales en fonction du type de contrat. Il faut donc reprendre les éléments de procédure des sanctions unilatérales, les uns après les autres, et évaluer leur caractère obligatoire ou non en fonction du type de contrat. Cette analyse pourrait alors permettre d'apporter des clés quant aux possibilités ou non d'aménagement conventionnel des modalités de mise en œuvre des sanctions unilatérales et de lever les incertitudes laissées par l'absence de précision sur ce point de l'article 1217 du Code civil. Il faut donc étudier la mise en demeure (1), les délais de mise en œuvre des sanctions unilatérales (2) et deux spécificités procédurales relatives à la résolution unilatérale, la notification et son obligation de motivation (3) en s'interrogeant, à chaque fois, sur le point de savoir s'ils sont, et surtout s'ils doivent, être obligatoires dans tous les contrats.

1) Le caractère obligatoire de la mise en demeure en fonction du type de contrat

293. La mise en demeure des sanctions unilatérales en fonction du type de contrat – Dans tous les contrats, elle est peut-être le garde-fou procédural le plus commun. Le type de contrat ne fait pas varier sa forme. Seule, une interpellation suffisante doit ressortir de l'acte de mise en demeure. D'après nous, afin de protéger les parties au contrat, les textes relatifs aux nouvelles sanctions l'inexécution devraient tous, sauf exceptions¹⁵²², comprendre en leur sein cette exigence de mise en demeure explicite.

294. Une clause contractuelle peut-elle supprimer l'exigence de mise en demeure ? – Sauf pour l'exception d'inexécution, dans tous les types de contrat, chaque partie qui décide de mettre en œuvre une sanction de l'inexécution doit, au préalable, en informer l'autre partie. Il existe un véritable intérêt à obliger au respect d'une mise en demeure dans l'exercice de toutes les sanctions de l'inexécution. En effet celle-ci permet de « favoriser l'exécution volontaire »¹⁵²³, et « [d'] offrir une ultime chance de paiement au débiteur »¹⁵²⁴. Mais, il est des situations où la mise en demeure s'avère inutile. Par exemple, elle peut être écartée en cas d'urgence. Faut-il effectivement une mise en demeure systématique pour toutes les sanctions de l'inexécution ? Certains praticiens conseilleront de toujours mettre en demeure dans un souci préventif. Or, d'autres, au contraire, préféreront aménager conventionnellement cette exigence de mise en demeure, qui pourrait alors être écartée dans certains cas. Dès lors, le constat fait ressortir que la nouvelle exigence de mise en demeure emporte avec elle un lot de questions non négligeable dont les conseils doivent tenir compte afin d'avertir au mieux leurs clients, créanciers déchus, des procédures à suivre en fonction de la sanction choisie. Il n'en demeure pas moins que l'exigence de mise en demeure est, pour l'heure, très imprécise. En effet, la réforme est silencieuse sur les conséquences de l'absence de mise en demeure¹⁵²⁵. Par ce silence, il faut penser que la mise en demeure n'est pas une condition nécessaire à la mise en

¹⁵²² V. ég. CCI Paris Ile-de-France, « Projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats », *précit.* : « En particulier l'exigence d'une mise en demeure n'a aucune raison d'être lorsque le constat d'inexécution est définitif ou en cas d'urgence ». On note principalement deux exceptions à l'exigence de mise en demeure : l'urgence et la perte d'intérêt au contrat, dans le même sens, V. P. LEMAY, *Le principe de la force obligatoire du contrat à l'épreuve du développement de l'unilatéralisme op. cit.* spéc. p. 410, n°296. ; Pour une liste exhaustive des situations où la mise en demeure peut être écartée, V B. GRIMONPREZ, « Mise en demeure », *Rép. Civ. Dalloz* actualisation : mai 2018, n°s 28 à 37.

¹⁵²³ Y.-M. LAITHIER, « Les sanctions de l'inexécution du contrat », *précit.*

¹⁵²⁴ N. HAGE-CHAHINE, « Résolution – Résiliation – Les modes de résolution du contrat », *Rép. Civ. Dalloz*, actualisation février 2021, n°s 115 et s.

¹⁵²⁵ O. DESHAYES, « La mise en demeure préalable aux sanctions de l'inexécution contractuelle : état des lieux critique après la réforme de 2016 », *précit.*

œuvre de la sanction unilatérale. « Peut-on s'en dispenser conventionnellement ? »¹⁵²⁶. L'article 1344 du Code civil indique, que si le contrat le prévoit, le débiteur est mis en demeure « par la seule exigibilité de l'obligation »¹⁵²⁷. Cette question est loin d'être anodine dans la pratique. À notre sens, elle peut donc être écartée conventionnellement. Cependant, certains auteurs défendent l'idée selon laquelle lorsqu'elle est obligatoire, prévue dans le texte, il est interdit d'écarter conventionnellement cette exigence¹⁵²⁸, puisque à un moment ou un autre, il faut bien informer le débiteur de la mesure unilatérale prise à son encontre¹⁵²⁹. Il est donc difficile d'apporter une réponse précise à la possibilité d'aménagement conventionnel de la mise en demeure, si ce n'est dans le cas classique d'une situation d'urgence. Pour lever le doute relatif à l'aménagement conventionnel de la mise en demeure, et donc à son caractère obligatoire ou non, il faut, selon nous, s'appuyer sur la nouvelle *summa divisio* des contrats. En prenant en compte la distinction entre les contrats d'adhésion et de gré à gré, il est possible d'apporter quelques éléments de réponse.

Comme l'a fait remarquer Monsieur Deshayes, deux visions de la mise en demeure peuvent se confronter. Il y aurait une vision de la mise en demeure comprise comme une « *interpellation-caractérisation solennelle du retard dans l'exécution* » et une autre reconnue comme une « *interpellation-offre de la dernière chance* »¹⁵³⁰. Selon lui, en matière de sanctions de l'inexécution, seule la deuxième vision de la mise en demeure semblerait s'appliquer¹⁵³¹.

Il nous semble important de nuancer le propos. La mise en demeure dans les contrats de gré à gré s'apparenterait davantage à une « *interpellation-caractérisation solennelle du retard dans l'exécution* »¹⁵³². Dans ce type de contrat, elle permettrait au créancier qui met en œuvre la sanction unilatérale de constater le retard d'inexécution, et de constituer une preuve en cas de contestation future par le débiteur défaillant. En ce sens, même si elle doit être fortement conseillée, elle ne devrait pas à être obligatoire en toutes circonstances. Dans cette hypothèse, la simple exigibilité de l'obligation constituerait automatiquement une mise en demeure.

¹⁵²⁶ Ph. STOFFEL-MUNCK, « Le nouveau droit des obligations : les questions en suspens », *précit.* spéc. p. 56.

¹⁵²⁷ C. civ. art. 1344 (version en vigueur depuis le 01 oct. 2016).

¹⁵²⁸ P. MALAURIE, L. AYNÈS et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations, op. cit.* spéc. p. 514, n°558.

¹⁵²⁹ J.-F. HAMELIN, « L'exercice des nouveaux pouvoirs unilatéraux » in Dossier « Les nouveaux pouvoirs unilatéraux du contractant », *précit.*

¹⁵³⁰ O. DESHAYES, « La mise en demeure préalable aux sanctions de l'inexécution contractuelle : état des lieux critique après la réforme de 2016 » *précit.*

¹⁵³¹ *Ibid.* : « L'ordonnance a surtout multiplié les références aux « interpellations-offres de la dernière chance ». Car ce sont bien d'elles dont parlent les articles 1221 et suivants lorsqu'ils exigent une mise en demeure. L'expression figure désormais six fois au sujet des sanctions de l'inexécution contractuelle, contre une seule fois avant la réforme. Seules l'exception d'inexécution, la résolution judiciaire et la réduction de prix judiciaire, nous l'avons dit, ne sont pas soumises expressément à cette exigence. ».

¹⁵³² Expression empruntée à O. DESHAYES, « La mise en demeure préalable aux sanctions de l'inexécution contractuelle : état des lieux critique après la réforme de 2016 », *précit.*

Au contraire, dans les contrats d'adhésion, pour maintenir l'équilibre entre les parties, la mise en demeure devrait être le préalable obligatoire, sauf en cas d'urgence, à l'exercice d'une sanction, unilatérale ou judiciaire. En effet, dans ce type particulier de contrat la mise en demeure s'apparenterait alors davantage à une « interpellation-offre de la dernière chance »¹⁵³³, d'autant plus si la partie défaillante est la partie faible. Il faut donc comprendre que la *summa divisio* entre les contrats d'adhésion et de gré à gré pourrait aider à distinguer le caractère obligatoire de la mise en demeure dans les sanctions de l'inexécution.

Enfin, le même raisonnement pourrait être réalisé quant à l'exigence de notification. Dans les contrats d'adhésion, il conviendrait davantage de généraliser le recours à la notification. À l'inverse, dans les contrats de gré à gré, il faudrait la conseiller mais elle n'aurait pas à être imposée.

295. Dans les contrats d'adhésion, parce que la mise en demeure n'a pas la même nature et qu'elle peut permettre aux parties de coopérer, elle doit être considérée comme obligatoire lorsque les textes relatifs aux sanctions, unilatérales ou judiciaires, le commandent. De plus, à la différence des textes de droit positif, et notamment de l'article 1344 du Code civil, il faudrait admettre que l'exigibilité de l'obligation dans un contrat d'adhésion ne pourrait pas constituer une mise en demeure valide. Seule une interpellation suffisante, ou une sommation de payer, devraient pouvoir être envisageables. Enfin, une clause qui viendrait exclure la notification dans la procédure de mise en œuvre de la sanction unilatérale, même si cette dernière ne serait pas vraiment pertinente, devrait à être interdite dans les contrats d'adhésion. Certes, il s'agirait encore d'une limitation à la liberté contractuelle mais celle-ci serait justifiée par l'existence d'un ordre public de protection.

296. Bilan 1) – En conclusion, nous estimons que même si l'exigence de mise en demeure est un garde-fou important aux dérives des sanctions unilatérales, il serait parfaitement possible de l'écarter contractuellement, dans les contrats de gré à gré, en considérant simplement que l'exigibilité de l'obligation vaut mise en demeure. À l'appui de cette argumentation, il faut rappeler que comme les textes relatifs aux sanctions de l'inexécution ne sont pas d'ordre public, il est parfaitement possible d'y déroger par l'intermédiaire d'une clause contractuelle lorsque la situation le justifie, notamment en cas d'urgence ou d'inutilité.

¹⁵³³ O. DESHAYES, « La mise en demeure préalable aux sanctions de l'inexécution contractuelle : état des lieux critique après la réforme de 2016 », *précit.*

La protection de la partie faible qui se traduit par la prise en compte de la *summa divisio* des contrats d'adhésion et de gré dans les règles des sanctions unilatérales est une grille de lecture intéressante permettant de déterminer les possibilités d'aménagement conventionnel de la mise en demeure dans les sanctions de l'inexécution, en fonction du type de contrat, et non en fonction de la qualité des parties dans un contrat d'adhésion¹⁵³⁴. Il nous faut désormais réaliser une analyse similaire pour le respect des délais dans la mise en œuvre des sanctions (2).

2) Le caractère obligatoire du respect d'un délai en fonction du type de contrat

297. La généralisation de l'exigence du respect d'un « délai raisonnable » dans l'exercice des sanctions unilatérales – Il faut savoir que « la notion de délai se prête mal à une systématisation en raison notamment de la diversité de ses applications »¹⁵³⁵. Lors de la mise en œuvre des sanctions unilatérales, et judiciaires, la réforme n'a pas instauré l'exigence d'un délai obligatoire. Certaines sanctions comportent des exigences de délais à l'instar de l'exception d'inexécution anticipée ou de la réduction du prix¹⁵³⁶. D'autres, en revanche, n'imposent pas un délai particulier à respecter à la partie qui exerce la sanction, à l'image de l'exécution forcée en nature ou encore l'exception d'inexécution « classique ». Cette absence d'harmonisation des termes de « meilleurs délais », ou encore de « délai raisonnable », est regrettable, pour une raison esthétique de rédaction des textes. Cependant, sur le fond, l'absence de précisions sur les délais ne signifie pas que la procédure de mise en œuvre des sanctions unilatérales ne doit pas respecter une certaine durée. Il en va de même pour les sanctions judiciaires. Effectivement, même si toutes les sanctions doivent respecter un certain délai pour être exécutées (dans ce cas l'exigence d'un délai est synonyme de durée¹⁵³⁷), il n'est pas nécessaire qu'une même durée soit respectée¹⁵³⁸. C'est pourquoi, nécessairement la procédure de mise en œuvre des sanctions, unilatérales ou judiciaires, respecte toujours l'exigence d'un certain délai, dont la durée peut différer. Au contraire, le *quantum* du délai varie suivant la

¹⁵³⁴ Prendre en compte une telle distinction pour déterminer le caractère obligatoire des garde-fous procéduraux des sanctions unilatérales viendrait, une fois de plus, complexifier la procédure d'exercice des sanctions unilatérales. Tel n'est pas le but recherché.

¹⁵³⁵ D. MAZEAUD, R. BOFFA et N. BLANC (dir. de), *Dictionnaire du contrat*, op. cit. v° n°108, « Délai », spéc. p. 455.

¹⁵³⁶ V. *supra* n°90.

¹⁵³⁷ D. MAZEAUD, R. BOFFA et N. BLANC (dir. de), *Dictionnaire du contrat*, op. cit. v° n°108, « Délai », spéc. p. 455.

¹⁵³⁸ V. pour la différence avec le délai, D. MAZEAUD, R. BOFFA et N. BLANC (dir. de), *Dictionnaire du contrat*, op. cit. v° n°122, « Durée », spéc. p. 517 : « dans une acception stricte qui peut être qualifiée de « chronométrique », la durée se définit comme une portion finie et mesurée de temps, un « espace de temps » ou « une quantité de temps » : un jour, deux mois, trois ans par exemple ».

sanction mise en œuvre. Dans le droit de l'inexécution, la durée du délai à respecter dans la mise en œuvre des sanctions unilatérales apparaît au travers du terme « raisonnable ». Cette expression, consacrée depuis la réforme de 2016, n'est pas une nouveauté¹⁵³⁹. En effet, cette dernière a pour avantage d'offrir « de la souplesse et de l'adaptabilité aux situations de fait » puisqu'elle représente un standard connu de tous, praticiens et juges, en droit interne comme international¹⁵⁴⁰. Selon notre analyse, il aurait été opportun que les textes n'utilisent qu'une seule expression pour exiger la présence d'un délai à respecter quant à la mise en œuvre de chaque sanction unilatérale. Les textes nécessitent donc, à notre sens, d'être modifiés sur ce point par un rappel systématique à l'expression « délai raisonnable »¹⁵⁴¹. Effectivement, l'avantage de généraliser cette expression à toutes les sanctions unilatérales réside dans le fait que, c'est grâce au terme « raisonnable » que le *quantum* du délai apparaît. Il est impossible et inutile de décider d'imposer un délai, au sens de durée, strict à respecter dans la mise en œuvre de chaque sanction, même dans le but d'encadrer au maximum le recours mesures unilatérales comme nous le préconisons dans les contrats d'adhésion. Cette exigence serait vaine, tant l'on sait que les situations contractuelles sont diverses et variées. C'est à raison que « le législateur n'a donc pas souhaité imposer un nombre de jours précis comme il peut le faire dans d'autres matières »¹⁵⁴². L'adjectif « raisonnable » permet au juge, en cas de contestation, d'adapter sa décision à la réalité des faits.

298. Une clause contractuelle peut-elle aménager les délais d'exercice des sanctions unilatérales ? – Avec la réforme, la possibilité de préciser le *quantum* du délai raisonnable dans les contrats a interrogé. Il a été mis en avant qu'eu égard aux caractères supplétifs des différents textes, particulièrement concernant les sanctions unilatérales de l'inexécution, il est possible, au travers de l'aménagement conventionnel de préciser la durée du délai raisonnable¹⁵⁴³. Le juge a également une place prépondérante pour en apprécier, suivant les situations, le caractère raisonnable¹⁵⁴⁴. De plus, précisons que certains auteurs ont mis en avant le fait que l'exigence d'un délai raisonnable dans la réforme s'inscrit dans la continuité de l'exigence de mise en demeure¹⁵⁴⁵. Pour mettre en œuvre raisonnablement une sanction, la mise en demeure est obligatoire et doit respecter un délai raisonnable. Effectivement, l'exigence d'un délai est

¹⁵³⁹ J.-F. HAMELIN, « L'exercice des nouveaux pouvoirs unilatéraux du contractant », *précit.*

¹⁵⁴⁰ J. HEINICH, « Le contrôle des nouveaux pouvoirs unilatéraux du contractant », *précit.*

¹⁵⁴¹ V. *infra* n°369 et s.

¹⁵⁴² J.-F. HAMELIN, « L'exercice des nouveaux pouvoirs unilatéraux du contractant », *précit.*

¹⁵⁴³ *Ibid.*

¹⁵⁴⁴ V. *infra* n°331 et s.

¹⁵⁴⁵ J.-F. HAMELIN, « L'exercice des nouveaux pouvoirs unilatéraux du contractant », *précit.*

procédurale, afin d'assurer la bonne exécution de la sanction. Or, il est des cas où l'exigence d'un délai raisonnable peut être réduite à néant, en fonction des situations particulièrement urgentes. Ainsi, pour certains, il est envisageable de considérer qu'une absence de délai raisonnable dans la mise en œuvre de la sanction n'aurait pas d'impact, si la situation l'exige. Par exemple, la réduction du prix prévue à l'article 1223 du Code civil interroge sur l'intérêt, selon les situations, d'exiger le respect d'un délai raisonnable. Pour rappel, par exemple « lorsque la chose livrée n'est pas de la qualité convenue, ne faut-il pas mieux accepter tout de suite une qualité moindre plutôt que d'attendre la qualité promise ? Tout l'intérêt d'accepter une exécution imparfaite et de réduire proportionnellement le prix est finalement de gagner du temps. Or la mise en demeure suppose d'en perdre raisonnablement... »¹⁵⁴⁶. C'est pourquoi, dans ce genre de situation, il n'est pas nécessaire, à notre avis, de supprimer l'exigence d'un délai dans la mise en œuvre de la sanction. Ici, ce dernier n'existe pas. En acceptant directement une exécution imparfaite, sans mise en demeure, le délai dans lequel celle-ci devrait normalement être effectuée est alors réduit à néant. Ainsi, dans cette situation, même en l'absence de mise en demeure effective, il est raisonnable de supprimer le délai des exigences d'exercice procédurales de la sanction. Ainsi, le respect de l'exigence d'un délai raisonnable doit être appréciée, en fonction des situations.

Pour compléter le propos, il faut préciser que l'appréciation du caractère raisonnable peut différer en fonction de la situation contractuelle mais aussi fonction du type de contrat. C'est ici que la protection de la partie faible, matérialisée par la prise en compte de la *summa divisio* des contrats d'adhésion et de gré à gré dans l'exercice des sanctions unilatérales, exercerait un rôle sur l'exigence obligatoire ou non d'un délai dans la mise en œuvre de ces dernières. Dans les contrats d'adhésion ou dans les contrats de gré à gré, en fonction des cas, l'appréciation du « délai raisonnable » dans la mise en œuvre de la sanction pourrait être différente. En effet pour protéger la partie faible, il serait envisageable que les juges imposent au créancier d'un contrat d'adhésion un délai d'une durée déterminée dans l'exercice de la sanction. Dans ce cas, la durée fixée par les juges pourrait alors s'apparenter à un délai raisonnable. Le délai d'exercice de la sanction sera alors nécessairement raisonnable. Cela est déjà réalisé en droit de la consommation avec le mécanisme des délais de rétractation qui prévoit une durée spécifique pour protéger le consommateur¹⁵⁴⁷. Cette illustration a pour but de convaincre que le caractère

¹⁵⁴⁶ J.-F. HAMELIN, « L'exercice des nouveaux pouvoirs unilatéraux du contractant », *précit.*

¹⁵⁴⁷ Par exemple, C. cons. art. L121-20 : « Le consommateur dispose d'un délai de sept jours francs pour exercer son droit de rétractation sans avoir à justifier de motifs ni à payer de pénalités, à l'exception, le cas échéant, des frais de retour ». Le délai s'étendra à trois mois, si le professionnel ne l'a pas informé sur son droit de rétractation.

raisonnable du délai peut dépendre des situations mais aussi du type de contrat. Ainsi, pour savoir s'il est possible de prévoir conventionnellement l'exigence d'un délai raisonnable dans la mise en œuvre des sanctions unilatérales, mais aussi des sanctions judiciaires, il faudrait s'en remettre une fois de plus à la protection de la partie faible. L'exigence du respect d'un délai raisonnable doit guider la procédure de mise en œuvre de toutes les sanctions unilatérales et judiciaires. Il nous paraît donc parfaitement possible d'aménager contractuellement les délais des sanctions unilatérales, mais aussi judiciaires. Toutefois, pour aménager le délai d'une sanction, dans une clause du contrat, il faudrait tenir compte du type de contrat et respecter un délai raisonnable. En d'autres termes, il serait nécessaire de garder à l'esprit que, pour aménager contractuellement les délais de mise en œuvre des sanctions unilatérales, le caractère raisonnable de ces derniers diffère, en fonction des situations urgentes propres à la relation contractuelle et, en fonction du type de contrat.

299. Bilan – Une fois de plus, la protection de la partie faible, incarnée par la prise en compte de la *summa divisio* dans l'exercice des sanctions unilatérales, pourrait être une grille de lecture pertinente pour déterminer les possibilités d'aménagement conventionnel de la durée des délais dans la mise en œuvre des sanctions de l'inexécution, en fonction du type de contrat. Il faut donc réaliser la même analyse pour l'obligation de motivation (3).

3) Le caractère obligatoire de l'obligation de motivation en fonction du type de contrat

300. Faut-il généraliser l'obligation de motivation ? – L'obligation de motivation ne concerne que la résolution par notification¹⁵⁴⁸ et, l'exception d'inexécution anticipée. Est-il pertinent de la généraliser à toutes les sanctions de l'inexécution ? Dans la réforme, le parti pris a été de ne pas le faire. Pourtant, certains auteurs estiment qu'il aurait été pertinent de généraliser l'obligation de motivation¹⁵⁴⁹. L'obligation de motivation a des avantages. En effet,

¹⁵⁴⁸ Pour une critique de cette obligation de motivation dans la notification de la résolution, V. C. PIZZARO WILSON, « Les remèdes à l'inexécution contractuelle dans la réforme du droit des contrats en France : regard d'un juriste chilien », *RDC*/3 2018, p. 706 : « Pour que la résolution prenne effet, elle doit en outre faire l'objet d'une notification exposant les motifs de celle-ci. La résolution prendra effet dès la réception de la notification. La motivation de la résolution unilatérale pourrait bien de son côté créer un contentieux relatif à la pertinence, et il aurait peut-être été mieux de modifier la charge de la preuve, en laissant au créancier le devoir de prouver que la résolution était justifiée lorsqu'elle a fait l'objet de contestation judiciaire. Cette solution paraît en effet plus raisonnable, car en cas de litige les fondements de la résolution seront révisés et par conséquent la notification deviendrait une formalité inutile. »

¹⁵⁴⁹ En ce sens, P. LEMAY, *Le principe de la force obligatoire du contrat à l'épreuve du développement de l'unilatéralisme*, *op. cit.*

comme l'affirme Madame Fabre-Magnan, imposer une obligation de motivation peut permettre de limiter l'exercice d'un droit « c'est-à-dire que le titulaire du droit ne peut en faire usage que dans les hypothèses et pour les finalités légalement prévues »¹⁵⁵⁰. Cela a pour conséquence d'encadrer le droit prévu. Ainsi, *a fortiori*, l'obligation de motivation peut permettre d'encadrer l'exercice des sanctions unilatérales. Pour autant une partie de la doctrine continue de penser que l'obligation de motivation ne doit pas être généralisée¹⁵⁵¹. Pour trouver une réponse à cette question, il est possible de revenir à la protection de la partie faible et donc, à la prise en compte de la nouvelle dichotomie entre les contrats d'adhésion et de gré à gré pour proposer une adaptation des conditions procédurales d'exercice des sanctions unilatérales.

301. La généralisation de l'obligation de motivation en fonction du type de contrat –

Puisque l'obligation de motivation est un garde-fou procédural aux sanctions unilatérales, il nous apparaît possible de trancher sur son caractère obligatoire en fonction du type de contrat¹⁵⁵². Comme un auteur, « l'explication principale de la réception variable de l'obligation de motivation au sein de ces contrats spéciaux [contrat de distribution et contrat de travail] s'appuie, en effet, sur la conception de la notion de contrat »¹⁵⁵³. Pour l'heure, le droit commun n'a pas pris en compte cette particularité. À l'instar de cette analyse, il est donc possible de croire en la nécessité d'adapter l'exigence d'une obligation de motivation dans la mise en œuvre des sanctions unilatérales en prenant en compte le type de contrat dans laquelle l'obligation doit prendre corps. Par conséquent, dans les contrats d'adhésion, elle devrait être généralisée dans la procédure de mise en œuvre des sanctions unilatérales, pour éviter d'augmenter les déséquilibres entre les parties et protéger la partie faible¹⁵⁵⁴. Au contraire, dans les contrats de gré à gré, cette obligation pourrait garder une place restreinte et ne devrait être utilisée que lorsqu'elle est prévue textuellement par les sanctions unilatérales. En l'espèce, elle resterait alors obligatoire seulement pour la résolution unilatérale par notification, et pour sa version anticipée si celle-ci est, un jour admise en droit français. En effet, dans les contrats de gré à gré, « le droit de décider unilatéralement ne sert que l'intérêt de son titulaire ; son abus ne sera

¹⁵⁵⁰ M. FABRE-MAGNAN, « L'obligation de motivation en droit des contrats », *précit.* spéc. p. 324.

¹⁵⁵¹ En ce sens, R. CABRILLAC, « La motivation des actes individuels – le contrat », *précit.* ; B. FAGES, « Des motifs de débat », *RDC/4* 2004, p. 563.

¹⁵⁵² V. not. l'analyse de P. LEMAY, *Le principe de la force obligatoire du contrat à l'épreuve du développement de l'unilatéralisme*, *op. cit.* spéc. p. 430, n°312 : à propos de la démonstration de la différence d'intensité de l'obligation de motivation dans les contrats spéciaux, variable selon le type de contrat. Là où le contrat de travail est considéré comme un contrat structurellement déséquilibré, l'obligation de motivation joue un rôle important alors que dans les contrats de distribution, qui ressemblent davantage au contrat classique de gré à gré, basé sur l'égalité des cocontractants, l'obligation de motivation est largement atténuée.

¹⁵⁵³ *Ibid* spéc. p. 430, n°312.

¹⁵⁵⁴ V. *infra* n°301.

caractérisé que si le motif est illicite ; aucune motivation n'a à être énoncée par son titulaire lors de son exercice »¹⁵⁵⁵. C'est pourquoi dans ce type de contrat, il est nécessaire de ne pas tomber dans une généralisation absolue de l'obligation de motivation. Cela serait totalement contraire au principe de la liberté contractuelle en général, et à la finalité dominante de la force obligatoire de ce type de contrat à savoir, la liberté contractuelle, envisagée sous le prisme du libéralisme juridique : l'augmentation des libertés individuelles¹⁵⁵⁶. La motivation devrait alors être cantonnée à son degré minimal et uniquement lorsqu'elle est nécessaire, notamment pour la sanction unilatérale la plus sévère, à savoir la résolution par notification, dans les contrats de gré à gré. Mettre fin au contrat peut avoir de lourdes conséquences. Afin de faciliter le contrôle de l'abus, le juge devrait pouvoir connaître les raisons qui ont poussé le contractant à mettre fin au contrat, même si la question de savoir si le juge est tenu par le contrôle de la motivation lorsqu'elle est exigée ou s'il peut également rechercher les motifs qui ont poussé la partie à rompre unilatéralement le contrat, restera toujours en suspens¹⁵⁵⁷.

Au contraire, dans les contrats d'adhésion, l'obligation de motivation devrait être généralisée à toutes les prérogatives unilatérales et pas seulement à la résolution par notification¹⁵⁵⁸. Elle permettrait à la partie faible une protection plus intense. Et, sous réserve de justification, la partie adverse pourrait quand même exercer la prérogative unilatérale. De fait, il serait alors nécessaire que l'obligation de motivation, dans les textes, reste implicite sauf pour la résolution unilatérale du contrat. Sa généralisation se traduirait au contraire par une reconnaissance au titre l'article 1104 du Code civil. Pour guider, ceux qui décideraient de mettre en œuvre une prérogative unilatérale, et qui ne sauraient pas s'il est nécessaire de motiver ou non cette mise en œuvre, il conviendrait d'insérer au titre des dispositions liminaires du Code civil un article sur la motivation. Ainsi, inspirée du principe de bonne foi, l'obligation de motivation pourrait se trouver intégrer, après l'article 1104, au titre des dispositions liminaires et disposer par exemple de la sorte : « *Dans les contrats d'adhésion, l'obligation de motivation dans la mise en œuvre d'une prérogative contractuelle est obligatoire* ». L'imprécision de cette dernière proposition est nécessaire afin de laisser la libre appréciation aux parties, et au juge en cas de contestation de la mesure. Cette insertion apporterait une assise textuelle supplémentaire

¹⁵⁵⁵ T. REVET, « L'obligation de motiver une décision contractuelle unilatérale, instrument de vérification de la prise en compte de l'intérêt de l'autre partie », *précit.*

¹⁵⁵⁶ V. *supra* n°272.

¹⁵⁵⁷ F. CHÉNEDÉ, *Droit des obligations et des contrats op. cit.*, sur la résolution par notification, spéc. p. 177 et s., n°s 128.190 et s.

¹⁵⁵⁸ D. MAZEAUD, « Le solidarisme contractuel et la réalisation du contrat », *précit.* spéc. p. 67 : « L'obligation de motivation pourrait constituer un antidote approprié pour éviter que ce pouvoir unilatéral, que détient le contractant dominant dans les contrats de distribution, se mue en un pouvoir arbitraire ».

au juge afin de pouvoir contrôler plus efficacement l'exercice régulier d'une prérogative unilatérale au travers de la motivation en dehors des cadres où elle permet de contrôler l'abus¹⁵⁵⁹. En effet, l'obligation de motivation s'entend dans les sanctions unilatérales de l'inexécution comme le garant de la bonne mise en œuvre d'un de ses droits et non pas comme une limitation à l'exercice de celui-ci. Cela explique, selon nous, qu'elle se rapproche davantage de la bonne foi et qu'elle devrait s'y rattacher au titre des dispositions liminaires. Enfin, cette intégration inciterait les parties, en amont de la conclusion du contrat, à insérer des clauses de motivation permettant de se prémunir de l'abus dans l'exercice de la prérogative unilatérale. Encore une fois, et pour tous les types de contrats, il faut rappeler que le rôle des rédacteurs d'actes est essentiel.

302. Une clause contractuelle peut-elle aménager l'obligation de motivation ? – Il est possible d'apporter plusieurs éclairages pour répondre à cette question. Une clause contractuelle qui viendrait supprimer l'obligation de motivation de la résolution unilatérale devrait être interdite dans tous les contrats. Cependant, dans les contrats de gré à gré, une clause qui inciterait à la motivation d'une sanction unilatérale, autre que la résolution par notification pourrait éventuellement être tolérée. À l'inverse, dans les contrats d'adhésion, une clause contractuelle qui viendrait supprimer l'obligation désormais généralisée dans les contrats d'adhésion nécessiterait d'être proscrite. Une fois de plus, on peut alors remarquer que la *summa divisio* entre les contrats d'adhésion et de gré à gré peut permettre d'apporter des éclairages sur les aménagements conventionnels des modalités d'exercice procédurales des sanctions unilatérales, en fonction du type de contrat.

303. Bilan B – Le point commun des sanctions étudiées relève de leur caractère unilatéral. En raison de ce dernier, elles peuvent se rapprocher de l'arbitraire. Pour les rendre acceptables dans le contrat, il faut donc les en éloigner. Pour ce faire, il est nécessaire de leur accorder des garde-fous procéduraux importants et obligatoires afin de les légitimer. De plus, ces garde-fous participent à la protection des parties, et permettent d'éviter les abus dans l'exercice de celles-ci. Cette protection des parties contre les abus de mise en œuvre des sanctions unilatérales doit avoir lieu pour tous les types de contrat. Pour l'heure, sur ce point les textes de droit positif sont en adéquation avec cette affirmation. Qu'ils aient conclu un contrat d'adhésion ou de gré à gré, aucune des parties n'est entièrement à l'abri d'un abus de la part de son cocontractant.

¹⁵⁵⁹ V. *infra* n°s 470 et s.

Nous estimons que l'importance et la place de ces garde-fous procéduraux peut différer suivant le type de contrat conclu. En effet, pour éloigner les sanctions unilatérales de l'arbitraire et protéger les parties contre d'éventuels abus, dans les contrats de gré à gré, les sanctions unilatérales ne devraient logiquement pas à suivre une procédure d'exercice très stricte. En effet, théoriquement, la partie qui subit la sanction dispose d'une force égale pour se défendre. Elle peut donc, à son tour exercer une sanction, si elle-même s'estime victime d'une sanction unilatérale abusive ou arbitraire¹⁵⁶⁰. À l'inverse, pour protéger la partie faible, l'exercice des sanctions unilatérales dans les contrats d'adhésion devrait être plus largement encadré. C'est pourquoi, les garde-fous processuels dans ces sanctions pourraient être davantage présents et obligatoires. En effet, sauf en cas d'urgence, dans les contrats d'adhésion, ces derniers devraient nécessairement être plus nombreux, et plus stricts, que dans les contrats de gré à gré. En conséquence, si certains garde-fous procéduraux doivent être obligatoires dans les sanctions unilatérales, toute clause qui viendrait les exclure devrait alors être écartée, et censurée, pour protéger la partie faible. À notre sens, c'est sur ces précisions d'aménagements que la prise en compte de la *summa divisio* exercerait un rôle. En effet, il faut être conscient que la prise en compte de la distinction entre les contrats d'adhésion et de gré à gré n'exerce pas un rôle direct sur les hypothèses d'autorisation ou d'interdiction des clauses venant organiser les modalités de mise en œuvre de la sanction. Au contraire, elle permet, en fonction de type de contrat de tenter de déterminer quel sont éléments procéduraux obligatoires au bon exercice d'une sanction unilatérale déterminée. En fonction du type de contrat en cause, une clause qui viendrait supprimer un garde-fou rendu obligatoire dans un certain type de contrat pourrait, en fonction de la situation, ne pas être valable, à l'image des clauses noires en droit de la consommation, qui sont irréfragablement présumées abusives¹⁵⁶¹.

304. Conclusion du §2 – Des précisions sur les hypothèses d'aménagement conventionnel des sanctions unilatérales peuvent être apportées par la détermination de la présence des éléments procéduraux obligatoires à l'exercice de ces mesures. Autrement dit, les clauses qui aménagent les modalités de l'inexécution ne devraient jamais occulter ou supprimer ces derniers de l'exercice des sanctions unilatérales qui permettent de les tenir éloigner de l'arbitraire. La protection de la partie faible exercerait un rôle sur ces éléments procéduraux puisque leur caractère obligatoire différerait, en fonction du type de contrat. Par conséquent, toute clause qui supprimerait, pour une sanction unilatérale, un garde-fou procédural au

¹⁵⁶⁰ V. *infra* n°401.

¹⁵⁶¹ C. cons. art. R212-1.

caractère obligatoire, caractère qui dépendrait du type de contrat conclu en l'espèce, devrait alors, à notre sens, être écartée.

En conclusion, prendre en compte la *summa divisio* dans les sanctions unilatérales a pu permettre de préciser les modalités d'aménagements conventionnels de celles-ci et surtout d'écarter les hypothèses dans lesquelles les clauses d'aménagement de la procédure des sanctions unilatérales devraient absolument être évitées pour ne pas être réputées non écrites, *a posteriori* par les juges.

305. Conclusion de la section 2 – La consécration d'une éventuelle conception modernisée du contrat, dans sa temporalité et sur le principe de sa force obligatoire a pour conséquence d'autoriser un renouvellement du contenu de l'article 1217 du Code civil, dont les règles pourraient permettre une protection accrue de la partie faible dans les contrats d'adhésion.

Afin d'améliorer l'intégration des sanctions unilatérales, il apparaît nécessaire de modifier le contenu de cet article.

Concernant la liste des sanctions unilatérales, la résolution unilatérale anticipée devrait être ajoutée à la liste des sanctions de l'inexécution afin que le droit de l'inexécution aille, entre autres, au bout de la logique d'intégration de l'unilatéralisme, vecteur d'efficacité contractuelle. Toutefois, pour que cette intégration n'accentue pas les déséquilibres entre les parties dans les contrats d'adhésion, il conviendrait d'interdire à ces dernières le recours à cette sanction. Plus généralement, pour protéger la partie faible, il faudrait oser prendre le parti d'interdire le recours à toutes les sanctions unilatérales anticipées dans les contrats d'adhésion. En l'occurrence, l'exception d'inexécution préventive et la résolution par notification anticipée, si cette dernière est admise un jour, devraient être interdites dans les contrats d'adhésion. Ainsi, la *summa divisio* exercerait finalement un rôle direct sur la protection de la partie faible, puisque la nouvelle liste de l'article 1217 du Code civil, aurait vocation à interdire le recours aux sanctions anticipées dans les contrats d'adhésion.

Concernant les problématiques d'aménagements conventionnels des sanctions unilatérales dont le nouveau droit de l'inexécution ne fait aucune mention, ces dernières peuvent également trouver des réponses grâce à la protection de la partie faible. Si l'aménagement conventionnel des sanctions unilatérales doit demeurer libre, en fonction du type de contrat conclu, les clauses d'aménagements et de cumul des sanctions unilatérales qui porteraient atteinte à l'équilibre entre les droits et les obligations des parties pourraient être réputées non écrites. Il est d'ailleurs possible de faire la même remarque pour les clauses relatives aux sanctions judiciaires dans les contrats d'adhésion, puisque les questions d'aménagements

conventionnels concernent aussi ces dernières, au même titre que les sanctions unilatérales. Enfin, même si l'article 1217 du Code civil est silencieux sur les modalités d'aménagement conventionnel des sanctions unilatérales, il faut comprendre que chaque sanction unilatérale comprend des garde-fous procéduraux, qui sont, à notre avis d'une intensité différente en fonction du type de contrat. Dans les contrats d'adhésion, l'exercice des sanctions unilatérales devrait donc être plus encadré que dans les contrats de gré à gré car ces contrats nécessitent une protection supplémentaire. Afin de garantir le bon exercice de celles-ci, il faudrait alors respecter une procédure particulière de mise en œuvre notamment quant à l'exigence de délais stricts, d'une mise en demeure systématique et d'une obligation de motivation obligatoire. C'est pourquoi, lorsqu'une clause dérogeant à la procédure d'exercice légal de ces sanctions serait stipulée dans un contrat d'adhésion, cette dernière pourrait être tolérée, à la double condition de ne pas porter atteinte aux garde-fous obligatoires de ces dernières, et de ne pas créer de déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties. Enfin, même si dans les contrats de gré à gré, la procédure de mise en œuvre des sanctions unilatérales ne doit pas être enserrée dans des garde-fous trop stricts, ceux-ci, s'ils sont prévus légalement, doivent être présents dans une moindre mesure puisqu'ils participent à éloigner l'exercice des sanctions unilatérales de l'arbitraire. C'est pourquoi, ils doivent également être respectés. Une clause qui supprimerait un garde-fou essentiel dans la procédure de mise en œuvre d'une sanction unilatérale dans un contrat de gré à gré ne pourrait pas être tolérée.

Sur le point de l'aménagement conventionnel des sanctions unilatérales, l'impératif de protection de la partie faible exercerait un rôle indirect sur la validité de clauses venant prévoir les modalités procédurales des sanctions unilatérales puisqu'en fonction du type de contrat, la procédure de mise en œuvre de la sanction diffère. En conclusion, la procédure de mise en œuvre d'une sanction unilatérale pourrait être allégée dans les contrats de gré à gré pour maximiser l'efficacité de la sanction. À l'inverse, dans les contrats d'adhésion, pour maintenir la protection de la partie faible, la procédure de mise en œuvre d'une sanction unilatérale devrait être encadrée.

CONCLUSION DU CHAPITRE 1

306. En proposant une vision renouvelée de la force obligatoire, il serait possible d'entériner une nouvelle conception du contrat, instituée sur la *summa divisio* entre les contrats d'adhésion et les contrats de gré à gré. Cette relecture autoriserait la prise en compte la protection de la partie faible dans les règles des sanctions unilatérales. Elle rendrait également cohérente l'intégration des sanctions unilatérales dans la théorie générale du contrat.

Ainsi, suivant cette conception, il serait envisageable de proposer un renouvellement du contenu de l'article 1217 du Code civil, à l'aune de la protection de la partie faible.

Les difficultés et les interrogations relatives au contenu de ce texte pourraient être levées grâce à la prise en compte de la *summa divisio* dans les sanctions unilatérales. À la lumière de celle-ci, la liste des sanctions unilatérales pourrait être modifiée. La résolution unilatérale anticipée serait autorisée à intégrer les sanctions de l'inexécution, uniquement pour les contrats de gré à gré. Les doutes relatifs à l'aménagement conventionnel des sanctions pourraient également être éclairés.

Enfin, pour achever de prendre en compte la protection de la partie faible dans les sanctions unilatérales, il semblerait pertinent de proposer une hiérarchisation du recours aux sanctions de l'article 1217 du Code civil, en fonction du type de contrat (chapitre 2).

CHAPITRE 2 : LA HIÉRARCHISATION DU RECOURS AUX SANCTIONS UNILATÉRALES À L'AUNE DE LA PROTECTION DE LA PARTIE FAIBLE

307. Si une protection spéciale n'est pas accordée à la partie faible dans les contrats d'adhésion c'est, sans aucun doute, parce le principe de la liberté contractuelle est affirmé dans les règles du droit des contrats depuis la réforme de 2016¹⁵⁶². Le droit de l'inexécution est aussi guidé par ce principe. Ainsi, en vertu de la liberté contractuelle, en ce qui concerne l'exercice des sanctions en général, « l'ordonnance n'instaure pas de hiérarchie »¹⁵⁶³. C'est le cas depuis le projet d'ordonnance où il était déjà indiqué que la liste des sanctions « n'est qu'une annonce de plan sans hiérarchie »¹⁵⁶⁴. De même, en ce qui concerne, plus précisément, la sanction de résolution unilatérale, le Rapport au Président de la République précise que le recours aux modes de résolution n'est pas hiérarchisé, en indiquant que ceux-ci sont alternatifs¹⁵⁶⁵. Cette absence hiérarchie génère deux questions.

D'abord, en cas d'inexécution, au nom de la liberté contractuelle, chaque partie demeure libre de choisir la sanction qui lui semble la plus adéquate afin de régler son litige. Lorsque les parties sont, virtuellement, placées sur un pied d'égalité – comme cela est théoriquement le cas dans le cadre d'un contrat de gré à gré – cette affirmation peut être validée. Toutefois, il semble qu'il en aille différemment lorsque l'une d'elle est incapable de faire valoir ses propres intérêts, et que la relation de pouvoir entre les parties est déséquilibrée. En pareille situation, il est possible de se demander s'il ne serait pas plus opportun d'instaurer une hiérarchie dans le recours aux sanctions unilatérales afin de mieux protéger la partie faible.

Ensuite, la critique relative à l'absence de hiérarchie entre les sanctions unilatérales et judiciaires a conduit à la mise en exergue de plusieurs interrogations relatives à l'exercice et au contrôle des sanctions unilatérales, au point de contribuer à la diminution du taux de satisfaction de l'intégration des sanctions unilatérales en droit positif¹⁵⁶⁶. Aussi peut-on être conduit à se demander si l'adoption d'une hiérarchie dans le recours aux sanctions unilatérales ne serait pas la solution à même de lever ces nombreuses difficultés.

¹⁵⁶² V. C. civ art. 1102 (version en vigueur depuis le 01 octobre 2016).

¹⁵⁶³ Y.-M. LAITHIER, « Les sanctions de l'inexécution du contrat », *précit.*

¹⁵⁶⁴ Y.-M. LAITHIER, « Les règles relatives à l'inexécution des obligations contractuelles », *précit.*

¹⁵⁶⁵ V. *supra* n°100.

¹⁵⁶⁶ V. *supra* n°s102 et s.

Il est donc nécessaire d'étudier la justification et la méthode de hiérarchisation du recours aux sanctions unilatérales (section 1), afin de régler les difficultés précédemment évoquées relativement à cette absence (section 2)

Section 1 : Justification et méthode de hiérarchisation du recours aux sanctions unilatérales

308. Il convient, tout d'abord, d'étudier les éléments qui justifieraient d'imposer une hiérarchie dans le recours aux sanctions unilatérales (§1). En effet, si cette dernière n'était pas justifiée, elle ne saurait être appliquée. Ensuite, à partir du moment où l'on accepte que le recours aux sanctions unilatérales puisse être hiérarchisé, il est alors possible de présenter les éléments nécessaires sur lesquels fonder à cette hiérarchisation afin d'en livrer le contenu (§2).

§1 : Justifications de la hiérarchisation du recours aux sanctions unilatérales

309. Pour accepter une éventuelle hiérarchie du recours aux sanctions unilatérales au sein de l'article 1217 du Code civil, il faut admettre que celle-ci présente un double intérêt relatif à la protection de la partie faible, et à l'efficacité économique des sanctions (A), justifiant la limitation du principe de la liberté contractuelle au profit du développement d'un ordre public de protection (B).

A. Le double intérêt de hiérarchiser les sanctions unilatérales

310. La protection de la partie faible dans le droit de l'inexécution – Les contrats d'adhésion et les contrats de gré à gré sont fondamentalement différents dans la mesure où ils ne poursuivent pas les mêmes finalités. Il semble donc nécessaire que le droit de l'inexécution en tienne compte afin qu'il soit aussi efficace que sécuritaire (à l'image de l'ambition du législateur lors de la réforme du droit des contrats)¹⁵⁶⁷. Le premier intérêt dans la création d'une hiérarchie du recours aux sanctions unilatérales au sein de l'article 1217 du Code civil réside alors dans la protection de la partie faible à un contrat d'adhésion dans l'exercice des sanctions unilatérales.

¹⁵⁶⁷ V. *supra* n°273.

311. L'efficacité économique des sanctions unilatérales – L'autre intérêt de hiérarchiser les sanctions unilatérales peut résider dans la recherche d'un impératif d'efficacité économique. Pour comprendre cette affirmation, il est possible de réaliser une comparaison avec « la hiérarchie instituée, au sein de laquelle, l'exécution forcée en nature ferait figure de principe » en matière de sanction de l'inexécution¹⁵⁶⁸. Selon Madame Rochfeld, cette dernière se justifie par des « impératifs de politique juridique, notamment d'une volonté traditionnelle de limiter l'intervention du juge, en bridant ce dernier dans le choix de la sanction »¹⁵⁶⁹. Ainsi, par analogie, si l'impératif d'efficacité économique est mis en avant dans les règles des nouvelles sanctions unilatérales, imposer une hiérarchie dans le recours aux sanctions unilatérales pourrait trouver un intérêt dans la réalisation de cet objectif. Le droit est une question de choix¹⁵⁷⁰. Or, à juste titre, l'on sait que le Rapport au Président a placé cet objectif d'efficacité économique en haut de liste des objectifs à atteindre en matière de sanctions de l'inexécution¹⁵⁷¹. Il existerait donc un véritable intérêt à venir proposer une hiérarchie des sanctions unilatérales, relatif à la poursuite de l'efficacité économique¹⁵⁷². Il n'est pas vain de rappeler que traditionnellement, « l'exécution en nature assurerait la satisfaction des attentes économiques du créancier ; la résolution unilatérale permettrait une plus prompte réallocation de ses ressources, ainsi que, plus globalement et par voie de conséquence, une préservation optimale de l'intérêt du marché »¹⁵⁷³.

312. Bilan A – Il semblerait donc qu'il existe un double intérêt à proposer une hiérarchisation dans le recours aux sanctions unilatérales. D'une part, cela permettrait d'accorder une protection spéciale à la partie faible. Or, cette protection est nécessaire pour atteindre « l'objectif de justice contractuelle poursuivi par l'ordonnance »¹⁵⁷⁴. D'autre part, cela permettrait d'atteindre l'objectif « d'efficacité économique du droit » des sanctions unilatérales¹⁵⁷⁵.

¹⁵⁶⁸ J. ROCHFELD, « Remarques sur les propositions relatives à l'exécution et à l'inexécution du contrat : la subjectivation du droit de l'exécution », *précit.* spéc. n°18.

¹⁵⁶⁹ *Ibid.*

¹⁵⁷⁰ J.-S. BERGÉ, « Que faire de nos a priori en droit ? Jalons pour une recherche antécédente », *D.* 2022, p. 1865.

¹⁵⁷¹ Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016, *précit.* : « Dans une perspective d'efficacité économique du droit, l'ordonnance offre également aux contractants de nouvelles prérogatives leur permettant de prévenir le contentieux ou de le résoudre sans nécessairement recourir au juge ».

¹⁵⁷² S. BOLLÉE, Y.-M. LATIHIER et C. PÉRÈS (dir.), *L'efficacité économique en droit*, Economica, 2010.

¹⁵⁷³ J. ROCHFELD, « Remarques sur les propositions relatives à l'exécution et à l'inexécution du contrat : la subjectivation du droit de l'exécution », *précit.* spéc. n°20.

¹⁵⁷⁴ Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016, *précit.*

¹⁵⁷⁵ *Ibid.*

Toutefois, on ne peut ignorer qu'une telle hiérarchisation reviendrait à limiter le principe de liberté contractuelle. Dès lors, il semble indispensable d'en analyser les limites, et les justifications (B).

B. La limitation de la liberté contractuelle par la reconnaissance d'un ordre public de protection

313. La hiérarchisation des sanctions unilatérales : une atteinte justifiée à la liberté contractuelle – En vertu du principe de la liberté contractuelle prévue à l'article 1102 du Code civil, la hiérarchisation du recours aux sanctions de l'inexécution n'est pas possible. Toutefois, le principe de la liberté contractuelle souffre d'exceptions. L'une d'entre elle est traditionnellement relative à l'ordre public. L'article 1102 *in fine* du Code civil dispose que « la liberté contractuelle ne permet de pas déroger aux règles qui intéressent l'ordre public »¹⁵⁷⁶.

Cette limite a fait l'objet d'importantes discussions lors de l'élaboration de la réforme du droit des contrats¹⁵⁷⁷. En effet, la notion d'ordre public semble très difficilement saisissable¹⁵⁷⁸. D'une manière générale, il faut admettre que l'ordre public peut représenter « tout ce qui est nécessaire à la bonne marche de la société protégée par l'État contre les initiatives personnelles des individus »¹⁵⁷⁹. Pour schématiser, l'ordre public regrouperait alors les règles auxquelles les parties ne peuvent pas déroger contractuellement, sous peine de sanctions¹⁵⁸⁰. Compte tenu de cette difficulté sémantique, certains auteurs ont fait le choix de se tourner vers une définition plus fonctionnelle de l'ordre public¹⁵⁸¹. Suivant cela, la notion serait scindée en deux : l'ordre public de direction et l'ordre public de protection¹⁵⁸².

¹⁵⁷⁶ C. c. civ. art. 1102 (version en vigueur depuis le 01 octobre 2016).

¹⁵⁷⁷ V. en ce sens, C. PÈRÈS, « La liberté contractuelle et l'ordre public dans le projet de réforme du droit des contrats et de la chancellerie », *D.* 2009, 381 ; N. DISSAUX et C. JAMIN, *Projet de réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, *op. cit.* comm. sous art. 1102 projet relatif à la liberté contractuelle :

¹⁵⁷⁸ G. CORNU, *Dictionnaire de la culture juridique*, *op. cit.* v° Ordre public ; J. LEMOULAND, J. PIETTE et J. HAUSER, « Ordre public et bonne mœurs », *Rép. Civil Dalloz*, mise à jour 2023, spéc. n°s 1-10.

¹⁵⁷⁹ Y. BUFFELAN-LANORE et V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit civil les obligations*, *op. cit.* spéc. p. 460, n° 1358.

¹⁵⁸⁰ Pour une représentation de l'ordre public en droit des contrats, V. A. LE POMMELEC, « La signification de l'ordre public en droit des obligations » in C.-A. DUBREUIL (dir.), *L'ordre public*, Éditions Cujas, Actes du colloque organisé les 15 et 16 décembre 2011 par le Centre Michel de l'Hospital de l'Université d'Auvergne, p. 73.

¹⁵⁸¹ En ce sens, v. J. LEMOULAND, J. PIETTE et J. HAUSER, « Ordre public et bonne mœurs », *op. cit.* spéc. n° 2.

¹⁵⁸² J. GHESTIN, G. LOISEAU et Y.-M. SERINET, *Traité de droit civil. La formation du contrat : le contrat, le consentement*, LGDJ, t.1, 4^{ème} éd. 2013, spéc. p. 383 et s., n°s 523 et s ; J. CARBONNIER, *Droit civil les obligations*, *op. cit.* spéc. n°s 70-71 ; G. COUTURIER, « L'ordre public de protection, heurs et malheurs d'une vieille notion neuve », in *Études offertes à Jacques Flour*, Répert. du notariat Defrénois, 1979, p. 95 ; J. MESTRE et B. FAGES, « Ordre public de protection et place de la volonté des parties », *RTD Civ.* 2004, p. 285.

Lorsque des règles poursuivent un ordre public de protection, cela signifie qu'elles sont là afin de protéger les intérêts particuliers d'une catégorie de personne, à l'image des règles relatives à la protection des personnes vulnérables¹⁵⁸³. Ainsi, par exemple, en droit de la consommation, l'ordre public de protection justifie alors que le recours à certaines mesures unilatérales soit présent¹⁵⁸⁴. Dans une certaine mesure, « le mécanisme le plus radical conçu au nom de l'ordre public consiste dans la mesure de défiance vis-à-vis de la partie faible »¹⁵⁸⁵. En d'autres termes, cela revient à admettre qu'au nom de l'ordre public, des règles spéciales peuvent être apportées pour protéger les parties faibles contre elles-mêmes.

Ainsi, en vertu du respect d'un certain ordre public de protection, pour protéger les intérêts particuliers d'une catégorie de contractants, il serait alors possible d'instaurer des limites à la liberté contractuelle dans les règles du droit des contrats. En l'espèce, pour autoriser des propositions de hiérarchisation des sanctions unilatérales, il faudrait alors pouvoir admettre une exception au principe de la liberté contractuelle. Celle-ci pourrait, à notre avis, résider dans l'intérêt de protéger une partie particulière de contractants : la partie faible à un contrat d'adhésion, en vertu du respect d'un ordre public de protection. Pour ce faire, il ne serait pas obligatoire que des règles spéciales indiquent expressément ce respect nécessaire à un tel ordre public, puisqu'il est acquis, « que, quant aux sources, l'ordre public peut être textuel ou virtuel »¹⁵⁸⁶. « L'ordre public est en droit des obligations dominé par un certain impressionnisme »¹⁵⁸⁷

314. Conclusion du §1 – Il est possible de trouver une justification à la hiérarchisation des sanctions unilatérales. Celle-ci réside dans la volonté de protéger la partie faible, et d'augmenter l'efficacité économique des sanctions afin de renforcer l'attractivité du droit français des contrats¹⁵⁸⁸. La hiérarchisation des sanctions unilatérales pourrait être considérée comme une atteinte justifiée à la liberté contractuelle. Cette atteinte serait possible à partir du moment où l'on admet que des règles, adaptées à la protection de la partie faible, relatives à la hiérarchisation, relèvent virtuellement d'un ordre public de protection, auquel il ne serait

¹⁵⁸³ G. CORNU, *Dictionnaire de la culture juridique*, *op. cit.* v° Ordre public ; J. LEMOULAND, J. PIETTE et J. HAUSER, « Ordre public et bonne mœurs », *op. cit.* spéc. n°s 1-10.

¹⁵⁸⁴ J. ROCHFELD, « Les droits potestatifs accordés par le contrat », *précit.*

¹⁵⁸⁵ P. LOKIEC, *Contrat et pouvoir*, *op. cit.* spéc. p. 15 ; J.-J. LEMOULAND, J. PIETTE et J. HAUSER, « Ordre public et bonne mœurs », *op. cit.* spéc. n°s 1-10.

¹⁵⁸⁶ J. LEMOULAND, J. PIETTE et J. HAUSER, « Ordre public et bonne mœurs », *op. cit.* n°2 qui reprend G. CORNU, *Droit civil. Introduction. Les personnes, les biens*, 12^{ème} éd. 2005, Montchrestien, 2005, n°s 338 et s.

¹⁵⁸⁷ A. LE POMMELEC, « La signification de l'ordre public en droit des obligations », *précit.* spéc. p. 83.

¹⁵⁸⁸ Rapport au Président, *précit.* : Dans une logique d'attractivité, il faut que nouvelles règles soient « efficaces et adaptées aux évolutions de l'économie de marché »

possible de déroger. S'il est possible de hiérarchiser le recours aux sanctions unilatérales, il faut à présent s'intéresser à la réalisation effective d'une telle entreprise (§2).

§2 : Critères et propositions de hiérarchisation du recours aux sanctions unilatérales

315. Afin de pouvoir proposer une hiérarchisation des sanctions unilatérales (B), il convient au préalable de déterminer les critères sur laquelle l'instaurer(A).

A. Les critères de hiérarchisation du recours aux sanctions unilatérales

316. Le critère principal pour hiérarchiser les sanctions unilatérales : la prise en compte du type de contrat – Pour hiérarchiser les sanctions unilatérales, en protégeant la partie faible tout en assurant l'efficacité économique des sanctions, il semble qu'il faille s'appuyer sur la qualification du contrat. En effet, à notre sens, le critère principal de la protection de la partie faible dans les sanctions unilatérales repose sur la prise en compte de la *summa divisio* établie sur la distinction entre les contrats d'adhésion et les contrats de gré à gré¹⁵⁸⁹. Dans la mesure où ces contrats sont fondamentalement différents, puisqu'ils ne poursuivent pas les mêmes finalités¹⁵⁹⁰, il semble alors nécessaire de proposer une hiérarchisation des sanctions unilatérales différente en fonction de ces deux catégories contractuelles. Si le critère principal pour hiérarchiser le recours aux sanctions unilatérales semble reposer sur la détermination du type de contrat, il convient de déterminer si d'autres critères ne peuvent pas être pris en compte à titre subsidiaire ? En d'autres termes, il faut se demander si les propositions de hiérarchie des sanctions unilatérales peuvent, en plus de s'appuyer sur la prise en compte de la nouvelle dichotomie des contrats d'adhésion et des contrats de gré à gré, doivent prendre en compte d'autres critères afin que l'intégration de ces dernières atteigne les objectifs d'efficacité et de sécurité.

317. La recherche d'un critère subsidiaire aux propositions de hiérarchisation du recours aux sanctions unilatérales – En premier lieu, pour atteindre ces buts, on peut douter de la pertinence d'un critère de hiérarchisation qui serait basé, en plus de la prise en compte du type de contrat, sur le type d'inexécution. Ce doute se justifie pour plusieurs raisons. D'une part, il n'est pas évident de classer les différentes inexécutions. D'ailleurs, « il serait un peu

¹⁵⁸⁹ V. *supra* n°239 et s.

¹⁵⁹⁰ V. *supra* n°310.

simpliste de présenter l'inexécution d'une obligation de manière unitaire, comme si elle ne pouvait pas varier par son importance ou sa durée ; l'inexécution peut être partielle, totale, provisoire ou définitive »¹⁵⁹¹. D'autre part, la distinction entre le type d'inexécution est trop complexe et bien souvent, insatisfaisante. À titre d'exemple comme l'explique Madame Rémy-Corlay, en droit allemand avant la réforme du BGB en 2002, il existait plusieurs types d'inexécution : « inexécution totale (impossibilité subséquente imputable au débiteur), inexécution tardive (retard) et inexécution défectueuse (violation positive du contrat), ce qui entraînait l'application de remèdes distincts »¹⁵⁹². Avec la réforme du BGB, l'inexécution a été unifiée et les distinctions ont été abandonnées¹⁵⁹³. Il en va de même pour les Principes Unidroit, qui présentent, à l'article 7.1.1, la définition d'une inexécution, la définissant comme : « tout manquement par une partie à l'une quelconque de ses obligations résultant du contrat, y compris l'exécution défectueuse ou tardive »¹⁵⁹⁴. Le commentaire accompagnant l'article est également limpide, en ce qu'il indique que « l'inexécution est définie de manière à inclure toute forme d'inexécution défectueuse ainsi que le défaut complet d'exécution »¹⁵⁹⁵. Ce texte ne distingue pas l'application des sanctions unilatérales, en fonction du type d'inexécution. Il en va de même, pour les Principes du droit européen des contrats, qui reconnaissent une conception unitaire de la notion d'inexécution à la lecture de l'article 9: 102¹⁵⁹⁶. En France, le nouveau droit des contrats ne fait pas de distinction en fonction du type d'inexécution pour appliquer les sanctions unilatérales. La seule différence implicite relève entre l'inexécution fortuite, non imputable au débiteur et relevant de la force majeure, et l'inexécution fautive, imputable au débiteur¹⁵⁹⁷. Il faut rappeler que l'inexécution non imputable au débiteur est en dehors du champ de cette thèse qui ne concerne que les cas d'inexécution fautive¹⁵⁹⁸. C'est ainsi que l'article 1217 du Code civil prévoit les sanctions, en cas d'une inexécution fautive en désignant « la partie envers laquelle l'engagement n'a pas été exécuté, ou l'a été imparfaitement »¹⁵⁹⁹. Toutes

¹⁵⁹¹ R. ENCINAS DE MUNAGORRI, *L'acte unilatéral dans les rapports contractuels*, *op. cit.*, spéc. p. 130, n°133.

¹⁵⁹² P. REMY-CORLAY, « Exécution et réparation : deux concepts ? », *RDC/I* 2005, p. 13.

¹⁵⁹³ *Ibid.* Par conséquent, « L'unification de la notion d'inexécution apportée par la réforme de 2002 vient généraliser la possibilité pour le demandeur d'obtenir l'amélioration de l'exécution ».

¹⁵⁹⁴ UNIDROIT, « Principes relatifs aux contrats du commerce international », *op. cit.* art. 7.1.1.

¹⁵⁹⁵ UNIDROIT, « Principes relatifs aux contrats du commerce international », *op. cit.* commentaire de l'art. 7.1.1.

¹⁵⁹⁶ *Principes du droit européen des contrats*, *op. cit.* art. 9:102 « le créancier (...) a le droit d'exiger l'exécution en nature, y compris la correction d'une exécution défectueuse ».

¹⁵⁹⁷ R. ENCINAS DE MUNAGORRI, *L'acte unilatéral dans les rapports contractuels*, *op. cit.*, n°133. L'auteur distingue entre l'inexécution fortuite et l'inexécution fautive.

¹⁵⁹⁸ V. *supra* n°10. La distinction basée sur l'imputabilité de l'inexécution au débiteur ne remet pas en cause la valorisation des sanctions proposées en fonction du type de contrat car peu importe le type de contrat, l'inexécution non imputable au débiteur suit le régime de l'article 1218 du Code civil et seule l'inexécution fautive, peut se voir appliquer les sanctions unilatérales de l'article 1217 du même Code.

¹⁵⁹⁹ C. civ. art. 1217 (version en vigueur depuis le 01 octobre 2018).

les sanctions peuvent alors s'appliquer indistinctement selon le type d'inexécution, à partir du moment où l'inexécution est non fortuite, c'est-à-dire à chaque fois qu'elle est imputable au débiteur. Les sanctions unilatérales n'ont pas vocation à être appliquées différemment selon le type d'inexécution (totale ou partielle, définitive ou provisoire). En effet, la réforme justifie l'utilisation des sanctions unilatérales en cas « d'inexécution suffisamment grave » pour l'exception d'inexécution classique et anticipée et la résolution par notification¹⁶⁰⁰. Toutefois, l'inexécution suffisamment grave pour un créancier peut être totalement différente pour un autre. Dans quel cas, l'inexécution est considérée comme suffisamment grave ? En cas d'inexécution totale mais pas, en cas d'inexécution partielle ? Lorsque l'inexécution est définitive et non pas lorsqu'elle s'avère uniquement provisoire ? En l'état, une réponse objective à ces interrogations est inconcevable.

À titre d'exemple, dans certaines situations, une inexécution partielle emportera de lourdes conséquences pour le créancier d'une obligation. Par exemple, un pépiniériste A, qui attend de son fournisseur, de recevoir une quantité x de sapins, prévue pour les fêtes de Noël, période durant laquelle il réalise la moitié de son chiffre d'affaires. Il n'en reçoit que la moitié. Il ne peut alors satisfaire tous ses clients et son objectif de vente n'est pas atteint. Avec ce manque à gagner, il ne peut pas payer le bail de son local du mois de décembre. En l'espèce, l'inexécution est partielle mais ses conséquences sont relativement importantes pour le créancier, victime de l'inexécution. À l'inverse, une inexécution totale, dans d'autres circonstances, n'aura parfois que de faibles conséquences pour le créancier. Il suffit de reprendre le même protagoniste. Parallèlement à la vente de ses sapins, le pépiniériste commercialise des poinsettias, fleurs relativement appréciées durant les fêtes de fin d'année. Son fournisseur ne lui livre pas la commande des 500 fleurs prévues. Or, ce manque à gagner, même s'il est coûteux, est relativement moins important que la livraison partielle des sapins. En l'espèce, l'inexécution est totale mais ses conséquences sont moins importantes que dans la première situation pour le pépiniériste. Dans la première situation, alors même que l'inexécution est partielle, ses conséquences sont suffisamment graves pour le créancier pour que celui-ci mette en œuvre une sanction unilatérale à l'image de la résolution du contrat, ou de l'exception de l'inexécution en refusant de payer le prix¹⁶⁰¹. Pour la réduction du prix, l'article 1223 du Code civil prévoit le recours à cette sanction à partir du moment où l'exécution est imparfaite. En l'espèce, en ne

¹⁶⁰⁰ V. C. civ. arts. 1219, 1220 et 1224 (versions en vigueur depuis le 01 octobre 2016).

¹⁶⁰¹ La résolution unilatérale peut être mise en œuvre à partir du moment où l'inexécution est suffisamment grave. Le terme englobe les conséquences de l'inexécution, V. F. CHÉNEDÉ, *Droit des obligations et des contrats*, op. cit. spéc. p. 177 et s., n°128.190 s.

livrant pas la quantité prévue, l'exécution est imparfaite. L'article 1223 du Code civil pourra alors être exercé. Enfin, la simple inexécution ouvre droit à l'exécution forcée en nature et à la faculté unilatérale de remplacement du débiteur défaillant pour l'obtention de celle-ci¹⁶⁰². Il pourra utiliser toutes les sanctions de l'inexécution. Dans la seconde hypothèse, l'inexécution est totale. En elle-même, elle est donc suffisamment grave. L'exception d'inexécution et la résolution unilatérale peuvent être mise en œuvre. De même, comme il y a inexécution, le pépiniériste peut obtenir la livraison des fleurs en substituant à son fournisseur principal, un tiers. Cependant, pour obtenir la réduction du prix, l'exécution doit être imparfaite. En l'état, elle est inexistante. Peut-elle être considérée comme imparfaite ? Intuitivement, il est possible de répondre par l'affirmative à cette interrogation. *A contrario*, il est parfaitement possible de considérer textuellement le recours à cette sanction de réduction du prix comme inenvisageable puisque la réduction du prix a pour but de corriger une mauvaise exécution. En l'espèce, l'absence d'exécution n'est pas une sorte de mauvaise exécution du contrat. Elle est inexistante et non défectueuse. C'est pourquoi, en l'absence d'exécution du contrat, nous pouvons envisager que le recours à cet article puisse être prohibé. Par cet exemple, il faut comprendre qu'il est donc impossible, et inopportun, de réétudier les sanctions unilatérales en fonction du type d'inexécution, dans la mesure où ce n'est pas le type d'inexécution qui justifie ou non le recours à la sanction unilatérale mais la gravité de celle-ci pour la mise en œuvre de la résolution et de l'exception d'inexécution. Pour la réduction du prix, le recours à cette sanction est justifié par une inexécution imparfaite. Or, dans notre exemple, deux hypothèses peuvent se présenter pour valider ou interdire le recours à cette mesure. Enfin, l'exécution forcée est possible à partir du moment où une inexécution contractuelle est constatée. Par conséquent, pour justifier la mise en œuvre des sanctions unilatérales, il n'est pas possible de distinguer suivant le type d'inexécution en cause¹⁶⁰³. En effet, les types d'inexécution sont tellement diversifiés que suivant les situations des parties, les sanctions unilatérales ne seront pas toujours appliquées. En effet, dans la situation du pépiniériste A, la livraison imparfaite des sapins lui permet de mettre en œuvre toutes les sanctions unilatérales, parce que les conséquences de cette inexécution sont suffisamment graves. Il est parfaitement envisageable que, dans une autre situation, un autre contractant ne puisse pas prouver que cette inexécution est suffisamment grave. En effet, un fleuriste B qui aurait commandé 10 sapins pour son magasin et qui n'en

¹⁶⁰² C. civ. art. 1221 (version en vigueur depuis le 01 octobre 2018) et art. 1222 (version en vigueur depuis le 01 octobre 2016).

¹⁶⁰³ À titre d'exemple, la jurisprudence considère que pour mettre en œuvre la résolution unilatérale, il faut que prenne en compte « la gravité du manquement » d'une des parties à son engagement : V. en ce sens, Cass. Civ. 3^{ème}, 8 fév. 2018, n°16-24.641, P+B.

recevrait que 5, serait effectivement placé dans la même situation que le pépiniériste A. L'exécution de son contrat serait imparfaite pour moitié. Or, l'inexécution serait-elle considérée comme suffisamment grave, afin de mettre en œuvre la résolution unilatérale ? La question peut se poser, même si la réponse semble être positive puisque la gravité de l'inexécution semble s'apprécier par rapport à la situation des cocontractants. En l'état, faut-il considérer que recevoir la moitié d'une livraison est considéré comme une inexécution suffisamment grave ? Si la réponse est négative, il faut alors prouver que les conséquences de l'inexécution sont suffisamment graves. Cependant, si pour le pépiniériste A, l'inexécution de la livraison lui causait une perte de 50% de son chiffre d'affaires, le fleuriste B doit prouver la livraison imparfaite emporte pour lui des conséquences suffisamment graves. Or, si la même inexécution, à quantité différente, provoque une perte de 1% de son chiffre d'affaires, il est possible de croire en la non-application des sanctions d'exception d'inexécution et de résolution. Finalement, les types d'inexécution sont trop divers et variés pour parvenir à un régime cohérent de mise en œuvre des sanctions unilatérales. En l'état, les différents types d'inexécution présentés par la réforme semblent tout à fait satisfaisants, et il ne faut pas réétudier les sanctions unilatérales à l'aune des différents types d'inexécution.

Hiérarchiser le recours aux sanctions unilatérales en utilisant le critère subsidiaire de prise en compte du type d'inexécution viendrait alors potentiellement créer une difficulté supplémentaire. En effet, que ce soit dans les contrats d'adhésion et de gré à gré, les parties peuvent se retrouver face à différents types d'inexécution. Les différentes situations évoquées peuvent se produire dans tous les types de contrats, d'adhésion ou de gré à gré. Le but des sanctions de l'inexécution est de protéger le créancier victime d'un débiteur défaillant. Il n'est pas possible eu égard à la diversité des situations, de protéger la partie faible, en imposant une inexécution particulière de la part du débiteur défaillant afin que les parties à un contrat d'adhésion mettent en œuvre une sanction unilatérale. C'est pourquoi, nous estimons que, pour protéger la partie faible, il faudrait hiérarchiser les sanctions unilatérales en fonction du type de contrat et non en fonction du type d'inexécution, qui ne serait pas un critère subsidiaire satisfaisant.

En second lieu, on peut également s'interroger sur la pertinence d'un critère de hiérarchisation qui serait instauré, en plus de la prise en compte du type de contrat, sur la fonction poursuivie par chaque sanction unilatérale. En effet, il faut reconnaître qu'il n'est pas facile de déterminer les fonctions des sanctions de l'inexécution. Il faut admettre qu'il est assez difficile de dresser une classification uniforme des sanctions de l'inexécution. Il existe

différentes typologies des sanctions¹⁶⁰⁴. Suivant un critère fonctionnel, elles peuvent servir à punir, réparer ou dissuader¹⁶⁰⁵. Dans les sanctions de l'inexécution prévues à l'article 1217 du Code civil, il est communément admis que la responsabilité contractuelle a pour but de réparer le préjudice subi à la suite de l'inexécution d'une obligation contractuelle. À l'inverse, l'exception d'inexécution préventive peut avoir pour but principal de dissuader le débiteur défaillant par anticipation. Pourtant, « si l'on peut utilement solliciter une typologie fonctionnelle pour ordonner les sanctions en matière contractuelle, il convient de se départir de toute rigidité *a priori*. Il faut décloisonner ! »¹⁶⁰⁶. En effet, les fonctions des sanctions unilatérales de l'inexécution peuvent être diverses. Par exemple, bien que la rupture unilatérale puisse avoir pour objectif premier de mettre fin au contrat en cas d'inexécution suffisamment grave alors qu'à l'inverse, la réduction du prix a pour but de rééquilibrer le contrat, en accordant un prix différent que celui qui était fixé lors de la conclusion du contrat, si l'exécution du débiteur ne correspond pas totalement à ce que le créancier attendait, il est parfois difficile de classer ces sanctions. Là où l'on pense que la réduction du prix viendrait punir le débiteur défaillant, de la même manière que la rupture unilatérale, ces sanctions peuvent être utilisées à titre dissuasif. D'ailleurs, les mesures unilatérales ont une vocation dissuasive¹⁶⁰⁷. Parallèlement, ces mêmes sanctions peuvent également traduire une volonté de réparation du créancier déchu. Certes, cette dernière sera différente de la réparation monétaire, mais elle fera office de réparation en nature. Laquelle des finalités poursuivies par les sanctions unilatérales, à savoir dissuader, punir ou réparer, est la plus apte à protéger la partie faible ? En fonction des hypothèses, la réponse varie.

Proposer une hiérarchie du recours aux sanctions unilatérales afin de protéger la partie faible en tentant de déterminer le but poursuivi par chaque sanction n'est pas satisfaisant eu égard à la diversité des hypothèses dans lesquelles l'exercice de la sanction vient modifier sa fonction (punitif, réparatrice ou dissuasif). Il est très difficile de classer les sanctions unilatérales en fonction du but poursuivi puisque celui-ci est mouvant suivant les situations contractuelles. Il n'y a pas d'uniformité dans les buts poursuivis par chaque sanction, qui peuvent d'ailleurs être multiples.

¹⁶⁰⁴ D. MAZEAUD, R. BOFFA et N. BLANC (dir.), *Dictionnaire du contrat, op. cit.* v° n°237, « Sanction », p. 994, spéc. p. 996.

¹⁶⁰⁵ *Ibid.* p. 994, spéc. p. 996.

¹⁶⁰⁶ *Ibid.* p. 994, spéc. p. 996.

¹⁶⁰⁷ C. JAMIN et D. MAZEAUD (dir.), *L'unilatéralisme et le droit des obligations, op. cit.*

318. Le but poursuivi par chaque sanction : un critère subsidiaire à celui de la prise en compte de la distinction entre les contrats d'adhésion et de gré à gré pour hiérarchiser le recours aux sanctions unilatérales – Il est pourtant possible de prendre en compte le critère subsidiaire du but poursuivi par chaque sanction afin de proposer une hiérarchisation du recours aux sanctions unilatérales. Pour ce faire, il faut alors admettre que si les sanctions présentent différentes fonctions, il est possible de croire qu'elles ont toujours une finalité qui prédomine. Par exemple, la responsabilité contractuelle qui peut parfois punir a pour but premier de réparer¹⁶⁰⁸. La réduction du prix aurait pour but premier de réparer la mauvaise exécution du débiteur. L'exception d'inexécution aurait pour objectif principal de dissuader l'inexécution et de forcer l'exécution du contrat. Enfin, la résolution unilatérale pourrait avoir pour finalité première de punir l'inexécution suffisamment grave du débiteur défaillant en mettant fin au contrat. Dans ce cas, l'argument de prise en compte de la fonction poursuivie par chaque sanction pour hiérarchiser le recours aux sanctions unilatérales se soutient davantage. Il est alors possible, pour hiérarchiser les sanctions unilatérales de retenir deux critères : celui du but poursuivi par chaque sanction, et celui relatif à la prise en compte de la nouvelle dichotomie entre les contrats d'adhésion et les contrats de gré à gré. En conséquence, les sanctions qui ont pour but de réparer et de dissuader l'inexécution ou la mauvaise exécution du débiteur doivent pouvoir être utilisées dans les contrats d'adhésion par la partie faible pour être protégées. En revanche, les sanctions qui ont pour but de punir doivent être relativement encadrées dans ces mêmes contrats puisqu'il est possible que la partie forte abuse de ce type de sanction face à des contractants placés dans une situation de faiblesse. Dans les contrats de gré à gré, les sanctions unilatérales qui ont pour but dominant de punir doivent pouvoir être encouragées davantage afin d'accorder une efficacité maximale de ce type de sanction. Le recours et l'exercice aux sanctions unilatérales doit être encadré dans les contrats d'adhésion et accentuer et développé dans les contrats de gré à gré.

319. Bilan A – Le critère principal de hiérarchisation des sanctions semble reposer sur le type de contrat conclu. Toutefois, ce dernier peut être complété par la prise en compte d'un critère subsidiaire : la prise en compte du but poursuivi par chaque sanction. La combinaison de ces deux critères peut alors permettre de développer des orientations relatives à une hiérarchisation du recours aux sanctions unilatérales (B).

¹⁶⁰⁸ D. MAZEAUD, R. BOFFA et N. BLANC (dir.), *Dictionnaire du contrat, op. cit.* v° n°237, « Sanction », p. 994, spéc. p. 997.

B. Les propositions de hiérarchisation du recours aux sanctions unilatérales

320. En s'appuyant sur la totalité des éléments précédemment évoqués, il est possible de proposer une hiérarchisation des sanctions unilatérales.

321. L'orientation générale : l'éventuelle recommandation du recours prioritaire aux sanctions unilatérales dans les contrats de gré à gré – Le principe général doit demeurer la liberté de choix du créancier dans l'exercice de la sanction. Cependant, il faut distinguer deux situations. En effet, dans les contrats d'adhésion, il ne faut pas que les règles de droit, dont les sanctions unilatérales font partie, augmentent le déséquilibre naturel entre les parties. C'est pourquoi, nous avons déjà préconisé d'interdire le recours aux sanctions unilatérales anticipées dans ce type de contrat¹⁶⁰⁹. En effet, nous avons fait le choix de protéger une catégorie de contractants particuliers, qui représente une partie du monde économique. Cette catégorie doit être protégée dans sa globalité pour le bon fonctionnement du marché¹⁶¹⁰. À l'inverse dans les contrats de gré à gré, il faut poursuivre la logique d'efficacité et de liberté contractuelle qui règne dans ce type de contrat. Au sein de ces derniers, le recours aux sanctions unilatérales devrait donc être recommandé lorsque cela est possible dans la mesure où elles sont vectrices d'efficacité économique¹⁶¹¹. Toutefois, aucun levier juridique ne permettrait d'imposer une telle priorisation. Ainsi, pour ce type de contrat, les sanctions unilatérales anticipées devraient pouvoir s'appliquer librement, à l'image de l'exception d'inexécution préventive et de la résolution unilatérale anticipée¹⁶¹².

Pour arriver à proposer une hiérarchie satisfaisante des sanctions unilatérales en fonction du type de contrat, la recommandation générale à suivre serait donc d'accepter que le recours aux sanctions unilatérales puisse être priorisé, dans les contrats de gré à gré, afin d'augmenter l'efficacité économique de ces contrats. Dans les contrats d'adhésion, le recours à ces dernières devrait être encadré afin de protéger la partie faible et de pallier la création d'éventuels abus. Toutefois, en vertu de la liberté contractuelle, pour les contrats de gré à gré, il ne s'agirait que

¹⁶⁰⁹ V. *supra* n°282.

¹⁶¹⁰ J. ROCHFELD, « « Du statut du droit contractuel “de protection de la partie faible” : les interférences du droit des contrats, du droit du marché et des droits de l'homme », in *Études offertes à G. Viney*, LGDJ, 2008, p. 835, spéc. n° 8 : « le protection de la partie faible n'intervient plus comme celle d'un individu mais au non d'un intérêt collectif : celui du fonctionnement du marché et des mécanismes macroéconomiques. Dans cet esprit, on ne considère plus prioritairement une partie en position de faiblesse, pour organiser une protection s'attachant à sa qualité de personne. On protège davantage la fonction économique que celle-ci incarne. [...] Dès lors, sa protection sera conçue dans une dimension macroéconomique de protection de cette fonction économique collective ».

¹⁶¹¹ V. *supra* n°228.

¹⁶¹² V. *supra* n°s281 et s.

d'une simple recommandation, que l'on pourrait adresser aux créanciers d'une obligation inexécutée, et à leurs conseils. Eux seuls pourront prendre acte ou non d'une telle préconisation.

322. Première orientation : l'éventuelle méthode de priorisation du recours aux sanctions unilatérales dans les contrats de gré à gré – La question qu'il faut maintenant se poser est la suivante : comment prioriser, ou encadrer, le recours aux sanctions unilatérales en fonction du type de contrat ? Pour ce faire, nous estimons qu'il est nécessaire de distinguer deux hypothèses. En effet, les sanctions unilatérales n'offrent pas toutes les mêmes possibilités aux parties et ne convergent pas toutes vers le même but. Certaines ont pour but de préserver le contrat, tandis que d'autres permettent d'y mettre un terme¹⁶¹³. De plus, comme nous avons eu l'occasion de le voir, les sanctions n'ont pas toutes les mêmes finalités. Alors que certaines ont pour but de dissuader, d'autres ont vocation à punir ou encore à réparer. Enfin, certaines sanctions disposent de plusieurs versions : judiciaire, contractuelle mais aussi unilatérale. Les sanctions qui disposent de plusieurs versions sont au nombre de deux. Il s'agit de la résolution qui peut être, conventionnelle, judiciaire ou unilatérale¹⁶¹⁴ et qui devrait aussi, à notre avis, exister sous sa forme anticipée. L'autre sanction est l'exécution forcée en nature, qui est judiciaire par principe¹⁶¹⁵, mais qui, dispose d'un versant unilatéral grâce à la faculté de remplacement unilatérale du débiteur défaillant¹⁶¹⁶. À l'inverse, les autres mesures unilatérales prévues à l'article 1217 du Code civil ne prévoient pas de version judiciaire. Sur la forme, elles sont purement unilatérales, à l'image de l'exception d'inexécution, classique ou anticipée, et de la réduction du prix. Selon nous, pour hiérarchiser les sanctions unilatérales dans le but de protéger la partie faible des contrats d'adhésion, il serait nécessaire de prendre en compte cet élément supplémentaire relatif au caractère unilatéral total de la sanction, ou à son existence parallèle dans une version judiciaire, afin de ne pas priver les parties du bénéfice de chaque sanction. Notre raisonnement s'appuie sur une jurisprudence classique qui autorise de renoncer

¹⁶¹³ V. *supra* n°17.

¹⁶¹⁴ C. civ. art. 1224, (version en vigueur depuis le 01 octobre 2016) : « La résolution résulte soit de l'application d'une clause résolutoire soit, en cas d'inexécution suffisamment grave, d'une notification du créancier au débiteur ou d'une décision de justice ».

¹⁶¹⁵ C. civ. art. 1221, (version en vigueur depuis le 01 octobre 2018) : « Le créancier d'une obligation peut, après mise en demeure, en poursuivre l'exécution en nature sauf si cette exécution est impossible ou s'il existe une disproportion manifeste entre son coût pour le débiteur de bonne foi et son intérêt pour le créancier ».

¹⁶¹⁶ C. civ. art. 1222 (version en vigueur depuis le 01 octobre 2016) : « Après mise en demeure, le créancier peut aussi, dans un délai et à un coût raisonnables, faire exécuter lui-même l'obligation ou, sur autorisation préalable du juge, détruire ce qui a été fait en violation de celle-ci. Il peut demander au débiteur le remboursement des sommes engagées à cette fin. Il peut aussi demander en justice que le débiteur avance les sommes nécessaires à cette exécution ou à cette destruction ».

au bénéfice d'une sanction à condition qu'il existe une autre « sanction » possible¹⁶¹⁷. Lorsqu'une sanction existe dans plusieurs versions (judiciaire, unilatérale et conventionnelle), il serait possible de hiérarchiser le recours aux sanctions unilatérales en fonction du type de contrat.

Ainsi, dans les contrats de gré à gré, pour augmenter leur efficacité, il faudrait simplement recommander¹⁶¹⁸ un recours à la version unilatérale de la sanction, faute de moyen juridique possible pour l'imposer. En effet, précisons qu'il est très difficile d'imposer aux parties un recours à la version unilatérale et ce, même dans les contrats de gré à gré, sans porter atteinte à la liberté contractuelle, codifiée par le législateur lors de la réforme du droit des contrats. De plus, imposer le recours à une sanction unilatérale dans ces contrats n'est pas non plus convaincant dans la mesure où priver les parties du recours au juge dans ces contrats reviendrait à contredire le principe du droit d'accès au juge reconnu par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales¹⁶¹⁹. Par conséquent, dans les contrats de gré à gré, lorsque la sanction existe en plusieurs versions, il n'est pas possible d'imposer un recours obligatoire et privilégié à la version unilatérale de la sanction. Toutefois, il faudrait préconiser aux parties et à leurs conseils, d'avoir recours à la version unilatérale de la sanction. Autrement dit, le créancier qui déciderait de mettre en œuvre la résolution du contrat en cas d'inexécution suffisamment grave de son débiteur devrait, selon nous, privilégier le recours à la résolution unilatérale, et non celui à la résolution judiciaire, pour davantage d'efficacité économique. Il serait dans ce cas possible d'installer une hiérarchie implicite dans les modes de résolution possibles pour ce type de contrat en recommandant en priorité le recours à la résolution unilatérale, en l'absence d'une clause résolutoire¹⁶²⁰. S'il existe une clause résolutoire, il demeurerait libre d'avoir recours en priorité à la résolution par notification¹⁶²¹. C'est pourquoi, il faudrait reconnaître que l'exécution forcée, parce qu'elle fait appel au juge, n'est pas, une sanction à lui recommander en termes d'efficacité économique. Seule la faculté de remplacement du débiteur défaillant, avec les limites qu'elle contient, devrait pouvoir lui être conseillée s'il décidait d'obtenir l'exécution forcée en nature, pour la simple raison que cette faculté est unilatérale. Recommander le recours aux sanctions unilatérales dans les

¹⁶¹⁷ Nous faisons ici référence à la renonciation à la résolution judiciaire : en ce sens, Cass. civ. 3^{ème}, 3 nov. 2011, n°10-26.203, *précit*.

¹⁶¹⁸ TLFi, v° Recommander : « [le suj. désigne une pers.] Plaider en faveur de, signaler à l'attention de quelqu'un ».

¹⁶¹⁹ CEDH, art. 13 : « Toute personne dont les droits et libertés reconnus dans la présente Convention ont été violés, a droit à l'octroi d'un recours effectif devant une instance nationale, alors même que la violation aurait été commise par des personnes agissant dans l'exercice de leurs fonctions officielles ».

¹⁶²⁰ V. *supra* n°100.

¹⁶²¹ La jurisprudence va en ce sens, Cass. Civ. 3^{ème}, 8 fév. 2018, n°16-24641 ; *JCP G* n°16, 16 avril 2018, act. 453, note A. ETIENNEY-DE SAINTE-MARIE.

contrats de gré à gré, lorsque cela est possible, nous semble alors être la meilleure solution. Il s'agira alors principalement d'une mission confiée aux praticiens.

323. Seconde orientation : l'éventuelles méthode d'encadrement du recours aux sanctions unilatérales dans les contrats d'adhésion – Dans les contrats d'adhésion, le recours aux sanctions unilatérales peut, à certains égards, permettre de rétablir l'équilibre entre les parties. À l'image du droit de la consommation qui prévoit des dispositions spécifiques en cas de vente, il semble opportun de hiérarchiser le recours aux sanctions de l'inexécution. En effet, pour la vente, « la loi établit une hiérarchie de celles-ci : elle favorise l'exécution en nature et n'admet la résolution ou la réfaction qu'à titre subsidiaire (C. consom., art. L.217-8 et L.217-12). Ainsi fait-elle une distinction selon que la réparation et le remplacement sont possibles ou impossibles »¹⁶²². Cette façon de protéger le consommateur n'est pas toujours encensée¹⁶²³. Elle n'est d'ailleurs nullement reconnue en droit commun. Il nous semble que pour hiérarchiser le recours aux sanctions unilatérales, il ne serait pas pertinent d'opérer une distinction selon la qualité des parties. En d'autres termes, il ne conviendrait pas de distinguer si la partie qui est à l'origine de la sanction est la partie faible ou la partie forte, sauf à complexifier une fois de plus l'exercice des sanctions unilatérales. À l'inverse de ce qui est prévu en droit de la consommation où le consommateur dispose de droits supplémentaires pour parvenir au bon déroulement du contrat et pour protéger ses intérêts¹⁶²⁴, il n'est pas nécessaire d'accorder un pouvoir supplémentaire, distinct de celui de son cocontractant, à la partie faible à un contrat d'adhésion. Au contraire, pour prioriser le recours aux sanctions judiciaires, il faudrait alors rendre la procédure d'exercice des sanctions unilatérales très stricte dans ce type de contrat afin de dissuader les parties d'avoir recours à ce type de sanction ou afin de limiter les éventuels abus lors de l'exercice d'une telle mesure. Cet encadrement serait justifié par la nécessité du respect d'un ordre public de protection, virtuellement présent dans les règles de ce type de contrat. Comme l'explique Monsieur Ghestin, il est parfois possible de déroger aux règles d'ordre public d'une manière conventionnelle, à condition que la dérogation soit en faveur de la partie protégée¹⁶²⁵. Cependant, nous l'avons déjà évoqué, déterminer la partie faible dans un contrat d'adhésion n'est pas toujours évident¹⁶²⁶.

¹⁶²² M. MIGNOT, « Art. 1603 à 1623 – Fasc. 20 : Vente – Obligations du vendeur – Obligation de délivrance : sanctions », *Jurisclasser Civil Code*, mise à jour : 18 fév. 2023, spéc. n°12.

¹⁶²³ T. GENICON, « Nouvelle garantie légale de conformité dans la vente au consommateur : l'heure des choix », *D.* 2021, p. 534.

¹⁶²⁴ En ce sens, le droit de la consommation prévoit des droits de rétractation unilatéraux. V. *supra* n°77.

¹⁶²⁵ J. GHESTIN, « L'utile et le juste », *précit.* spéc. p. 18.

¹⁶²⁶ V. *supra* n°223.

324. Troisième orientation : le recours non hiérarchisé aux sanctions purement unilatérales dans tous les types des contrats – Enfin, pour les sanctions qui sont purement unilatérales, à savoir la réduction du prix et l’exception d’inexécution, il faudrait admettre que toutes les parties, peu importe le type de contrat, puissent y avoir accès. Comme nous l’avons évoqué, les sanctions unilatérales peuvent s’appliquer dans tous les contrats, y compris les contrats d’adhésion. Par conséquent, il faut accepter qu’elles puissent être utilisées par toutes les parties. Cependant, pour encadrer le recours aux sanctions unilatérales dans les contrats de d’adhésion, il faut rappeler que l’exception d’inexécution anticipée devrait être interdite et pour encourager le recours aux sanctions unilatérales, les parties, devraient disposer, dans les contrats de gré à gré du recours à deux sanctions anticipées, la résolution et l’exception d’inexécution. Et, pour dissuader les parties à un contrat d’adhésion d’avoir recours en priorité aux sanctions unilatérales, il faudrait prendre le parti de complexifier la procédure d’exercice des sanctions unilatérales dans ce type de contrat.

325. Des pistes d’orientation vers une hiérarchisation des sanctions unilatérales – À ce stade, il faut conclure que ce qui vient d’être proposé s’apparente davantage à des orientations de hiérarchisation des sanctions unilatérales plutôt qu’à une proposition stricte de hiérarchie. Ces orientations pourraient permettre de guider le recours aux sanctions unilatérales en fonction du type de contrat afin de respecter l’impératif de protection de la partie faible. De plus, il faut toujours considérer que la présentation de la hiérarchie des sanctions est mouvante, et évolutive. Les propositions de hiérarchie doivent donc demeurer souples afin de pouvoir s’adapter à un maximum de situations. Finalement, la hiérarchisation du recours aux sanctions unilatérales repose sur deux points. Elle doit demeurer inexistante pour les contrats de gré à gré, dont les parties restent libres de choisir la sanction (judiciaire ou unilatérale) idéale pour régler leur litige. Dans les contrats d’adhésion, en vertu du respect d’un ordre public de protection, le recours aux sanctions unilatérales ne devrait avoir lieu qu’en dernier recours, l’exercice des sanctions devrait alors être privilégié par les parties.

326. Conclusion de la section 1 – La présence de deux critères combinés semble nécessaire afin de proposer une hiérarchisation des sanctions unilatérales. Le critère principal repose sur le type de contrat. Le critère subsidiaire quant à lui fait appel au but poursuivi par chaque sanction. Suivant cela, une méthode de hiérarchisation des sanctions unilatérales a pu être dégagée. Cette dernière nous a alors conduit à des orientations relatives à une proposition de hiérarchie des sanctions unilatérales.

Ces différentes propositions de hiérarchie ont diverses incidences sur le droit de l'inexécution dont il apparaît nécessaire de faire état dans un second temps de réflexion (section 2).

Section 2 : Conséquences de la hiérarchisation du recours aux sanctions unilatérales

327. Dès lors que l'on accepte d'instaurer une hiérarchie, même implicite, dans le recours aux sanctions unilatérales, cette dernière a des conséquences sur les sanctions de l'inexécution.

Dans les contrats d'adhésion, la faveur semble être accordée à la priorisation du recours aux sanctions judiciaires, afin de protéger la partie faible. Partant, la hiérarchisation du recours aux sanction unilatérales a alors pour conséquence directe de réfuter l'éventuel déclin des sanctions judiciaires et la disparition de la primauté classique de l'exécution forcée en nature, précédemment évoqués¹⁶²⁷ (§1).

De plus, si l'on ne peut pas imposer légalement de priorité dans l'exercice des sanctions unilatérales dans les contrats de gré à gré, d'un point de vue pratique, et en vertu de la recherche de l'efficacité économique, il apparaît souhaitable, que les parties à ces contrats aient recours en priorité aux sanctions unilatérales. Ainsi, d'un point de vue numérique, si le recours aux sanctions unilatérales est préféré aux sanctions judiciaires dans ce type de contrat, cette hiérarchie implicite pourrait également avoir des conséquences indirectes sur le contrôle judiciaire de l'exercice et de la contestation des sanctions unilatérales. *Quid* alors du renouvellement de contrôle ? (§2)

§1 : La conséquence directe : l'absence de déclin du recours aux sanctions judiciaires

328. La réponse à la question de l'éventuel déclin des sanctions judiciaires consécutif au développement des sanctions unilatérales – L'absence de hiérarchie emportait deux interrogations : le déclin éventuellement quantitatif du recours aux sanctions judiciaires et la question de l'éventuel recul de l'exécution forcée en nature¹⁶²⁸. À la lumière de la proposition de hiérarchie des sanctions unilatérales en fonction du type de contrat qui vient d'être présentée, il est possible de lever ces deux difficultés. D'abord, les sanctions judiciaires, parce qu'elles

¹⁶²⁷ V. *supra* n°s 102 et s.

¹⁶²⁸ V. *supra* n°s 102 et s.

font intervenir une instance tierce au contrat, sont très protectrices des intérêts des parties. De plus, comme le recours aux sanctions unilatérales devrait être encadré dans les contrats d'adhésion, certaines situations précédemment évoquées nécessiteront en priorité un recours aux sanctions judiciaires¹⁶²⁹. C'est pourquoi, dans les contrats d'adhésion, il ne faut pas conclure au déclin des sanctions judiciaires, bien au contraire. Par ailleurs, dans les contrats de gré à gré, l'exercice des sanctions unilatérales pourrait être privilégié pour des raisons pratiques, sans jamais être imposé. Par conséquent, suivant cette affirmation, dans ce cas, il pourrait être possible de croire au recul des sanctions judiciaires, et notamment au recours à l'exécution forcée en nature.

329. Le déclin circonstanciel de l'exécution forcée en nature relatif au développement des sanctions unilatérales – À la suite des développements précédents, il est possible de proposer des orientations plus précises pour régler un litige d'inexécution suivant le type de contrat conclu par les parties. Ainsi, si le recours aux sanctions unilatérales doit être encadré dans les contrats d'adhésion, il faudrait admettre, qu'en dehors de la résolution, la sanction à privilégier serait alors l'exécution forcée en nature. Il faudrait conclure que le recours aux sanctions unilatérales dans les contrats de gré à gré invite à penser que l'exécution forcée en nature n'est pas toujours la sanction à privilégier dans ce type de contrat, pour des raisons pratiques alors même que pour l'heure, elle semble demeurer la sanction de référence¹⁶³⁰. En effet, en suivant la logique des sanctions unilatérales, dans les contrats de gré à gré, l'exécution forcée en nature n'est pas forcément la mesure la plus adaptée pour permettre au créancier d'obtenir rapidement une issue à son inexécution. En effet, le créancier victime de l'inexécution doit faire appel au juge pour l'obtenir. Dans une optique de rapidité et d'efficacité économique, il nous est possible de conclure que l'exécution forcée en nature semble peut-être vouée à être en déclin dans ce type de contrat. D'après nous, il ne semblerait pas toujours pertinent de réclamer l'exécution forcée en nature en priorité, même si tout dépend du créancier (de ce qu'il veut, du temps qu'il a et des moyens financiers dont il dispose). Au contraire, il devrait être parfaitement possible pour le créancier qui souhaiterait mettre en œuvre une sanction unilatérale de choisir pour lui-même la sanction unilatérale adéquate. Le juge ne serait plus présent pour « décider » de la sanction¹⁶³¹. De plus, si l'exécution forcée se retrouve en déclin dans ce type

¹⁶²⁹ V. *supra* n°s 328 et s.

¹⁶³⁰ Cette sanction est souvent qualifiée de « reine » en comparaison aux autres sanctions de l'inexécution possible. En ce sens, T. GENICON, « Contre l'introduction du "coût manifestement déraisonnable" comme exception à l'exécution forcée en nature », *précit.*

¹⁶³¹ V. *infra* n°s 331 et s.

de contrat, comme nous l'envisageons, la réparation effectuée par le juge devrait alors nécessairement avoir lieu différemment. Il s'agirait alors d'une réparation par équivalent.

Dans les contrats où les sanctions unilatérales de l'inexécution pourraient être privilégiées, au nom de l'impératif d'efficacité économique, il faudrait peut-être envisager un renversement du principe du recours privilégiée à l'exécution forcée en nature, autorisant alors à imaginer que ce principe pourrait disparaître¹⁶³². Cependant, si le principe de l'exécution forcée en nature est voué à s'amenuiser très fortement dans les contrats de gré à gré où le recours aux sanctions unilatérales pourrait être privilégié, cela ne veut pas dire qu'il va entièrement décliner en pratique¹⁶³³. En effet, premièrement dans les contrats d'adhésion, le principe de l'exécution forcée devrait être privilégié. L'exécution forcée devrait rester la règle et la réparation par équivalent l'exception, au nom de l'impératif d'efficacité économique pour les contrats de gré à gré et de la préservation et de l'équilibre du lien contractuel dans les contrats d'adhésion¹⁶³⁴. Deuxièmement, dans les contrats de gré à gré, il faut rappeler que le créancier demeure libre dans le choix de la sanction qu'il entend mettre en œuvre en cas d'inexécution de la part de son débiteur. Pour davantage d'efficacité, il semble opportun de recommander la priorisation implicite du recours aux sanctions unilatérales dans ce type de contrat. Toutefois, imposer une telle priorité n'est pas juridiquement possible puisqu'elle contredirait principe de liberté contractuelle, finalité dominante de la force obligatoire de ces contrats.

330. Conclusion §1 : Le déclin nuancé des sanctions judiciaires suivant la hiérarchisation des sanctions unilatérales en fonction du type de contrat – La hiérarchisation des sanctions unilatérales en fonction du type de contrat a une incidence directe sur les sanctions judiciaires. À ce titre, l'on constate que les sanctions judiciaires dans les contrats d'adhésion ne devraient pas être en déclin face aux sanctions unilatérales. En effet, dans ces contrats, le recours aux sanctions unilatérales ne doit pas être sans limite. Lorsque la sanction unilatérale a un équivalent sous forme de sanction judiciaire, le recours à cette dernière devrait, selon nous, être privilégié, suivant certaines situations dans ce type particulier de contrat, notamment lorsque la sanction est mise en œuvre par la partie forte du contrat. L'exécution forcée en nature et la résolution judiciaire ont encore de beaux jours devant elles

¹⁶³² P. LEMAY, *Le principe de la force obligatoire du contrat à l'épreuve du développement de l'unilatéralisme*, *op. cit.*

¹⁶³³ F. BELLIVIER et R. STEFON-GREEN, « Force obligatoire et exécution en nature du contrat en droits français et anglais : bonnes et mauvaises surprises du comparatisme » in *Études offertes à Jacques Ghestin*, *op. cit.* p. 91, spéc. p. 112, qui déjà en 2015 expliquaient que « s'il faut abandonner quelque chose, ce n'est certes pas le procédé de l'exécution en nature mais son statut de principe ».

¹⁶³⁴ V. *supra* n°272.

dans les contrats d'adhésion et il faut croire à leurs nombreuses utilisations. En revanche, en maintenant l'absence de hiérarchie dans les contrats de gré à gré et en préconisant simplement une priorisation du recours aux sanctions unilatérales lorsque cela est possible, le recours aux sanctions judiciaires pourrait être davantage en déclin. En effet, nous estimons possible de croire en l'éventuelle consécration de l'exécution par équivalent, incarnée par une demande de dommages et intérêts dans ce type de contrat¹⁶³⁵.

Il est à présent nécessaire de s'intéresser à la conséquence indirecte des propositions de hiérarchisation des sanctions unilatérales (§2).

§2 : La conséquence indirecte : le renouvellement du contrôle judiciaire des sanctions unilatérales

331. Le double contrôle des sanctions unilatérales par le juge en fonction du type de contrat – La hiérarchisation, en fonction du type de contrat, ne va pas à l'encontre du recours aux sanctions unilatérales. Dans les contrats d'adhésion ou dans les contrats de gré à gré, les sanctions unilatérales doivent pouvoir être utilisées¹⁶³⁶. Or, le juge exerce un contrôle sur le recours aux sanctions unilatérales¹⁶³⁷. Son rôle évolue¹⁶³⁸. Il est temps de présenter le renouvellement de ce contrôle.

Suivant la hiérarchie présentée, dans les contrats d'adhésion ou de gré à gré, le recours aux sanctions judiciaires est toujours possible. Le contrôle traditionnel de ces dernières, effectué par le juge, est maintenu¹⁶³⁹. De plus, le juge va avoir un nouveau rôle important à jouer, notamment quant à l'exercice du contrôle *a posteriori*¹⁶⁴⁰. Toutefois, ce dernier contrôle n'est pas le seul de contrôle envisageable. Il n'est donc pas certain que le recours aux sanctions unilatérales puisse permettre de désengorger les tribunaux¹⁶⁴¹. En effet, dans certaines situations, il est possible de concevoir un contrôle *a priori* des sanctions unilatérales. Il est l'heure d'approfondir ce nouveau contrôle et d'en dégager les grandes lignes.

¹⁶³⁵ V. *infra* n°337.

¹⁶³⁶ V. *supra* n°279.

¹⁶³⁷ V. *supra* n°s111 et s.

¹⁶³⁸ Au lendemain de la réforme, la doctrine entrevoyait déjà une évolution du rôle du juge au point de s'interroger sur le point de savoir s'il n'était pas en train de se transformer en « juge régulateur ? », v. en ce sens, E. MOUIAL-BASSILANA, « Réforme du droit des contrats : la symbolique du paradoxe », *Bull. Joly Soc.* 2016, n°11, p. 629.

¹⁶³⁹ V. pour plus de précisions sur ce point, v. *infra* n°392 et s.

¹⁶⁴⁰ V. *supra* n°s116 et s.

¹⁶⁴¹ C. JAMIN, « Vers la résolution unilatérale du contrat », *D.* 1999, p. 197, note sous Cass, Civ. 1^{re}, 13 oct. 1998, *Bull. civ. I*, n°300 *précit.* : à propos de la résolution unilatérale, « il n'est donc pas sûr que le système de la résolution unilatérale réduise le nombre et le coût des procès ».

Le contrôle des sanctions unilatérales par le juge, s'il peut s'exercer parfois avant, et pendant le recours à la sanction unilatérales (A), s'exerce principalement après sa mise en œuvre (B).

A. Le nouveau contrôle *a posteriori* des sanctions unilatérales

332. Généralement, il est affirmé que le véritable contrôle du juge sur les mesures unilatérales s'exerce *a posteriori*, autrement dit une fois que la sanction unilatérale a été mise en œuvre par le créancier victime d'une inexécution¹⁶⁴².

333. L'incidence de la protection de la partie faible sur le contrôle *a posteriori* des sanctions unilatérales – L'exercice des sanctions unilatérales comprend des éléments procéduraux, qui sont des garde-fous obligatoires, ou non, en fonction du type de contrat, à leur mise en œuvre régulière¹⁶⁴³. En cas de contestation, les parties pourraient alors s'appuyer sur ces éléments obligatoires, si ces derniers n'ont pas été respectés par la partie à l'origine de la sanction, afin de prouver que l'exercice de cette dernière était irrégulier. Puisque l'exercice des sanctions unilatérales comporte un plus grand nombre d'éléments de procédure obligatoires à respecter, corrélativement, le juge devrait disposer de davantage d'éléments procéduraux à analyser pour trancher le litige. Cependant, comme la présence de ces mêmes éléments est moindre, dans les contrats de gré à gré, les champs respectifs des éléments de preuve par les parties et de contrôle par le juge seraient nécessairement réduits. Si la protection de la partie faible dans les règles des sanctions unilatérales a une incidence sur le contrôle *a posteriori* des mesures unilatérales, son rôle ne s'arrête pas là.

Le juge est important dans le contrôle des sanctions unilatérales. « Il est utile à la relation contractuelle, tend à faciliter la recherche de compromis en cas de bouleversement des circonstances économiques mais rempli aussi la fonction de sanctionner les contractants en cas de faute »¹⁶⁴⁴. Pour contrôler *a posteriori* les sanctions unilatérales, le juge dispose de plusieurs possibilités : soit il estime que le contrat doit se poursuivre (2), soit il admet que le contrat est terminé et il peut décider d'octroyer des dommages et intérêts (1).

¹⁶⁴² Ph. STOFFEL-MUNCK, « Le contrôle *a posteriori* de la résolution unilatérale », *précit.*

¹⁶⁴³ V. *supra* n°s 292 et s. à propos des éléments procéduraux obligatoires dans la mise en œuvre des sanctions unilatérales en fonction du type de contrat. Pour rappel ces éléments concernent les exigences respectives de mise en demeure de notification, d'obligation de motivation et de respect d'un délai raisonnable.

¹⁶⁴⁴ P. LEMAY, *Le principe de la force obligatoire du contrat à l'épreuve du développement de l'unilatéralisme*, *op. cit.* p. 462, n°336.

1) Le contrôle du juge et la fin du contrat

334. Le contrôle de la sanction unilatérale abusive : l'octroi de dommages et intérêts – Lorsqu'une sanction unilatérale est mise en œuvre de façon abusive, comment le juge doit-il se comporter ? Doit-il remettre les parties dans l'état antérieur où elles étaient ? Peut-il contraindre les parties à l'exécution en nature du contrat ? Au contraire, dispose-t-il d'une seule et unique option : attribuer à la partie victime de la mesure abusive une compensation pécuniaire, à savoir l'octroi de dommage et intérêts ? À titre d'illustration, un auteur a expliqué que, pour que la résolution unilatérale fonctionne, il est nécessaire que le juge sanctionne l'usage abusif grâce aux dommages et intérêts octroyés à la partie victime, et qu'il ne remette pas en cause la sanction¹⁶⁴⁵. Dans le cas de l'exercice abusif d'une sanction unilatérale, le juge dispose d'un double contrôle *a posteriori*. Il a le choix entre maintenir le contrat pour sanctionner la mise en œuvre abusive de la sanction unilatérale. Au contraire, il peut décider de condamner le créancier aux conséquences de la mise en œuvre abusive de la sanction au travers de l'attribution de dommages et intérêts. Cette part du contrôle est probablement celle la plus importante partie du contrôle *a posteriori*.

335. Comment octroyer des dommages et intérêts cas d'exercice abusif d'une sanction unilatérale ? – Pour régler les litiges relatifs à l'inexécution en cas de mise en œuvre d'une sanction unilatérale, le juge peut effectivement prononcer une « sanction pécuniaire »¹⁶⁴⁶. L'on peut utiliser l'expression « octroi de dommages et intérêts », à condition de la distinguer suivant les situations de la responsabilité contractuelle¹⁶⁴⁷.

D'abord, les dommages et intérêts peuvent être octroyés, au titre de la réparation prévue à l'article 1217 *in fine* du Code civil, qui prévoit qu'en plus des sanctions de l'inexécution, la responsabilité contractuelle peut toujours être cumulée lorsque les conditions de celle-ci sont remplies¹⁶⁴⁸. En effet, dans ce cas « les dommages et intérêts en matière contractuelle n'auraient pas pour raison le contrat, ni même l'inexécution du contrat, mais trouveraient leur fondement

¹⁶⁴⁵ P. REMY-CORLAY, « exécution et réparation : deux concepts ? », *précit.*

¹⁶⁴⁶ Expression empruntée à P. LEMAY, *Le principe de la force obligatoire du contrat à l'épreuve du développement de l'unilatéralisme*, *op. cit.* p. 486, n° 353. Cette expression permet de regrouper les différentes catégories de dommages et intérêts envisageables et évite de cantonner les dommages et intérêts à la responsabilité contractuelle. Précisons ici qu'il n'est pas du tout question de revenir sur le débat de la dualité ou non des responsabilités contractuelle et délictuelle.

¹⁶⁴⁷ J. HEINICH, « Le contrôle des nouveaux pouvoirs unilatéraux du contractant », *précit.*

¹⁶⁴⁸ G. VINEY, P. JOURDAIN et S. CARVAL, *Traité de droit civil Les effets de la responsabilité*, LGDJ, 4^{ème} éd., 2017, p. 433-434, spéc. n°303.

dans la faute du débiteur »¹⁶⁴⁹. Dans ce cas, les juges peuvent attribuer une indemnisation complémentaire au créancier victime de l'inexécution de son débiteur, lorsqu'il subit un préjudice autre que celui de l'inexécution et relatif à la responsabilité contractuelle et ses conditions de mise en œuvre¹⁶⁵⁰. Par exemple, un contractant qui, en plus de subir l'inexécution contractuelle de son cocontractant, subirait une atteinte à la réputation de sa société, pourrait en plus de la sanction unilatérale qu'il aura mis en œuvre, demander au juge l'attribution de dommages et intérêts. Il faut être prudent et préciser que l'attribution de ce dédommagement ne concerne pas les cas de mise en œuvre abusive des sanctions unilatérales de l'inexécution. Cependant, il est indéniable que cette indemnisation fait partie du contrôle *a posteriori* du juge avec le nouveau droit de l'inexécution, bien que ce dernier ne soit pas nouveau¹⁶⁵¹.

Pour comprendre comment octroyer des dommages et intérêts en cas d'exercice abusif ou irrégulier d'une sanction unilatérale, il faudrait, selon certains auteurs, établir une distinction entre les dommages et intérêts « en lieu et place de l'exécution » et les dommages et intérêts « compensatoires »¹⁶⁵², à accorder au débiteur. Certains proposaient même de consacrer cette distinction dans l'avant-projet de réforme de la responsabilité civile¹⁶⁵³, ce qui pour l'heure n'est pas le cas¹⁶⁵⁴.

Cependant, il faut préciser que, si le juge peut accorder ces deux types de dommages et intérêts « en lieu et place de l'exécution » et des dommages et intérêts « compensatoires », il doit les distinguer et ne pas les cumuler¹⁶⁵⁵. En effet, par exemple, en matière de résolution unilatérale, les restitutions constituent déjà une certaine réparation du créancier¹⁶⁵⁶. Cette

¹⁶⁴⁹ P. REMY-CORLAY, « exécution et réparation : deux concepts ? », *précit.*s

¹⁶⁵⁰ F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE et F. CHÉNEDE, *Droit civil les obligations*, op. cit. spéc. p. 824, n°827.

¹⁶⁵¹ V. not. C. COUTANT-LAPALUS, *Le principe de la réparation intégrale en droit privé*, préf. F. POULLAUD-DULIAN, PUAM, 2002 ; M. FAURE ABBAD, *Le fait générateur de la responsabilité contractuelle*, préf. Ph. REMY, LGDJ, 2003.

¹⁶⁵² V. G. VINEY, P. JOURDAIN et S. CARVAL, *Traité de droit civil Les effets de la responsabilité*, op. cit., p. 435, n°305 « C'est le professeur Jérôme Huet qui semble avoir été le premier à souligner clairement la dualité des fonctions des dommages et intérêts contractuels, qui, d'une part, constituent un substitut au paiement non effectué et, d'autre part, compensent les dommages et intérêts consécutifs à ce non-paiement ». V. pour plus de précisions, J. HUET, *Responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle : essai de délimitation entre les deux ordres de responsabilité*, th. Paris II, 1978.

¹⁶⁵³ En ce sens, J.-S. BORGHETTI, « Faut-il distinguer les dommages et intérêts compensatoires et les dommages et intérêts en lieu et place de la prestation ? », *RDC/4* 2016, p. 787,

¹⁶⁵⁴ Projet de réforme de la responsabilité civile, présenté le 13 mars 2017, par J.-J. URVOAS, garde des sceaux, ministre de la Justice suite à la consultation publique menée d'avril à juillet 2016, disponible en ligne sur http://www.justice.gouv.fr/publication/Projet_de_reforme_de_la_responsabilite_civile_13032017 [consultée le 10/12/2021]. *A priori*, le projet de réforme du droit de la responsabilité n'est plus à l'ordre du jour pour le Gouvernement. V. Art. 1250 : « Toute inexécution du contrat ayant causé un dommage au créancier oblige le débiteur à en répondre ».

¹⁶⁵⁵ V. G. VINEY, P. JOURDAIN et S. CARVAL, *Traité de droit civil Les effets de la responsabilité*, op. cit. spéc. p. 435, n°305.

¹⁶⁵⁶ *Ibid.* p. 437, spéc. n°305.

réparation constitue une réparation par équivalent¹⁶⁵⁷. Il n'est pas alors nécessaire de lui accorder des dommages et intérêts compensatoires. De plus, à notre sens, cette distinction n'est pas pertinente pour déterminer quelle est la nature des dommages et intérêts relatifs aux sanctions unilatérales puisqu'il est difficile de distinguer si l'octroi des dommages et intérêts compensent et réparent l'exercice abusif d'une sanction unilatérale, ou s'ils permettent au débiteur victime de la sanction d'obtenir une exécution par équivalent du contrat, qu'il n'a pas pu obtenir du fait de l'exercice abusif d'une sanction unilatérale de la part de son cocontractant. Il faudrait alors arriver à caractériser la fonction de dommages et intérêts octroyées en cas de contestation de l'exercice d'une sanction unilatérale, ce qui n'est pas toujours évident¹⁶⁵⁸. C'est pourquoi, il apparaît alors plus pertinent que le juge indemnise la partie victime d'une sanction unilatérale abusive d'une façon différente, suivant l'intérêt du cocontractant qui réalise la demande d'indemnisation.

336. L'octroi de dommages et intérêts dans les sanctions unilatérale en fonction de l'intérêt du cocontractant – Comme le met en avant Madame Rémy-Corlay, il est plus pertinent de permettre au juge d'indemniser le cocontractant victime de l'inexécution par le biais d'une réparation par équivalent bâtie sur l'intérêt des cocontractants¹⁶⁵⁹. « Ce n'est pas le dommage causé par la faute que l'on cherche à réparer, mais l'intérêt des cocontractants que l'on vise à retrouver »¹⁶⁶⁰. Or, le fait pour une partie d'exercer abusivement une sanction unilatérale ne constitue-t-il pas une inexécution du contrat, dans la mesure où l'exercice de la sanction va paralyser l'exécution du contrat ?

C'est pourquoi, afin d'octroyer une indemnisation au débiteur victime d'un créancier qui aurait exercé abusivement une sanction unilatérale, nous proposons alors de distinguer l'indemnisation accordée par le juge au travers de la thèse alternant entre « compensation de "l'intérêt positif" – à l'exécution du contrat – ou de "l'intérêt négatif" – à la non-conclusion du

¹⁶⁵⁷ V. *contra* sur la thèse selon laquelle l'octroi de dommages et intérêts peut s'apparenter à une forme d'exécution par équivalent : M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations*, *op. cit.*, spéc. p. 780, n°1001. ; C.-E. BUCHER, *L'inexécution du contrat de droit privé et de droit administratif*, *op. cit.* p. 221, n°261.

¹⁶⁵⁸ Les dommages et intérêts servent-ils à réparer ou permettent-ils l'exécution ? « Ou les deux ? », en ce sens, V. P. LEMAY, *Le principe de la force obligatoire du contrat à l'épreuve du développement de l'unilatéralisme*, *op. cit.* p. 487, n°353.

¹⁶⁵⁹ P. REMY-CORLAY, « Exécution et réparation : deux concepts ? », *précit.* : « Si l'on considère que les dommages et intérêts contractuels ne constituent pas une dette nouvelle de réparation, mais doivent être conçus comme l'équivalent de l'exécution, la mesure de ces dommages et intérêts, c'est évidemment l'exécution du contrat, l'intérêt du contrat ».

¹⁶⁶⁰ P. REMY-CORLAY, « Exécution et réparation : deux concepts ? », *précit.*

contrat inexécuté »¹⁶⁶¹. Monsieur Laithier a développé cette distinction dans sa thèse de doctorat¹⁶⁶². Comme l'expliquent Mesdames Viney et Carval, ainsi que Monsieur Jourdain, dans leur *Traité de Droit civil les effets de la responsabilité*, « "l'intérêt positif" peut être défini [selon Monsieur Laithier] comme l'intérêt du créancier à l'exécution régulière de l'obligation contractuelle »¹⁶⁶³. « Quant à "l'intérêt négatif", c'est celui qu'aurait eu le créancier à ne pas s'engager dans le processus contractuel »¹⁶⁶⁴. Monsieur Laithier explique que ces intérêts ne peuvent pas se cumuler¹⁶⁶⁵. Ainsi, le juge ne peut pas octroyer une double indemnisation. De plus, en cas de résolution du contrat, entraînant une rétroactivité, le créancier ne peut alors obtenir qu'une indemnisation fondée sur son « intérêt négatif » et non sur l'intérêt positif¹⁶⁶⁶. Toutefois, il faut souligner que la résolution de droit positif n'est plus considérée comme rétroactive au sens juridique. Il n'y a donc pas de rétroactivité lorsque « les prestations auront trouvé une utilité au fur et à mesure de l'exécution réciproque du contrat »¹⁶⁶⁷. La distinction entre la résiliation (qui entraîne une absence de rétroactivité) et la résolution (qui est classiquement rétroactive) est abandonnée par la réforme. « La résiliation est donc simplement un cas déterminé de résolution aux contours clairement délimités par le texte, applicable tant aux contrats instantanés qu'aux contrats à exécution successive, et se caractérisant par son absence de restitution »¹⁶⁶⁸. Le terme résolution signifie donc mettre fin au contrat sans effet rétroactif, sauf dans le cas où des restitutions doivent avoir lieu.

Pour accorder une indemnisation en cas de mise en œuvre abusive d'une sanction unilatérale, le juge devrait alors tenir compte de « l'intérêt positif » des cocontractants¹⁶⁶⁹, pour sanctionner le créancier, en octroyant de dommages et intérêts au débiteur victime de la mesure. Cette réparation par équivalent pourrait alors remplacer l'exécution forcée en nature du contrat¹⁶⁷⁰, et se détacher de la responsabilité contractuelle classique¹⁶⁷¹.

¹⁶⁶¹ G. VINEY, P. JOURDAIN et S. CARVAL, *Traité de droit civil Les effets de la responsabilité*, op. cit. spéc. p. 437, n°306.

¹⁶⁶² Y.-M. LAITHIER, *Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, op. cit.

¹⁶⁶³ G. VINEY, P. JOURDAIN et S. CARVAL, *Traité de droit civil Les effets de la responsabilité*, op. cit., spéc. p. 437, n°306.

¹⁶⁶⁴ *Ibid.* s.péc. p. 438, n°306.

¹⁶⁶⁵ Y.-M. LAITHIER, *Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, op. cit. n°131.

¹⁶⁶⁶ *Ibid.* n°146.

¹⁶⁶⁷ Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016, *précit.* V. « Sous-section 4 : la résolution ».

¹⁶⁶⁸ Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016, *précit.*

¹⁶⁶⁹ Y.-M. LAITHIER, *Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, p. 165, n°112, p. 425, n°329.

¹⁶⁷⁰ Dans ce cas, l'exécution forcée s'apparenterait à la situation où « annulerait » le recours à la sanction unilatérale, en remettant les parties dans l'état où elles se trouvaient antérieurement à l'exercice de la sanction.

¹⁶⁷¹ P. REMY-CORLAY, « Exécution et réparation : deux concepts ? », *précit.* p. 13 : « c'est la nature du contrat et l'efficacité, l'utilité, recherchée par les cocontractants qui détermine l'existence d'une faute », à la différence de la conception classique de la faute contractuelle représentée en la violation d'une obligation contractuelle.

Ce type d'indemnisation semble également parfaitement s'accorder à la nouvelle protection de la partie faible du droit commun des contrats, précédemment décrite¹⁶⁷², dans la mesure où le juge devrait tenir compte de l'intérêt de chaque partie au contrat pour accorder à la partie victime de la mesure abusive une réparation équivalente à ce qu'elle aurait pu espérer obtenir lors de la conclusion du contrat. Rappelons que dans les contrats de gré à gré, le but principal recherché par les parties est l'efficacité économique. L'intérêt des contractants peut être alors atteint par une réparation par équivalent : obtenir une indemnisation pécuniaire suffisante peu parfois suffire à réaliser l'avantage économique espéré par les parties au contrat. Cet intérêt est également recherché lors de la conclusion d'un contrat d'adhésion. Toutefois, dans une moindre mesure, il peut arriver que l'intérêt principal du cocontractant soit de parvenir à l'exécution, même forcée, du contrat. C'est pourquoi, lorsque le juge octroie des dommages et intérêts lors de l'exercice abusif d'une sanction unilatérale, il existerait donc, à notre avis, un intérêt à prendre en compte le type de contrat en cause puisqu'en fonction de la catégorie de contrat, l'intérêt des contractants peut diverger. Cette différence exercerait alors une influence directe sur le montant de l'indemnisation accordée au débiteur victime d'un créancier qui aurait exercé abusivement une sanction unilatérale. En effet, il nous apparaît plus facile de calculer le montant de l'avantage économique retiré du contrat plutôt que celui équivalent à l'exécution forcée. On peut alors envisager que le montant de l'indemnisation qui compense l'avantage économique est toujours moins important que celui qui compense la non-réalisation effective du contrat, dans la mesure où d'un point de vue mathématique, et en dehors de toute considération économique, celle-ci n'est pas toujours facilement quantifiable.

Nous proposons alors de consacrer la proposition de l'article 118 alinéa 1 de l'avant-projet Terré : « les dommages et intérêts sont, en règle générale, d'un montant qui place le créancier dans la situation où il se trouverait si le contrat avait été dument exécuté, en considérant la perte qu'il a faite et le gain dont il a été privé »¹⁶⁷³. Cette règle autoriserait l'ajustement du montant de la réparation en fonction du type de contrat lors de l'exercice abusif d'une sanction unilatérale. Elle permettrait de protéger les intérêts de la partie faible, qui, s'ils résident souvent dans la recherche d'une valeur économique dans la réalisation du contrat,

¹⁶⁷² V. *supra* n°348.

¹⁶⁷³ F. TERRÉ (dir.), *Pour une réforme du droit des contrats*, op. cit., art. 118 al. 1^{er}, p. 283. V. P. RÉMY, « Les dommages et intérêts » in F. TERRÉ (dir.), *Pour une réforme du droit des contrats*, op. cit. p. 281, spéc. p. 284 : « Une telle définition évite toute confusion avec le principe de réparation intégrale du dommage propre à la responsabilité délictuelle, qui tend à remettre la victime dans la situation où elle se trouverait si le dommage ne lui avait pas été cause (intérêt négatif) ».

peuvent aussi s'apparenter à la réalisation de l'opération contractuelle dans sa globalité, et pas seulement dans son versant économique

337. Le cas spécifique de l'octroi de dommages et intérêts en cas de faute lucrative : les dommages et intérêts punitifs – Enfin, une source d'indemnisation supplémentaire pourrait être envisagée pour les victimes d'une sanction unilatérale abusive. Certains auteurs ont mis avant un nouveau type de dommages et intérêts que le juge peut octroyer en cas « faute intentionnelle ou lucrative lors de la mise en œuvre des prérogatives unilatérales »¹⁶⁷⁴. Il s'agit des dommages et intérêts punitifs.

Les fautes lucratives s'apparentent au cas où « leur auteur a cependant intérêt à la commettre parce qu'il tire de l'activité dommageable un profit supérieur aux condamnations encourues : des fautes qui rapportent plus qu'elles ne coûtent »¹⁶⁷⁵. Par exemple, dans les contrats d'adhésion, la partie forte peut décider unilatéralement de rompre le contrat si celui-ci ne lui rapporte pas le profit attendu. Dans certaines situations très lucratives, le créancier peut alors préférer se défaire de la relation contractuelle, quitte à être condamné, puisque dans tous les cas, en contractant avec une autre partie, il pourra obtenir un gain plus important (condamnation comprise) qu'il n'aurait pu espérer avec son contractant précédent. Dans l'hypothèse inverse, la partie faible, si elle est en infériorité économique face à son cocontractant, pourrait avoir plus de difficultés à commettre ce type de faute en tirant profit de l'exercice abusif d'une sanction unilatérale. Cela risquerait de lui coûter plus cher que les gains qu'elle aurait pu espérer. En matière contractuelle, il est généralement admis que la faute lucrative a pour but de « tirer profit d'un rapport de force déséquilibré »¹⁶⁷⁶. Toutefois, précisons que la partie forte n'est pas toujours celle qui abuse de sa position et il faut aussi envisager l'hypothèse inverse dans laquelle la partie faible commet une faute lucrative. De plus, la faute lucrative n'est pas propre aux contrats d'adhésion. Elle peut très bien être réalisée par l'une des parties à un contrat de gré à gré.

Pour sanctionner ce type de fautes, le recours aux dommages et intérêts punitifs peut être proposé. En droit positif, à l'inverse de l'avant-projet de réforme Catala qui préconisait l'insertion d'une telle possibilité¹⁶⁷⁷, l'avant-projet Terré ne consacrait pas les fautes lucrative

¹⁶⁷⁴ P. LEMAY, *Le principe de la force obligatoire à l'épreuve du développement de l'unilatéralisme*, *op. cit.* spéc. p. 491, n°356.

¹⁶⁷⁵ P. JOURDAIN, « Rapport introductif », *LPA* 20 nov. 2002, n°232, p. 3, n°7.

¹⁶⁷⁶ D. FASQUELLE, « L'existence de fautes lucratives en droit français », *LPA* 20 nov. 2002, n°232, p. 27.

¹⁶⁷⁷ Avant-projet Catala, *op. cit.* art. 1371 : « L'auteur d'une faute manifestement délibérée, et notamment d'une faute lucrative, peut être condamné, outre les dommages-intérêts compensatoires, à des dommages-intérêts punitifs dont le juge a la faculté de faire bénéficier pour une part le Trésor public. La décision du juge d'octroyer

dans ses propositions de réforme droit des contrats mais dans celles relatives à la responsabilité¹⁶⁷⁸. L'avant-projet ministériel de réforme du droit de la responsabilité prévoit la consécration de la faute lucrative et une sanction de cette dernière par l'amende civile¹⁶⁷⁹. En droit positif, malgré la réforme, ce type de faute n'est pas consacré. L'allocation des dommages et intérêts punitifs est une question délicate tant elle dépasse le débat des sanctions de l'inexécution pour innover tout le débat sur l'existence de la responsabilité contractuelle à côté de la responsabilité délictuelle¹⁶⁸⁰. Elle relève pourtant d'un nouveau contrôle du juge afin de lui permettre d'encadrer la mise en œuvre abusive des sanctions de l'inexécution en fonction du type de contrat. Ce nouveau pouvoir accordé à l'instance pourrait avoir une fonction dissuasive pour le contractant de mauvaise foi afin de lui éviter de mettre en œuvre trop rapidement une sanction unilatérale de l'inexécution¹⁶⁸¹. Ce pouvoir permet également de protéger le débiteur défaillant des mauvais comportements de son créancier, surtout lorsque la relation contractuelle est déséquilibrée à l'image des contrats d'adhésion. Cette fonction vertueuse des dommages et intérêts punitifs n'emporte pourtant pas consensus et nombreux sont les auteurs exprimant des doutes quant à cette fonction dissuasive des dommages et intérêts punitifs¹⁶⁸². Initiés en Angleterre¹⁶⁸³, ils peuvent se définir comme « ceux qui, parce qu'ils excèdent manifestement l'indemnisation du dommage, tendent à infliger une punition au

de tels dommages-intérêts doit être spécialement motivée et leur montant distingué de celui des autres dommages-intérêts accordés à la victime. Les dommages-intérêts punitifs ne sont pas assurables ». Pour une explication de cet article ainsi qu'une présentation des quelques questions qu'il a posées, v. not., S. CARVAL, « Vers l'introduction en droit français des dommages et intérêts punitifs ? », *RDC/3* 2006, p. 822.

¹⁶⁷⁸ F. TERRÉ (dir.), *Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2011, art. 54 al. 1^{er} : « lorsque l'auteur du dommage aura commis intentionnellement une faute lucrative, le juge aura la faculté d'accorder, par une décision spécialement motivée, le montant du profit retiré par le défendeur plutôt que la réparation du préjudice subi par le demandeur » ; R. MÉSA, « La faute lucrative dans le dernier projet de réforme du droit de la responsabilité civile », *LPA* 2012, n°41, p. 5. Toutefois, comme l'explique cet auteur, l'intérêt de cet article est « le traitement du problème de la faute lucrative par un moyen autre que la transcription du mécanisme anglo-américain des dommages et intérêts punitifs, institution qui n'a pas sa place dans cette matière, et par la consécration d'un principe de restitution intégrale des profits illicites ».

¹⁶⁷⁹ « Avant-projet de loi portant réforme de la responsabilité civile – Observations et propositions de modifications », in *JCP G*, supp. aux n°s33-35, 25 juill. 2016 ministériel de réforme du droit de la responsabilité, v. C. civ. art. 1266. Sur les avantages et les critiques de cette disposition de l'avant-projet, v. S. CARVAL, « L'amende civile », *JCP G*, supp. aux n°s33-35, 25 juill. 2016, p. 42.

¹⁶⁸⁰ Il n'est pas question ici de revenir sur ce débat, tel n'est pas le but de cette thèse. Sur le sujet V. not., P. PIERRE, « L'introduction des dommages et intérêts punitifs en droit des contrats – rapport français », *RDC/3* 2010, p. 1119.

¹⁶⁸¹ M. CHAGNY, « La notion de dommages et intérêts punitifs et ses répercussions sur le droit de la concurrence », *JCP G*, 2006, p. 1224, spéc. n°5 : « Que la responsabilité civile exerce, principalement et classiquement, une fonction réparatrice n'interdit pas de lui adjoindre, au prix d'une évolution contrôlée de certaines règles, une mission de prévention et de sanction ». ; P. JOURDAIN, « Rapport introductif », *LPA* 20 nov. 2002, n°232, p. 3, n°9.

¹⁶⁸² V. not. les auteurs qui estiment que les dommages et intérêts punitifs n'auront pas de fonction dissuasive pour les créanciers malveillants ; G. VINEY, « Rapport de synthèse », *LPA*, 20 novembre 2002, p. 70 ; P. JOURDAIN, « Rapport introductif », *précit.* spéc. n°7 et s ; R. SAINT-ESTEBEN, « Pour ou contre les dommages et intérêts punitifs », *LPA* 20 janv. 2005, n°14, p. 53.

¹⁶⁸³ R. SAINT-ESTEBEN, « Pour ou contre les dommages et intérêts punitifs », *précit.* spéc. n°2.

responsable »¹⁶⁸⁴. Qualifiés de « peine privée »¹⁶⁸⁵, les dommages et intérêts punitifs sont parfois perçus comme la possibilité pour les victimes démissionnaires de revendiquer leurs droits¹⁶⁸⁶. À notre avis, cela est particulièrement intéressant dans le cas des contrats d'adhésion dans lesquelles les parties faibles pouvant être victimes d'abus de la part de leurs créanciers dans le cadre de la mise en œuvre des différentes sanctions unilatérales. Ces dernières pourraient alors être incitées à agir, pour tenter de percevoir une indemnisation, parfois plus intéressante qu'elles n'auraient pu espérer obtenir avec les dommages et intérêts dits classiques. Par-là, au lieu d'être découragées face à la lourdeur de l'instance judiciaire, l'instauration des dommages et intérêts punitifs pourraient avoir vocation à inciter les parties faibles à agir. Réciproquement, les créanciers, sur leurs gardes, devront pour éviter ce genre de condamnation, être plus rigoureux dans la mise en œuvre des prérogatives unilatérales. Cependant, il existe un danger à la consécration des dommages et intérêts punitifs. Il ne faut pas que les victimes s'enrichissent par l'attribution de ceux-ci¹⁶⁸⁷. Soulignons également que « si le droit français acceptait les dommages et intérêts punitifs, il se mettrait en contradiction avec la plupart des autres droits continentaux »¹⁶⁸⁸. C'est probablement pour toutes ces différentes raisons que le droit positif n'a pas franchi le pas. Ce n'est pas au droit des contrats de trancher cette question. L'instauration de ce type spécifique d'indemnisation ne peut se faire qu'avec une réforme de la responsabilité civile¹⁶⁸⁹, pour l'heure toujours en attente... Le projet de réforme propose de les remplacer par l'amende civile¹⁶⁹⁰, qui n'a pas pour avantage, à l'inverse des dommages et intérêts punitifs, d'inciter les parties « à porter leur affaire en justice, surtout lorsque le dommage est peu important »¹⁶⁹¹. Finalement, en matière d'indemnisation contractuelle, le juge, mais également et surtout le législateur, ont encore un grand rôle à accomplir.

¹⁶⁸⁴ P. JOURDAIN, « Rapport introductif », *précit.* spéc. n°8.

¹⁶⁸⁵ *Ibid.* spéc. n°8

¹⁶⁸⁶ R. SAINT-ESTEBEN, « Pour ou contre les dommages et intérêts punitifs », *précit.* : « L'appât du gain devrait inciter les victimes à dénoncer les pratiques dont elles sont l'objet, en agissant en justice pour les dénoncer, puisqu'elles peuvent espérer un profit, en recevant X fois le montant du préjudice normalement indemnisable ».

¹⁶⁸⁷ D. FASQUELLE, « L'existence de fautes lucratives en droit français », *précit.*s

¹⁶⁸⁸ M. LEHMANN, « Le projet Catala et le droit allemand », *RDC/4* 2007, p. 1427.

¹⁶⁸⁹ V. not. « Avant-projet de loi portant réforme de la responsabilité civile – Observations et propositions de modifications », *op. cit.* art. 1351: « Sauf faute intentionnelle ou faute lourde de sa part, le débiteur n'est tenu de réparer que les conséquences de l'inexécution raisonnablement prévisibles lors de la formation du contrat ». *Ad.* art. 1266 du même avant-projet.

¹⁶⁹⁰ M.-A. CHARDEAUX, « L'amende civile », *LPA* 30 janv. 2018, n°132, p. 6. V. art. 1266-1 de l'avant-projet de réforme de la responsabilité civile dans sa version du 13 mars 2017.

¹⁶⁹¹ S. CARVAL, « L'amende civile », *précit.* spéc. n°7.

338. Bilan 1) – L’octroi des dommages et intérêts par le juge en cas de mise en œuvre abusive d’une sanction unilatérale est une problématique épineuse. Les éléments qui viennent d’être évoqués sont loin de régler le problème. Cependant, la prise en compte de la protection de la partie faible dans le nouveau contrôle du juge, a permis d’éclairer les hypothèses d’indemnisation. L’intérêt général de ces précisions réside peut-être plus généralement dans le constat suivant lequel le juge a un rôle très important à tenir en cas de contestation des sanctions unilatérales. Si les dommages et intérêts punitifs sont consacrés un jour, il serait également intéressant de pouvoir les cumuler avec les autres types d’indemnisation, lorsque cela est nécessaire. Ce double octroi de dommages et intérêts pourrait porter les sommes attribuées au titre de l’indemnisation des victimes des sanctions unilatérales à de très lourds montants. Ce nouveau rôle du juge dans l’octroi des dommages et intérêts pourrait alors dissuader les créanciers de mauvaise foi de faire usage abusif de la thèse de la rupture efficace¹⁶⁹², qui présente à certains égards des effets pervers, et qui, est totalement contraire à la sécurité juridique, finalité générale et commune d’une force obligatoire renouvelée du contrat¹⁶⁹³. Si le juge peut agir en indemnisant les victimes d’un recours abusif aux sanctions unilatérales, il peut aussi décider de la poursuite du contrat. Pour être complet, il convient d’étudier ce dernier point (2).

2) Le contrôle du juge et la poursuite du contrat

339. La remise en l’état des parties – Lorsque l’on évoque la question de la remise en l’état des parties, il ne s’agit pas que des restitutions mais véritablement d’une remise en l’état de la situation qui a précédé la mise en œuvre de la sanction unilatérale. Cette étude revient à décider de la nature des sanctions unilatérales. Pendant longtemps, certains auteurs ont pu déclarer que ces dernières n’étaient qu’un simple fait juridique¹⁶⁹⁴. En ce sens, « l’essentiel serait de considérer que même dans l’hypothèse où la résolution devrait finalement être décidée, elle ne serait que l’œuvre du juge et prendrait seulement date au jour de sa décision : l’anéantissement juridique du contrat ne serait pas acquis au jour de la décision du créancier ; ni son droit à

¹⁶⁹² E. MACKAAY et S. ROUSSEAU, *Analyse économique du droit*, Dalloz, Méthodes du droit, 2013, p. 437 s. n° 1599 : « la thèse de la rupture efficace soutient que, si le contractant peut réaliser le gain en contractant avec un tiers en rupture du contrat initialement conclu, tout en dédommageant intégralement le cocontractant frustré, cette inexécution est souhaitable et mérite le soutien des tribunaux ».

¹⁶⁹³ V. *supra* n°s 270 et s.

¹⁶⁹⁴ Th. GENICON, « Point d’étape sur la rupture unilatérale du contrat aux risques et périls du créancier », RDC 2010, p. 44 s.

restitution ; ni le transfert inverse de propriété »¹⁶⁹⁵. Cette thèse n'est pas celle retenue par la réforme qui est venue implicitement, suivant notre analyse, entériner les sanctions unilatérales en de véritables prérogatives contractuelles¹⁶⁹⁶. Dès lors, qualifiées comme telles, les sanctions unilatérales pourraient être des actes juridiques unilatéraux particuliers¹⁶⁹⁷. Ainsi, par exemple, « en cas de résolution unilatérale, le rôle du juge se limite ainsi, en principe, à porter un jugement sur la *régularité* de la rupture et non pas sur son *opportunité* »¹⁶⁹⁸. Bien que cette thèse n'ait pas emporté consensus¹⁶⁹⁹, aucun contrôle du juge quant à l'opportunité de la mesure ne semble voir le jour. La seule réponse du juge envisageable demeure alors l'attribution de dommages et intérêts. La protection de la partie faible a ici une fois de plus son importance. Dans les contrats de gré à gré, il ne semble *a priori* pas souhaitable que le juge remette les parties dans l'état antérieur où elles étaient avant la mise en œuvre de la prérogative unilatérale. D'abord, la majorité des relations interrompues par les nouvelles prérogatives unilatérales ne s'y prêtent pas. À titre d'exemple, il faut penser à la réduction du prix et à la résolution du contrat¹⁷⁰⁰. Dans les deux cas, même si la prérogative a été mise en œuvre de façon abusive, il semble que la relation contractuelle soit altérée définitivement. La seule possibilité est alors d'allouer des dommages et intérêts¹⁷⁰¹, ou dans certaines situations de proposer le maintien

¹⁶⁹⁵ C. SIGNAT, *Le pouvoir discrétionnaire du juge et l'inexécution du contrat, Étude de droit comparé franco-allemand*, préf. B. FAUVARQUE-COSSON et O. REMIEN, LGDJ, 2018, p. 467 et s., spéc. p. 482, n°633.

¹⁶⁹⁶ L. MOLINA, *La prérogative contractuelle*, op. cit. ; V. aussi, C. SIGNAT, *Le pouvoir discrétionnaire du juge et l'inexécution du contrat, Étude de droit comparé franco-allemand*, Préf. B. FAUVARQUE-COSSON et O. REMIEN, LGDJ, t. 178, 2018, spéc. p. 484 et s., n°636 à 64. V. *supra* n°183 et n°350 et s.

¹⁶⁹⁷ En ce sens, l'on estime qu'un acte juridique est qualifié comme tel à partir du moment où le droit confère aux individus la possibilité de créer des effets de droit. V. en ce sens, C. SIGNAT, *Le pouvoir discrétionnaire du juge et l'inexécution du contrat, Étude de droit comparé franco-allemand*, op. cit. p. 467 et s., spéc. p. 484, n°635 ; M. JAOUEN, *La sanction prononcée par les parties au contrat. Étude de la justice privée dans les rapports contractuels de droit privé*, op. cit. ; Ph. JESTAZ, « Une évolution inaperçue. À propos de l'acte juridique », *RTD Civ.* 2014, p. 67. De même, se pose alors la question de l'annulation de l'acte juridique unilatéral, V. *infra* n°161 et s. et n°399 et s.

¹⁶⁹⁸ C. SIGNAT, *Le pouvoir discrétionnaire du juge et l'inexécution du contrat, Étude de droit comparé franco-allemand*, op. cit. spéc. n°642, p. 491 ; V. ég. J. ROCHFELD, « Résolution et exception d'inexécution » in P. REMY-CORLAY et D. FENOUILLET (dir.), *Les concepts contractuels français à l'heure des Principes du droit européen des contrats*, Paris, Dalloz, 2003, p. 213.

¹⁶⁹⁹ Sur le fait que le contrôle du juge n'est plus entièrement libre sur le contrôle *a posteriori* d'une mesure unilatérale v. J. GHESTIN, « La résolution pour inexécution (en droit français) » in L. VACCA (dir.), *Il contratto inadempito. Realtà e tradizione del diritto contrattuale europeo*, Torino, G. Giappichelli, 1999, p. 109 ; V. pour le contrôle ; sur l'éventualité d'un « pouvoir modérateur » *a posteriori* (expression empruntée à C. SIGNAT, *Le pouvoir discrétionnaire du juge et l'inexécution du contrat, Étude de droit comparé franco-allemand*, op. cit. spéc. n°643, p. 491) ; S. LE GAC-PECH, « Vers un droit des remèdes », *LPA* 4 décembre 2007, p. 7 s. ; S. STIJNS, « Le rôle du juge dans la résolution judiciaire et non judiciaire pour inexécution du contrat » in H. COUSY, S. STIJNS, B. TILLEMANS et A. VERBEKE (dir.), *Droit des contrats. France, Belgique*, Bruxelles, Paris, Larcier, LGDJ, 2005, p. 91, n°40.

¹⁷⁰⁰ V. not. une jurisprudence où la résolution unilatérale donne lieu à une allocation de dommages et intérêts plutôt qu'à une remise en l'état des parties dans la situation antérieure à la mise en œuvre de la prérogative unilatérale : TGI Paris, 3-1, 16 nov. 2017, n°16/06303 ; TGI Paris, 3-3, 23 mars 2018, n°15/18773.

¹⁷⁰¹ À titre d'exemple V. CA Nîmes, ch. com. 2, section B, 24 janv. 2013, n°11/02953, *Juris-Data* n°2013-010737.

forcé du contrat en prononçant l'exécution forcée de celui-ci en cas de rupture abusive¹⁷⁰², bien qu'il soit préférable de l'écarter dans les contrats de gré à gré¹⁷⁰³. Au contraire, dans les contrats d'adhésion, la remise en l'état peut être privilégiée car l'exécution forcée en nature nous apparaît comme la sanction à privilégier. Toutefois, il ne faut pas exclure que la remise en l'état est parfois très compliquée, voire impossible et ce, dans tous les types de contrats.

340. Bilan A – Le contrôle *a posteriori* du juge peut être affiné suivant la *summa divisio* afin de protéger la partie faible. Celle-ci offre des orientations quant à l'octroi des dommages et intérêts en cas de mise en œuvre abusive des sanctions unilatérales, mais aussi sur la manière de prononcer la poursuite du contrat. Il convient désormais d'étudier un contrôle *a priori* des sanctions unilatérales (B).

B. Le nouveau contrôle *a priori* des sanctions unilatérales

341. Avec le développement des sanctions unilatérales, le juge perd son contrôle *a priori*¹⁷⁰⁴. Cependant, cette modification ne veut pas dire que la place du juge disparaît lorsque les sanctions unilatérales se développent. Bien au contraire, il a pu être démontré que, dans ce cas, l'*imperium* est maintenu¹⁷⁰⁵. S'il ne disparaît pas, le pouvoir du juge est modifié. Il ne décide plus du sort du contrat, qui unilatéralement, revient à la partie qui décide de mettre en œuvre la prérogative. C'est pourquoi logiquement, il a pu être affirmé que le juge perd de son contrôle sur le contrat ou du moins celui-ci se déplace¹⁷⁰⁶. Toutefois, pour affirmer que le juge ne dispose plus d'aucun contrôle *a priori* encore faut-il oublier qu'à côté des sanctions unilatérales de l'inexécution, les sanctions judiciaires sont toujours présentes. Certaines sanctions, telles que la résolution judiciaire ou encore l'exécution forcée en nature demeurent tout à fait envisageables. Ces dernières devraient même être encouragées dans les contrats d'adhésion. Pour ces sanctions, le contrôle *a priori* du juge demeure puisque c'est à lui, et à lui seul, que revient le pouvoir de décider si la sanction est opportune et si celle-ci peut être mise en œuvre. L'article 1217 du Code civil n'impose pas de hiérarchisation : le choix est donc laissé à la libre

¹⁷⁰² Ph. CHAUVIRÉ, « Quelle sanction pour la rupture unilatérale du contrat en l'absence de comportement grave », *précit.*

¹⁷⁰³ V. *supra* n°320 et s.

¹⁷⁰⁴ V. *supra* n°115. Comp. P. LEMAY, *Le principe de la force obligatoire du contrat à l'épreuve du développement de l'unilatéralisme*, *op. cit.* p. 463, n°337 : « En effet, l'hypothèse d'une modification en profondeur du droit commun des contrats vers une véritable intégration de l'unilatéralisme tend à modifier la place du juge ».

¹⁷⁰⁵ L. CADIET (dir.), *Dictionnaire de la justice*, PUF, 2004, v° Imperium.

¹⁷⁰⁶ J. HEINICH, « Le contrôle des nouveaux pouvoirs unilatéraux du contractant », *précit.*

appréciation du demandeur et de son conseil. Ainsi, même s'il est possible de déterminer quelques lignes d'orientation afin d'imposer une certaine hiérarchie dans le recours aux sanction unilatérales en fonction du type de contrat¹⁷⁰⁷, le recours aux sanctions judiciaires permet d'affirmer que le juge joue encore un rôle, avant la mise en œuvre de la sanction, très important dans le règlement des litiges de l'inexécution.

Ensuite, pour affirmer que le juge ne dispose plus d'aucun contrôle *a priori*, encore faut-il différencier les différents rôles du juge. Bien qu'il n'intervienne plus au stade du prononcé de la sanction, il serait regrettable d'imaginer que les sanctions unilatérales de l'inexécution permettent de se passer totalement du juge quant à son contrôle *a priori* sur la mise en œuvre de celle-ci. Pour ce faire, il faut acter que le juge des référés doit être l'acteur du contrôle *a priori* des sanctions unilatérales (1) et étudier plus précisément son contrôle (2).

1) La compétence du juge des référés pour contrôler *a priori* les sanctions unilatérales

342. Le juge des référés pour régler certains litiges relatifs à la mise en œuvre des sanctions unilatérales – Il est possible de présenter le contrôle *a priori* du juge, qui agit en amont, avant la mise en œuvre effective de la sanction. Ce contrôle pourrait s'appliquer pour les situations dans lesquelles les sanctions unilatérales ont été activées injustement, autrement dit de façon « grossière » par un contractant de mauvaise foi et avant que la sanction ait déployé ses effets. C'est ainsi qu'à l'instar du rôle du juge des référés effectué en matière délictuelle à propos du dommage imminent, il a pu être proposé que ce même juge puisse contrôler la mise en œuvre *a priori* des sanctions unilatérales lorsque la situation l'exige pour des raisons de rapidité de la procédure¹⁷⁰⁸. Par exemple, il est possible d'envisager le cas où un créancier décide d'une rupture unilatérale grossière, sans aucune véritable justification, afin d'aller contracter ailleurs. Le débiteur déçu bénéficie toujours d'une contestation *a posteriori* de cette rupture. Cependant, il est indéniable que, selon certaines situations, le calcul de la balance coût/avantage d'une telle contestation peut s'avérer négatif. En effet, ce découragement d'une partie dans la contestation *a posteriori* de la sanction unilatérale est légitime et possible puisque la contestation des sanctions unilatérales renverse la charge de la preuve¹⁷⁰⁹. Par conséquent, le problème peut se poser dans tous les contrats mais il risque, à notre avis, d'être davantage

¹⁷⁰⁷ V. *supra* n°s 320 et s.

¹⁷⁰⁸ P. LEMAY, *Le principe de la force obligatoire du contrat à l'épreuve du développement de l'unilatéralisme*, *op. cit.* spéc. p. 469, n°342.

¹⁷⁰⁹ V. *supra* n°11.

présent dans les contrats d'adhésion où certaines parties placées dans des situations de faiblesse ou d'infériorité face à leurs cocontractants, pourraient ne jamais agir en justice pour obtenir réparation une fois que la sanction unilatérale a été prise par leur créancier. C'est pourquoi, le juge des référés peut alors avoir un rôle « conservateur » dans la relation contractuelle¹⁷¹⁰. Ainsi, une partie qui ne mettrait pas scrupuleusement en œuvre tous les éléments de fond et de forme nécessaires au bon fonctionnement de la sanction unilatérale risquerait alors de se voir sanctionner en amont, *a priori* par le juge des référés, sous certaines conditions qu'il est nécessaire de développer.

D'abord, il ne s'agit absolument pas d'instaurer un contrôle d'homologation de mise en œuvre des sanctions unilatérales dans le contrat. Cela viendrait contredire le but même des sanctions unilatérales, à savoir se passer du juge. Le juge des référés, et cela vaut aussi pour le juge du fond, ne doit en aucun cas s'apparenter un juge « homologateur » de la sanction¹⁷¹¹, qui viendrait valider le recours à cette dernière¹⁷¹². En effet, cette possibilité n'est pas souhaitable dans la mesure où ce pouvoir offert au juge peut avoir pour effet pervers de venir systématiser la saisine du juge et d'annuler les vertus des sanctions unilatérales¹⁷¹³. Dans cette hypothèse d'homologation, la partie qui met en œuvre la sanction unilatérale peut alors saisir le juge pour qu'il décide si, effectivement, il est opportun de la mettre en œuvre. Il s'agit alors d'une demande de validation de la mesure en l'absence de tout litige. Or, cela n'est pas envisageable. De plus, différentes interrogations se posent quant à la mise en œuvre d'un tel contrôle¹⁷¹⁴. C'est pourquoi, cet écart est à éviter.

Toutefois, il existe des situations où l'intervention du juge des référés peut être un réel atout. En effet, lorsqu'il est manifeste qu'une partie va mettre en œuvre une sanction unilatérale de l'inexécution dans le but de « nuire », porter atteinte volontairement à son cocontractant, il est possible d'envisager des cas où le recours à cette instance est envisageable. En d'autres termes, il s'agit des situations où il est évident que la sanction unilatérale va être détournée de

¹⁷¹⁰ P. LEMAY, *Le principe de la force obligatoire du contrat à l'épreuve du développement de l'unilatéralisme*, *op. cit* spéc. p. 469, n°342.

¹⁷¹¹ J. ROCHFELD, « Remarques sur les propositions relatives à l'exécution et à l'inexécution du contrat : la subjectivation du droit de l'exécution », *précit*.

¹⁷¹² P. LEMAY, *Le principe de la force obligatoire du contrat à l'épreuve du développement de l'unilatéralisme*, *op. cit.*, spéc. p. 472, n°344.

¹⁷¹³ *Ibid.* spéc. p. 473, n°344 : « En effet, recourir au juge serait incohérent par rapport à la nature même de l'unilatéralisme. Bien que la finalité de cette « homologation » judiciaire soit de renforcer la vigueur de la prérogative unilatérale, autoriser cette pratique reviendrait, en réalité, à nier la nature de l'unilatéralisme ».

¹⁷¹⁴ P. LEMAY, *Le principe de la force obligatoire du contrat à l'épreuve du développement de l'unilatéralisme*, *op. cit.*, spéc. p. 473, n°344 : « En effet, quelle serait la nature du contrôle effectué ? Serait-ce un contrôle « entier », comparable à celui effectué en cas de contestation au fond ou serait-ce plutôt un contrôle similaire à celui que pourrait effectuer le juge des référés ? ».

son but premier. Ces situations, bien que marginales, sont à prendre en compte dans la mise en œuvre des sanctions unilatérales. C'est principalement dans ce genre de situation que le recours à la sanction unilatérale peut rapidement dériver en un recours arbitraire et illégitime. Dans ce cas, le contrôle du juge de l'urgence apparaît comme un bon palliatif pour dissuader ce genre de comportement. Dans ces situations particulières, il est opportun que le juge des référés puisse être saisi pour valider ou non la sanction. L'avant-projet Terré proposait pour la résolution unilatérale, le recours au juge des référés en cas de contestation de celle-ci par le débiteur¹⁷¹⁵. L'inversement de la charge de la preuve est donc intéressant, pour dissuader les créanciers malveillants d'agir, car la justification du recours à la mesure, bien qu'unilatérale, doit être prouvée par le créancier. De plus, dans l'avant-projet Terré, le recours à ce juge permettait, à celui-ci, de prononcer, en référé, le maintien provisoire du contrat¹⁷¹⁶. Dans certaines situations, il a été démontré que « en référé, le maintien, au moins momentané, du contrat peut être particulièrement utile et juste »¹⁷¹⁷. Effectivement, par exemple, lors d'un contrôle *a posteriori* d'une rupture unilatérale, le temps écoulé entre la date de la rupture et le jugement de contestation est relativement long. Dans ces cas-là, le juge n'a souvent plus aucun intérêt à prononcer le maintien du contrat, lors de la remise en cause de la résolution, celui-ci étant presque irréalisable dans la plupart des cas. À l'inverse, le juge des référés, saisi avant même que les conséquences de la mesure unilatérale n'apparaissent, a, quant à lui, tout intérêt à maintenir le contrat provisoirement¹⁷¹⁸.

D'après nous, il faudrait alors donner une place au juge des référés dans le contrôle *a priori* des mesures unilatérales. Il convient désormais plus précisément le type de contrôle que ce juge pourrait exercer (2).

¹⁷¹⁵ F. TERRÉ (dir. de), *Pour une réforme du droit des contrats, op. cit.*, art. 110 al. 3 « Le débiteur peut, à tout moment, contester la résolution, le cas échéant, en référé. Le créancier doit alors prouver la gravité de l'inexécution. Le juge peut, selon les circonstances, soit constater la résolution, en statuant le cas échéant sur sa date, soit ordonner l'exécution du contrat en octroyant éventuellement un délai au débiteur. Le tout sans préjudice de dommages et intérêts. ». De plus, la chancellerie proposait également cette solution dans ses avant-projets respectifs de 2008 à l'article 168 al. 3 et de 2014 à l'article 134 al. 4.

¹⁷¹⁶ C. AUBERT DE VINCELLES, « La résolution du contrat pour inexécution » in F. TERRÉ (dir.), *Pour une réforme du droit des contrats, op. cit.* p. 269 s., spéc. p. 272.

¹⁷¹⁷ *Ibid.*, spéc. p. 272. V. not. en ce sens, la jurisprudence citée par l'auteur : Cass. 1^{re} civ. 7 nov. 2000, *Bull. civ. I*, n°286 ; D. 2001, somm. 1137, obs. D. MAZEAUD ; D. 2001, somm. 256, obs. C. JAMIN.

¹⁷¹⁸ G. LARDEUX, « Droit positif et droit prospectif de l'unilatéralisme dans le contrat » in G. LARDEUX (dir.), *L'efficacité du contrat, op. cit.*, p. 7 et s., spéc. p. 18.

2) Le contrôle *a priori* des sanctions unilatérales par le juge des référés

343. La compétence du juge des référés en cas d'urgence et pour les situations « grossières » – Le juge des référés n'est pas le juge du fond. Il s'en éloigne et lorsqu'il prononce, par exemple, le maintien du contrat, la sanction, jusqu'alors unilatérale, perd son caractère unilatéral puisqu'elle demeure alors dans l'attente d'une issue à son litige ; issue qui peut être conventionnelle si le débiteur règle le problème de l'inexécution et décide finalement de s'exécuter ; ou judiciaire avec la décision du juge du fond qui décidera ou non de la valider *a posteriori*¹⁷¹⁹. C'est pourquoi le juge des référés ne peut être compétent que dans des situations très réduites et, *a priori*, sa saisine doit être très limitée¹⁷²⁰. D'abord, en vertu de l'article 834 du Code de procédure civile, « dans tous les cas d'urgence, le président du tribunal judiciaire ou le juge des contentieux de la protection dans les limites de sa compétence, peuvent ordonner en référé toutes les mesures qui ne se heurtent à aucune contestation sérieuse ou que justifie l'existence d'un différend. »¹⁷²¹. L'urgence est alors une première situation dans laquelle le juge des référés pourrait être compétent en cas de contentieux relatif à une sanction unilatérale. Or, il a été démontré que la compétence de ce juge reste très limitée, puisque, même en cas d'urgence, « la demande d'invalidation de la mesure unilatérale paraît par définition sérieusement contestable, dès lors que cette mesure a été prise en vertu d'un pouvoir prévu par la loi »¹⁷²². En effet, les sanctions unilatérales sont désormais codifiées et le juge du fond est, *a priori*, le seul compétent pour les contrôler. De plus légalement, le juge des référés peut être utile pour prévenir un dommage imminent ou faire cesser un trouble manifestement illicite¹⁷²³. La situation est différente dans ce cas, puisqu'ici la loi autorise la saisine du juge. Par conséquent, « le contrôle de l'exercice d'un tel pouvoir semble donc bien constituer une question relevant du juge du fond »¹⁷²⁴.

Pour autant, même si l'on remarque que son contrôle est limité, le juge des référés peut être saisi dans plusieurs situations dans lesquelles il sera le mieux placé pour agir. Il s'agit des cas de mise en œuvre des prérogatives unilatérales, que nous qualifions de « grossières ». Cette

¹⁷¹⁹ G. LARDEUX, « Droit positif et droit prospectif de l'unilatéralisme dans le contrat » spéc. p. 19.

¹⁷²⁰ J. HEINICH, « Le contrôle des nouveaux pouvoirs unilatéraux du contractant », *précit.*

¹⁷²¹ Code de procédure civile, art. 834 (*Décr. n° 2019-1333 du 11 déc. 2019, art. 4-I, en vigueur le 1^{er} janv. 2020*), nous soulignons.

¹⁷²² J. HEINICH, « Le contrôle des nouveaux pouvoirs unilatéraux du contractant », *précit.*

¹⁷²³ Code de procédure civile, art. 835 (*Décr. n° 2019-1333 du 11 déc. 2019, art. 4-I, en vigueur le 1^{er} janv. 2020*) : « Le président du tribunal judiciaire ou juge des contentieux de la protection dans les limites de sa compétence peuvent toujours, même en présence d'une contestation sérieuse, prescrire en référé les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent, soit pour prévenir un dommage imminent, soit pour faire cesser un trouble manifestement illicite. », nous soulignons.

¹⁷²⁴ J. HEINICH, « Le contrôle des nouveaux pouvoirs unilatéraux du contractant », *précit.*

situation s'apparente à celle où « aucune inexécution ne peut manifestement être reprochée à celui qui subit une sanction unilatérale »¹⁷²⁵. Le juge des référés peut être parfaitement compétent en la matière grâce à la mobilisation de l'article 835 du Code de procédure civile, pour prévenir le débiteur d'un dommage imminent. C'est ainsi qu'en cas de résolution par notification, ou en matière d'exception d'inexécution classique ou préventive, la victime de la sanction unilatérale peut invoquer la prévention d'un dommage imminent devant le juge des référés pour qu'il statue sur l'opportunité de la mesure et fasse cesser le trouble manifestement illicite. En effet, « rien ne semble s'opposer à ce que le juge des référés ordonne à titre conservatoire la poursuite d'un contrat face à une résolution par notification, dont la régularité pourrait par ailleurs être ultérieurement contestée devant le juge du fond »¹⁷²⁶. En effet, comme l'explique Madame Heinich, la jurisprudence a déjà eu l'occasion de trancher ce type de litiges, encore faut-il bien évidemment que l'existence du dommage imminent soit rapportée par le demandeur¹⁷²⁷. Toutefois, dans ce genre de situation, la seule preuve du dommage imminent pour valider l'intervention du juge des référés est à nuancer. Effectivement, « l'exercice d'une prérogative contractuelle unilatérale est le plus souvent défavorable à celui à qui on l'impose, ce qui crée par conséquent, un dommage »¹⁷²⁸. Finalement, la victime de la sanction unilatérale subit toujours un dommage imminent. Ainsi, cette règle de saisine a pour effet pervers de permettre à la partie victime d'une sanction unilatérale de saisir systématiquement avant la mise en œuvre effective de la sanction, le juge des référés. C'est pourquoi, à notre sens, il convient d'encadrer cette saisine du juge des référés pour qu'elle reste exceptionnelle. A l'image de ce

¹⁷²⁵ J. HEINICH, « Le contrôle des nouveaux pouvoirs unilatéraux du contractant », *précit.* : « Par exemple lorsque l'exécution ne fait l'objet d'aucune contestation sérieuse mais que le prix a tout de même été réduit d'office par le créancier, qui n'en a payé qu'une partie. Ou encore, lorsque le contrat a été unilatéralement résolu alors qu'aucun manquement grave n'est invoqué par l'auteur de la rupture. L'article 809 [nouvel article 834] pourrait alors être mobilisé. La Cour de cassation avait déjà statué en ce sens avant la réforme. Dans un arrêt rendu le 29 mai 2001, elle avait approuvé un juge des référés d'avoir ordonné, sur le fondement du trouble illicite, la reprise d'un contrat irrégulièrement résolu. En effet, l'auteur de la résolution ne faisait état d'aucun manquement grave imputable à son cocontractant. Cette hypothèse devrait néanmoins demeurer rare en pratique. Celui qui exerce le pouvoir invoquera sans doute toujours une inexécution, ne serait-ce que pour s'inscrire dans le cadre légal. À l'exception de cas très particuliers – lorsqu'aucun manquement n'est invoqué ou lorsque le manquement est manifestement dérisoire –, le juge des référés ne devrait pas pouvoir agir. »

¹⁷²⁶ *Ibid.*

¹⁷²⁷ *Ibid.* L'auteur développe différents exemples dans lesquels le juge des référés peut être compétent en matière de dommage imminent. D'abord, pour la résolution unilatérale : « Par ex., considérant que le juge des référés qui ordonne la suspension de la dénonciation régulière d'un contrat en l'absence de dommage imminent dûment constaté excède les limites de sa saisine : CA Paris, 5-4, 5 juill. 2017, n° 17/08926 RDC 2017, n° 114t5, p. 66, note Cayrol N. » (J. HEINICH, *ibid.*). Dans cette espèce, le dommage imminent n'était pas constaté. Ensuite en cas d'exception d'inexécution, « Comp. : Cass. com., 26 févr. 1991, n° 89-16348 : Bull. civ. IV, n° 87 : sur le fondement de l'article 873, alinéa 1er, CPC, la Cour de cassation approuve le juge des référés d'avoir ordonné la livraison de matériels de nouvelle génération qui pour le débiteur n'entraient pas dans le cadre du contrat, au motif que ce refus de livraison était susceptible d'entraîner un dommage imminent » (J. HEINICH, *ibid.*).

¹⁷²⁸ P. LEMAY, *Le principe de la force obligatoire à l'épreuve du développement de l'unilatéralisme*, *op. cit.*, spéc. p. 476, n°347.

que préconise un auteur : « il semble plus raisonnable de conditionner l'intervention du juge des référés à la preuve, soit de l'exercice manifestement irrégulier de la prérogative unilatérale, soit d'un trouble manifestement illicite »¹⁷²⁹. Il s'agit des hypothèses que nous qualifions précédemment de « situations grossières ».

Pour déterminer si la situation est grossière ou urgente nécessitant un contrôle *a priori* du juge des référés sur la sanction unilatérale, il faudrait en faire une appréciation *in concreto*. À notre avis, c'est ici que la protection de la partie faible aurait un intérêt à être prise en compte. En effet, pour savoir si la saisine du juge des référés est opportune, il faudrait analyser l'ensemble de la situation. Par exemple, pour savoir s'il est compétent, le juge des référés pourrait prendre appui sur la qualification du contrat (gré à gré/adhésion) et sur la qualité des parties (partie faible/partie forte) et considérer cette dernière comme un élément supplémentaire pour déterminer si dans le cas d'espèce, la situation est effectivement grossière ou urgente pour valider sa saisine. Autrement dit, ce n'est pas parce que les parties ont conclu un contrat d'adhésion que l'exercice de la sanction unilatérale doit nécessairement, en cas de contestation, être soumise au juge des référés. Il faut que la situation soit urgente ou grossière. Toutefois, le type de contrat pourrait être un indice, un élément supplémentaire, parmi d'autres éléments factuels, pour permettre au juge des référés de s'estimer compétent en matière de contrôle *a priori* d'une sanction unilatérale.

344. Les pouvoirs du juge des référés dans le contrôle *a priori* des sanctions unilatérales – Le juge des référés dispose d'un double pouvoir. D'abord, le juge des référés peut suspendre les effets de la sanction unilatérale, avant qu'elle n'ait produit ses effets, le temps que l'instance judiciaire tranche sur le fond¹⁷³⁰. Le but de la mesure est de préserver le contrat¹⁷³¹. Certaines jurisprudences vont en ce sens. Pour s'en convaincre, il est possible citer la décision de la Cour de cassation du 29 mai 2001¹⁷³² où la Cour de cassation a validé la suspension d'une mesure unilatérale, l'exception d'inexécution en l'espèce, par le juge des référés et donc validé *a fortiori* le maintien du contrat par celui-ci. Ainsi, la possibilité pour le

¹⁷²⁹ P. LEMAY, *Le principe de la force obligatoire à l'épreuve du développement de l'unilatéralisme*, op. cit., p. 477, n°347.

¹⁷³⁰ J. MESTRE, « Rupture abusive et maintien du contrat », *précit.* ; Ch. BOURGEON, « Rupture abusive et maintien du contrat : observations d'un praticien », *RDC*/1 2005, p. 109 ; B MELIN-SOUCRAMANIEN, *Le juge des référés et le contrat*, op. cit. ; P. LEMAY, *Le principe de la force obligatoire à l'épreuve du développement de l'unilatéralisme*, op. cit., n°348, p. 478. « dès que le juge des référés constatera une irrégularité qualifiée lors de l'exercice d'une prérogative contractuelle unilatérale, il pourra en suspendre les effets ».

¹⁷³¹ M.-A. RAKOTOVAHINY, « Le maintien forcé du contrat ou l'éviction de la volonté individuelle ? », *LPA* 3 aout 2011, n°153, p. 6, spéc. n°11 « Le maintien forcé du contrat poursuit une finalité : la sauvegarde du contrat. ».

¹⁷³² Cass. civ. 1^{re}, 29 mai 2001, *Clinique Auguste Renoir et autre c/ Presse*, inédit ; obs. J. MESTRE et B. FAGES, *RTD Civ.* 2001, p. 590.

juge des référés de maintenir le contrat en suspendant la mesure unilatérale n'est pas une nouveauté¹⁷³³ et il est parfaitement possible que son rôle se déploie à l'avenir avec le développement de prérogatives unilatérales des articles 1217 et suivants du Code civil.

Ensuite et à l'inverse, la suspension de la mesure unilatérale peut être prononcée par le juge des référés, une fois que les effets de la mesure ont eu lieu. Dans ce cas, le juge des référés empêche l'intervention du juge du fond. Un auteur a mis en avant cette possibilité, dans les cas les plus graves, avec à l'appui de sa démonstration, quelques arrêts en matière de droit du travail¹⁷³⁴. Au risque de créer un lourd contentieux quant à la délimitation des compétences respectives entre le juge des référés et le juge du fond en matière de prérogative unilatérale, nous estimons qu'il n'est pas opportun que le juge des référés dispose d'un tel contrôle. Le juge des référés doit rester un juge du provisoire. Le juge du fond doit alors rester celui qui décide d'annuler la sanction unilatérale ou non selon les circonstances. De plus, le risque d'un tel pouvoir accordé au juge des référés réside, non pas dans son caractère comminatoire évident et vertueux, mais plutôt dans sa saisine systématique comme moyen de défense par les débiteurs de mauvaise foi, victime d'une sanction unilatérale, justifiée et régulière, par leur créancier. Cette potentielle saisine systématique retarderait alors la procédure de mise en œuvre de la sanction unilatérale et ferait alors perdre ses vertus à l'unilatéralisme. Le juge des référés ne doit en aucun cas disposer d'une faculté d'annulation de la mesure unilatérale. Il doit simplement pouvoir la suspendre.

345. Conclusion du §2 – En conclusion, dans une certaine mesure le juge dispose d'un pouvoir un contrôle *a priori*, lors d l'exercice de la sanction unilatérale. Le contrôle doit toujours être nécessité par l'urgence ou la mise œuvre grossière de sanction unilatérale par la partie qui en use, c'est-à-dire en venant en détourner son fonctionnement pour nuire à l'autre partie ou alors sans en mesurer les conséquences. La saisine du juge des référés serait alors un bon moyen de contrer certaines dérives propres aux sanctions unilatérales. C'est pourquoi, nous avons affirmé que la proposition de l'avant-projet Terré concernant la résolution aurait été pu être intégrée dans la réforme et généralisée à toutes les sanctions de l'inexécution. Tel n'a pas été le cas et cela est à saluer. En effet, le recours systématique au juge des référés n'est pas envisageable en tant que tel.

¹⁷³³ V. en ce sens, Cass. civ. 7 nov. 2000, Bull. civ. I, n°286, D. 2001, p. 256, note C. JAMIN et N. BILLIAU ; *ibid.*, somm. p. 1137, obs. D. MAZEAUD.

¹⁷³⁴ P. LEMAY, *Le principe de la force obligatoire à l'épreuve du développement de l'unilatéralisme*, th. op. cit., n°349, p. 479-481.

Ainsi, ce n'est qu'à la condition que le débiteur prouve une situation particulière qu'il aura accès à la saisine du juge des référés. La proposition consisterait en une saisine du juge sous certaines conditions. Lorsqu'un débiteur conteste la mise en œuvre d'une prérogative unilatérale, il pourrait saisir le juge à tout moment, à l'instar de la proposition de l'avant-projet Terré, y compris en référé. Toutefois, si en cours de procédure, avant d'exercer une contestation *a posteriori*, il décidait d'agir en référé, il devrait apporter la preuve que la mise en œuvre de la prérogative unilatérale est « grossière », urgente, ou de mauvaise foi. C'est ainsi que la bonne foi, codifiée au nouvel article 1104 du Code civil au titre des principes directeurs du droit des contrats aurait toute son importance dans le contrôle abusif du recours aux sanctions unilatérales¹⁷³⁵. Le juge des référés, avant d'apprécier la demande, devra alors statuer sur la situation pour décider si cette dernière rentre dans le cadre de ses attributions, avant de s'intéresser au fond de la demande en référé. Ce contrôle de la saisine a pour principal intérêt d'éviter une saisine systématique de ce juge, qui doit rester un juge de l'urgence. Parallèlement, éviter une saisine systématique du juge des référés à chaque fois qu'une sanction unilatérale est mise en œuvre aurait pour vertu de permettre à la mesure de conserver son caractère unilatéral, qui lui confère de nombreux avantages¹⁷³⁶. En effet, si le juge des référés était compétent systématiquement, *a priori*, dans l'exercice de la mesure unilatérale, l'intérêt des sanctions unilatérales pourrait être dangereusement remis en cause. Tel n'est pas le but à atteindre. Ainsi, sous ces réserves, le contrôle *a priori* du juge des référés sur les sanctions unilatérales du contrat pourrait exister, tout en demeurant exceptionnel.

¹⁷³⁵ V. *infra* n°351 et s.

¹⁷³⁶ C. SIGNAT, *Le pouvoir discrétionnaire du juge et l'inexécution du contrat*, *op. cit.* spéc. p. 504, n°658, à propos de la résolution unilatérale : « Ce qui est certain en tout cas, c'est que cette procédure de référé vient rallonger le processus de la résolution. Et c'est bien pour cette raison que le dispositif français est vu d'un mauvais œil à l'étranger où l'on rappelle que la *ratio* du droit de résolution (unilatérale) est précisément de permettre au créancier de recouvrer rapidement ses moyens économiques » et n°659 « en France, on reconnaît que le maintien provisoire du contrat ne devrait pas être admis trop facilement, sauf à remettre en cause le principe même de la résolution unilatérale ». Dans le même sens, V. G. LARDEUX, « Droit positif et droit prospectif de l'unilatéralisme dans le contrat », *précit.* spéc. p. 19 : « La compétence du juge des référés est donc reconnue pour paralyser l'effet d'une résolution unilatérale en ordonnant le maintien du contrat. Mais dans la mesure où l'on renoue alors avec la résolution judiciaire – le créancier devant par la suite saisir les juges du fond pour obtenir la résolution du contrat, suspendue par le juge des référés – ce maintien provisoire du contrat ne doit pas être admis trop facilement, sauf à remettre en cause le principe même de la résolution unilatérale ».

346. Conclusion de la section 2 – Plusieurs remarques conclusives peuvent être formulées, en ce qui concerne l'étude des conséquences de la hiérarchisation sur les sanctions unilatérales,

D'abord, les propositions d'orientation vers une hiérarchisation des sanctions unilatérales en fonction du type de contrat ne risquent pas de conduire pas au déclin des sanctions judiciaires. Quant à ces dernières, le contrôle habituel du juge est maintenu.

Ensuite, indirectement, parce que le recours aux sanctions unilatérale peut faire l'objet d'une hiérarchie, il ne faut pas nier qu'un contentieux relatif aux sanctions unilatérales va pouvoir se créer. Conformément au caractère unilatéral de ces sanctions, le juge va disposer d'un contrôle *a posteriori* poussé dont nous avons commencé à esquisser les contours. En cas de contestation des sanctions unilatérales, *a posteriori*, le juge disposera de deux pouvoirs distincts : soit mettre fin au contrat et octroyer des dommages et intérêts, soit décider de la poursuite du contrat.

Enfin, le versant *a priori* du contrôle du juge a pu être précisé. Le juge des référés pourrait être compétent lorsque la situation est grossière ou urgente. Dans ces cas et seulement ceux-ci, le juge aurait le droit de contrôler l'opportunité de la mise en œuvre de la sanction unilatérale. Par conséquent, avec le développement des sanctions unilatérales de l'inexécution, le contrôle *a priori* du juge, sans que ne soit remis en cause le caractère unilatéral de la mesure, n'est pas voué, contrairement à ce que l'on aurait pu penser¹⁷³⁷. Au contraire, il semble qu'il puisse évoluer en un double contrôle *a priori* et *a posteriori*.

Pour conclure, la prise en compte de la protection de la partie faible dans les sanctions unilatérales peut avoir une incidence de ces dernière sur le garde-fou judiciaire de celles-ci. En effet, prendre en compte de la distinction entre les contrats d'adhésion et de gré à gré peut permettre d'éclairer le nouveau contrôle du juge. En fonction du type de contrat, les éléments de son contrôle devraient être variables, à l'image des divergences naturelles entre ces deux contrats. Parce qu'il est possible d'envisager une hiérarchisation du recours aux sanctions unilatérales en fonction du type de contrat, celle-ci a, à notre avis, une incidence indirecte sur le contrôle que le juge exerce sur ces dernières, contrôle qui peut être double, pendant ou après l'exercice de la sanction unilatérale.

¹⁷³⁷ C. POPINEAU-DEHAULLON, *Les remèdes de justice privée à l'inexécution du contrat étude comparative*, op. cit. spéc. p. 8, n°15 : « la fonction que poursuit le créancier lorsqu'il met en œuvre unilatéralement un remède à l'inexécution de son débiteur : il a non seulement le pouvoir de prendre une décision qui modifiera sa situation juridique et celle de son cocontractant (suspendre sa propre exécution ou résoudre le contrat par exemple), mais aussi le droit de l'imposer à son partenaire qui devra accepter cette prérogative *a priori*, sans pouvoir la contester auprès d'un juge si ce n'est *a posteriori*. En ce sens, le créancier assure les fonctions de juge, tout en étant une partie au contrat »

CONCLUSION DU CHAPITRE 2

347. Pour parvenir à lever les doutes exprimés précédemment, et notamment ceux posés par l'absence de hiérarchie des sanctions unilatérales¹⁷³⁸, il était nécessaire d'inverser la tendance de cette absence. Si pour protéger la partie faible, hiérarchiser strictement les sanctions judiciaires avec les sanctions unilatérales en fonction du type de contrat n'est pas pertinent¹⁷³⁹, il est possible en prenant en compte la *summa divisio*, contrats de gré à gré et d'adhésion de proposer des orientations tendant vers une hiérarchie du recours aux sanctions unilatérales au sein de l'article 1217 du Code civil.

Dans les contrats de gré à gré, le recours aux sanctions unilatérales devrait être privilégié pour maximiser l'efficacité économique de ceux-ci. Dans ce cas, la seule option serait que ce recours soit recommandé par les conseils des créanciers, à défaut d'une telle possibilité expresse dans les textes. Dans les contrats d'adhésion, l'exercice des sanctions unilatérales devrait être plus fortement encadré. Un tel encadrement ne viendrait nullement remettre en cause le principe de la liberté contractuelle, dans la mesure où il serait justifié par l'impératif de protection d'une catégorie de cocontractants. En effet, à notre avis, en fonction de la qualité des parties, le recours aux sanctions unilatérales n'est pas toujours le plus pertinent. Par conséquent, notre proposition de hiérarchie propose de se fonder uniquement sur le type de contrat. Il faudrait alors dans les contrats d'adhésion encourager le recours aux sanction judiciaires.

De telles orientations peuvent permettre d'éclairer l'avenir des sanctions de l'inexécution. En acceptant de prioriser le recours aux sanctions judiciaires dans les contrats d'adhésion, la quantité numérique du recours à ces dernières ne risque pas de diminuer. Au contraire, dans ce type particulier de contrat, il semblerait que l'exécution forcée demeure « la reine des sanctions » de l'inexécution. À n'en plus douter, la hiérarchisation des sanctions unilatérales en fonction du type de contrat peut permettre de rejeter l'hypothèse d'un déclin du recours aux sanctions judiciaires. À plus forte raison, indirectement, elle invite à repenser le contrôle du juge dans les sanctions unilatérales, en accordant une place à la procédure en référé.

¹⁷³⁸ V. *supra* n^{os}99 et s.

¹⁷³⁹ Il faut noter que prendre en compte le type de contrat ne signifie pas absence de souplesse dans la mise en œuvre des sanctions de l'inexécution. Au contraire, si les sanctions unilatérales ont plus tendance à s'adapter aux contrats d'adhésion elles ne sont pas dénuées d'intérêt pour les contrats de gré à gré.

CONCLUSION DU TITRE 1

348. La prise en compte de la protection de la partie faible dans les sanctions unilatérales devrait se matérialiser par l'adaptation des règles de celles-ci en fonction du type de contrat. Pour savoir comment les adapter, il a fallu l'incohérence entre l'intégration des sanctions unilatérales et la force obligatoire du contrat. Ce principe a été repensé à l'aune de ses finalités : *efficacité, liberté et sécurité*. Nous avons pu livrer une relecture du principe de sa force obligatoire, déconnectée de l'autonomie de la volonté, validant le recours aux sanctions unilatérales. Par ailleurs, cette proposition de révision du contenu de la force obligatoire du contrat nous a conduit à penser que la finalité dominante de ce principe n'était pas la même suivant que le contrat conclu était un contrat d'adhésion ou de gré à gré. Cette différence de contenu de la force obligatoire entre les contrats d'adhésion et de gré à gré nous a alors permis de justifier les orientations d'adaptation des règles des sanctions unilatérales en fonction du type de contrat. Suivant notre relecture du principe de la force obligatoire, dans les contrats de gré à gré, l'exercice des sanctions unilatérales doit être libre. Dans les contrats d'adhésion, il doit être encadré. Par ailleurs une telle relecture nous a autorisé à entériner une conception renouvelée du contrat basée sur la distinction entre les contrats d'adhésion et de gré à gré. Ensemble ces deux contrats forment, selon nous, les modèles contractuels de référence sur lesquels le droit des contrats doit prendre appui pour adapter les règles des sanctions unilatérales. L'entérinement d'une nouvelle conception du contrat nous permettrait alors d'accorder une protection spéciale de la partie faible dans les sanctions unilatérales, justifiée par un contenu différent de la force obligatoire respective de ces contrats.

En pratique, la protection de la partie faible se traduirait alors par la correction des différentes difficultés soulevées lors de l'étude des critiques intrinsèques des sanctions unilatérales, en proposant des modifications relatives au contenu de l'article 1217 du Code civil. La liste des sanctions pourrait être réétudiée en fonction du type de contrat. Dans les contrats d'adhésion, les sanctions unilatérales anticipées devraient être interdites. Les hypothèses d'aménagement conventionnel pourraient être précisées pour ce type de contrat. Une proposition de hiérarchisation du recours aux sanctions unilatérales pourrait être développée dans les contrats de gré à gré. Le contrôle du juge en cas de contestation pourrait être précisé. Si le défaut de l'absence de protection de la partie faible dans les sanctions unilatérales a pu faire l'objet de correction grâce à l'entérinement d'une conception modernisée du contrat, il

faut alors tenter de corriger celui relatif à l'absence de précisions du régime des sanctions unilatérales (Titre 2).

TITRE 2 : L'AMÉLIORATION DU RÉGIME DES SANCTIONS UNILATÉRALES

349. Nombre des difficultés évoquées précédemment peuvent être expliquées par l'absence de protection de la partie faible et de qualification des sanctions unilatérales¹. En ce qui concerne la qualification juridique, l'absence de cette dernière accentuerait les imprécisions relatives à leur régime. Comme nous l'avons démontré, elles peuvent se rattacher à la catégorie des prérogatives contractuelles, sauf l'exception d'inexécution². Il convient alors d'étudier les conséquences de cette qualification sur le régime des sanctions unilatérales (chapitre 1). D'un point de vue technique, il faut nécessairement préciser les modalités d'exercice et de contestation de celles-ci puisque le but de cette étude est d'améliorer leur intégration dans le droit commun³. Pour ce faire, il sera également nécessaire de prendre en compte les impératifs de sécurité et d'efficacité véhiculés par le nouveau droit des contrats. Cette démarche permettra d'éclairer différents points de leur régime à l'aune de la protection de la partie faible. Cependant, il faudra admettre que les conséquences de la qualification et l'adaptation des règles en fonction du type de contrat ne sont pas les seuls éléments permettant de corriger les faiblesses précédemment évoquées. Ainsi, il sera nécessaire de préciser deux éléments complémentaires du régime que ni la qualification ni l'impératif de protection de la partie faible ne permettent d'éclairer. Concernant ces deux points, le type de sanction doit également être pris en compte (chapitre 2). Ensemble ces éclairages permettront d'apporter des correctifs essentiels au régime des sanctions unilatérales, qui, sans être entièrement réécrit, doit faire l'objet de précisions importantes afin d'être amélioré.

Chapitre 1. La révision du régime des sanctions unilatérales à l'aune de la qualification et de la protection de la partie faible

Chapitre 2. La révision du régime des sanctions unilatérales à l'aune des spécificités de chaque sanction unilatérales, de la qualification et de la protection de la faible

¹ V. *supra* n°121 et n°251.

² V. *supra* n°s186 et s.

³ V. *supra* n°s253 et s.

CHAPITRE 1 : LA RÉVISION DU RÉGIME DES SANCTIONS UNILATÉRALES À L'AUNE DE LA QUALIFICATION ET DE LA PROTECTION DE LA PARTIE FAIBLE

350. Les sanctions unilatérales correspondent à la définition des prérogatives contractuelles sanctions¹⁷⁴³. En ce sens, elles peuvent se concevoir comme un « droit reconnu ou attribué à une personne ou à un organe en raison de sa fonction et impliquant pour lui une certaine supériorité, puissance ou immunité »¹⁷⁴⁴. Plus encore, elles correspondent à la définition de la prérogative contractuelle délivrée par Madame Molina¹⁷⁴⁵. Les prérogatives contractuelles disposent d'un régime commun et propre à leurs particularités. En effet, « toute catégorie juridique renvoie à des critères d'appartenance et à un régime spécifique »¹⁷⁴⁶. Il convient désormais de développer les conséquences de cette qualification. Qualifier les sanctions unilatérales de prérogatives contractuelles revient à leur appliquer le régime de celles-ci. Il faut donc développer les points essentiels du régime de la prérogative contractuelle, qui reposent sur deux éléments fondamentaux : leurs conditions d'exercice et la contestation de celui-ci. Les conditions d'exercice renvoient aux conditions formelles des prérogatives mais, également, aux conditions substantielles, nécessaires à leur mise en œuvre (section 1). La contestation des prérogatives contractuelles renvoie au contrôle du juge et aux sanctions qu'il peut prononcer en cas d'exercice irrégulier de l'une d'elles (section 2).

Section 1 : La précision des conditions d'exercice des sanctions unilatérales

351. Afin de protéger la partie faible, la prise en compte de la distinction entre les contrats d'adhésion et de gré à gré dans les règles des sanctions unilatérales, peut être bénéfique. Elle peut permettre de présenter une procédure de mise en œuvre adaptée en fonction du type de contrat¹⁷⁴⁷. Afin de livrer une lecture efficace du régime des sanctions unilatérales, mais

¹⁷⁴³ V. *supra* n°183.

¹⁷⁴⁴ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, op. cit. v° Prérogative.

¹⁷⁴⁵ L. MOLINA, *La prérogative contractuelle*, op. cit.

¹⁷⁴⁶ D. FENOUILLET, « La notion de prérogative : instrument de défense contre le solidarisme ou technique d'appréhension de l'unilatéralisme ? », *précit.* : « L'analyse des critères [de la prérogative contractuelle] sans considération du régime n'ayant pas sens » ; Comp. F. ROUVIÈRE, « Typologie des problèmes juridiques et argumentation », *RTD Civ.* 2022, p. 559.

¹⁷⁴⁷ V. *supra* n°s292 et s.

également, pour régler les difficultés de mise en œuvre plus techniques des sanctions unilatérales, il faut donc désormais, en plus, prendre en compte la qualification de celles-ci.

352. La notion de bonne foi dans l'exercice de la prérogative contractuelle – Pour mettre en œuvre une prérogative contractuelle, il est nécessaire de respecter des « conditions formelles » qui sont une émanation du principe de la bonne foi, qui irrigue tout le droit des contrats¹⁷⁴⁸. Ce principe est désormais codifié à l'article 1104 du Code civil, à côté des articles relatifs à la force obligatoire et à la liberté contractuelle. Ensemble, ces trois principes forment des principes directeurs, même s'ils n'en portent pas le nom¹⁷⁴⁹. Cet article dispose que « les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi »¹⁷⁵⁰. Le principe de bonne foi est une « notion à contenu variable »¹⁷⁵¹, très souvent discutée¹⁷⁵², qui recoupe deux acceptions. Dans une première acception, il s'agit de « la croyance erronée en l'existence d'une situation juridique régulière »¹⁷⁵³. Dans une autre, elle s'apparente à un « comportement loyal qui requiert notamment l'exécution d'une obligation »¹⁷⁵⁴. Elle est un devoir qui a « une dimension morale » et, une « portée générale »¹⁷⁵⁵. Elle présente des liens avec la loyauté puisque ces deux notions « renvoient de façon identique à une vertu, une qualité comportementale que la loi exige des contractants et qui se comprend comme le respect de la confiance mutuelle accordée »¹⁷⁵⁶. La bonne foi vient protéger la « confiance légitime » des parties¹⁷⁵⁷. Par conséquent, l'exercice

¹⁷⁴⁸ L. MOLINA, *La prérogative contractuelle*, op. cit. p. 382, n°343 ; J. KLEIN, « La loyauté en droit des contrats », *Justice et Cassation* 2014, p. 77.

¹⁷⁴⁹ M. FABRE-MAGNAN, « Avantages et inconvénients des principes directeurs », *précit.* V. ég. Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016, *précit.* Dans le même sens, les Principes du droit européen des contrats présentent également la bonne foi comme un principe directeur des règles du contrat, v. en ce sens, « Bonne foi », p. 207 s. in Association Henri CAPITANT des Amis de la Culture Juridique Française et la Société de législation comparée, *Projet cadre commun de référence, Terminologie contractuelle commune*, op. cit. V. aussi les principes Unidroit : UNIDROIT, « Principes relatifs aux contrats du commerce international », op. cit. art. 1.8 ; V. ég. L'avant-projet Terré : F. TERRÉ (dir. de), *Pour une réforme du droit des contrats*, op. cit. art. 18 : « « chacune des parties est tenue d'agir de bonne foi ».

¹⁷⁵⁰ C. civ. art. 1104 (version en vigueur depuis le 01 octobre 2016).

¹⁷⁵¹ J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, Dalloz, 5^{ème} éd. 2012, n°174.

¹⁷⁵² Association Henri Capitant, *La bonne foi*, Journées Louisianaises, t. XLIII 1992, Litec, 1994. V. A. BÉNABENT, « Rapport français », in *ibid.*, p. 291 et Y. LOUSSOUARN, « Rapport de synthèse », in *ibid.* p. 7.

¹⁷⁵³ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, op. cit. v° Bonne foi, n°1. Cela rejoint la notion de possession de bonne foi, en matière de droit des biens ou encore cela fait référence à la répétition de l'indu qui ne peut avoir lieu que lorsque le paiement de l'indu a eu lieu de bonne foi.

¹⁷⁵⁴ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, op. cit. v° Bonne foi n°2.

¹⁷⁵⁵ L. MOLINA, *La prérogative contractuelle*, op. cit. spéc. p. 404, n°357.

¹⁷⁵⁶ *Ibid.* p. 386-387, n°347. V. ég. Ph. LE TOURNEAU et M. POUMARÈDE, « La bonne foi dans l'exécution du contrat », *Rép. Civ.* Dalloz, mise à jour avril 2019 : « Antérieurement à la réforme, le principe de bonne foi était consacré à l'article 1134 anc. in fine du Code civil et la jurisprudence a assimilé ce principe à la loyauté par l'arrêt Cass. com. 10 juillet 2007, n°06-14.768, dit « Les maréchaux », *Bull. civ.* IV n°188, *précit.* ».

¹⁷⁵⁷ L. MOLINA, *La prérogative contractuelle*, op. cit. spéc. p. 389, n°348 ; P.-Y. GAUTIER, « Confiance légitime, obligation de loyauté et devoir de cohérence » in V.-L. BÉNABOU et M. CHAGNY (dir.), *La confiance en droit privé des contrats*, op. cit. p. 109 s ; L. AYNÈS, « Rapport de synthèse », in *ibid.* p. 151.

régulier de la prérogative contractuelle renvoie à la « non-contradiction avec les prévisions légitimes du sujet passif »¹⁷⁵⁸. Autrement dit, l'exercice de la prérogative contractuelle doit être réalisé de bonne foi. Pour ce faire, il est nécessaire que des conditions formelles, de procédure, soient respectées afin que l'exercice de la prérogative contractuelle se réalise de bonne foi. En effet, la bonne foi permet de garantir les prévisions des parties, ce qu'elles ont prévu en contractant. La bonne foi exerce donc une « place centrale » dans l'exercice régulier des prérogatives contractuelles¹⁷⁵⁹. Pour ce faire, plusieurs éléments de procédure doivent être respectés car la procédure protège le sujet passif. Elle correspond à « la manière de procéder »¹⁷⁶⁰. Elle permet d'anticiper la réalisation de prérogative contractuelle et de prévoir sa mise en œuvre. Par conséquent, si elle n'est pas respectée, elle constitue selon Madame Molina, une violation des prévisions des parties et, est, donc, contraire au principe de bonne foi dans son exercice¹⁷⁶¹. À ce titre, les formalités de procédure non respectées doivent être sanctionnées puisqu'elles contreviennent à l'exercice de bonne foi de la prérogative contractuelle¹⁷⁶².

L'exercice de chaque sanction unilatérale est soumis à une procédure stricte¹⁷⁶³. Parce que ces dernières sont des prérogatives contractuelles, elles doivent respecter deux types de formalités procédurales : celles relative à l'information dans leur exercice (§1) et celles relatives au temps dans leur mise en œuvre (§2) afin d'être exercées de bonne foi.

§1 : Les précisions relatives au respect des formalités d'information dans l'exercice des sanctions unilatérales

353. Lors de l'exercice de la prérogative contractuelle, les formalités relatives à « l'information du sujet passif »¹⁷⁶⁴ recourent, la mise en demeure, la notification et l'obligation de motivation¹⁷⁶⁵. Concernant ces formalités, afin de préciser le régime des

¹⁷⁵⁸ L. MOLINA, *La prérogative contractuelle*, op. cit. spéc. p. 406, n°358.

¹⁷⁵⁹ *Ibid.* spéc. p. 383, n°344.

¹⁷⁶⁰ *Ibid.* spéc. p. 472, n°409 ; A-M. FRISON-ROCHE, « Va-t-on vers une conception unitaire de l'abus dans la fixation du prix », CCC, 1996, p. 13 s., spéc. p. 16.

¹⁷⁶¹ L. MOLINA, *La prérogative contractuelle*, op. cit. spéc. p. 472 et s., n°409 et s.

¹⁷⁶² *Ibid.* spéc. p. 473, n°409. Comme l'explique Madame Molina, il n'est pas nécessaire de distinguer si ces exigences de procédure sont des conditions substantielles ou formelles dans l'exercice de la prérogative contractuelle, tant le débat sur ce point est épineux. L'auteur estime que les formalités procédurales dans l'exercice de la prérogative contractuelle constituent « des "diligences" ou des "charges" que la loi impose au *potentior* pour exercer valablement son droit ».

¹⁷⁶³ V. *supra* n°20 et s., 29 et s., 37 et s., 54 et s.

¹⁷⁶⁴ Expression empruntée à L. MOLINA, *La prérogative contractuelle*, op. cit.

¹⁷⁶⁵ L. MOLINA, *La prérogative contractuelle*, op. cit. spéc. p. 474 s., n°411 et s.

sanctions unilatérales, il convient d'adapter le régime procédural d'exercice de la prérogative unilatérales à ces dernières.

Deux types d'éléments procéduraux informatifs doivent être soumis à l'étude. D'abord, l'exercice de la sanction unilatérale doit être porté à la connaissance du débiteur (A). Parfois, cet exercice doit être motivé (B).

A. Les précisions relatives à l'information de l'exercice des sanctions unilatérales

354. Pour ajuster le régime de la prérogative contractuelle à celui des sanctions unilatérales, il faut présenter l'élément de procédure issu du régime de la prérogative, voir s'il est présent dans l'exercice des sanctions unilatérales et ajuster ce dernier au régime de celles-ci afin de lever les difficultés relatives à la notification (1) et la mise en demeure (2), propres à chaque sanction, évoquées précédemment.

1) Les précisions relatives à la notification

355. La notification dans l'exercice de la prérogative contractuelle – Pour être mise en œuvre de bonne foi, une prérogative contractuelle doit être notifiée à son destinataire¹⁷⁶⁶. La notification consiste à « faire porter une information à la connaissance d'une personne »¹⁷⁶⁷. Cette exigence de notification fait partie des conditions générales de la mise en œuvre de la prérogative contractuelle. Comme la prérogative va venir modifier la situation du sujet passif, le *potentior*, la partie qui est à l'origine de l'exercice de la prérogative contractuelle, doit lui notifier cette dernière. La notification de la prérogative contractuelle peut prendre deux formes. D'abord, la mise en demeure qui « exprime la mise en œuvre éventuelle de la prérogative et présente, en sus de sa fonction informative, une fonction préventive »¹⁷⁶⁸. Ensuite, « la notification définitive » qui « met au fait le sujet passif de l'exercice certain de la prérogative »¹⁷⁶⁹. Elle se manifeste en un acte juridique unilatéral réceptice¹⁷⁷⁰. Cela signifie que pour produire ses effets, l'acte unilatéral doit être porté à la connaissance de la personne envers laquelle il est pris¹⁷⁷¹. Pour la prérogative contractuelle, « l'exigence de notification est

¹⁷⁶⁶ L. MOLINA, *La prérogative contractuelle*, op. cit. spéc. p. 474, n°411.

¹⁷⁶⁷ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, op. cit. v° Notification.

¹⁷⁶⁸ L. MOLINA, *La prérogative contractuelle*, op. cit. spéc. p. 474, n°411.

¹⁷⁶⁹ *Ibid.* spéc. p. 474, n°411.

¹⁷⁷⁰ *Ibid.* p. 476, n°413.

¹⁷⁷¹ C. BRENNER et S. LEQUETTE, « Acte unilatéral », *Rép. Civ. Dalloz*, mise à jour février 2019, n°189 : « Dans la mesure où les actes juridiques unilatéraux remettent en cause les droits d'autrui, leur notification, à qui en est le

implicite dans tous les cas où la loi ne le précise pas »¹⁷⁷². La forme de la notification définitive doit être souple, c'est pour cela qu'elle peut être réalisée par écrit mais aussi oralement ou bien, se déduire du comportement de la partie qui la met en œuvre¹⁷⁷³. Une fois la notification définitive de la prérogative contractuelle reçue par le destinataire, cette dernière ne peut plus être retirée, sauf d'un commun accord entre les parties, car la prérogative prend effet¹⁷⁷⁴.

356. La généralisation de la notification définitive dans l'exercice des sanctions unilatérales ? – Seule la sanction de résolution par notification, de l'article 1226 du Code civil, prévoit une exigence formelle de notification définitive de la sanction. À ce titre, il dispose que « lorsque l'inexécution persiste, le créancier notifie au débiteur la résolution du contrat [...] »¹⁷⁷⁵. L'article 1223 relatif à la réduction du prix n'est pas aussi explicite. Cependant, l'exigence de notification définitive peut, à note sens, se déduire dans la rédaction de cet article, dont la dernière rédaction issue de la loi de ratification de 2018 laisse encore à désirer. En effet, dans le cas où le débiteur n'a pas encore payé, le créancier peut « notifier dans les meilleurs délais au débiteur sa décision d'en réduire de manière proportionnelle le prix »¹⁷⁷⁶. Cette notification s'apparente ici à l'information du débiteur par le créancier de sa décision de réduction du prix. Est-ce la notification définitive ? La sanction prend-elle effet à cet instant ? En poursuivant la lecture du texte, il est inscrit que « l'acceptation par le débiteur de la décision de réduction de prix du créancier doit être rédigée par écrit »¹⁷⁷⁷. En rendant une décision par écrit, le débiteur qui accepte la réduction du prix doit nécessairement avoir été informé définitivement du montant de la réduction et donc, de la mise en œuvre de la sanction unilatérale. Par conséquent, lorsqu'il y a eu acceptation, l'on peut supposer qu'une notification définitive de l'exercice de la sanction de réduction du prix a eu lieu. Cette argumentation est également complétée par le fait que la notification définitive n'a pas à respecter une forme particulière. Elle pourrait se déduire du comportement de la partie à l'origine de la sanction,

destinataire, est fréquemment érigée en condition de leur perfection. Les actes qui doivent ainsi être portés à la connaissance des intéressés pour produire effet sont dits réceptices ».

¹⁷⁷² L. MOLINA, *La prérogative contractuelle*, op. cit. spéc. p. 477, n°413.

¹⁷⁷³ *Ibid.* spéc. p. 478, n°414. Parfois, la forme de la notification peut être prévue dans une clause du contrat par les parties parce que des auteurs nomment « une clause de solennité », V en ce sens, J.-M. MOUSSERON, P. MOUSSERON, J. RAYNARD, J.-B. SEUBE, *Technique contractuelle*, op. cit. n°25 : « Les parties ont, également la faculté d'ériger certains contrats en contrats solennels par l'effet de dispositifs exprès que nous pouvons dénommer « clauses de solennité ». Leur méconnaissance déclenchera les sanctions prévues par le contrat qui les exige : il s'agira, ordinairement, du non-achèvement de la procédure de formation de cet accord qui sera, donc tenu pour non conclu ».

¹⁷⁷⁴ L. MOLINA, *La prérogative contractuelle*, op. cit. spéc. p. 480, n°415.

¹⁷⁷⁵ C. civ. art. 1226 (version en vigueur depuis le 01 octobre 2016).

¹⁷⁷⁶ C. civ. art. 1223 (version en vigueur depuis le 01 octobre 2018).

¹⁷⁷⁷ C. civ. art. 1223 (version en vigueur depuis le 01 octobre 2018).

malgré les difficultés que cela pourrait impliquer en matière de preuve. En définitive, l'acceptation écrite de la réduction, par le débiteur, peut alors constituer une forme de notification définitive de la sanction. Enfin, la faculté de remplacement du débiteur défaillant par un tiers pour obtenir l'exécution forcée ne fait aucune référence à une notification définitive de la mise en œuvre de la sanction¹⁷⁷⁸. Cependant, il est possible d'estimer que la notification définitive de cette sanction apparaît implicitement lorsque le tiers exécute l'obligation à la place du débiteur défaillant. Ici, il semble que la notification définitive, le fait que le créancier porte à la connaissance du débiteur la réduction prix, est représentée par une action. Il s'agit à notre sens d'une manifestation comportementale de la notification. Finalement, il ressort que l'exigence de notification définitive dans l'exercice des sanctions unilatérales n'a pas été généralisée à toutes les sanctions unilatérales. Cette absence de généralisation de la notification dans la mise en œuvre des sanctions unilatérales ne signifie pas, pour autant, que celles-ci ne correspondent pas au régime de la prérogative contractuelle, qui nécessite une notification dans l'exercice régulier de sa mise en œuvre. Au contraire, cette absence s'explique probablement par le fait que l'acte juridique unilatéral a été difficilement consacré en droit positif. Et, son régime n'a été que très peu développé¹⁷⁷⁹. À ce titre, comme le régime de l'acte juridique unilatéral n'a fait l'objet que de peu de précisions, aucune disposition sur l'acte unilatéral réceptice n'est présente dans le droit des contrats. Ainsi, l'exigence de notification définitive n'est pas une condition de mise en œuvre d'un tel acte dans la réforme¹⁷⁸⁰. Comme les sanctions unilatérales n'ont pas été qualifiées, ni rapprochées de l'acte juridique unilatéral dans la réforme du droit des contrats, il est alors logique qu'elles ne contiennent pas toutes, dans leur procédure de mise en œuvre, une référence expresse à l'exigence de notification. Cependant, comme elles correspondent à la définition de la prérogative contractuelle, elles portent toutes en leur sein une exigence de notification implicite, qui achève de convaincre qu'elles appartiennent à cette catégorie juridique et donc qu'elles doivent suivre le régime de cette dernière. À notre avis, cette exigence de notification définitive devrait être généralisée dans les contrats d'adhésion afin de protéger la partie faible¹⁷⁸¹. Dans les contrats de gré à gré, à l'image de ce que réalise déjà le droit commun, cette dernière ne devrait pas être obligatoire, sauf pour la résolution par notification qui met fin au contrat.

¹⁷⁷⁸ C. civ. art. 1222 (version en vigueur depuis le 01 octobre 2016).

¹⁷⁷⁹ V. *supra* n°160.

¹⁷⁸⁰ En ce sens, v. L. MOLINA, *La prérogative contractuelle*, *op. cit.* spéc. p. 476, n°413.

¹⁷⁸¹ V. *infra* nos propositions de modifications des dispositions relatives aux sanctions unilatérales.

357. Les précisions relatives à la notification de l'exercice des sanctions unilatérales –

Lors de l'exercice d'une sanction unilatérale, il apparaît nécessaire d'informer le débiteur défaillant. À ce titre, la qualification de prérogative contractuelle va en ce sens. La prise en compte de la protection de la partie faible, qui se traduit par une adaptation des règles d'exercice des sanctions unilatérales en fonction du type de contrat, ne contredit pas ce point¹⁷⁸². D'abord, à notre sens, la notification définitive nécessaire à l'exercice des sanctions unilatérales ne devrait pas faire l'objet de modification significative. Suivant la sanction unilatérale en cause, elle pourrait être expresse ou tacite, dans ce cas elle se déduit du comportement de la partie qui la met en œuvre¹⁷⁸³. Une véritable notification expresse n'apparaît pas toujours nécessaire et elle contredirait la souplesse du droit des contrats. Par ailleurs, une telle exigence semble déjà présente dans l'exercice de toutes les sanctions unilatérales (de façon expresse ou tacite comme pour la réduction du prix), il ne convient donc pas de revenir sur ce point. Quid de l'exigence de mise en demeure. Ce point peut faire l'objet de précisions (2).

2) Les précisions relatives à la mise en demeure

358. La mise en demeure dans l'exercice de la prérogative contractuelle – À l'inverse de la notification, la mise en demeure n'a pas à être généralisée à toutes les prérogatives contractuelles. Elle ne concerne que quelques prérogatives unilatérales spécifiques selon Madame Molina. La mise en demeure est utile pour « les prérogatives ayant pour rôle de sanctionner l'inexécution du débiteur »¹⁷⁸⁴. Elle est un « acte par lequel on notifie à une personne ce que l'on croit être en droit d'attendre d'elle »¹⁷⁸⁵. Par conséquent, elle n'est pas une prérogative contractuelle mais « une catégorie particulière de notification par laquelle l'auteur informe autrui de ce qu'il y a "péril en la demeure", c'est-à-dire danger à tarder à s'exécuter »¹⁷⁸⁶. À ce titre, dans l'exercice des prérogatives contractuelles, elle est un constat du retard de l'exécution de son obligation par le débiteur¹⁷⁸⁷. Par conséquent, elle se différencie quelque peu de la mise en demeure de l'article 1344 du Code civil qui s'apparente davantage à

¹⁷⁸² V. *supra* n°294.

¹⁷⁸³ V. *supra* n°356.

¹⁷⁸⁴ L. MOLINA, *La prérogative contractuelle*, *op. cit.* spéc. p. 481, n°416.

¹⁷⁸⁵ N. CAYROL, *Droit de l'exécution*, *op. cit.*, spéc. p. 94 n°152. « En fait, mettre quelqu'un en demeure c'est lui notifier qu'on attend quelque chose de lui sans retard ».

¹⁷⁸⁶ L. MOLINA, *La prérogative contractuelle*, *op. cit.* spéc. p. 482-483, n°417.

¹⁷⁸⁷ B. GRIMONPREZ, *De l'exigibilité en droit des contrats*, *op. cit.*, p. 196, n°189 : « Le retard appelé juridique demeure, représente le défaut de ponctualité du débiteur ».

une sommation d'exécuter¹⁷⁸⁸. La mise en demeure a donc une double fonction. Elle permet de laisser un délai au débiteur pour corriger son inexécution¹⁷⁸⁹. Elle a aussi un rôle comminatoire : « la mise en demeure constitue une menace de sanction au cas où l'inexécution perdure »¹⁷⁹⁰.

359. L'exigence de mise en demeure systématique dans les sanctions unilatérales –

L'exigence de mise en demeure est présente dans toutes les sanctions unilatérales. Elle n'a pas à être généralisée dans l'exercice des prérogatives contractuelles, sauf dans certains cas et notamment, pour les prérogatives sanctions. La réduction du prix, la faculté unilatérale de remplacement du débiteur défaillant et la résolution par notification sont toutes des sanctions de l'inexécution. Logiquement, elles doivent donc faire l'objet d'une mise en demeure, dans le but d'informer le débiteur défaillant de ce qu'il attend afin qu'il prenne les dispositions nécessaires. Dans ces sanctions, elle a donc une vertu préventive, en ayant pour objet de « mentionner les risques encourus »¹⁷⁹¹ et comminatoire à l'image de ses caractéristiques dans l'exercice de la prérogative contractuelle. L'exigence généralisée de mise en demeure dans les sanctions unilatérales est donc un indice supplémentaire bénéfique à la qualification de ces dernières de prérogatives contractuelles et plus spécifiquement de prérogatives sanction¹⁷⁹².

360. Les précisions relatives à l'exigence de mise en demeure dans l'exercice des sanctions unilatérales –

L'exigence de mise en demeure dans l'exercice de toutes les sanctions unilatérales, sauf exception¹⁷⁹³, devrait être maintenue. Pour préciser cet exercice et systématiser davantage le droit de l'inexécution, il conviendrait donc que les sanctions unilatérales présentent toutes la même formule. En effet, seule l'exigence de mise en demeure doit être supprimée, en cas d'urgence dans la résolution par notification qui dispose, à l'article 1226 du Code civil, que, « sauf urgence », le créancier doit mettre en demeure son débiteur

¹⁷⁸⁸ O. DESHAYES, T. GENICON et Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, Commentaire article par article, op. cit.* p. 845.

¹⁷⁸⁹ R. LIBCHABER, « Demeure mise en demeure en droit français, Rapport français », in M. FONTAINE et G. VINEY (dir. de) *in Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles. Etudes de droit comparé, op. cit.* spéc. p. 129 n°18. En ce sens la mise en demeure est « orientée vers l'exécution ».

¹⁷⁹⁰ L. MOLINA, *La prérogative contractuelle, op. cit.* spéc. p. 483, n°417. V. ég. R. LIBCHABER, « Demeure mise en demeure en droit français, Rapport français », *précit.* En ce sens, la mise en demeure est « orientée vers l'inexécution ».

¹⁷⁹¹ L. MOLINA, *La prérogative contractuelle, op. cit.* spéc. p. 483, n°417.

¹⁷⁹² *Ibid.* spéc. p. 292, n°260 : « Trois des cinq sanctions à l'inexécution énumérées à l'article 1217 du Code civil ont pu être transcrites en prérogatives contractuelle, ce à quoi s'ajoute l'article 1222 du même code. Outre l'hypothèse d'exécution par un tiers, l'exécution forcée en nature par le débiteur ne peut à l'évidence pas faire l'objet de la puissance décisionnelle d'une personne privée ». Pour rappel, les trois sanctions sont respectivement, la réduction du prix, la clause résolutoire et la résolution par notification.

¹⁷⁹³ L'exigence de mise en demeure n'est pas obligatoire dans l'exercice de l'exception d'inexécution.

défaillant de s'exécuter sous peine de voir le contrat résolu. Cependant les autres exceptions potentielles à la mise en demeure, qui peuvent être dues à un aménagement contractuel ou à l'inutilité d'une telle mesure, ne sont pas évoquées. Il conviendrait donc de proposer que les exceptions, en général, à la mise en demeure soient évoquées dans toutes les sanctions¹⁷⁹⁴. Pour ce faire, il faudrait prendre en considération les recommandations de l'avant-projet Terré qui prévoyait deux exceptions à la mise en demeure de la résolution : l'inutilité et l'urgence¹⁷⁹⁵. Il conviendrait alors de modifier les articles 1222 et 1223 du Code civil. L'article 1222 du Code civil devrait désormais, disposer comme suit : « [...]après mise demeure, *sauf lorsqu'elle est inutile pour caractériser l'inexécution ou en cas d'urgence*, le créancier peut aussi, dans un délai et à un coût raisonnables, faire exécuter lui-même l'obligation [...] ». L'article 1223 du même Code devrait être rédigé ainsi : « En cas d'inexécution imparfaite de la prestation, le créancier peut, après mise en demeure, *sauf lorsqu'elle est inutile pour caractériser l'inexécution ou en cas d'urgence* [...] ». Enfin, l'article 1226 devrait disposer que « *Sauf lorsqu'elle est inutile pour caractériser l'inexécution ou en cas d'urgence*, il doit préalablement mettre en demeure ». Cependant, il faudrait admettre que ces modifications sont minimales. Par conséquent, si celles-ci ne sont jamais appliquées, il faut accepter qu'elles ne remettent pas en cause la possibilité d'exercer les sanctions unilatérales efficacement. Toutefois, il serait intéressant, à notre sens, de préciser l'exigence de mise en demeure en prenant en compte les différentes exceptions à celles-ci, qui peuvent être dues à l'urgence, une clause contractuelle ou tout autre situation dans laquelle cette dernière est inutile ou indésirable. Afin de conserver une logique de généralisation des textes du droit commun, il faudrait alors utiliser la même expression pour toutes les sanctions.

361. Bilan A – Les conséquences de la qualification des sanctions unilatérales en prérogatives contractuelles peuvent permettre de préciser les exigences procédurales relatives à la notification et à la mise en demeure lors de l'exercice de chaque sanction, afin que ces dernières soient exercées de bonne foi. La qualification permet également de préciser la nécessité de généraliser ou non l'obligation de motivation de l'exercice de la sanction unilatérale (B).

¹⁷⁹⁴ Les exceptions peuvent être l'urgence ou l'inutilité de la mise en demeure.

¹⁷⁹⁵ F. TERRÉ (dir.), *Pour une réforme du droit des contrats, op. cit.* V. art. 110 al. 2 : « Le créancier est dispensé de la mise en demeure lorsqu'elle est inutile pour caractériser l'inexécution ou en cas d'urgence ».

B. Les précisions relative à la motivation dans l'exercice des sanctions unilatérales

362. La motivation dans l'exercice de la prérogative contractuelle – La dernière formalité procédurale dans l'exercice de bonne foi de la prérogative contractuelle repose sur la motivation de l'exercice de celle-ci. Autrement dit, « dans l'exercice de la prérogative contractuelle, elle se conçoit comme le reflet de la réflexion qui a mené à la décision et qui, exhibée, s'offre à la contemplation du sujet passif »¹⁷⁹⁶. Elle a une utilité certaine dans l'exercice de la prérogative contractuelle car elle n'est pertinente que pour les actes unilatéraux réceptifs¹⁷⁹⁷. Elle ne sauve pas l'exercice de la prérogative contractuelle de toute déloyauté de la part de celui qui la met en œuvre, mais elle est utile pour régler les litiges puisqu'elle offre des motifs explicites¹⁷⁹⁸. Elle permet aussi de discuter de l'exercice de la prérogative contractuelle entre les parties et peut contribuer à aider le sujet passif à préparer sa défense. Enfin, la motivation éclaire le juge dans le contrôle de l'exercice de la prérogative¹⁷⁹⁹. Cependant, parfois, l'obligation de motiver viole le droit au secret des parties d'user d'une prérogative contractuelle sans nécessairement en motiver l'exercice¹⁸⁰⁰. Entre ses avantages et ses inconvénients¹⁸⁰¹, il est difficile de généraliser l'obligation de motivation à l'exercice de toutes les prérogatives contractuelles. Malgré cela, comme l'explique Madame Molina, « le principal intérêt de la motivation paraît résider dans l'injonction qui est faite au *potentior* d'énoncer les raisons qui le poussent à agir. Les exprimer le contraint à se confronter à lui-même. [...] [l'obligation de motivation] peut être généralisée à toutes les prérogatives dont l'exercice ne peut pas s'appuyer sur des motifs purement subjectifs, soit en raison de la nature de la modification autorisée, soit en raison du rapport contractuel déséquilibré »¹⁸⁰². Autrement dit, la motivation doit être généralisée lorsqu'elle peut s'appuyer sur des « mobiles vérifiables »¹⁸⁰³. Cela dépend donc du contexte de la prérogative contractuelle, le type de contrat dans lequel elle est prise et, également, du type de prérogative contractuelle en cause.

¹⁷⁹⁶ L. MOLINA, *La prérogative contractuelle*, op. cit. spéc. p. 487, n°419.

¹⁷⁹⁷ X. LAGARDE, « La motivation des actes juridiques », in Association Henri Capitant, *La motivation*, Journées Nationales, t. III, Limoges, 1998, LGDJ, 2000, p. 73.

¹⁷⁹⁸ L. MOLINA, *La prérogative contractuelle*, op. cit. spéc. p. 492, n°424.

¹⁷⁹⁹ Y.-M. LAITHIER, *Études comparatives des sanctions de l'inexécution du contrat*, op. cit. spéc. p. 289, n°207.

¹⁸⁰⁰ En ce sens, M. FABRE-MAGNAN, « Pour la reconnaissance d'une obligation de motiver la rupture des contrats de dépendance », *RDC/2* 2004, p. 573 : « une part de secret et d'opacité est nécessaire dans les relations humaines » ; R. CABRILLAC, « La motivation des actes individuels : le contrat » *précit.* ; L. AYNÈS, « Motivation et justification », *RDC/2* 2004, p. 555 ; L. MOLINA, *La prérogative contractuelle*, op. cit. spéc. p. 493, n°424.

¹⁸⁰¹ M. FABRE-MAGNAN, « L'obligation de motivation en droit des contrats », *précit.*

¹⁸⁰² L. MOLINA, *La prérogative contractuelle*, op. cit. spéc. p. 497, n°426.

¹⁸⁰³ *Ibid.* spéc. p. 495, n°426.

363. L'obligation de motivation quasi-absente dans l'exercice des sanctions unilatérales – Seule la résolution par notification doit faire l'objet d'exigence de motivation au titre de l'article 1226 du Code civil. La réduction du prix et l'exécution forcée indirecte par un tiers n'imposent pas une telle exigence. Cependant, cette absence de motivation, dans l'intégralité des sanctions de l'inexécution, doit être relativisée. En effet, cela a déjà été évoqué, il n'est pas forcément opportun de généraliser l'obligation de motivation, qui, si elle comporte des avantages non négligeables, présente aussi des inconvénients¹⁸⁰⁴. Par exemple, l'exigence de motivation de l'article 1226 du Code civil est explicitement évoquée et nécessaire, parce qu'elle se base sur des éléments « vérifiables ». La résolution ne peut être exercée qu'en cas d'inexécution suffisamment grave comme le précise l'article 1224 du Code civil. En cas de contestation, l'auteur de la résolution doit en plus prouver « la gravité de l'inexécution »¹⁸⁰⁵. Dans ce cas, l'exigence de motivation se base sur des éléments vérifiables et, en ce sens, elle se rapproche de la justification¹⁸⁰⁶. La motivation dans la notification définitive de la résolution unilatérale a donc pour but de justifier la résolution en se basant sur les éléments qui rendent l'inexécution du débiteur suffisamment grave pour valider le recours à la résolution. C'est en ce sens que son contenu se distingue de celui de la mise en demeure¹⁸⁰⁷. Dans le cadre de la résolution, la mise en demeure est exigée pour prévenir et inciter le débiteur à rectifier si possible son inexécution. Cette dernière est alors tournée vers l'exécution selon l'expression de Monsieur Libchaber¹⁸⁰⁸. À n'en pas douter, l'obligation de motivation de la résolution unilatérale confirme que cette mesure appartient à la catégorie des prérogatives contractuelles. Il en va de même pour la réduction du prix et la faculté unilatérale de remplacement du débiteur défaillant. Il faut simplement regretter que cette obligation de motivation n'ait pas été généralisée. Cette absence s'explique, principalement, par le fait que l'obligation de motivation est encore largement discutée et n'emporte pas consensus¹⁸⁰⁹. Cela ne signifie pas pour autant

¹⁸⁰⁴ D. HOUTCIEFF, « La motivation en droit des contrats », *Rev. Dr. Assas*, déc. 2019, n°19, p. 32, spéc. p. 36, n°9 : la motivation dans la sanction a pour avantage de préserver les droits de la défense et d'être un élément de preuve supplémentaire en cas de contestation de l'exercice de la mesure.

¹⁸⁰⁵ C. civ. art. 1226 *in fine* (version en vigueur depuis le 01 octobre 2016).

¹⁸⁰⁶ L. MOLINA, *La prérogative contractuelle, op. cit.* spéc. p. 489, n°422. Rappr. L. AYNÈS, « Motivation et justification », *précit.*

¹⁸⁰⁷ V. *supra* n°60.

¹⁸⁰⁸ R. LIBCHABER, « Demeure mise en demeure en droit français, Rapport français », in M. FONTAINE et G. VINEY (dir. de) *in Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles. Études de droit comparé, op. cit.* spéc. p. 129 n°18.

¹⁸⁰⁹ V. not. Dossier « La motivation et le pouvoir contractuel », *RDC/2* 2004, p. 563 s. ; Des auteurs estiment que la motivation doit être généralisée dans les contrats déséquilibrés, V. en ce sens, M. FABRE-MAGNAN, « Pour la reconnaissance d'une obligation de motiver la rupture des contrats de dépendance », *précit.* ; T. REVET, « L'obligation de motiver une décision contractuelle unilatérale, instrument de vérification de la prise en compte de l'intérêt de l'autre partie », *précit.* D'autres pensent que la motivation est réservée aux actes juridiques unilatéraux réceptifs, V. en ce sens, L. AYNÈS, « Motivation et justification », *précit.* ; L. MOLINA, *La*

que l'absence d'exigence formelle de motivation dans l'exercice de ces deux sanctions les privent de la qualification et du régime de prérogative contractuelle. En effet, même si cette obligation de motivation n'a pas été généralisée, rien n'interdit d'y recourir dans l'exercice de toutes les sanctions unilatérales. Au contraire, elle permet d'éviter les conflits *a posteriori* en ce qu'elle constitue un élément de preuve supplémentaire en cas de contestation de la mesure par le débiteur¹⁸¹⁰, « lorsqu'il entend démontrer l'inconsistance ou le caractère fallacieux du contenu de la motivation formelle, c'est-à-dire des motifs exprimés dans l'acte de motivation »¹⁸¹¹.

364. Les précisions relatives à l'exigence de la motivation dans les sanctions unilatérales – Toutes les sanctions unilatérales ne devraient pas faire l'objet d'une obligation de motivation. La qualification des sanctions unilatérales en prérogative contractuelle va également en ce sens¹⁸¹². « Seules les prérogatives dont l'exercice doit prendre appui sur des mobiles objectifs peuvent faire l'objet d'une exigence de motivation. [...] La clause de fixation unilatérale du prix est concernée, ainsi que les prérogatives de sanction »¹⁸¹³. Il ne nous apparaît pas nécessaire de généraliser l'obligation de motivation dans tous les contrats (adhésion ou de gré à gré)¹⁸¹⁴. En effet, il faut préciser que, « si les mobiles de la décision unilatérale relèvent en principe de l'intime, il est possible de rendre son exercice objectif compte tenu du rapport qui existe entre les parties »¹⁸¹⁵. Ainsi, dans les contrats d'adhésion, il pourrait être possible d'exiger une motivation obligatoire, de la partie forte, dans l'exercice de toutes les sanctions unilatérales afin de protéger davantage la partie faible. De plus, imposer une obligation de motivation généralisée dans les contrats d'adhésion, lors de l'exercice de la sanction unilatérale par la partie forte permet à la partie faible de disposer d'éléments objectifs supplémentaires en cas de contestation par le juge. Cette affirmation revient à s'intéresser à la valeur de la motivation devant le juge. Est-il tenu par celle-ci, ou au contraire, peut-il s'en éloigner pour

prérogative contractuelle, *op. cit.* Certains sont relativement contre la motivation, V. en ce sens, R. CABRILLAC, « La motivation des acte individuels : le contrat », *précit.*, ou mettent en garde contre ses dangers, V. en ce sens, B. FAGES, « Des motifs de débats », *précit.* ou s'interrogent sur son utilité véritable, V. D. FERRIER, « Une obligation de motiver ? », *RDC/2* 2004, p. 558.

¹⁸¹⁰ L. MOLINA, *La prérogative contractuelle*, *op. cit.* spéc. p. 491.

¹⁸¹¹ *Ibid.* spéc. p. 491-492, n°423.

¹⁸¹² V. *supra* n°362 et s.

¹⁸¹³ L. MOLINA, *La prérogative contractuelle*, *op. cit.* spéc. p. 497, n°426.

¹⁸¹⁴ T. REVET, « L'obligation de motiver une décision contractuelle unilatérale, instrument de vérification de la prise en compte de l'intérêt de l'autre partie », *précit.* ; V. *supra* n°300.

¹⁸¹⁵ L. MOLINA, *La prérogative contractuelle*, *op. cit.* spéc. p. 497, n°426. L'auteur cite l'article L. 113-12-1 du Code des assurances qui prévoit une obligation de motivation dans la résiliation unilatérale d'un contrat d'assurance.

trancher le litige ? Deux visions s'affrontent. Il y a celle qui estime que le juge est tenu par les motifs exprimés et qu'il ne doit pas s'en éloigner¹⁸¹⁶. Au contraire, il existe une autre vision de la motivation qui estime que celle-ci, même si elle est présente, ne permettra jamais de tout dire¹⁸¹⁷. Par conséquent suivant cette dernière vision, le juge ne doit pas se fier uniquement aux motifs exprimés ouvertement. À notre sens, pour trancher cette question il est nécessaire de prendre en compte le type de contrat. Dans les contrats d'adhésion, pour contester une sanction unilatérale, la partie faible ne dispose pas des mêmes armes (information, compétence, finance, *etc.*) que la partie forte. C'est pourquoi, à notre avis, accorder une pleine valeur à la motivation en circonscrivant les termes du litiges aux motifs exprimés dans celle-ci, offrirait à la partie faible un moyen de défense et une protection supplémentaires¹⁸¹⁸. À l'inverse, dans les contrats de gré à gré, il faut préférer limiter l'obligation de motivation à la résolution par notification¹⁸¹⁹ et lui accorder une valeur moindre en acceptant que « tout ne peut pas être dit quelques fois »¹⁸²⁰. Il convient tout de même de nuancer ce propos. Ainsi, si l'obligation de motivation n'a pas à être imposée dans l'exercice des sanctions unilatérales dans les contrats de gré à gré, elle n'a pas à être interdite. Le créancier qui déciderait de motiver sa décision est parfaitement en droit de le faire et le juge pourrait dans ce cas en tenir compte.

365. Bilan B – Il ne nous apparaît pas nécessaire de généraliser l'exigence d'une obligation de motivation dans l'exercice des sanctions unilatérales dans les contrats de gré à gré. Toutefois, cette généralisation semble opportune dans les contrats d'adhésion.

366. Conclusion §1 – Les conséquences de la qualification sur le régime des sanctions unilatérales sont d'une importance déterminante afin d'apporter des précisions quant au régime d'exercice de bonne foi des sanctions unilatérales, notamment en ce qui concerne les formalités procédurales de ces dernières. À ce titre, en respectant la prise en compte de la protection de la partie faible et en prenant en considération la qualification de prérogative, il est possible de

¹⁸¹⁶ D. HOUTCIEFF, « La motivation en droit des contrats », *précit.* n°14.

¹⁸¹⁷ Ph. STOFFEL-MUNCK, « La résolution par notification : questions en suspens », *précit.*

¹⁸¹⁸ T. REVET, « L'obligation de motiver une décision contractuelle unilatérale, instrument de vérification de la prise en compte de l'intérêt de l'autre partie », *précit.* ; Dans le même sens, L. MOLINA, *La prérogative contractuelle*, *op. cit.* spéc. p. 499, n°427. Comp. Droit du travail : en cas de contestation du licenciement, le juge est tenu aux motifs exprimés dans la lettre pour apprécier la régularité ou non de celui-ci, v. par ex. Cass. soc. 20 mars 1990, *Bull. civ.* V, n°124 et Cass. soc. 13 nov. 1991, *Bull. civ.* V, n°491, cités par l'auteur.

¹⁸¹⁹ L. MOLINA, *La prérogative contractuelle*, *op. cit.* spéc. p. 498, n°426 : « En revanche, dans l'hypothèse où la motivation exigée fait obstacle au secret des affaires, il paraît préférable de recommander aux parties d'exclure cette formalité. Il leur appartient d'apprécier la confidentialité des raisons qu'ils peuvent mobiliser dans l'exercice du contrat ».

¹⁸²⁰ *Ibid.* spéc. p. 499, n°426.

préciser les exigences de mise en demeure, de notification et de motivation des sanctions unilatérales. Pour être exercées de bonne foi, l'exigence de mise en demeure devrait être obligatoire pour toutes les sanctions, sauf exceptions (inutilité, urgence ou en cas de clause contractuelle). L'exigence de notification déjà prévue par les textes des sanctions unilatérales ne devrait pas faire l'objet de modifications particulières, sauf pour la notification définitive. Enfin, l'obligation de motivation devrait être généralisée dans l'exercice de toutes les sanctions unilatérales dans les contrats d'adhésion, et rendue non obligatoire, sauf pour la résolution unilatérale, dans les contrats de gré à gré.

367. Le cas particulier des conditions d'exercice procédurales informatives de l'exception d'inexécution – L'exception d'inexécution est une sanction spéciale. En effet, elle n'appartient pas à la catégorie des prérogatives contractuelles¹⁸²¹. Cependant, en tant que sanction unilatérale, à notre sens, elle doit pouvoir suivre les mêmes éléments de procédure dans sa mise en œuvre. Il suffit seulement d'adapter ces derniers à cette mesure. Par conséquent, l'harmonisation se traduit non pas par une identité de régime entre l'exception d'inexécution et les autres sanctions unilatérales mais par l'étude des mêmes éléments de procédure nécessaires à l'exercice de toutes les sanctions unilatérales.

L'exception d'inexécution est une sanction unilatérale¹⁸²², prévue avec ses semblables au titre de l'article 1217 du Code civil. Pour mettre en œuvre l'exception d'inexécution classique prévue à l'article 1219, aucun élément procédural n'est prévu. Seules les conditions de fond prévoient que cette sanction peut être mise en œuvre si l'obligation non exécutée est exigible et « si cette inexécution est suffisamment grave »¹⁸²³. Cette absence peut s'expliquer par le fait que cette sanction est très connue. La jurisprudence a largement contribué à façonner ses conditions de mise en œuvre, tant formelles que substantielles¹⁸²⁴. Il est pourtant curieux que les formalités procédurales de l'exercice de l'exception d'inexécution soient précisées, lorsqu'il s'agit de sa version anticipée, prévue à l'article 1220 du Code civil. Pour être mise en œuvre, l'exception d'inexécution anticipée, doit en plus de remplir des conditions substantielles, « être notifiée dans les meilleurs délais »¹⁸²⁵. Il faut donc remarquer que la version classique de l'exception d'inexécution ne prévoit aucune condition formelle de mise en œuvre particulière, à l'inverse des autres sanctions unilatérales. Est-ce que cela signifie pour autant que son régime

¹⁸²¹ V. *supra* n°s 186 et s.

¹⁸²² V. *supra* n°10.

¹⁸²³ C. civ. art. 1219 (version en vigueur depuis le 01 octobre 2016).

¹⁸²⁴ V. *supra* n°5.

¹⁸²⁵ C. civ. art. 1221 (version en vigueur depuis le 01 octobre 2016).

d'exercice diffère des autres sanctions unilatérales ? Nous ne le croyons pas. Autrement dit, ce n'est pas parce que l'exception d'inexécution ne dispose pas dans la lettre du texte de procédure particulière, qu'il n'y en a pas.

En effet, l'exception d'inexécution ne nécessite pas de mise en demeure expresse¹⁸²⁶. Cela est logique puisque généralement, elle est prise dans une situation pressante, pour faire cesser immédiatement l'inexécution de son débiteur. Or, l'urgence est une situation qui ne nécessite pas de mise en demeure. La mesure est prise immédiatement. De plus, ici la mise en demeure est inutile car elle fait perdre tout l'intérêt de la rapidité de cette sanction. Ensuite, concernant la notification définitive, l'exception d'inexécution n'en prévoit pas. Une fois de plus, cela semble tout à fait cohérent, puisque la sanction est provisoire. Et, il faut comprendre que le simple fait que le créancier arrête d'exécuter ses propres obligations est un comportement suffisant pour notifier, c'est-à-dire porter à la connaissance de son débiteur, la mise en œuvre de la sanction. Comme elle ne fait pas l'objet d'une notification définitive, elle n'a pas non plus à être motivée. Néanmoins, en l'absence de disposition contraire, la motivation de l'exception d'inexécution par le créancier au débiteur défaillant n'est pas interdite.

Par conséquent, il faut donc comprendre que l'exception d'inexécution classique peut se rapprocher dans sa procédure de mise en œuvre du régime d'exercice de toutes les sanctions unilatérales. Or, comme elle n'est pas une prérogative sanction mais seulement une sanction provisoire de l'inexécution, elle pourrait, et devrait, suivre un régime différent et spécifique à sa nature. Ainsi, selon nous, parce qu'elle est une sanction unilatérale, elle devrait tenir compte du type de contrat dans lequel elle est conclu. Elle devrait pouvoir être autorisée dans les contrats d'adhésion mais aussi dans les contrats de gré à gré afin de respecter la protection de la partie faible. À l'inverse, l'exception d'inexécution anticipée est une mesure très particulière¹⁸²⁷ et, souvent, qualifiée de dangereuse. À ce titre, pour ne pas augmenter les déséquilibres dans les contrats d'adhésion, nous estimons qu'elle devrait être totalement proscrite dans ce type de contrat¹⁸²⁸. Par ailleurs, sa procédure de mise en œuvre formelle est relativement semblable à celle des sanctions unilatérales. Comme elle intervient par anticipation à l'inexécution, elle devrait être notifiée. Pour prendre effet, elle devrait donc faire l'objet d'une notification définitive. Toutefois, la mise en demeure ne devrait pas être nécessaire puisqu'il s'agit également d'une mesure réalisée en cas d'urgence, en vue d'une inexécution imminente,

¹⁸²⁶ La jurisprudence va classiquement en ce sens, v. not. Cass. 3^{ème} civ., 26 mai 1992, *Bull. civ.* III, n°176 ; *RTD Civ.* 1993, p. 377, obs. P.-Y. GAUTIER.

¹⁸²⁷ J.-D. BRETZNER, « Les conditions de l'exception d'inexécution par anticipation », *précit.*

¹⁸²⁸ V. *supra* n°282.

que le créancier anticipe en mettant en œuvre l'article 1220 du Code civil. La notification permettrait au débiteur d'être informé, prévenu et aurait pour but de l'inciter à agir avant que son inexécution ne s'avère effective. L'obligation de motivation ne devrait pas être obligatoire dans l'exercice de l'exception d'inexécution préventive puisqu'elle n'a pas vocation à durer et qu'elle doit pouvoir s'exercer uniquement dans les contrats de gré à gré¹⁸²⁹. Cependant, dans ce contrats, la motivation de cette mesure par le créancier ne devrait pas être interdite, en l'absence de disposition contraire.

La qualification de prérogative contractuelle permet également d'apporter des précisions relatives au temps dans l'exercice des sanctions unilatérales (§2).

§2 : Les précisions relatives au temps dans l'exercice des sanctions unilatérales

368. Les conséquences de la qualification des sanctions unilatérales en prérogatives contractuelles peuvent permettre de préciser les formalités relatives au délai d'exercice de celles-ci (A). Toutefois, l'exception d'inexécution doit faire l'objet d'une attention particulière puisque la qualification ne s'applique pas à cette mesure (B).

A. Les précisions relatives aux délais

369. L'exigence d'un délai raisonnable dans l'exercice de la prérogative contractuelle – L'exercice de la prérogative contractuelle nécessite « l'acclimatement du sujet passif »¹⁸³⁰. Afin de mettre correctement en œuvre une prérogative contractuelle, il est donc nécessaire que des délais soient respectés. Il s'agit notamment du « temps qui court entre la notification de la décision à l'attention du sujet passif et la réalisation effective de la modification sur la situation contractuelle »¹⁸³¹. Comme l'exercice de la prérogative va venir modifier la situation de celui qui la subit, il est nécessaire que ce dernier puisse s'acclimater, trouver des solutions et s'adapter à sa situation future. En ce sens, ce temps laissé au sujet passif s'apparente à « un délai de prévenance »¹⁸³². Toutefois, il faut reconnaître que si l'exigence d'un délai de préavis, dans le recours à la prérogative contractuelle, est parfois pertinent, il est

¹⁸²⁹ *Contra* : F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE et F. CHÉNEDÉ, *Droit civil les obligations, op. cit.* spéc. p. 865, n°772 : À propos de la notification de l'exception d'inexécution anticipée, « on pourrait imaginer que les magistrats imposent à l'*excipiens* d'indiquer les raisons de sa décision préventive ».

¹⁸³⁰ Expression empruntée à L. MOLINA, *La prérogative contractuelle, op. cit.* spéc. p. 499, n°428.

¹⁸³¹ L. MOLINA, *La prérogative contractuelle, op. cit.* spéc. p. 500, n°429.

¹⁸³² *Ibid.* spéc. p. 500, n°429 qui cite A. SONET, *Le préavis en droit privé*, préf. F. BUSSY, PUAM 2003, p. 204-205, n°s465-466.

des situations où ce dernier est « inutile »¹⁸³³ ou pire, « indésirable »¹⁸³⁴. Il faut donc en conclure que pour l'exercice de la prérogative contractuelle, le délai de préavis, même s'il présente l'avantage pour le sujet passif d'être prévenu, ne doit pas être généralisé à l'exercice de toutes les prérogatives contractuelles¹⁸³⁵.

370. L'absence de respect d'un délai de préavis dans les sanctions unilatérales – Les sanctions unilatérales ne prévoient pas, dans leur mise en œuvre, une exigence expresse de respect d'un délai de préavis, déterminé ou déterminable, suivant les circonstances. Au contraire, l'article 1226 du Code civil prévoit que le créancier doit respecter un délai raisonnable pour laisser une chance au débiteur de rectifier son inexécution. Il en va de même pour l'article 1222 où, avant de faire remplacer le débiteur défaillant par un tiers, le créancier doit lui laisser un « délai raisonnable » pour, peut-être, espérer qu'il finisse par s'exécuter. La réduction du prix, quant à elle, prévoit que la notification de réduire le prix doit intervenir « dans les meilleurs délais »¹⁸³⁶. Ces délais ont tous pour but de laisser du temps au débiteur, pour s'exécuter, ou à défaut se préparer à recevoir la sanction. Comme cela a déjà été évoqué, l'exercice de la prérogative contractuelle nécessite, « l'acclimatement du sujet passif »¹⁸³⁷. Par conséquent, il faut alors conclure que l'exigence du respect d'un certain délai dans les sanctions unilatérales correspondrait parfaitement au délai imposé dans l'exercice de la prérogative contractuelle. Il n'est pas nécessaire qu'un délai de préavis soit précisé dans l'exercice de la sanction.

371. La précision du respect d'un délai « raisonnable » dans l'exercice des sanctions unilatérales – Pour mettre en œuvre régulièrement une sanction unilatérale, les parties doivent respecter un certain délai. Le régime de la prérogative contractuelle et la prise en compte de la protection de la partie faible n'ont aucune incidence sur cette exigence. Toutes les sanctions unilatérales pour être exercées doivent respecter des délais¹⁸³⁸. À l'inverse, ces deux éléments ont, à notre sens, une autre importance lorsqu'il s'agit d'aménager contractuellement les délais

¹⁸³³ L. MOLINA, *La prérogative contractuelle*, op. cit. spéc. p. 502 et s., n°431 : par exemple si la mise en demeure prévoit déjà un délai, il est inutile de prévoir un délai de préavis supplémentaire. Le délai de préavis est inutile si le sujet passif n'a pas besoin de s'adapter à sa situation future à la suite de l'exercice de la prérogative contractuelle.

¹⁸³⁴ *Ibid.* spéc. p. 503 et s., n°432 : l'auteur développe les cas où le délai de préavis dans l'exercice de la prérogative contractuelle est indésirable. Il s'agit des cas d'urgence et en cas de clause contractuelle sous réserve de respecter un délai de préavis raisonnable.

¹⁸³⁵ *Ibid.* spéc. p. 505, n°432 : « En théorie, on pourrait croire que le délai de préavis doit toujours s'imposer. En réalité, il est rarement utile de l'ériger en condition formelle, et parfois même inopportun ».

¹⁸³⁶ C. civ. art. 1223 (version en vigueur depuis le 01 octobre 2018).

¹⁸³⁷ Expression empruntée à L. MOLINA, *La prérogative contractuelle*, op. cit. spéc. p. 499, n°428.

¹⁸³⁸ V. *supra* n°288.

de mise en œuvre des sanctions unilatérales. En effet, l'exigence du respect d'un délai raisonnable pourrait être exclue par les parties. Les clauses d'exclusion du délai de préavis sont parfaitement valables¹⁸³⁹. Dans les contrats de gré à gré, ces clauses sont valides¹⁸⁴⁰. Au contraire, dans les contrats d'adhésion, ces dernières peuvent être présumées abusives sur le fondement de l'article 1171 du Code civil. En effet, « quand bien même elle serait stipulée de façon commutative, il ne fait pas de doute que la partie forte serait la seule à en bénéficier en pratique de sorte qu'un déséquilibre significatif surviendrait »¹⁸⁴¹. Souvent, les clauses sont considérées abusives parce qu'elles ne sont pas réciproques, c'est-à-dire être stipulées au bénéfice de toutes les parties au contrat¹⁸⁴². Par conséquent, pour améliorer le régime des sanctions unilatérales quant aux formalités temporelles dans leur exercice, il faut préciser deux points. D'abord, il faudrait admettre que dans tous les types de contrats, sauf situations urgentes, il est nécessaire de respecter un « délai raisonnable ». Cela signifie qu'il faudrait respecter un temps suffisant pour laisser au débiteur la possibilité de s'exécuter ou de prendre acte de la sanction. Les textes des sanctions unilatérales utilisent diverses expressions « meilleurs délais » ou « délai raisonnable ». Selon nous, il faudrait harmoniser ces dispositions en privilégiant l'expression « délai raisonnable » afin d'accentuer la logique de système du droit de l'inexécution. Enfin, concernant l'aménagement contractuel des délais d'exercice des sanctions unilatérales, il devrait être nécessaire de faire une distinction selon le type de contrat conclu. Dans les contrats de gré à gré, il faudrait tolérer ce type de clause ; pour favoriser la liberté contractuelle. Dans les contrats d'adhésion, il faudrait les présumer irréfragablement abusives, afin de protéger la partie faible, à l'instar de la liste des clauses noires et grises prévues par le droit de la consommation¹⁸⁴³.

372. Bilan A – L'exercice des prérogatives contractuelles, guidé par la bonne foi, doit respecter des formalités procédurales afin d'être régulier dont une certaine temporalité dans l'exercice de la prérogative. C'est pourquoi, l'exercice régulier des sanctions unilatérales nécessite le respect d'un certain délai. A notre sens, ce délai devrait être qualifié

¹⁸³⁹ Cass. Civ. 1^{re}, 17 février 2011, *Bull. civ.* I, n°28, n°10-13.980 ; *RDC/3* 2011, 832, obs. T. GENICON ; *D.* 2011, p. 676, obs. Y. ROQUET.

¹⁸⁴⁰ En ce sens, L. MOLINA, *La prérogative contractuelle*, *op. cit.* spéc. p. 505, n°432.

¹⁸⁴¹ *Ibid.* spéc. p. 505, n°432.

¹⁸⁴² F. CHÉNEDÉ, *Droit des obligations et des contrats*, *op. cit.* spéc. p. 102, n°123.373.

¹⁸⁴³ F. CHÉNEDÉ, *Droit des obligations et des contrats*, *op. cit.* spéc. p. 102, n°123.373 À ce titre, il faut rappeler qu'il est possible de s'inspirer du droit de la consommation. Le Rapport au Président prévoit d'ailleurs que « les critères d'application du déséquilibre significatif sont déjà connus et inspirés de ceux fixés par le Code de la consommation et qu'ils résultent de la transposition de la directive 93/13/CEE du 5 avril 1993 sur les clauses abusives ».

de « raisonnable » pour toutes les sanctions unilatérales et ne pourrait être exclu contractuellement dans les contrats d'adhésion. Pour être complet, il convient d'étudier le cas particulier des délais dans l'exercice de l'exception d'inexécution, qui n'est pas une prérogative contractuelle (B).

B. Le cas particulier des délais dans l'exercice de l'exception d'inexécution

373. L'absence de respect d'un délai dans l'exercice de l'exception d'inexécution – L'exigence d'un délai particulier à respecter n'est pas nécessaire puisque la sanction est prise immédiatement. Sur le moment, elle va modifier la situation du débiteur défaillant, mais elle demeure une mesure incitative. En cela, elle offre la possibilité au débiteur de reprendre l'exécution de ses propres obligations. La mesure cessera dès lors qu'il recommencera à s'exécuter. Pour avoir de l'importance, la mesure est prise sans délai. Laisser un délai de prévenance au débiteur avant de mettre en œuvre l'exception d'inexécution classique eu égard au but recherché par cette sanction : l'inexécution immédiate de son obligation par ce dernier. Le délai serait inutile puisque cette sanction est une mesure d'urgence. Il en va de même pour l'exception d'inexécution préventive. Dès que la perspective d'une inexécution grave et potentielle à l'échéance prévue est avérée, cette sanction doit pouvoir être exercée. Pour autant, comme pour sa version classique, si les formalités procédurales de l'exception d'inexécution anticipée diffèrent d'avec les autres sanctions unilatérales, il est possible de comprendre pourquoi et de trouver une explication à ces différences. S'il est possible de comparer les formalités procédurales de l'exception d'inexécution avec celles des autres sanctions unilatérales, cela témoigne, que même si cette mesure est une mesure spéciale, qui présente des exceptions procédurales, elle fait partie de la catégorie des sanctions unilatérales. Par conséquent, le régime d'exercice des sanctions unilatérales peut être précisé par l'étude des formalités procédurales de mise en œuvre des sanctions. Toutefois, des exceptions peuvent exister et, sans mauvais jeu de mot, l'exception d'inexécution en est une.

374. Bilan B – L'exception d'inexécution n'est pas une prérogative sanction. Elle est une sanction unilatérale de l'inexécution, une mesure particulière et surtout provisoire pour inciter à l'exécution. En ce sens, elle participe à éviter l'inexécution. Son résultat n'est malheureusement pas toujours positif. Dans ce cas, il est nécessaire que les autres sanctions unilatérales prennent le relais. C'est pourquoi, à sa manière, cette mesure participe à l'inexécution. Elle fait donc partie intégrante des sanctions unilatérales de l'inexécution prévues

à l'article 1217 du Code civil. Cependant, suivre le même régime de mise en œuvre n'est pas opportun pour l'exception d'inexécution qui, que ce soit dans sa version classique ou anticipée, est une sanction unilatérale spéciale et surtout, préventive.

375. Conclusion §2 – Les conséquences de la qualification sur le régime des sanctions unilatérales sont également d'une importance déterminante lorsqu'il s'agit de s'intéresser aux délais d'exercice de ces dernières. S'il n'apparaît pas opportun de respecter un délai de préavis lors de l'exercice des sanctions unilatérales, la mise en œuvre de ces dernières devraient respecter un « délai raisonnable ». À ce titre, il conviendrait de modifier les textes relatifs aux sanctions unilatérales en généralisant l'expression, sauf pour l'exception d'inexécution et sa version anticipée.

376. Conclusion section 1 – Les modalités de mise en œuvre régulière des sanctions unilatérales pourrait être précisées grâce à la qualification de prérogative contractuelle. Les éléments d'exercice formels des sanctions unilatérales participent à le rendre régulier. Autrement dit, ils sont nécessaires que les sanctions unilatérales soit utilisées de bonne foi. En cas de non-respect de ces derniers, les parties peuvent être sanctionnées en vertu de la violation de ce principe, comme nous le verrons par la suite. Toutefois, ils devraient faire l'objet d'adaptations particulières en fonction du type de contrat afin de maintenir une certaine protection de la partie faible dans les contrats d'adhésion.

Si la qualification de prérogative permet de préciser le régime d'exercice formel des sanctions unilatérales, il autorise également à préciser la contestation de celles-ci, qui n'est pas développée par la réforme du droit des contrats (section 2).

Section 2 : La précision de la contestation de l'exercice des sanctions unilatérales

377. Pour régler les difficultés en cas de contestation de l'exercice d'une sanction unilatérale, la prise en compte de la protection de la partie faible par la reconnaissance de la *summa divisio* dans les règles des sanctions unilatérales a été bénéfique. Elle a permis de présenter des éléments d'éclairage, quant à la contestation des sanctions unilatérales, en fonction du type de contrat, grâce à la proposition de hiérarchisation du recours aux sanctions unilatérales¹⁸⁴⁴. Pour

¹⁸⁴⁴ V. *supra* n°s 320 et s.

livrer une lecture efficace du régime des sanctions unilatérales, il faut désormais présenter les conséquences de la qualification des sanctions unilatérales en prérogative contractuelle. Pour préciser les éléments de contestation de l'exercice des sanctions unilatérales en fonction du type de contrat, et donc affiner davantage le contrôle de ces dernières en cas de remise en cause de celles-ci, il faut prendre en considération le régime de contestation de l'exercice de la prérogative contractuelle dans les sanctions unilatérales. En d'autres termes, il faut s'intéresser à l'exercice irrégulier de celles-ci.

En effet, l'exercice irrégulier des sanctions unilatérales peut reposer sur un problème de mise en œuvre procédurale comme nous venons de l'étudier. Ces dernières doivent également respecter certaines conditions de fond. Si ces conditions formelles et substantielles ne sont pas respectées dans l'exercice de la sanction, celui-ci devient irrégulier. Il est alors possible de le contester. En se basant sur la qualification de prérogatives contractuelles, il semble possible d'étudier la condition de fond essentielle de l'exercice des sanctions unilatérales : l'inexécution (§1), qui si elle n'est pas respectée peut donner lieu à une procédure de contestation particulière (§2).

§1 : Les précisions relatives à la notion d'inexécution à l'aune de la prérogative contractuelle

378. Un retour sur la notion d'inexécution¹⁸⁴⁵, prévue par le régime des sanctions unilatérales dans le Code civil, qui donne lieu à l'exercice d'une sanction unilatérale doit être réalisé (A) pour comprendre que, dans la mesure où les sanctions unilatérales sont des prérogatives contractuelles, le mauvais exercice d'une sanction unilatérale peut être assimilable à une inexécution contractuelle, dont la victime de cette mauvaise mise en œuvre pourrait se prévaloir (B).

A. Retour sur la notion d'inexécution

379. « En droit comme ailleurs, chaque nouveauté ouvre autant de questions : à nouveaux mécanismes, nouvelles sollicitations pour l'imagination »¹⁸⁴⁶. Tel est le cas des sanctions unilatérales qui pour être mise en œuvre présentent des différences notables. Mais, sur le fond, elles sont toutes déclenchées par une inexécution. Si cette dernière correspond au non-respect

¹⁸⁴⁵ V. *supra* n°10.

¹⁸⁴⁶ A. BÉNABENT, « Les nouveaux mécanismes », *précit.*

de l'une de ses obligations par le débiteur défaillant, il convient de s'y appesantir davantage pour comprendre comment elle est appréhendée par le droit positif.

380. La disparité de la notion d'inexécution dans les articles 1217 et suivants du Code civil – Pour mettre en œuvre les sanctions de l'inexécution, le texte de présentation de celles-ci, évoque « l'engagement » qui « n'a pas été exécuté, ou l'a été imparfaitement »¹⁸⁴⁷. La réforme est assez abstraite sur le type d'inexécution en cause lorsqu'elle présente les sanctions¹⁸⁴⁸. Il faut saluer cette abstraction puisqu'elle permet une interprétation extensible de la notion d'inexécution. Au titre de l'article 1217 du Code civil, le terme « engagement » semble pouvoir alors recouvrir plusieurs acceptions¹⁸⁴⁹. Il peut faire référence à la promesse, au contrat qui a été conclu, ou encore au lien entre les parties. Par conséquent si cet « engagement » n'est pas respecté, par exemple si les parties n'observent pas l'obligation générale de loyauté qui leur est imposée, il est possible de caractériser une inexécution et *a fortiori*, d'appliquer les sanctions de l'inexécution et donc les sanctions unilatérales. L'inexécution doit aussi pouvoir résulter du mauvais comportement du créancier qui a conduit à la mauvaise exécution du contrat comme par exemple, un retard dans la livraison pour cause de négligence. En ce sens, l'engagement fait aussi référence au contenu obligationnel du contrat et donc aux prestations échangées, dans le cadre du contrat-échange. Par conséquent, une inexécution peut également être caractérisée en cas de non-respect des prestations du contrat. A ce titre, l'inexécution peut résulter de la non-exécution d'une obligation du contrat comme par exemple, la livraison de la chose. Malheureusement, si la rédaction de l'article 1217 est satisfaisante en ce qu'elle regroupe deux acceptions possibles de l'inexécution, il faut remarquer que la notion d'inexécution est très disparate suivant l'étude de chaque sanction unilatérale. Cette disparité ne favorise pas la cohérence du régime des sanctions unilatérales. De plus, le simple comportement des parties n'est jamais pris en compte isolément, en dehors du non-respect des obligations du contrat, pour caractériser une inexécution du contrat et permettre le recours aux sanctions unilatérales.

¹⁸⁴⁷ C. civ. art. 1217 (version en vigueur depuis le 01 octobre 2018).

¹⁸⁴⁸ Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 *précit.* Ce dernier ne fait aucune référence à la notion d'inexécution. Il évoque seulement « le régime de l'inexécution contractuelle ».

¹⁸⁴⁹ L. MOLINA, *La prérogative contractuelle*, *op. cit.* spéc. p. 546, n°473 : « L'article 1217 du Code civil exploite la notion d'« engagement », laissant penser que le législateur n'a pas entendu restreindre l'inexécution à la violation d'une règle obligationnelle ».

381. Les différentes identités de l'inexécution dans l'exercice des sanctions unilatérales – D'abord, l'exception d'inexécution peut être mise en œuvre « si l'autre n'exécute pas son obligation et si cette inexécution est suffisamment grave »¹⁸⁵⁰. La version anticipée dispose que « dès lors qu'il est manifeste que son cocontractant ne s'exécutera pas à l'échéance et que les conséquences de cette inexécution sont suffisamment graves pour elle », une partie peut mettre en œuvre cette sanction¹⁸⁵¹. La notion d'inexécution nécessaire à la mise en œuvre de l'exception d'inexécution s'apparente au non-respect des prestations du contrat. Aucune référence relative au comportement des parties n'est à remarquer. De même, la faculté unilatérale de remplacement du débiteur défaillant rappelle que le créancier peut « faire exécuter lui-même l'obligation »¹⁸⁵². Ici, il est également fait référence à l'inexécution en tant que violation des prestations contractuelles. La sanction peut être prononcée à partir de l'instant où le débiteur n'exécute pas sa prestation. L'article 1223 du Code civil suit la même direction. La réduction du prix est possible « en cas d'exécution imparfaite de la prestation »¹⁸⁵³. À l'inverse, la résolution par notification prend en compte une autre dimension de la notion d'inexécution. La résolution par notification peut avoir lieu « en cas d'inexécution suffisamment grave »¹⁸⁵⁴. Si l'on met de côté le caractère de gravité de l'inexécution, qui sera étudié ultérieurement¹⁸⁵⁵, en employant le terme générique « inexécution », l'article 1224 du Code civil invite à penser l'inexécution de façon extensible, sans la réduire au non-respect des prestations attendues du contrat. L'article 1226 du Code civil complète cette affirmation puisque la résolution par notification prendra effet, à condition que le débiteur ait été mis en demeure de « satisfaire son engagement » et s'il n'a pas pu « satisfaire à son obligation »¹⁸⁵⁶. La notion d'inexécution qui est nécessaire à la mise en œuvre de la résolution unilatérale peut donc s'avérer être double. Elle se rapporte à la violation des prestations du contrat mais le terme « engagement » invite à penser que le comportement des parties peut être pris en compte pour caractériser une inexécution et donner lieu à l'exercice d'une sanction unilatérale, à l'image de la rédaction de l'article 1217 du Code civil. L'utilisation du terme « engagement » au sein de l'article 1226 du Code civil permet de penser, qu'en plus de la violation d'une obligation du contrat, le comportement de la partie défaillante peut être pris en compte pour déterminer l'inexécution donnant lieu à l'exercice de la sanction et rappelle la jurisprudence

¹⁸⁵⁰ C. civ. art. 1219 (version en vigueur depuis le 01 octobre 2016).

¹⁸⁵¹ C. civ. art. 1220 (version en vigueur depuis le 01 octobre 2016).

¹⁸⁵² C. civ. art. 1222 (version en vigueur depuis le 01 octobre 2016).

¹⁸⁵³ C. civ. art. 1223 (version en vigueur depuis le 01 octobre 2018).

¹⁸⁵⁴ C. civ. art. 1224 (version en vigueur depuis le 01 octobre 2016).

¹⁸⁵⁵ V. *infra* n°s 413 et s.

¹⁸⁵⁶ C. civ. art. 1226 (version en vigueur depuis le 01 octobre 2016).

Tocqueville¹⁸⁵⁷. Cependant, en droit positif et pour être tout à fait clair, il faut préciser que la simple violation d'une norme de comportement, ne donne jamais lieu à l'exercice d'une sanction unilatérale, en dehors de la violation d'une quelconque obligation du contrat.

382. Bilan A – D'une part, la notion d'inexécution nécessaire à la mise en œuvre des sanctions unilatérales n'est pas harmonisée dans l'exercice des sanctions unilatérales. Cela est regrettable car cette harmonisation pourrait, à notre avis, participer, à la clarté et à la simplification du nouveau droit de l'inexécution. D'autre part, la notion d'inexécution ne correspond qu'à la violation des obligations du contrat. En dehors de toute violation d'une quelconque obligation contractuelle, aucune partie ne peut prétendre être victime d'une inexécution à cause du comportement d'une des parties dans l'exécution de ses obligations. Cette absence de prise en compte du comportement vient, à notre sens, réduire les possibilités d'exercice des sanctions unilatérales.

Toutefois, puisque les sanctions unilatérales peuvent être rattachées à la catégorie des prérogatives unilatérales sanction, il est possible de se demander si la mauvaise exécution d'une sanction unilatérale serait assimilable à une inexécution contractuelle condamnable en droit positif, augmentant alors les situations dans lesquelles les sanctions unilatérales seraient susceptibles d'être exercées ? (B)

B. L'assimilation du mauvais exercice d'une sanction unilatérale à une inexécution contractuelle

383. L'exercice irrégulier de la prérogative contractuelle : l'inexécution contractuelle – La prérogative contractuelle se manifeste par un acte juridique unilatéral mais elle est surtout un « effet du contrat »¹⁸⁵⁸. Parce qu'elle est un acte juridique, en cas d'exercice irrégulier, celle-ci peut être annulée¹⁸⁵⁹. Mais comme elle est aussi un effet du contrat, il est alors possible de lui appliquer les sanctions de l'inexécution en cas d'exercice irrégulier¹⁸⁶⁰. En effet, son mauvais exercice s'apparente à une inexécution de ce dernier. Pour comprendre comment contester l'exercice irrégulier de la prérogative contractuelle, en se basant sur les sanctions de l'inexécution, il faut admettre que l'exercice irrégulier de la prérogative, en lui-même, constitue

¹⁸⁵⁷ Cass. Civ. 1^{re}, 13 oct. 1998, *Bull. Civ. I*, n°300, *précit.*

¹⁸⁵⁸ L. MOLINA, *La prérogative contractuelle*, *op. cit.* spéc. p. 544, n°469.

¹⁸⁵⁹ V. *supra* n°s 193 et s.

¹⁸⁶⁰ L. MOLINA, *La prérogative contractuelle*, *op. cit.* p. 543, n°469. V. ég. *supra* n°196.

une inexécution. La notion d'inexécution dans le régime des prérogatives contractuelles recoupe différents sens, qui diffèrent de la notion classique du non-respect des obligations contractuelles.

384. L'inexécution et la violation des obligations relatives aux prestations des parties – Puisque le contrat est un ensemble de contreparties entre les contractants¹⁸⁶¹, l'inexécution s'apparente à la violation d'une obligation du contrat par les parties¹⁸⁶². Mais cette conception de l'inexécution centrée sur le non-respect des obligations du contrat peut être remise en cause¹⁸⁶³. L'inexécution n'est pas seulement le non-respect d'une prestation du contrat. En effet, le contrat repose aussi sur un lien entre les parties¹⁸⁶⁴. Par conséquent, les parties échangent des prestations dans un contrat suivant des règles particulières, que le droit édicte ou qu'elles ont pu édicter elles-mêmes¹⁸⁶⁵. Ainsi, « le rapport entre les parties peut être altéré par leurs agissements, indépendamment des prestations qu'elles se sont promises, au point de compromettre la promesse qu'elles se sont faites »¹⁸⁶⁶.

385. L'inexécution et la violation d'une règle non obligationnelle – Comme l'explique Madame Molina, dans le prolongement de Monsieur Ancel¹⁸⁶⁷, l'inexécution peut porter sur « l'ensemble des stipulations obligatoires, indépendamment de leur nature »¹⁸⁶⁸. Par conséquent, certaines clauses du contrat qui n'ont pas de caractère obligatoire, en ce qu'elles sont présentes pour organiser le bon déroulé de l'opération contractuelle, ont autant d'importance que les obligations relatives aux prestations des parties¹⁸⁶⁹. Autrement dit, les règles obligationnelles et non-obligationnelles du contrat sont liées parce qu'elles constituent ensemble l'opération économique. Le contrat est alors un ensemble de règles, obligationnelles et non obligationnelles. Souvent les deux sont impossible à dissocier. En effet, à titre d'exemple, Madame Molina explique que, si une partie refuse la fixation unilatérale du prix, cette dernière

¹⁸⁶¹ C. ATIAS, « Qu'est-ce qu'un contrat », in C. JAMIN (dir.), *Droit et économie des contrats*, LGDJ, 2008, p. 3

¹⁸⁶² G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, op. cit. v° Inexécution ; P. ANCEL, « Le juge et l'inexécution du contrat » in F. COLLART-DUTILLEUL et C. COULON (dir.), *Le renouveau des sanctions contractuelles*, op. cit. p. 103. ; L. MOLINA, *La prérogative contractuelle*, op. cit. spéc. p. 470, n°544 : l'inexécution s'apparente à la « non-exécution de la prestation attendue ».

¹⁸⁶³ T. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, op. cit. spéc. p. 207, n°280 : « il y a mille et une façon de ne pas exécuter une convention » ; M. JAOUEN, *La sanction prononcée par les parties au contrat : étude sur la justice privée dans les rapports contractuels de droit privé*, op. cit. spéc. p. 93, n°100.

¹⁸⁶⁴ Comp. C. ATIAS, « Restaurer le droit des contrats », *D.* 1998, 137.

¹⁸⁶⁵ L. MOLINA, *La prérogative contractuelle*, op. cit. spéc. p. 547, n°474.

¹⁸⁶⁶ *Ibid.* spéc. p. 544, n°470.

¹⁸⁶⁷ P. ANCEL, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *précit.*

¹⁸⁶⁸ L. MOLINA, *La prérogative contractuelle*, op. cit. spéc. p. 547, n°474.

¹⁸⁶⁹ *Ibid.* spéc. p. 547, n°474.

ne respecte pas une règle non obligationnelle du contrat, à savoir la prérogative de fixation du prix. Par conséquent, elle finira par refuser de payer le prix et par ne pas respecter la règle obligationnelle essentielle du contrat¹⁸⁷⁰. Ainsi, les sanctions de l'inexécution du contrat peuvent s'appliquer dès qu'une des parties transgresse une règle de celui-ci, peu important que l'obligation violée soit obligationnelle ou non¹⁸⁷¹.

386. L'inexécution et la violation d'une règle contractuelle – De même, à partir du moment, où une règle contractuelle légale est violée, une inexécution peut être caractérisée et les sanctions de l'inexécution du contrat peuvent trouver à s'appliquer. En effet, il importe peu que la source de la règle soit légale ou non, à condition qu'elle soit contractuelle¹⁸⁷². Le fait que le Code civil prévoit des règles spécifiques à certaines prérogatives contractuelles ne signifie pas que ces dernières sont détachées du contrat. Ainsi, si elles ne sont pas respectées la violation de celles-ci devrait, quand même, pouvoir entraîner une inexécution. Par conséquent, pour caractériser l'inexécution, il n'est pas important de déterminer la source de la règle violée. En effet, les règles relatives aux prérogatives dans le Code civil existent pour « servir le rapport contractuel dont elles constituent le support si bien que, par une forme d'application de la théorie de l'accessoire, elles prennent à leur tour une nature contractuelle »¹⁸⁷³. Les parties doivent respecter ces règles contractuelles, d'origine légale. En cas de violation de ces dernières, il faut admettre qu'il existe une inexécution du contrat.

387. Finalement, la notion d'inexécution peut prendre plusieurs acceptions. L'inexécution d'une prérogative contractuelle n'est pas seulement le non-respect de prestations promises par les parties. Elle peut également relever du non-respect d'une règle non obligationnelle, peu important sa source. Plus simplement encore, elle peut s'apparenter à une invocation non fondée de la prérogative. Il n'est donc pas facile de déterminer une inexécution d'une prérogative contractuelle. C'est pourquoi, à notre avis, pour ce faire, il est plus pertinent de prendre en compte la situation contractuelle des parties dans laquelle la règle est violée afin de comprendre que l'inexécution a des liens avec le respect de la bonne foi dans le contrat.

¹⁸⁷⁰ L. MOLINA, *La prérogative contractuelle*, op. cit. spéc. p. 548, n°474 : « Il est donc impossible, parfois, de distinguer ce qui relève du manquement à une règle obligationnelle et ce qui est propre à la violation d'une règle non obligationnelle car les deux s'entrelacent ».

¹⁸⁷¹ *Ibid.* spéc. p. 548 et s., n°474 et s. « [La distinction entre les règles obligationnelles et non obligationnelles] est pertinente pour caractériser la nature des droits des parties, mais devient artificielle lorsqu'on s'interroge sur les effets de leur réalisation dans le contrat ».

¹⁸⁷² *Ibid.* spéci. p. 548, n°475.

¹⁸⁷³ L. MOLINA, *La prérogative contractuelle*, op. cit. spéc. p. 549, n°475 qui prend appui sur Ph. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat, Essai d'une théorie*, op. cit. spéc. p. 137, n°152.

388. L'inexécution d'une prérogative contractuelle et la situation contractuelle de la règle violée – « La violation de la norme se perçoit comme une inexécution contractuelle dès lors qu'elle produit des conséquences sur l'exécution de la situation contractuelle »¹⁸⁷⁴. Par conséquent, selon cet auteur, à partir du moment où le contractant, mettant en œuvre la prérogative unilatérale commet une faute, qui interfère sur le contrat et son exécution, « les conséquences de cette faute doivent être réglées par les sanctions de l'inexécution contractuelle »¹⁸⁷⁵. Cette affirmation doit être précisée. Il faut prendre en compte le contexte contractuel, pour savoir si la règle violée par l'exercice de la prérogative unilatérale peut s'apparenter à une inexécution. En effet, pour contester l'exercice d'une prérogative contractuelle en utilisant une sanction de l'inexécution, il faut être dans la limite du contrat : il faut que la prérogative contractuelle porte atteinte aux termes de celui-ci. En cas de conflit délictuel, les sanctions de l'inexécution ne peuvent pas s'appliquer, seule la réparation est admise en principe¹⁸⁷⁶. Par conséquent, si lors de l'exercice de la prérogative contractuelle, la règle violée par l'exercice de la prérogative ne peut avoir lieu que dans le contrat, cette violation est nécessairement une inexécution¹⁸⁷⁷. Or, si la règle violée n'est pas dépendante du contenu contractuel, elle peut entraîner des conséquences différentes dans le cadre du contrat et en dehors. Pour ce qui nous intéresse, dans le contenu contractuel, à cause d'une faute qui est issue d'une règle qui s'applique, peu importe que le contexte soit contractuel, « l'exécution du contrat peut s'en trouver altérer, la pérennité du lien contractuel également »¹⁸⁷⁸. Par conséquent, cela signifie qu'en fonction du contexte contractuel, dans laquelle la règle est violée par l'exercice de la prérogative, si cette dernière a des conséquences sur le contrat, dans ce cas, il est alors possible de caractériser la violation de cette faute comme une inexécution. Et, cette inexécution s'apparentera alors à la violation du devoir de bonne foi¹⁸⁷⁹.

389. L'inexécution due à la faute commise de mauvaise foi – Par conséquent, l'inexécution regroupe deux cas : le mauvais exercice de la prérogative contractuelle mais aussi l'exercice déloyal de celle-ci¹⁸⁸⁰. En cas d'exécution de mauvaise foi d'une prérogative contractuelle, il y

¹⁸⁷⁴ L. MOLINA, *La prérogative contractuelle*, op. cit. spéc. p. 549, n°475.

¹⁸⁷⁵ *Ibid.* spéc. p. 549, n°476.

¹⁸⁷⁶ *Ibid.* spéc. p. 550, n°476.

¹⁸⁷⁷ L. MOLINA, *La prérogative contractuelle*, op. cit. spéc. p. 550, n°476 : « En d'autres termes, la faute est une inexécution parce que la norme violée qui en est à l'origine est au service exclusif de l'exécution du contrat ».

¹⁸⁷⁸ *Ibid.* spéc. p. 550, n°476.

¹⁸⁷⁹ *Ibid.* spéc. p. 550, n°476. Il s'agit donc de « caractériser la violation du devoir de bonne foi dans l'exécution du contrat comme une inexécution ».

¹⁸⁸⁰ *Ibid.* spéc. p. 550, n°476

a inexécution du contrat et les sanctions de l'inexécution peuvent trouver à s'appliquer¹⁸⁸¹. À l'inverse, un auteur estime que la faute de mauvaise foi dans l'exercice de la prérogative contractuelle « appartient à la sphère des délits »¹⁸⁸². Cependant, comme l'explique Madame Molina, « dans la plupart des cas, la faute de mauvaise foi est indissociable de l'exercice d'un droit contractuel si bien qu'elle en devient l'accessoire »¹⁸⁸³. Par conséquent, il est nécessaire de prendre en compte le « contexte contractuel »¹⁸⁸⁴ pour évaluer si l'exercice de la prérogative contractuelle est régulier ou non. Autrement dit, il faut vérifier si l'exercice déloyal de la prérogative a une incidence sur l'exécution du contrat¹⁸⁸⁵. Si c'est le cas, l'exercice de la prérogative est irrégulier et il constitue une inexécution. Les sanctions de l'inexécution du contrat peuvent donc être mises en œuvre¹⁸⁸⁶. Dans ce cas, l'article 1104 du Code civil est une condition substantielle de l'exercice des prérogatives contractuelles puisque les contrats doivent être exécutés de bonne foi. Il faut simplement rappeler que le principe de bonne foi irrigue l'exercice des prérogatives contractuelles. Cependant, la bonne foi ne sert pas à contrôler les prestations échangées dans le contrat¹⁸⁸⁷. Le créancier lorsqu'il exerce son droit de créance, autrement dit, lorsqu'il demande l'exécution de la prestation à son débiteur, ne peut pas exercer ce droit de mauvaise foi¹⁸⁸⁸. Par conséquent, seul l'exercice des prérogatives contractuelles peut être contrôlé par le devoir de bonne foi.

390. Bilan B – Ainsi, en vertu de la qualification des sanctions unilatérales en prérogatives contractuelles, il est possible de croire que l'exercice déloyal de ces dernières peut donner lieu à la création d'une inexécution, offrant au débiteur victime de cette mise en œuvre déloyale le droit de se défendre. Toutefois, il faut préciser que l'exception d'inexécution n'est pas

¹⁸⁸¹ L. MOLINA, *La prérogative contractuelle*, op. cit. spéc. p. 550, n°477.

¹⁸⁸² Ph. STOFFEL-MUNCK, « Responsabilité et devoir de bonne foi », note sous Cass. Civ. 3^{ème}, 5 nov. 2003, *Bull. civ. III*, n°189, n°01-17.530, *RDC/3* 2004, p. 637; Ph. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat, Essai d'une théorie*, op. cit. spéc. p. 106 s., n°115 s. et p. 236 s., n°272 s.

¹⁸⁸³ L. MOLINA, *La prérogative contractuelle*, op. cit. spéc. p. 551, n°477.

¹⁸⁸⁴ Expression empruntée à L. MOLINA, *La prérogative contractuelle*, op. cit. spéc. p. 549, n°476.

¹⁸⁸⁵ L. MOLINA, *La prérogative contractuelle*, op. cit. spéc. p. 552, n°478 : « Le contrat ne sort jamais indemne de la déloyauté commise à l'occasion de son exécution. La prise en compte du contexte contractuel est donc inévitable ».

¹⁸⁸⁶ Comp. T. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, op. cit. spéc. p. 215 et s., n°292 s. La mauvaise foi du débiteur peut parfois suffire à entraîner la résolution du contrat.

¹⁸⁸⁷ H. CAPITANT, F. TERRÉ, Y. LEQUETTE et F. CHÉNEDÉ, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, tome 2, op. cit. n°164, commentaire de l'arrêt Cass. Com., 10 juil. 2007, n°06-14.768, *précit.* spéc. p. 168. ; V. ég. Cour de cassation, communiqué relatif à l'arrêt n°966 du 10 juillet 2007 ; Pour une confirmation de cette décision, v. Cass. Civ. 3^{ème}, 9 décembre 2009, n°04-19.923 ; *RDC/2* 2010, 561, obs. Y.-M. LAITHIER et D. MAZEAUD.

¹⁸⁸⁸ L. AYNÈS, « Mauvaise foi et prérogative contractuelle », *RDC/2* 2004, p. 696. Dans le même sens, du même auteur, « Bonne foi », note sous Cass. Com. 10 juil. 2007, n°06-14.768, *précit.* ; Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, op. cit. spéc. p. 263, n°276.

considérée comme une prérogative contractuelle¹⁸⁸⁹. Cependant, elle demeure une sanction de l'inexécution. Le but de cette sanction est d'inciter le contractant à l'exécution. Seule l'inexécution d'une obligation contractuelle ouvre droit à l'exercice de cette sanction. De plus, l'exception d'inexécution ne peut pas être mise en œuvre de mauvaise foi par le créancier, car même si son attitude est déloyale, ce dernier demeure créancier¹⁸⁹⁰. Autrement dit, l'exigibilité de l'obligation ne repose pas sur l'attitude du créancier. À partir du moment où son débiteur ne satisfait pas à son obligation exigible, le créancier, même de mauvaise foi, peut mettre en œuvre l'exception d'inexécution, à condition que cette dernière soit proportionnée¹⁸⁹¹. En d'autres termes, « réclamer le paiement n'équivaut pas à décider de la sanction »¹⁸⁹². Par exemple, si un débiteur n'exécute pas son obligation à cause du créancier, qui adopte une attitude déloyale pour l'empêcher de s'exécuter, la mauvaise foi de ce dernier ne fait pas obstacle à l'exercice de l'exception d'inexécution car celui-ci demeure titulaire d'un droit de créance. De même, si le débiteur met tout en œuvre pour ne pas s'exécuter, l'inexécution donnant lieu à l'exception d'inexécution de la part du créancier, reposera sur le résultat : la non-exécution des prestations du débiteur. L'exercice de mauvaise foi de l'exception ne peut pas être caractérisé d'inexécution contractuelle. À l'inverse, dans les autres sanctions unilatérales, l'inexécution contractuelle est entendue plus largement. Elle existe dès lors que le débiteur d'une obligation ne l'a pas respectée. L'exercice déloyal d'une sanction unilatérale peut également être assimilé à une inexécution contractuelle, offrant à la partie victime de ce mauvais exercice, le droit de se défendre contre celui-ci. Enfin, il faut préciser qu'aucune différence n'est réalisée suivant que le contrat est un contrat d'adhésion ou de gré à gré dans la mesure où l'inexécution est la condition invariable et nécessaire pour exercer une sanction unilatérale.

391. Conclusion §1 – La condition de fond essentielle à l'exercice d'une sanction unilatérale peut être précisée grâce à la prise en compte de la qualification de celle-ci en prérogative contractuelle. La prise en compte de la *summa divisio* n'a aucune incidence sur cette notion. Cette qualification permet-elle ces mêmes précisions lorsqu'il s'agit du régime de la contestation judiciaire de l'exercice des sanctions unilatérales (§2) ?

¹⁸⁸⁹ V. *supra* n^{os} 188 et s.

¹⁸⁹⁰ L. MOLINA, *La prérogative contractuelle*, op. cit. spéc. p. 408, n^o 462.

¹⁸⁹¹ V. *infra* n^{os} 421 et s.

¹⁸⁹² L. MOLINA, *La prérogative contractuelle*, op. cit. spéc. p. 415, n^o 366.

§2 : Les précisions relatives à la contestation judiciaire de l'exercice des sanctions unilatérales à l'aune de la prérogative contractuelle

392. Si la protection de la partie faible dans le régime des sanctions unilatérales a permis de préciser la contestation de l'exercice de celles-ci¹⁸⁹³, la qualification de ces dernières en prérogatives contractuelles peut permettre de compléter les propositions relatives à la compétence du juge (A) et à son contrôle (B).

A. Les précisions relatives au rôle du juge dans la contestation de l'exercice des sanctions unilatérales

393. En prenant en compte les éléments de régime de contestation de l'exercice de la prérogative contractuelle mais aussi l'importance de la protection de la partie faible dans la procédure de contestation des sanctions unilatérales, il est possible de préciser le régime de celles-ci. Pour ce faire, il semble opportun d'étudier le rôle du juge dans le régime de contestation des prérogatives contractuelles (1) et de l'appliquer à celui des sanctions unilatérales afin de préciser ce dernier, en respectant la distinction de régime entre les contrats d'adhésion et de gré à gré (2).

1) Le rôle du juge dans la contestation de l'exercice des prérogatives contractuelles

394. La contestation de l'exercice par le sujet passif – Le contractant qui subit l'exercice de la prérogative contractuelle, le sujet passif, détient un « droit de critique »¹⁸⁹⁴, s'il estime que l'exercice de cette dernière est irrégulier. Il est le seul qui dispose d'un intérêt à agir, actuel, légitime, direct et personnel¹⁸⁹⁵. Il doit toujours faire appel au juge qui est, le seul, apte à intervenir lorsqu'aucune autre issue n'est possible¹⁸⁹⁶. En théorie, les prérogatives sanctions évincent le recours au juge mais, en cas de contestation de celles-ci, il peut intervenir¹⁸⁹⁷. Comme la prérogative contractuelle est un droit potestatif, « le droit de dénoncer la mise en

¹⁸⁹³ V. *supra* n°331 et s.

¹⁸⁹⁴ L. MOLINA, *La prérogative contractuelle*, op. cit. spéc. p. 575, n°496.

¹⁸⁹⁵ C. CHAINAIS, F. FERRAND, L. MAYER et S. GUINCHARD, *Procédure civile, Droit commun et spécial du procès civil, MARD et arbitrage*, Précis Dalloz, 36^{ème} éd., 2022, n°185 et s.

¹⁸⁹⁶ En ce sens, M. MEKKI, « Le juge et les remèdes à l'inexécution du contrat », *précit.*

¹⁸⁹⁷ L. MOLINA, *La prérogative contractuelle*, op. cit. spéc. p. 587, n°506.

œuvre défectueuse de la prérogative s'analyse comme une action personnelle soumise, par conséquent, à l'article 1224 du Code civil »¹⁸⁹⁸. Le délai de prescription est donc de cinq ans.

395. L'intervention du juge des référés dans la contestation de l'exercice des prérogatives contractuelles – Pour rappel, le juge des référés est unanimement reconnu comme le juge de l'urgence¹⁸⁹⁹. Son rôle est différent de celui du juge du fond, le juge du principal. En effet, « leurs rôles respectifs ne se confondent pas : le juge des référés ordonne des mesures, le juge du principal dit le droit »¹⁹⁰⁰. L'article 484 du Code de procédure est très clair sur ce point, le juge des référés n'est pas saisi du principal¹⁹⁰¹. Le juge des référés dispose donc d'une compétence particulière. L'article 835 du Code de procédure civile prévoit la saisine du juge des référés afin de prévenir un dommage imminent ou pour faire cesser un trouble manifestement illicite. Comme l'explique Madame Molina, les prérogatives contractuelles peuvent créer des dommages imminents¹⁹⁰² et générer un trouble manifestement illicite¹⁹⁰³. Par conséquent, le juge des référés est parfaitement compétent pour recevoir la contestation de l'exercice irrégulier d'une prérogative contractuelle par le sujet passif. Dans ce cas, le juge des référés peut prendre des mesures conservatoires ou de remise en l'état¹⁹⁰⁴.

De plus, l'article 834 du Code de procédure civile autorise la saisine du juge des référés en cas d'urgence et en l'absence de contestation sérieuse. Autrement dit cela signifie que « sur le fondement de l'article 834 du Code de procédure civile, le sujet passif peut agir quand la violation d'une condition est incontestable »¹⁹⁰⁵. Dans ce cas, il peut prendre de nombreuses

¹⁸⁹⁸ L. MOLINA, *La prérogative contractuelle*, op. cit. spéc. p. 501, n°519.

¹⁸⁹⁹ N. CAYROL, « Référé civil – saisine », *Rép. proc. civ. Dalloz*, actualisation décembre 2021. L'urgence s'apprécie *in concreto* par les juges qui disposent d'une appréciation souveraine, sur ce point v. J. HÉRON, T. LE BARS, K. SALHI, *Droit judiciaire privé*, Domat, coll. Droit privé, 2019 n°409 : L'urgence « suppose en effet une appréciation concrète des intérêts en présence » ; P. HAAS, « Frontières entre les prérogatives du juge des référés et celles des juges du fond », *AJDI* 2022 p. 358 : « Le juge des référés est habituellement considéré comme le juge de « l'évidence » ou de « l'urgence » ».

¹⁹⁰⁰ L. MOLINA, *La prérogative contractuelle*, op. cit. spéc. p. 589, n°507.

¹⁹⁰¹ N. CAYROL, « Référé civil – saisine », *précit.*

¹⁹⁰² L. MOLINA, *La prérogative contractuelle*, op. cit. spéc. p. 590, n°508 : « Le dommage imminent est également envisageable lorsqu'une prérogative de résolution ou de réduction du prix est mise en œuvre et contestée alors que la prestation porte sur des denrées périssables ».

¹⁹⁰³ *Ibid.* spéc. p. 591, n°508 : « L'exercice d'une prérogative de résolution tandis qu'aucun manquement grave ne peut être reproché au débiteur constitue un trouble manifestement illicite. Le trouble manifestement illicite qui résulte d'une voie de fait a pu être caractérisé dans un cas d'espèce éloquent. Une clinique avait résilié son contrat avec un médecin gynécologue avec un préavis de six mois a, durant ce délai, annexé les lits du service du gynécologue au service d'urologie. De la sorte, ce médecin ne pouvait plus exercer son activité jusqu'à l'extinction effective du contrat, privant le délai de préavis de sa raison d'être » à propos de Cass. Civ. 1^{ère}, 8 déc. 1987, *Bull. civ. I*, n°342.

¹⁹⁰⁴ N. CAYROL, « Référé civil – saisine », *précit.*

¹⁹⁰⁵ L. MOLINA, *La prérogative contractuelle*, op. cit. spéc. p. 592, n°509. Par exemple, il peut s'agir de l'absence de mise en demeure dans l'exercice de la prérogative contractuelle

mesures¹⁹⁰⁶. Il faut également préciser que le juge des référés peut accorder des délais de grâce¹⁹⁰⁷ ou même prendre des mesures d'injonction¹⁹⁰⁸. Par conséquent, en cas de contestation de l'exercice d'une prérogative unilatérale, le juge des référés peut être compétent. Pourtant, il ne doit pas dire le droit. En effet, l'article 488 du Code de procédure civile dispose que « l'ordonnance de référé n'a pas, au principal, l'autorité de la chose jugée ». Le juge des référés doit faire « une appréciation de l'opportunité des mesures à prendre »¹⁹⁰⁹.

Enfin, une question se pose quant à la possibilité pour celui qui met en œuvre la prérogative unilatérale de demander au juge des référés de garantir, d'homologuer, l'efficacité de la prérogative qu'il a prise. A ce titre, Madame Molina explique que cette demande de garantie est parfaitement envisageable à condition que l'exercice de la prérogative soit irréprochable. En d'autres termes, « il faut pour cela que la mise en œuvre de sa prérogative ne soit pas sérieusement contestable »¹⁹¹⁰.

396. Bilan 1) – Le juge exerce un rôle important dans le contrôle de l'exercice des prérogatives contractuelles. A ce titre, si le juge, du principal, demeure compétent pour les problèmes de fond, le juge des référés trouve une place dans la contestation de l'exercice formel des prérogatives contractuelle. Il faut donc retenir que le juge des référés peut être compétent en cas de contestation de l'exercice des prérogatives contractuelles. Par conséquent, il l'est aussi lorsqu'il s'agit de la contestation de l'exercice des sanctions unilatérales (2).

2) Les précisions relatives à la compétence du juge des référés en cas de contestation de l'exercice des sanctions unilatérales

397. La compétence du juge des référés – Précédemment, la prise en compte de la *summa divisio* des contrats d'adhésion et de gré à gré dans les règles relatives aux sanctions unilatérales a permis de hiérarchiser le recours à ces dernières afin de parvenir à la protection de la partie faible. En les hiérarchisant, des remarques relatives au contrôle du juge ont pu être exprimées. L'étude a montré que le juge des référés pouvait être un acteur du contrôle de l'exercice

¹⁹⁰⁶ L. MOLINA, *La prérogative contractuelle*, op. cit. spéc. p. 593, n°510 : le juge des référés peut prendre différentes mesures : « Faire, ne pas faire, ne rien faire, nomination d'un tiers, expulsion, délais et sursis sont parmi les plus courantes ».

¹⁹⁰⁷ En ce sens, v. Cass. Civ. 3^{ème}, 22 oct. 2020, n°19-19.542 : un délai de grâce a été accordé au sujet passif alors même que l'exercice de la clause résolutoire était régulier.

¹⁹⁰⁸ B. MELIN-SOUCRAMANIEN, *Le juge des référés et le contrat*, op. cit. spéc. p. 97 et s., n°s134 et s.

¹⁹⁰⁹ L. MOLINA, *La prérogative contractuelle*, op. cit. spéc. p. 593, n°510.

¹⁹¹⁰ *Ibid.* spéc. p. 596, n°511.

irrégulier des sanctions unilatérales¹⁹¹¹. Dans l'hypothèse d'une contestation, il est un allié indispensable pour contrôler ces dernières, en cas d'urgence, de dommage imminent ou de trouble manifestement illicite. L'étude du régime de contestation de la prérogative contractuelle peut désormais entériner cette affirmation¹⁹¹². En effet, les sanctions unilatérales sont des prérogatives contractuelles, mise à part l'exception d'inexécution. Suivant cette qualification, en cas de contestation de l'une d'entre elles, le juge des référés doit pouvoir disposer d'une compétence particulière pour régler les difficultés de leurs mises en œuvre. À ce titre, l'étude de la qualification précédemment traitée permet de justifier le régime en cas de contestation des sanctions unilatérales. L'*exceptio non adimpleti contractus* ne fait pas exception à la compétence du juge des référés. En cas de contestation de cette mesure unilatérale, sa saisine est parfaitement possible car il faut rappeler que le juge des référés est un juge de l'urgence¹⁹¹³. Or, l'exception d'inexécution est une mesure urgente. La saisine du juge des référés est donc parfaitement envisageable pour cette sanction. De même, parce que les sanctions unilatérales sont des prérogatives contractuelles, rien n'interdit au créancier de demander au juge des référés de rendre pleinement efficace la sanction, à condition que, comme pour la prérogative contractuelle, son exercice soit parfait et pour reprendre les mots de Madame Molina, à propos de la prérogative, « irréprochable »¹⁹¹⁴. Désormais, en cas de contestation de l'exercice irrégulier d'une sanction unilatérale, il faut admettre que le juge des référés peut être compétent, si le litige ne porte pas sur le principal, c'est-à-dire sur l'inexécution.

Dès lors, est-il vraiment nécessaire de proposer la création d'un nouveau type de juge pour contrôler l'exercice des sanctions unilatérales, à l'instar de ce qu'ont pu proposer plusieurs auteurs ?¹⁹¹⁵ À notre sens, la réponse est négative. Il n'est pas nécessaire de créer une nouvelle instance pour contrôler l'exercice des sanctions unilatérales et leur contestation. Le juge des référés peut parfaitement, suivant les articles du Code de procédure civile, tenir ce rôle¹⁹¹⁶.

398. Bilan A – L'étude de la qualification des sanctions unilatérales peut permettre d'entériner la compétence du juge des référés en cas de contestation de l'exercice irrégulier

¹⁹¹¹ V. *supra* n°331 et s.

¹⁹¹² V. *supra* n°387.

¹⁹¹³ B. MELIN-SOUCRAMANIEN, *Le juge des référés et le contrat*, op. cit.

¹⁹¹⁴ L. MOLINA, *La prérogative contractuelle*, op. cit. spéc. p. 596, n°511.

¹⁹¹⁵ F. ANCEL, « Quel juge pour le contrat au XXI^e siècle ? », *précit.* L'auteur proposait de créer un « JAC » autrement dit un juge d'appui du contrat. ; dans le même sens, N. ANCEL, « Le juge et les remèdes à l'inexécution du contrat », *précit.* : « Ne faudrait-il pas créer un juge spécialisé qui disposerait du pouvoir de statuer selon une procédure rapide et adaptée sur l'ensemble des mécanismes que l'on vient d'évoquer en matière contractuelle ? ».

¹⁹¹⁶ Pour une décision récente, à propos d'une ordonnance de référé relative à la résiliation unilatérale : CA Rennes, 4 mars 2022, ch. 02, n°21/02364.

d'une mesure unilatérale, dans certains cas. Elle complète alors les éléments de régime apportés par la prise en compte de la nouvelle dichotomie entre les contrats d'adhésion et de gré à gré dans la proposition de hiérarchie du recours aux sanctions unilatérales. Par conséquent, avec le développement des mesures unilatérales, il faut définitivement admettre que le contrôle du juge ne disparaît pas, il se transforme¹⁹¹⁷. Une fois n'est pas coutume, « chassez le juge par la porte, il revient par la fenêtre ! »¹⁹¹⁸.

La qualification des sanctions unilatérales en prérogatives contractuelles a permis d'entériner la compétence du juge des référés, qui avait déjà commencé à faire l'objet de développements lors des propositions de hiérarchie du recours aux sanctions unilatérales. Il convient de voir, à présent, si les mesures prononcées par le juge en cas de contestation de l'exercice des sanctions unilatérales peuvent elles aussi faire l'objet d'éclairages supplémentaires à l'aune de la prise en considération de leur qualification (B).

B. Les sanctions prononcées lors de la contestation de l'exercice des sanctions unilatérales

399. Le juge des référés dispose d'un rôle essentiel pour éviter « la réalisation illicite des prérogatives »¹⁹¹⁹. Toutefois, lorsque la contestation porte sur le fond, il est nécessaire de faire appel au juge du principal pour juger du bon ou du mauvais exercice des prérogatives contractuelles. Il est donc nécessaire d'étudier ces sanctions (1) avant de les appliquer aux sanctions unilatérales (2). Ces précisions pourront alors permettre de compléter les éclairages relatives aux sanctions prononcées lors de la contestation de l'exercice des mesures unilatérales de l'article 1217 du Code civil.

1) Les sanctions prononcées par le juge du principal dans la contestation de l'exercice des prérogatives contractuelles

400. La régularisation de l'exercice des prérogatives unilatérales – La régularisation est « l'action de purger un acte ou une situation d'un vice formel qui l'entache en réparant celui-ci par une initiative positive qui consiste en la suppression de l'imperfection qui l'affecte, ou en l'accomplissement de la formalité adéquate »¹⁹²⁰. Les conditions de validité des prérogatives

¹⁹¹⁷ L. AYNÈS, « Le juge et le contrat : nouveaux rôles ? », *précit.*

¹⁹¹⁸ D. MAZEAUD, « La place du juge en droit des contrats », *précit.*

¹⁹¹⁹ L. MOLINA, *La prérogative contractuelle*, *op. cit.* spéc.p. 597, n°512.

¹⁹²⁰ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, v° Régularisation .

contractuelles correspondraient aux conditions d'exercice de celles-ci. En cas d'exercice irrégulier, la violation d'une des conditions pourrait alors s'apparenter à un vice de formation de la prérogative, ouvrant droit au prononcé d'une nullité¹⁹²¹. En un tel cas, l'exercice irrégulier d'une telle mesure peut être régularisé par le sujet passif avec la confirmation prévue à l'article 1182 du Code civil¹⁹²². Le contractant qui met en œuvre la prérogative peut également régulariser cette dernière en la purgeant de ces vices. Par exemple, s'il n'avait pas mis en demeure lors de l'exercice d'une prérogative sanction, il peut le faire¹⁹²³. Toutefois, une possibilité de recours à la responsabilité contractuelle doit être maintenue pour protéger le sujet passif qui a subi l'irrégularité, malgré la régularisation par le *potentior* de l'exercice de la prérogative litigieuse¹⁹²⁴. La prérogative unilatérale peut également être régularisée par la réfection de l'exercice irrégulier. Il s'agit de « remplacer un acte irrégulier par un acte sain »¹⁹²⁵. La réfection ne vaut que pour l'avenir¹⁹²⁶. Par exemple, il s'agit de remplacer la mise en demeure dans l'exercice de la résolution unilatérale par une nouvelle interpellation, afin que l'exigence informative de mise en demeure nécessaire à cette prérogative soit respectée et purgée de son vice. Enfin, comme l'explique Madame Molina, il faut prendre garde à l'adage « pas de nullité sans grief ». Autrement dit, si l'exercice d'une prérogative unilatérale viole une condition formelle, et plus spécifiquement viole une formalité informative¹⁹²⁷, à l'image de l'absence de mise en demeure, et que cette violation ne cause pas de difficulté, ou de préjudice particulier, au sujet passif, l'acte ne peut pas être annulé¹⁹²⁸. Il doit alors être régularisé. Toutefois, si la régularisation, la réfection ou la nullité de la prérogative sont impossibles, d'autres sanctions doivent pouvoir s'appliquer.

401. Les sanctions de l'exercice irrégulier des prérogatives contractuelles – Si l'acte n'est ni annulé, ni régularisé, les sanctions de l'inexécution peuvent trouver à s'appliquer. Pour sanctionner le mauvais exercice d'une prérogative contractuelle, il est possible de lui appliquer deux types de sanctions connues : la résolution du contrat, c'est-à-dire son anéantissement pour

¹⁹²¹ V. *supra* n°s 192 et s.

¹⁹²² L. MOLINA, *La prérogative contractuelle*, *op. cit.* spéc. p. 498 s., n°s 515 s.

¹⁹²³ L. MOLINA, *La prérogative contractuelle*, *op. cit.* spéc. p. 604, n°522. Il faut toutefois respecter certaines conditions pour régulariser l'acte. De plus, « certains manquements aux conditions d'exercice sont incorrigibles. Par exemple, il est impossible de revenir sur le dépassement du délai d'exercice : le temps perdu ne se rattrape plus ».

¹⁹²⁴ L. MOLINA, *La prérogative contractuelle*, *op. cit.* spéc. p. 604, n°523.

¹⁹²⁵ *Ibid.* spéc. p. 607, n°524.

¹⁹²⁶ Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, *op. cit.* spéc. p. 379, n°413 ; A. BÉNABENT, *Droit des obligations*, *op. cit.* spéc. p. 207, n°219.

¹⁹²⁷ L. MOLINA, *La prérogative contractuelle*, *op. cit.* spéc. p. 615, n°531.

¹⁹²⁸ *Ibid.* p. 608, n°525.

l'avenir, et la responsabilité contractuelle du *potentior*¹⁹²⁹. Ces deux sanctions peuvent se cumuler entre elles, tel qu'en dispose, *in fine*, l'article 1217 du Code civil¹⁹³⁰. En effet, il faut se souvenir que les sanctions de l'inexécution peuvent s'appliquer parce que le mauvais exercice d'une prérogative peut donner lieu à une inexécution, qui n'est pas que le non-respect de l'accomplissement de la prestation par les parties mais également la violation d'un devoir de bonne foi¹⁹³¹. Seules les sanctions de l'article 1217 qui ne sont pas « spécifiques au non-accomplissement d'une prestation »¹⁹³², peuvent trouver à s'appliquer. Il s'agit donc de la résolution, conventionnelle, judiciaire ou unilatérale, et de la réparation par équivalent.

La résolution du contrat est une sanction intéressante en ce qu'elle supprime parfois les effets du contrat pour l'avenir. Elle n'est pas toujours rétroactive. En effet, « dès lors que les prestations auront trouvé une utilité au fur et à mesure de l'exécution réciproque du contrat, la résolution n'aura pas d'effet rétroactif »¹⁹³³. Cette sanction est pertinente notamment dans le cas où la partie à l'origine de la prérogative n'a pas eu un comportement loyal¹⁹³⁴: ici l'exercice déloyal de la prérogative contractuelle s'assimile à une inexécution contractuelle qui peut donner lieu à l'exercice d'une sanction unilatérale. Au contraire, elle ne l'est pas et ne peut pas avoir lieu si l'irrégularité de la prérogative repose sur un problème de procédure¹⁹³⁵. De plus, la résolution est une sanction pertinente car le mauvais exercice de la prérogative contractuelle peut également signifier que les parties ne peuvent plus poursuivre leur projet commun dans la réalisation du contrat. À l'image des couples qui ne s'entendent plus, il est parfois difficile pour les contractants de poursuivre leur relation contractuelle, lorsque celle-ci a été entachée (à cause d'une mauvaise exécution, d'un comportement déloyal de l'une des parties ou pour toute autre raison...). Dans ce cas de figure, il n'y a alors aucun intérêt à les remettre en l'état si leur relation est définitivement entachée¹⁹³⁶. La résolution peut donc être prononcée par le juge, pour l'avenir en cas de mauvais exercice d'une prérogative. Mais *quid* de la possibilité de contester l'exercice irrégulier d'une prérogative par l'exercice d'une autre sanction, à savoir la résolution unilatérale de l'article 1226 du Code civil ? Madame Molina appelle cette situation, la

¹⁹²⁹ L. MOLINA, *La prérogative contractuelle*, op. cit. spéc. p. 558 s., n°481 et s.

¹⁹³⁰ C. civ. art. 1217 *in fine* (version en vigueur depuis le 01 octobre 2018) : « Les sanctions qui ne sont pas incompatibles peuvent être cumulées ; des dommages et intérêts peuvent toujours s'y ajouter ».

¹⁹³¹ V. *supra* n°383 et s.

¹⁹³² L. MOLINA, *La prérogative contractuelle*, op. cit. spéc. p. 573, n°493.

¹⁹³³ Rapport au Président de la république, relatif à l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016, *précit.* V. « Sous-section 4 : la résolution ».

¹⁹³⁴ L. MOLINA, *La prérogative contractuelle*, op. cit. spéc. p. 559, n°483. Sur ce point, la jurisprudence a déjà eu l'occasion de prononcer la résolution en cas de mauvaise foi du contractant, v. en ce sens, cité par l'auteur : Cass. Req. 18 juin 1902, *D.* 1903, I, 342.

¹⁹³⁵ *Ibid.* spéc. p. 552, n°484.

¹⁹³⁶ En ce sens, L. AYNES, « Rupture unilatérale du contrat », *RDC/4* 2004, p. 275.

« superposition de prérogatives »¹⁹³⁷. Selon cet auteur, il est parfaitement possible de superposer les prérogatives de rupture du contrat. L'intérêt de superposer les prérogatives est de dissuader du mauvais exercice de celle-ci et d'éviter les comportements déloyaux. En effet, « la superposition de prérogatives dilue la puissance : chaque contractant se trouve détenteur de la faculté de rompre le contrat si l'autre partie viole la loi contractuelle, y compris lorsque l'inexécution repose sur l'exercice d'une prérogative contractuelle »¹⁹³⁸. Par conséquent, à notre sens, la résolution du contrat peut être appliquée par le juge ou les parties, en cas de contestation de toutes les prérogatives unilatérales. Toutefois, il nous semble qu'il existe un risque quant à l'application d'une telle sanction pour remettre en cause l'exercice d'une prérogative contractuelle. Ce dernier repose sur l'éventuelle instrumentalisation par les parties de cette sanction afin de se sortir du contrat en invoquant une faute de déloyauté dans l'exercice de la prérogative contractuelle. L'exception d'inexécution n'est pas non plus la sanction la plus opportune à appliquer car cette mesure n'est pas « un mécanisme de chantage » et pour être autorisée, il est nécessaire qu'il « existe un rapport de commutation entre l'engagement auquel il est manqué et celui dont l'*excipiens* suspend volontaire l'exécution »¹⁹³⁹.

C'est pourquoi, deux autres sanctions peuvent apparaître plus pertinentes pour sanctionner l'exercice irrégulier de la prérogative contractuelle. Tout d'abord, celle relative au maintien du contrat¹⁹⁴⁰, qui peut, dans certaines situations, être une sanction bien pire pour le créancier qui a recours à l'exercice déloyal d'une prérogative contractuelle. Ensuite, la réparation, car l'usage déloyal de la prérogative contractuelle autorise la partie victime de celui-ci à engager la responsabilité contractuelle de son contractant¹⁹⁴¹. En effet, les fautes qui interviennent pendant l'exécution, par le biais de la mise en œuvre d'une prérogative contractuelle, causent, en plus d'une inexécution, un préjudice contractuel au sujet passif, victime de l'exercice irrégulier de la prérogative¹⁹⁴².

402. Bilan 1 – L'inexécution contractuelle peut résulter du non-respect des prestations du contrat, mais aussi de l'usage déloyal d'une prérogative. Pour sanctionner cette inexécution, le juge dispose de plusieurs sanctions, à l'image de la résolution et de la responsabilité

¹⁹³⁷ L. MOLINA, *La prérogative contractuelle*, op. cit. spéc. p. 561, n°484.

¹⁹³⁸ *Ibid.* spéc. p. 561, n°484.

¹⁹³⁹ O. DESHAYES, « Les sanctions de l'usage déloyal des prérogatives contractuelles » in Dossier « Les prérogatives contractuelles », *RDC/2* 2011, p. 726.

¹⁹⁴⁰ V. *supra* n°s 192 et s.

¹⁹⁴¹ V. en ce sens, Communiqué relatif à l'arrêt n°966 du 10 juillet 2007 *précit.* ; O. DESHAYES, « Les sanctions de l'usage déloyal des prérogatives contractuelles » *précit.*

¹⁹⁴² L. MOLINA, *La prérogative contractuelle*, op. cit. spéc. p. 557, n°480.

contractuelle, pour les plus classiques. Outre le cas d'un éventuel prononcé de la nullité de la prérogative pour vices de formation de cette dernière¹⁹⁴³, le juge peut régulariser l'exercice de la prérogative mais aussi prononcer d'autres sanctions de natures diverses. En effet, si la prérogative contractuelle est un acte unilatéral, elle fait aussi partie du contrat. A ce titre, « si la nullité s'impose comme une sanction évidente de l'exercice de la prérogative, le sujet passif doit pouvoir opter pour d'autres sanctions lorsque c'est pertinent, issues des remèdes à l'inexécution contractuelle »¹⁹⁴⁴. Comme les sanctions unilatérales font partie de la catégorie des prérogatives contractuelles, il est possible de préciser le régime de leur contestation suivant cette qualification, en n'omettant pas de prendre en compte la *summa divisio* qui traduit une protection de la partie faible dans les contrats d'adhésion. Il convient donc de voir comment (2).

2) Les précisions relatives aux sanctions prononcées par le juge du principal en cas de contestation de l'exercice des sanctions unilatérales

403. L'étude de l'impératif de protection de la partie faible a permis de montrer que le juge dispose de plusieurs sanctions en cas d'exercice irrégulier d'une sanction unilatérale¹⁹⁴⁵. La qualification de prérogative contractuelle peut permettre de compléter ces points. Le juge pourrait alors régulariser un vice formel de plusieurs manières. Il serait également compétent pour acter d'une réfection de l'exercice de la sanction unilatérale¹⁹⁴⁶ ou encore prononcer la nullité de la sanction¹⁹⁴⁷. Sur le fond, le juge pourrait sanctionner l'usage déloyal de la sanction unilatérale. Il convient de voir comment.

404. L'usage déloyal de la sanction unilatérale par le créancier – Une sanction unilatérale peut être mise en œuvre en cas d'inexécution. Or, en qualifiant les sanctions unilatérales de prérogatives contractuelles, nous avons montré que l'inexécution donnant lieu à leurs exercices respectifs peut avoir plusieurs identités : l'inexécution d'une obligation contractuelle ou le mauvais exercice d'une sanction unilatérale. Entre autres, l'inexécution du contrat peut, à notre sens, s'apparenter à la violation du devoir de bonne foi¹⁹⁴⁸. Le juge peut alors prononcer une sanction en cas d'usage déloyal d'une prérogative contractuelle qui aurait conduit à la non-

¹⁹⁴³ V. *supra* n°183.

¹⁹⁴⁴ L. MOLINA, *La prérogative contractuelle*, *op. cit.* spéc. p. 525, n°451.

¹⁹⁴⁵ V. *supra* n°s322 et s.

¹⁹⁴⁶ V. *supra* n°s400 et s.

¹⁹⁴⁷ V. *supra* n°s194 et s.

¹⁹⁴⁸ D. MAZEAUD, R. BOFFA, N. BLANC (dir.), *Dictionnaire du contrat*, *op. cit.* v° n°114, Devoirs de bonne foi et de coopération.

exécution d'une des obligations du contrat. En effet, la bonne foi dans l'exercice de la prérogative contractuelle permet d'éviter les fautes et de parvenir à un exercice régulier de celle-ci. Il en va de même pour les sanctions unilatérales qui sont des prérogatives contractuelles. Par conséquent, les sanctions unilatérales doivent être exercées de bonne foi. Pour contrôler si l'exercice de la sanction unilatérale est loyal, le juge peut s'appuyer sur la jurisprudence dite « Les Maréchaux »¹⁹⁴⁹. En effet, la faute commise de mauvaise foi dans l'exercice de la prérogative contractuelle intervient lorsque le contractant qui la met en œuvre surprend l'autre partie dans les prévisions légitimes de cette dernière¹⁹⁵⁰. Deux types de fautes de mauvaise foi peuvent donner lieu à un exercice déloyal de la prérogative qui viendrait contredire les prévisions de la partie qui subit la prérogative. Le contractant qui exerce la prérogative doit l'exercer de bonne foi et ne pas détourner l'utilisation de celle-ci¹⁹⁵¹.

D'abord, la mauvaise foi dans l'exercice de la sanction unilatérale ne doit pas porter atteinte aux prévisions des parties. Il s'agit du premier type de faute. Par exemple, oublier de mettre en demeure le débiteur dans le recours à la résolution par notification ne signifie pas que le créancier est nécessairement de mauvaise foi. Au contraire, c'est la façon d'exercer cette sanction qui va permettre de savoir si le créancier est de mauvaise foi. À titre d'exemple et de comparaison, la jurisprudence estime que l'exercice d'une clause résolutoire est déloyal si le créancier, après une période de silence, exige le paiement de la part de son débiteur¹⁹⁵². Dans ce cas, le débiteur est victime de la mauvaise foi de son créancier, non pas parce qu'il exerce son droit de créance¹⁹⁵³, mais parce que sa passivité vient déjouer les prévisions légitimes du débiteur, qui pensait ne pas avoir à payer immédiatement ce qu'il devait. Pour savoir si l'exercice de la sanction unilatérale est déloyal, le juge, à l'image de la jurisprudence sur les clauses résolutoires, doit prendre en compte le temps et les circonstances. Autrement dit, en cas d'inexécution de son débiteur, le créancier doit pouvoir réagir dans un temps raisonnable et adapté à la situation contractuelle. Il ne doit pas être trop passif, ni trop réactif¹⁹⁵⁴. En d'autres

¹⁹⁴⁹ Cass. Com. 10 juillet 2007, n°06-14.768, *précit.*

¹⁹⁵⁰ L. MOLINA, *La prérogative contractuelle*, *op. cit.* spéc. p. 406, n°359.

¹⁹⁵¹ L. MOLINA, *La prérogative contractuelle*, *op. cit.* spéc. p. 406, n°359.

¹⁹⁵² V. G. CHANTEPIE, "Clause résolutoire" in *Rép. Civil. Dalloz*, n°252 et s. ; Cass. Civ. 3^{ème}, 8 avr. 1987, *Bull. Civ. III*, n°188 ; *JCP* 1988, II, 21037, note Y. PICOD ; Cass. Civ. 3^{ème}, 19 mars 2008, n°07-11-194 ; *RTD Civ.* 2008, p. 688, obs. P.-Y. GAUTIER.

¹⁹⁵³ Rappelons à ce titre que « le créancier déloyal reste créancier » (L. MOLINA, *La prérogative contractuelle*, *op. cit.* spéc. p. 408, n°362).

¹⁹⁵⁴ La prise en compte du temps diffère du temps raisonnable laissé dans la résolution unilatérale entre la mise en demeure et la notification définitive de la sanction, en ce sens, L. MOLINA, *La prérogative contractuelle*, *op. cit.* spéc. p.428.

termes, son comportement doit être cohérent¹⁹⁵⁵. Cette appréciation de l'exercice loyal de la sanction unilatérale repose sur une appréciation *in concreto* des juges du fond.

Ensuite, la mauvaise foi dans l'exercice de la sanction unilatérale peut résulter du détournement du but premier de celle-ci. Il s'agit du second type de faute qui peut être commise de mauvaise foi. Autrement dit, le contractant qui exerce la sanction unilatérale ne doit pas la détourner de son usage principal. Cela rejoint les développements précédents sur la faute lucrative¹⁹⁵⁶. Le créancier ne doit pas non plus exercer la sanction unilatérale avec pour intention, de nuire à son débiteur¹⁹⁵⁷, ou pour contourner une règle contraignante¹⁹⁵⁸. Ces différents comportements peuvent alors constituer un abus dans l'exercice de la sanction unilatérale¹⁹⁵⁹. Il faut donc comprendre que l'usage déloyal d'une sanction unilatérale peut se réaliser de deux manières différentes. Ainsi, grâce à la qualification de prérogatives contractuelles des sanctions unilatérales, il est possible de préciser ce que représente l'usage abusif d'une sanction unilatérale. Parce que les sanctions unilatérales sont des sanctions de l'inexécution, le non-respect des prestations peut ouvrir le recours aux sanctions unilatérales mais l'inexécution peut aussi résulter du comportement déloyal du créancier qui met en œuvre la sanction. Si la qualification des sanctions unilatérales permet d'apporter des éclairages sur l'usage déloyal d'une sanction unilatérale, elle permet aussi de développer les sanctions qui s'y attachent.

405. Le contrôle du juge en cas d'usage déloyal d'une sanction unilatérale – En cas de recours déloyal à une sanction unilatérale, le juge peut prononcer l'octroi de dommages et intérêts en faveur du débiteur, sans retirer au créancier son droit de créance. La dette du débiteur est maintenue, mais le créancier peut engager sa responsabilité contractuelle au titre des articles 1231-1 et suivants du Code civil. À ce titre, la qualification de prérogative contractuelle permet de dégager la fonction des dommages et intérêts que le juge peut attribuer au débiteur défaillant en cas de contestation de l'usage déloyal d'une sanction unilatérale par son créancier. Comme

¹⁹⁵⁵ Comp. D. HOUTCIEFF, « Le principe de cohérences : vingt ans après » in *Mélanges en l'honneur de Jacques Mestre*, LGDJ, 2019, p. 533 et du même auteur, *Le principe de cohérence en matière contractuelle*, tome 1, préf. H. MUIR-WATT, PUAM, 2002 : ce dernier estime que la cohérence et la bonne foi ne se confondent pas entièrement.

¹⁹⁵⁶ V. *supra* n°337 et s. Pour rappel, la faute lucrative peut se définir comme une « faute commise délibérément en vue d'un enrichissement illicite et au préjudice d'autrui ». Cette définition est utilisée par N. FOURNIER DE CROUY, *La faute lucrative*, préf. M. BÉHAR-TOUCHAIS, Economica, 2018, spéc. p. 459, n°453.

¹⁹⁵⁷ Comp. avec le régime des prérogatives contractuelles : L. MOLINA, *La prérogative contractuelle*, *op. cit.* spéc. p. 450 s., n°393 et s. Par exemple, le créancier ne doit pas avoir recours à des manœuvres dolosives, ou trahir la confiance de son débiteur afin de le forcer à ne pas s'exécuter.

¹⁹⁵⁸ *Ibid.* p. 452 et s., n°396 et s.

¹⁹⁵⁹ V. *infra* n°478 et s.

la nullité de la sanction unilatérale n'est pas toujours possible¹⁹⁶⁰, les dommages et intérêts consistent à accorder un équivalent. À la place d'obtenir la nullité de la sanction unilatérale, le débiteur obtient une indemnisation¹⁹⁶¹. C'est pourquoi, dans ce type d'indemnisation, « le juge doit tenir compte du fait qu'une prérogative neutralisée ponctuellement ne disparaît pas, de telle sorte que si les conditions s'y prêtent, son titulaire peut parfaitement l'utiliser de nouveau »¹⁹⁶². Il faut savoir que le créancier pourra toujours recommencer l'exercice de la sanction unilatérale. L'indemnisation du débiteur victime d'une sanction unilatérale a une double fonction, à la fois compenser l'inexécution et le préjudice subi par celle-ci¹⁹⁶³. Le comportement déloyal du débiteur correspond à la violation d'une règle non-obligationnelle du contrat. Dans ce cas, les dommages et intérêts sont nécessairement « compensatoires »¹⁹⁶⁴. Une fois de plus, grâce à la qualification, il est possible de préciser les sanctions en cas d'usage déloyal d'une sanction unilatérale. Toutefois, précisons qu'il ne s'agit là encore que d'orientations permettant aux juges d'attribuer une indemnisation à la victime de l'usage déloyal d'une sanction unilatérale. Il est également possible que ces derniers choisissent une voie d'indemnisation en déterminant une fonction différente aux dommages et intérêts à accorder.

406. L'importance de la *summa divisio* dans la sanction de l'exercice déloyal d'une sanction unilatérale – Il est important de rajouter que concernant l'usage déloyal d'une sanction unilatérale, le type de contrat doit être pris en compte. Pour préciser la contestation de l'exercice déloyal d'une sanction unilatérale, la prise en compte de la distinction, entre les contrats d'adhésion et de gré à gré, dans l'adaptation des règles des sanctions unilatérales ne doit pas être mise de côté. Elle participe avec la qualification de prérogative contractuelle à apporter des éclairages particuliers en cas de mauvais exercice d'une sanction unilatérale. En effet, en fonction du type de contrat, il pourrait être envisageable de refuser de sanctionner l'exercice déloyal d'une sanction unilatérale. Par exemple, si la déloyauté émane de la partie faible dans les contrats d'adhésion¹⁹⁶⁵. Le but de cette préconisation est toujours le même :

¹⁹⁶⁰ V. *supra* n°161.

¹⁹⁶¹ L. MOLINA, *La prérogative contractuelle*, op. cit. spéc. p. 563, n°487 : « les dommages et intérêts doivent être calculés comme un équivalent de la nullité de l'exercice de la faculté de rupture à la place du maintien forcé du contrat »

¹⁹⁶² O. DESHAYES, « Les sanctions de l'usage déloyal des prérogatives contractuelles » *précit.*

¹⁹⁶³ En ce sens, V. M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations, Responsabilité civile et quasi-contrats*, t. 2, PUF, 5^{ème} éd. 2021, spéc. p. 39, n°25.

¹⁹⁶⁴ L. MOLINA, *La prérogative contractuelle*, op. cit. spéc. p. 565, n°487.

¹⁹⁶⁵ *Ibid.* spéc. p. 468, n°405 : « Permettre à la partie faible d'une situation d'adhésion de rompre le contrat contribue à s'assurer de sa volonté d'en être partie. L'adhésion est un « consentement affaibli » ; elle implique une rupture plus aisée du contrat. Consacrer la prérogative [de rupture du contrat] comme un droit insusceptible de

protéger la partie faible. Cette affirmation est tout de même un peu forte. Être faible ne doit pas tout permettre. Au contraire, à notre avis, l'exercice déloyal d'une sanction unilatérale du créancier devrait toujours être sanctionné dans les contrats d'adhésion, en vertu des règles spéciales garantes de l'ordre public de direction dans ce type de contrat et ce, même si ce dernier est la partie faible. Dans les contrats de gré à gré, le propos pourrait être nuancé en ce qui concerne la déloyauté qui pourrait émaner du débiteur contre qui est exercé la sanction unilatérale. En effet, il faut préciser que les débiteurs ne doivent pas non plus empêcher, par un comportement déloyal, le créancier d'avoir recours à une sanction unilatérale. Pour caractériser un tel abus, la prise en compte du type de contrat a de l'intérêt. Effectivement, dans les contrats d'adhésion, il ne faudrait pas que la partie forte abuse de sa position pour tromper et dissuader la partie faible d'exercer une sanction unilatérale en cas d'inexécution de la part du débiteur, partie forte, à l'image des pratiques commerciales trompeuses développées, au titre de l'article L. 121-1 du Code de la consommation. Dans ce cas, parce que la situation est déséquilibrée, le débiteur, partie forte, pourrait avoir un comportement déloyal et devrait être sanctionné¹⁹⁶⁶. Ce serait le cas, par exemple, s'il dissimulait une information essentielle quant à la mauvaise exécution de son obligation. À l'inverse, dans les contrats de gré à gré, essayer de dissuader l'autre partie d'avoir recours à une sanction unilatérale semble parfaitement possible. Vouloir se défendre ne signifie pas forcément faire preuve de déloyauté. Le cas contraire reviendrait à oublier que « l'honnêteté ou la franchise, par exemple, ne sont pas dues par principe, et le mensonge est juridiquement permis dans de nombreux liens interindividuels, peu importe qu'il soit moralement répréhensible au détour de la sensibilité de chacun »¹⁹⁶⁷. Ainsi, les tentatives de dissuasion du débiteur pour éviter de subir une sanction unilatérale dans ce type de contrat devraient être parfaitement valables. Contrairement aux contrats d'adhésion, dans les contrats de gré à gré, elles ne devraient faire l'objet d'aucune sanction, à la condition que ces tentatives soient respectueuses du principe de bonne foi prévu à l'article 1104 du Code civil.

407. La résolution du contrat en cas d'exercice abusif d'une sanction unilatérale – La qualification des sanctions unilatérales en prérogatives unilatérales permet d'ajouter une sanction supplémentaire encore trop peu évoquée jusque-là dans le contrôle de l'exercice des

sanction uniquement lorsque le *potentior* est la partie faible d'une situation d'adhésion pour exercice abusif permet de rendre cette protection efficiente ».

¹⁹⁶⁶ Comp. avec la prérogative contractuelle : L. MOLINA, *La prérogative contractuelle*, op. cit. spéc. p. 422, n°373.

¹⁹⁶⁷ *Ibid.* spéc. p. 553, n°479.

sanctions unilatérales : il s'agit de la résolution du contrat¹⁹⁶⁸. Cette sanction ne peut pas être mise en œuvre en raison d'une irrégularité procédurale de la sanction mais seulement en cas d'inexécution. Elle est pertinente lorsque l'exercice d'une sanction unilatérale a rompu les liens entre les parties, qui, même si le contrat se poursuivait, ne pourraient plus rester dans une telle relation. Comme cela a été développé précédemment, elle s'applique également aux prérogatives de rupture. Ainsi, la résolution du contrat est parfaitement applicable à la sanction de résolution par notification irrégulière. En effet, lorsque le juge prononce la sanction : il dispose de deux choix. Soit, il remet les parties dans l'état où elles se trouvaient avant la résolution unilatérale du contrat ou alors, il décide de prononcer la résolution définitive du contrat et d'accorder une indemnisation au débiteur victime d'une résolution unilatérale abusive. Il peut donc parfaitement superposer la résolution à la résolution unilatérale déjà prise. Il faut, cependant, préciser que l'exception d'inexécution est insusceptible de donner lieu à la résolution du contrat, si son exercice est irrégulier puisque cette sanction serait totalement disproportionnée par rapport à l'effet attendu et voulu par la mise en œuvre de l'exception d'inexécution, surtout si la résolution est unilatérale. En effet, l'exercice d'une prérogative et donc d'une sanction unilatérale ne doit jamais être disproportionné¹⁹⁶⁹. Pour se défendre, le débiteur victime d'une exception d'inexécution irrégulière ne pourra pas utiliser la résolution par notification du contrat. En conséquence, seul le débiteur victime d'une sanction unilatérale abusive, autre que l'exception d'inexécution, pourra agir contre son créancier de mauvaise foi, en demandant au juge, la résolution judiciaire ou en engageant lui-même la résolution par notification.

408. Conclusion du §2 – En complétant les éclairages apportés par la hiérarchisation des sanctions en fonction du type de contrat, la qualification des sanctions unilatérales en prérogatives contractuelles permet d'approfondir et d'harmoniser leur régime de contestation. Par conséquent, il est permis d'entériner la compétence du juge des référés dans certaines situations pour contester l'exercice des sanctions unilatérales. Enfin, le juge du principal peut sanctionner l'usage déloyal des sanctions unilatérales en octroyant une réparation par équivalent au débiteur victime de l'exercice irrégulier d'une sanction unilatérale. La régularisation de l'exercice de la sanction unilatérale n'est pas toujours possible. C'est pourquoi, la résolution du contrat pourrait souvent apparaître comme, l'option la plus évidente,

¹⁹⁶⁸ V. *supra* n°197. En ce sens, O. DESHAYES, « Les sanctions de l'usage déloyal des prérogatives contractuelles » *précit.*

¹⁹⁶⁹ L. MOLINA, *La prérogative contractuelle*, *op. cit.* p. 456, n°399 ; V. *infra* n°449 et s.

excepté pour l'exception d'inexécution. Toutefois, les risques d'instrumentalisation d'une telle sanction, par des créanciers malveillants, nous invite à estimer que le maintien du contrat et l'indemnisation du contractant victime de l'exercice déloyal d'une sanction unilatérale seraient les sanctions les plus pertinentes pouvant être prononcées par le juge dans une telle situation.

409. Conclusion de la section 2 – La qualification des sanctions unilatérales en prérogatives contractuelles permet de préciser le régime de celles-ci sur deux points.

D'abord, avant de contester une sanction unilatérale, encore faut-il que l'exercice de cette dernière soit irrégulier. Un tel exercice nécessite de qualifier une inexécution. La qualification de prérogative contractuelle peut permettre d'éclairer cette notion. Ainsi, l'inexécution, si elle correspond au non-accomplissement des prestations par le débiteur, peut également résulter d'un comportement déloyal de ce dernier dans l'exercice d'une sanction unilatérale ou d'une mauvaise exécution de la prérogative contractuelle.

Ensuite, en cas d'exercice irrégulier d'une prérogative contractuelle, le rôle du juge est modifié et la compétence du juge des référés est développée dans certaines situations. Le juge du principal, quant à lui, dispose de plusieurs mesures pour sanctionner l'exercice déloyal et irrégulier d'une prérogative sur la base de la bonne foi. Par conséquent, comme les sanctions unilatérales appartiennent à cette catégorie, le contrôle du juge en cas de contestation du recours à l'une d'entre elle, peut être complété en suivant le même régime que celui de la prérogative contractuelle.

En conclusion, dans le prolongement des éclairages apportés par les propositions de hiérarchisation du recours aux sanctions unilatérales suivant la *summa divisio* basée sur la distinction entre les contrats de gré à gré et d'adhésion, le régime des sanctions unilatérales peut être précisé, lors de la mise en œuvre substantielle de la sanction mais aussi en cas de contestation de celle-ci devant le juge.

CONCLUSION DU CHAPITRE 1

410. Les éléments d'exercice et de contestation du régime des sanctions unilatérales peuvent être complétés à l'aune de la qualification de celles-ci en tant que prérogatives contractuelles. Ces précisions issues du régime de la prérogative contractuelle permettent de compléter celles apportées par la prise en compte des sanctions unilatérales dans les règles des sanctions unilatérales. Par ailleurs, grâce à la qualification, la prise en considération de la bonne foi, pourrait permettre d'introduire davantage de « moralité contractuelle »¹⁹⁷⁰ et « une police des comportements »¹⁹⁷¹, dans l'exercice des sanctions unilatérales. Il faut alors admettre que « la loyauté est un outil de lutte contre l'arbitraire »¹⁹⁷². Il semble alors que la bonne foi fasse partie de ces standards juridiques¹⁹⁷³, proposés par la réforme, dont il faut se saisir, pour améliorer le régime d'exercice et de contestation des sanctions unilatérales dans les règles du droit commun des contrats.

Toutefois, si l'étude de la qualification peut permettre d'éclaircir le régime des sanctions unilatérales, il ne faut pas oublier que le régime d'exercice des prérogatives contractuelles n'est pas développé légalement. « Aucun régime homogène ne se dégageant en jurisprudence et encore moins dans les nouvelles dispositions du code, les mystères de l'unilatéralisme sont pour l'heure intacts »¹⁹⁷⁴. La réforme est restée entièrement abstraite, sur le régime des prérogatives unilatérales, bien plus que sur celui des sanctions unilatérales. Elle ne dit mot sur la notion de prérogative contractuelle.

Ainsi, si la qualification des sanctions unilatérales peut éclairer le régime de ces sanctions, elle ne permet pas de régler tous les problèmes posés par leur nouveau régime d'exercice. Par conséquent, pour proposer un remaniement total et complet de celles-ci, il faut lever les dernières difficultés propres à chaque sanction, en complétant les précisions du régime des sanctions unilatérales par deux éléments, qui, s'ils peuvent être éclairés par la qualification et l'impératif de protection de la partie faible, doivent faire l'objet d'une étude spéciale parce qu'ils diffèrent en fonction du type de sanction unilatérale (chapitre 2).

¹⁹⁷⁰ D. MAZEAUD, « Les enjeux de la notion de prérogative contractuelle » in Dossier « Les prérogatives contractuelles », *RDC/2* 2011, p. 690.

¹⁹⁷¹ F. CHÉNEDÉ, « Les conditions d'exercice des prérogatives contractuelles » in Dossier « Les prérogatives contractuelles », *RDC/2* 2011, p. 709.

¹⁹⁷² L. MOLINA, *La prérogative contractuelle*, *op. cit.* spéc. p. 442, n°386.

¹⁹⁷³ B. STURLÈZE, « Le juge et les standards juridiques », *RDC/2* 2016, p. 398 ; N. BLANC, « Le juge et les standards juridiques », *précit.* ; Comp. avec le rôle du juge sur les clauses abusives, D. FENOUILLET, « Le juge et les clauses abusives », *RDC/2* 2016, p. 358.

¹⁹⁷⁴ A. ETIENNEY-DE-SAINTE-MARIE, « La validité des prérogatives contractuelles après la réforme du droit des contrats », *précit.*

CHAPITRE 2 : LA RÉVISION DES ÉLÉMENTS DU RÉGIME À L'AUNE DE LA SPÉCIFICITÉ DE CHAQUE SANCTION UNILATÉRALE, DE LA QUALIFICATION ET DE LA PROTECTION DE LA PARTIE FAIBLE

411. Afin d'améliorer l'intégration des sanctions unilatérales en droit commun, dans le respect des objectifs d'efficacité et de sécurité affichés par la réforme, la prise en compte de l'impératif de la protection de la partie faible semble apparaître comme une réponse pertinente. De plus, cette dernière peut être complétée par l'admission de la qualification de ces mesures, en prérogatives contractuelles. En considération de ces deux solutions proposées et pour pallier les deux défauts majeurs de la consécration des sanctions dans le droit de l'inexécution¹⁹⁷⁵, la présentation¹⁹⁷⁶ et le régime¹⁹⁷⁷ des sanctions unilatérales ont pu faire l'objet d'améliorations significatives. Cette tentative de systématisation a permis la correction des principales critiques relatives aux sanctions unilatérales. Elle pourrait alors permettre de rendre l'intégration de celles-ci dans la théorie générale du contrat, davantage cohérente.

Toutefois à ce stade, il faut constater que les éléments du régime des sanctions unilatérales n'ont pas tous été précisés. À titre d'exemple, il faut rappeler que les sanctions unilatérales sont une réponse proportionnée du créancier à une inexécution spécifique de la part du débiteur. Les critiques relatives aux caractères de l'inexécution, ainsi que celles relatives à question de la proportionnalité, ouvrant respectivement droit à l'exercice ou à la contestation d'une sanction unilatérale, n'ont pas été résolues. Pour répondre aux diverses interrogations générées par ces deux éléments, il semble qu'il faille reconnaître que l'unique prise en compte de la protection de la partie faible et des conséquences de la qualification de prérogative se sont révélées insuffisantes. Comme toutes les théories¹⁹⁷⁸, la systématisation proposée présente des limites. À titre d'exemple, bien que d'un point de vue théorique il est parfaitement possible de savoir ce que représente une inexécution – la qualification des sanctions unilatérales en prérogatives contractuelles a permis de le montrer – lorsqu'il s'agit de déterminer les caractères de l'inexécution, nécessaires à l'exercice de ces dernières, la théorie est insuffisante, puisqu'en

¹⁹⁷⁵ V. *supra* n°252.

¹⁹⁷⁶ V. *supra* n°255 et s.

¹⁹⁷⁷ V. *supra* n°350 et s.

¹⁹⁷⁸ H. FULCHIRON, « La part de flou dans le droit », *RTD Civ.* 2022, p. 333.

fonction du type de sanction, les caractères de l'inexécution diffèrent¹⁹⁷⁹. Il est donc parfois nécessaire, de tenir compte du type de sanction pour préciser le régime des sanctions unilatérales. En effet, l'existence de ces sanctions dans le droit commun des contrats n'est pas purement théorique. Pour pouvoir être exercées efficacement par les parties et avoir une existence réelle dans le contentieux de l'inexécution, il est nécessaire que leur régime soit le plus précis possible. Il convient alors d'apporter le plus de réponses aux difficultés qu'elles pourraient éventuellement soulever lors de leur exercice.

C'est pourquoi, pour essayer d'être le plus exhaustif possible, il faut à présent, tenter d'apporter des réponses aux difficultés relatives aux caractères de l'inexécution (section 1) et à la proportionnalité dans l'exercice de la sanction (2), en tenant compte, lorsque cela est nécessaire, de l'impératif de protection de la partie faible et lorsque cela est possible, des conséquences de la qualification et des spécificités propres à chaque sanction.

Section 1 : La précision des caractères de l'inexécution dans l'exercice des sanctions unilatérales

412. L'inexécution est la condition commune à l'exercice des sanctions unilatérales. Cependant, en fonction du type de sanction, elle ne doit pas présenter les mêmes caractères. Les sanctions unilatérales ont toutes le même objectif : faire sanctionner une inexécution. Toutefois, il existe différents types d'inexécutions. Pour justifier le recours à une sanction unilatérale, l'inexécution doit être, selon les cas, suffisamment grave ou seulement imparfaite. Parfois, elle doit juste exister. La réforme n'apporte aucune précision supplémentaire sur les caractères de l'inexécution. Ce constat est regrettable puisque les sanctions unilatérales sont destinées à être usitées dans la pratique¹⁹⁸⁰. À l'étude des commentaires relatifs aux nouvelles sanctions de l'inexécution, la question des caractères de l'inexécution est récurrente¹⁹⁸¹. Le caractère de la gravité de l'inexécution est largement évoqué, et celui de l'exécution imparfaite également. Ces différents caractères retiennent l'attention d'une grande partie de la doctrine car, même si ce sont des concepts imprécis¹⁹⁸², ils sont nécessaires à l'exercice des sanctions unilatérales. Si

¹⁹⁷⁹ Pour la résolution unilatérale et l'exception d'inexécution, il faut une inexécution d'une particulière gravité, v. C. civ. art. 1219, 1220 et 1226 ; La faculté de remplacement du débiteur défaillant et la réduction du prix n'exigent pas que l'inexécution soit d'une particulière gravité, il suffit seulement que l'exécution soit imparfaite, v. C. civ. art. 1221, 1222 et 1223.

¹⁹⁸⁰ F. CHÉNEDÉ, *Droit des obligations et des contrats*, op. cit. spéc. p. 157-158, n°128.06 : « l'inexécution des obligations, sa prévention et son anticipation, sont au cœur de la pratique et du contentieux contractuels ».

¹⁹⁸¹ V. *supra* n°23 et s. et n°59.

¹⁹⁸² A. AYNÈS, « Accroissement du pouvoir de la volonté individuelle », *précit.*

la notion d'inexécution a pu faire l'objet de précisions grâce à la prise en compte des conséquences de la qualification juridique et à l'impératif de protection de la partie faible, il en va différemment pour les caractères de l'inexécution. Ceux-ci doivent également pouvoir être précisés. Il convient donc de répondre aux diverses questions concernant le caractère de la gravité de l'inexécution (§1) et celui de son imperfection (§2).

§1 : Les précisions relatives à la gravité de l'inexécution

413. Si l'inexécution doit être imputable au débiteur, elle doit aussi présenter une certaine gravité pour donner lieu à l'exercice d'une sanction unilatérale. En l'état du droit positif, l'exception d'inexécution et la résolution unilatérale nécessitent une « inexécution suffisamment grave ». La faculté de remplacement du débiteur défaillant et la réduction du prix n'exigent pas cette condition de gravité. Qu'est-ce qu'une inexécution suffisamment grave ? Qu'est-ce qu'une exécution imparfaite ? Afin de répondre à ces différentes interrogations et préciser le régime d'exercice des sanctions unilatérales, il faut revenir sur la notion de gravité de l'inexécution et ce qu'elle signifie dans l'exercice de la résolution unilatérale (A) mais aussi pour la mise en œuvre de l'exception d'inexécution (B). Il convient de traiter ces deux éléments différemment dans la mesure où le but poursuivi par chacune de ces sanctions est différent.

A. Les précisions du caractère de la gravité de l'inexécution dans l'exercice de la résolution unilatérale

414. Pour exercer la résolution par notification, l'inexécution doit être suffisamment grave. En effet, « l'exigence de la gravité de l'inexécution endigue les menaces de résolution sans fondement »¹⁹⁸³. Que représente une inexécution suffisamment grave ? D'abord, la gravité peut découler de l'inexécution en elle-même (1). Ensuite, le comportement de l'une des parties peut rendre l'inexécution suffisamment grave (2).

¹⁹⁸³ L. MOLINA, *La prérogative contractuelle*, op. cit. spéc. p. 486, n°418.

1) Les précisions sur la gravité de l'inexécution : l'inexécution objective

415. Le rapprochement entre la résolution judiciaire et la résolution unilatérale : les contours de l'inexécution suffisamment grave – Pour mettre en œuvre une sanction, unilatérale ou judiciaire, il est nécessaire de constater une inexécution. Pour certaines sanctions, à l'image de la résolution unilatérale ou de la résolution judiciaire, il faut que l'inexécution soit suffisamment grave¹⁹⁸⁴. La résolution unilatérale n'est plus « appréhendée comme une exception au principe de la résolution judiciaire, mais est traitée, comme une faculté autonome offerte au créancier qui, victime de l'inexécution, aura désormais le choix, en particulier en l'absence de clause résolutoire expresse, entre les deux modes de résolution, judiciaire ou unilatérale »¹⁹⁸⁵. En cas d'inexécution suffisamment grave, le créancier dispose donc d'un choix.

La jurisprudence relative à la résolution judiciaire permet de dégager les contours de ce que représente une inexécution suffisamment grave puisque la résolution par notification « se rapproche de la résolution judiciaire »¹⁹⁸⁶. La gravité de l'inexécution est une condition nécessaire à l'exercice de la résolution judiciaire¹⁹⁸⁷. D'abord si l'on se réfère à la jurisprudence en cette matière, la gravité de l'inexécution ne signifie pas que le créancier doit nécessairement subir un préjudice¹⁹⁸⁸ et « il importe peu que l'inexécution soit fautive ou non »¹⁹⁸⁹ ; la jurisprudence est constante sur ces points. Ensuite, lorsque l'on s'interroge sur les contours de ce qu'est une inexécution suffisamment grave, il est possible de penser à l'étendue de celle-ci. De fait, lorsque l'inexécution est totale, il n'y a pas de difficulté, il en est autrement, en revanche, lorsque l'inexécution n'est que partielle : constitue-t-elle une inexécution suffisamment grave ? Lorsque l'inexécution est partielle (paiement partiel du prix), incomplète

¹⁹⁸⁴ C. civ. art. 1224 (version en vigueur depuis le 01 octobre 2016).

¹⁹⁸⁵ Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016, *précit.* v. « Sous-section 4 : la résolution » ; Comp. L. MOLINA, *La prérogative contractuelle*, *op. cit.* spéc. p. 218, n°192 : « Si la « suffisante gravité » fait la part belle aux interprétations multiples, ce qualificatif opère néanmoins un rapprochement de la résolution par notification avec l'esprit de la résolution judiciaire ».

¹⁹⁸⁶ N. HAGE-CHAHINE, « Résolution – Résiliation », *Rép. Civ. Dalloz*, *op. cit.* V. « Conditions relatives à l'inexécution » ;

¹⁹⁸⁷ Régulièrement la jurisprudence sanctionne les décisions qui ne recherchent pas si l'inexécution présente une gravité suffisante pour justifier la résolution du contrat : v. par ex. Cass. Com. 29 mars 2017, n°15-25.742 ; D. 2018, 865, chron. D. FERRIER. ; Cass. Com. 2 mars 2022, n°20-16.215 : « Qu'en statuant ainsi, sans constater que les manquements de la société Perrin revêtaient une gravité suffisante pour justifier la rupture unilatérale du contrat, la cour d'appel n'a pas légalement justifié sa décision ».

¹⁹⁸⁸ M. POUMARÉDE, Ph. LE TOURNEAU, *Dalloz action Droit de la responsabilité et des contrats*, 2021-2022 V. « Résolution », n°3215.41 qui citent Cass. Civ. 2^{ème}, 23 nov. 1955, P. II, n°405.

¹⁹⁸⁹ *Ibid.* n°3215.41. V. Cass. Civ. 14 avr. 1891, DP 1891, 1, 329, note M. PLANIOL ; H. CAPITANT, F. TERRÉ, Y. LEQUETTE et F. CHÉNEDÉ, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, tome 2, *op. cit.* n°180 ; Cass. Civ. 1^{re}, 12 mars 1985, n°84-10.169, P I, n°94 ; Cass. Civ. 3^{ème}, 17 oct. 2012, n°11-22.290, *Bull. civ.* III, n°143 ; *Dalloz Actu*, 2516, obs. Y. ROUQUET.

(livraison de fourniture incomplète) ou encore défectueuse (qualité insuffisante), la question de la gravité de l'inexécution peut se poser. Les exemples relatifs à la résolution judiciaire permettent de répondre à cette interrogation. Classiquement, le juge considère que cette sanction peut être prononcée en cas d'inexécution partielle si cette dernière porte sur « une obligation déterminante de la conclusion du *contrat* »¹⁹⁹⁰. La résolution est encore accordée lorsque le bien livré est endommagé¹⁹⁹¹. En d'autres termes, en matière de résolution judiciaire, l'inexécution n'est pas suffisamment grave, si cette dernière « paraît mineure et ne justifie pas l'anéantissement total des relations contractuelles »¹⁹⁹². L'appréciation de la gravité de l'inexécution pour la résolution judiciaire est alors réalisée *in concreto* tel qu'en dispose l'article 1228 du Code civil¹⁹⁹³. L'appréciation de la gravité de l'inexécution par les juges est souveraine¹⁹⁹⁴. Comme l'explique un auteur, les juges sont généralement pragmatiques pour tenter de définir la gravité de l'inexécution en fonction des situations¹⁹⁹⁵. En sus de l'appréciation de sa situation, le créancier victime d'une inexécution peut s'inspirer de la jurisprudence relative aux cas d'une inexécution suffisamment grave en matière de résolution judiciaire pour savoir si l'inexécution réalisée par son débiteur présente une gravité suffisante qui justifierait le recours à la résolution unilatérale, dans la mesure où la gravité de l'inexécution n'est pas définie par la réforme¹⁹⁹⁶. Il s'agit donc d'une « approche objective » de la gravité de l'inexécution¹⁹⁹⁷. En d'autres termes, il faut se référer au « caractère essentiel de l'obligation inexécutée »¹⁹⁹⁸ et regarder si la violation de l'obligation met en péril, « l'équilibre de l'opération contractuelle »¹⁹⁹⁹, peu importe que l'inexécution soit totale, partielle, défectueuse, imparfaite, incomplète *etc.* Si l'inexécution met en péril, la relation contractuelle entre les parties, la gravité de l'inexécution est alors suffisante pour justifier le recours à la résolution unilatérale du contrat.

¹⁹⁹⁰ En ce sens, v. Cass. Com. 2 juill. 1996, n°93-14-130 ; D. 1996, 192 ; *Défrenois* 1996, p. 1364, obs. D. MAZEAUD ; *JCP G* 1996, I, 3983, obs. C. JAMIN ; *RTD Civ.* 1996, 923, obs. P.-Y. GAUTIER.

¹⁹⁹¹ En ce sens, Cass. Civ. 1^{re}, 3 mai 2006, n°04-20.432 ; D. 2006, 1405 ; CCC 2006, n°185, note L. LEVENEUR.

¹⁹⁹² M. POUMARÈDE, Ph. LE TOURNEAU, *Dalloz action Droit de la responsabilité et des contrats*, op. cit. V. « Résolution », *précit.* n°3215.43.

¹⁹⁹³ C. civ. art.1228 (version en vigueur depuis le 01 octobre 2016) : « Le juge peut, selon les circonstances, constater ou prononcer la résolution ou ordonner l'exécution du contrat, en accordant éventuellement un délai au débiteur, ou allouer seulement des dommages et intérêts ».

¹⁹⁹⁴ C. SIGNAT, *Le pouvoir discrétionnaire du juge et l'inexécution du contrat*, op. cit., spéc. n°604 s, spéc. n°609.

¹⁹⁹⁵ T. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, op. cit. spéc. p. 309 s., n°426 s., et p. 295, n°411. Il faut donc faire une appréciation des cas d'espèces pour savoir dans quel cas l'inexécution est suffisamment grave.

¹⁹⁹⁶ N. HAGE-CHAHINE, « Résolution – Résiliation », *précit.* n°182.

¹⁹⁹⁷ M. STORCK, « Fasc. 49-22 Contrat – Inexécution du contrat – Résolution unilatérale », *précit.* n°18.

¹⁹⁹⁸ *Ibid.* n°16.

¹⁹⁹⁹ *Ibid.* n°18.

416. Bilan 1) – Pour préciser les contours d’une inexécution suffisamment grave, il est possible de faire un rapprochement entre la résolution unilatérale et la résolution judiciaire. Dans ce cas, l’appréciation de la gravité de l’inexécution est factuelle, peu importe qu’elle soit totale, partielle, défectueuse ou qu’elle cause un préjudice au créancier. L’inexécution sera suffisante grave si elle touche une obligation essentielle du contrat : il s’agit d’une inexécution objective.

Cependant, *quid* du cas où l’inexécution ne découle pas du non-respect des obligations essentielles du contrat mais du comportement du débiteur défaillant ?

2) Les précisions sur la gravité du comportement des parties : l’inexécution subjective

417. L’abandon de la référence à « la gravité du comportement d’une partie » – La jurisprudence Tocqueville déclarait que la résolution unilatérale pouvait avoir lieu en cas de « gravité du comportement d’une partie »²⁰⁰⁰. À l’étude, l’article 1226 du Code civil « ne se réfère plus à la gravité du comportement du débiteur »²⁰⁰¹, ce qui rapproche davantage cette sanction de la résolution judiciaire²⁰⁰². Par conséquent, « toute forme d’inexécution peut conduire au prononcé de la résolution unilatérale par simple notification, dès lors qu’elle présente une certaine gravité »²⁰⁰³. Auparavant, pour distinguer ces deux modes de résolution, et pour invoquer la résolution unilatérale, il fallait étudier le comportement du débiteur qui devait revêtir une particulière gravité, de nature à justifier le recours exceptionnel à cette sanction²⁰⁰⁴. C’est pourquoi, la résolution unilatérale n’était jamais justifiée en cas de retard de l’exécution, en l’absence de comportement grave du débiteur défaillant²⁰⁰⁵. La non-exécution d’une obligation essentielle ne pouvait pas donner lieu à l’exercice de la résolution unilatérale. Depuis, la réforme a abandonné cette condition de la gravité du comportement. En effet, cette dernière semble désormais se baser uniquement sur « l’approche objective » pour évaluer la gravité de l’inexécution²⁰⁰⁶ : « c’est en considération de ses seuls effets objectifs que le

²⁰⁰⁰ Cass. Civ. 1^{ère}, 13 oct. 1998, *Bull. civ.* I, n°300, *précit.*

²⁰⁰¹ N. HAGE-CHAHINE, « Résolution – Résiliation », *précit.* n°111.

²⁰⁰² Rapp. H. BARBIER, « L’exécution et la sortie du contrat », *précit.*

²⁰⁰³ G. CHANTEPIE, « Contrats – effets – sanctions de l’inexécution », *Rép. Civ. Dalloz*, 2018, actualisation octobre 2022, n°259.

²⁰⁰⁴ V. Cass. Civ. 1^{re}, 22 sept. 2016, n°15-20.614.

²⁰⁰⁵ En ce sens, Cass. Civ. 3^{ème}, 15 sept. 2015, n°13-24.726.

²⁰⁰⁶ Expression empruntée à M. STORCK, « Fasc. 49-22 Contrat – Inexécution du contrat – Résolution unilatérale », *précit.*

manquement du cocontractant à ses obligations méritera ou non d'être qualifié de grave »²⁰⁰⁷. Cependant, cet abandon signifie-t-il pour autant qu'un comportement grave du débiteur ne peut plus justifier le recours à la résolution unilatérale ?

418. La gravité de l'inexécution : la déloyauté du débiteur – La gravité du comportement d'une partie n'est plus prise en compte pour caractériser la gravité de l'inexécution dans l'exercice de la résolution unilatérale. L'inexécution suffisamment grave serait alors simplement « un standard relativement bas et sans connotation morale »²⁰⁰⁸. *Quid* alors de la situation particulière « où le comportement d'ensemble du contractant est devenu insupportable sans qu'on puisse attacher à une défaillance plutôt qu'à une autre un caractère particulier de gravité ; telle est l'hypothèse de l'incurie aux mille signes, chacun mineur mais dont le faisceau justifie la rupture »²⁰⁰⁹ ? L'article 1226 prévoit que la résolution unilatérale est possible si le débiteur ne satisfait pas à son « obligation » mais fait aussi référence à l'engagement du débiteur. Par conséquent, le terme « engagement » permet de croire que le comportement déloyal du débiteur défaillant peut être pris en compte dans la caractérisation de l'inexécution du contrat et donc, donner lieu à l'exercice de prérogatives contractuelles telles que la résolution unilatérale si ce comportement est d'une gravité suffisante. En effet, à la suite de l'étude des prérogatives contractuelles, il a été admis que l'inexécution peut aussi s'apparenter à la violation du devoir de bonne foi²⁰¹⁰. En effet, « la gravité prise en compte ne s'attache pas toujours au caractère essentiel de l'obligation inexécutée et aux conséquences matérielles qui en résultent pour le créancier. Elle peut aussi tenir à des agissements plus personnels du débiteur, liés par exemple à sa déloyauté manifeste »²⁰¹¹. Il s'agit du versant subjectif de la gravité de l'inexécution dans lequel « les juges prennent en considération la gravité du comportement du débiteur, qui traduit de la part de ce contractant une atteinte à l'exigence générale de bonne foi »²⁰¹². L'article 1104 du Code civil prévoit, en effet, que les contrats doivent être exécutés de bonne foi. La résolution unilatérale est une prérogative contractuelle.

Par conséquent, l'inexécution dans l'exercice des prérogatives contractuelles comprend une part de moralité et, peut exister en cas de comportement déloyal du débiteur. La déloyauté

²⁰⁰⁷ J. LAFOND, « La résolution unilatérale des contrats : application aux baux commerciaux », *JCP N* et I, n°5, 2 fév. 2018, 1093, spéc. n°9.

²⁰⁰⁸ H. BARBIER, « L'exécution et la sortie du contrat », *précit.*

²⁰⁰⁹ Ph. STOFFEL-MUNCK, « La résolution unilatérale par notification : questions en suspens », *précit.*

²⁰¹⁰ V. *supra* n°s 383 et s.

²⁰¹¹ J. MESTRE et B. FAGES, « La résolution unilatérale s'installe doucement dans le paysage juridique français », *RTD Civ.* 2001, p. 363.

²⁰¹² M. STORCK, « Fasc. 49-22 Contrat – Inexécution du contrat – Résolution unilatérale », *précit.*

du débiteur s'apparente alors à une faute de mauvaise foi. Elle peut ouvrir droit à réparation pour le créancier s'il subit un préjudice. Mais elle pourrait alors potentiellement ouvrir le recours à la résolution unilatérale si le comportement du débiteur était suffisamment grave pour justifier une telle sanction. Pour l'instant, un arrêt témoigne que la Cour de cassation ne va pas en ce sens²⁰¹³. Cela est regrettable car comme le précise Monsieur Barbier, « sur le terrain des contrats spéciaux, la mauvaise foi d'une partie dans un contrat dominé par la confiance et la loyauté peut être propre, selon les circonstances à fonder sa résolution »²⁰¹⁴. Pourquoi donc ne pas autoriser la même solution en droit commun ? En l'état, les textes n'interdisent pas expressément cette possibilité.

419. L'intérêt de la qualification et de la *summa divisio* dans la prise en compte de la gravité de l'inexécution – Dans le cas où un débiteur voudrait se défendre contre l'exercice déloyal d'une sanction unilatérale en ayant recours à la résolution, il devrait justifier d'une inexécution suffisamment grave de la part de son créancier. Nous avons démontré que l'exercice déloyal d'une sanction unilatérale peut s'apparenter à une inexécution ouvrant droit à la mise en œuvre de différentes sanctions dont la résolution²⁰¹⁵. Pour caractériser la gravité de l'inexécution du créancier qui aurait exercé de manière irrégulière une sanction unilatérale, il est alors possible de se référer aux jurisprudences relatives aux prérogatives contractuelles sanctions, en cas de comportement déloyal du *potentior* et, qui peuvent donner lieu à la résolution du contrat par le sujet passif. Autrement dit, cela renvoie à la mauvaise foi du *potentior* étudiée précédemment, et notamment, aux exemples d'exercice de mauvaise foi des clauses résolutoires²⁰¹⁶. La gravité du comportement du créancier qui exercerait de manière déloyale une sanction unilatérale peut alors s'apprécier à l'aune de ces solutions²⁰¹⁷. En effet, le comportement de mauvaise foi du *potentior* dans l'exercice de la prérogative contractuelle

²⁰¹³ Cass. Civ. 1^{re}, juill. 2020, n°18-26.352, inédit ; D. 2021, p. 310, obs. R. BOFFA et M. MEKKI ; *RTD Civ.* 2021, p. 394, obs. H. BARBIER.

²⁰¹⁴ H. BARBIER, « Le point sur les sanctions du devoir de bonne foi de l'article 1104 du Code civil », *RTD Civ.* 2021, p. 394.

²⁰¹⁵ V. *supra* n°383 et s.

²⁰¹⁶ V. *supra* n°404. Par exemple, la mauvaise foi est caractérisée si le bailleur somme son locataire de régler ses arriérés de loyer alors qu'il sait qu'il est en vacances. La clause résolutoire est écartée pour cause de mauvaise foi : Cass. Civ. 3^{ème}, 16 octobre 1973, n°72-11.956 ; Lorsque le bailleur demande la remise en état des locaux sous un mois, sachant pertinemment que cette remise en état n'est pas possible et qu'il fait jouer la clause résolutoire, cette dernière est neutralisée pour cause de mauvaise foi : Cass. Civ. 3^{ème}, 29 sept. 2009, n°08-16.960. La jurisprudence sur l'exercice des clauses résolutoires est très dense, rapp. J. KLEIN, « La loyauté en droit des contrats », *Justice et cassation* 2014, 77.

²⁰¹⁷ F. CHÉNEDÉ, *Droit des obligations et des contrats*, op. cit. spéc. p. 176, n°128.184 : L'article 1225 du Code civil est silencieux quant à l'exercice de bonne foi des clauses résolutoires mais « le silence du législateur ne vaut évidemment pas condamnation de cette jurisprudence ».

peut servir de guide à l'appréciation de la gravité du comportement du créancier afin de caractériser une inexécution suffisamment grave, qui viendrait ainsi justifier la mise en œuvre de la résolution par le débiteur qui voudrait se défendre contre un exercice abusif d'une sanction unilatérale. Pour apprécier le caractère suffisamment grave de l'inexécution donnant lieu à l'exercice de la résolution unilatérale par le débiteur contre qui est exercée une sanction unilatérale, les juges peuvent se servir des décisions rendues dans le cadre de la neutralisation des clauses résolutoires mises en œuvre de mauvaise foi. Par conséquent, la qualification des sanctions en prérogatives permet de préciser ce que représente la gravité du comportement du créancier justifiant le recours à la résolution unilatérale par le débiteur qui voudrait se défendre contre une sanction unilatérale exercée de manière déloyale par le créancier.

Enfin, il ne faut pas écarter l'importance de la protection de la partie faible et donc de la prise en compte de la *summa divisio* dans la détermination de la gravité de l'inexécution. En effet, le type de contrat exerce un rôle quant à l'appréciation du comportement suffisamment grave du débiteur, selon que ce dernier représente la partie faible ou la partie forte dans un contrat d'adhésion. Or, dans les contrats d'adhésion, l'appréciation de la bonne foi pourrait être différente en fonction de la qualité des parties²⁰¹⁸, même si elle a toujours le même rôle²⁰¹⁹.

420. Bilan A – Par conséquent, « puisque la loi ne distingue plus entre les deux modalités de résolution, judiciaire ou par notification, cette dernière devrait être admise pour toute inexécution présentant une gravité suffisante, au regard du comportement du débiteur, mais aussi de l'intérêt du contrat ou du caractère essentiel du manquement »²⁰²⁰. La gravité de l'inexécution peut donc être analysée suivant une double approche, « subjective » et/ou « objective »²⁰²¹. L'appréciation de la gravité de l'inexécution doit faire l'objet d'une appréciation *in concreto* de la part du créancier qui met en œuvre la résolution unilatérale, car en cas de contestation, il doit prouver la gravité de l'inexécution.

Par ailleurs, le débiteur qui voudrait invoquer la résolution pour se défendre d'une sanction unilatérale exercée de manière déloyale par son créancier, devrait prouver la gravité de cette dernière puisque celle-ci s'assimile à une inexécution contractuelle. Pour apprécier la

²⁰¹⁸ V. *supra* n°406.

²⁰¹⁹ G. FLÉCHEUX, « Renaissance de la notion de bonne foi et de loyauté dans le droit des contrats », in *Études offertes à Jacques Ghestin, op. cit.* p. 341, spéc. p. 342 : « Sanctionner le manquement à la loyauté, c'est sanctionner le mensonge, la fraude, l'abus ou une trop grande habileté perverse soit dans la rédaction du contrat, soit dans son exécution ».

²⁰²⁰ G. CHANTEPIE, « Contrats – effets – sanctions de l'inexécution », *précit.* n°259.

²⁰²¹ Expression empruntée à M. STORCK, « Fasc. 49-22 Contrat – Inexécution du contrat – Résolution unilatérale », *précit.*

gravité de l'inexécution, il peut alors s'inspirer des jurisprudences antérieures relatives à la résolution judiciaire pour le versant objectif, mais aussi des décisions relatives à l'exercice de mauvaise foi des prérogatives contractuelles, pour le versant subjectif de l'inexécution. Enfin, il faut garder à l'esprit que l'appréciation factuelle de la gravité de l'inexécution peut dépendre du type de contrat. Puisque que la gravité de l'inexécution justifiant l'exercice de la résolution unilatérale a été défrichée, il faut désormais s'interroger sur le point de savoir si la gravité de l'inexécution qui justifie une exception d'inexécution est la même que celle nécessaire pour l'exercice de la résolution unilatérale. Présente-elle également une double identité ? (B).

B. Les précisions du caractère de la gravité de l'inexécution dans l'exercice de l'exception d'inexécution

421. Pour mettre en œuvre l'exception d'inexécution, il faut une inexécution suffisamment grave (1). Pour exercer sa version anticipée, ce sont les conséquences de cette inexécution qui doivent être suffisamment graves (2). Ces caractères sont-ils semblables à ceux de la résolution unilatérale ?

1) Les précisions sur l'inexécution suffisamment grave : une inexécution objective au domaine restreint

422. La différence du seuil de gravité de l'inexécution entre l'exception d'inexécution et la résolution unilatérale du contrat – Pour des raisons pratiques, et probablement dans une optique de simplification des textes, le législateur a utilisé la même expression pour caractériser l'exigence d'une inexécution suffisamment grave donnant lieu à l'exercice de la résolution unilatérale et de l'exception d'inexécution. Or, à n'en pas douter, « bien que l'article 1219 du Code civil utilise l'expression « inexécution suffisamment grave », le seuil de gravité exigé pour prononcer la résolution du contrat est plus élevé que celui exigé pour la suspension du contrat »²⁰²². L'article 1219 évoque « l'inexécution suffisamment grave » mais celle-ci se différencie de celle nécessaire pour engager la résolution unilatérale. Il est cependant

²⁰²² N. HAGE-CHAHINE, « Résolution – Résiliation », *précit.*, n°181 ; O. DESHAYES, « Exception d'inexécution », *précit.* spéc. n°111 ; *Contra* : *Lamy Droit du contrat*, mise à jour 06/2022, spéc. n°2149 : « ce seuil [de gravité] est le même que celui requis par l'article 1224 du Code civil pour la résolution unilatérale par notification du créancier (v. n°2306 et s.) et pour la résolution judiciaire (v. n°2319) » ; G. CHANTEPIE et M. LATINA, *La réforme du droit des obligations*, Dalloz, 2016, n°629 qui contestent que les conditions de mise en œuvre de l'exception d'inexécution reproduisent celles de la résolution.

indispensable que les manquements « soient suffisamment graves »²⁰²³. Classiquement, la jurisprudence reconnaissait que l'exception d'inexécution pouvait s'exercer, peu importe le type d'inexécution (partielle, totale, inexécution d'une obligation essentielle ou non), à la condition que ce manquement soit suffisamment grave pour justifier que le créancier suspende à son tour ses obligations²⁰²⁴. De plus, la résolution et l'exception d'inexécution n'ont pas les mêmes finalités. L'exception d'inexécution est une mesure défensive, provisoire. Elle incite à l'exécution. À l'inverse, la résolution unilatérale met fin au contrat. Elle est une riposte face à une inexécution tellement importante qu'elle empêche, pour l'avenir, les parties de poursuivre leur relation contractuelle. Par conséquent, le seuil de gravité de ces deux mesures est nécessairement différent. Autrement dit, « ce qui est suffisamment grave pour justifier la suspension d'inexécution n'est pas nécessairement suffisamment grave pour justifier la résolution »²⁰²⁵, et inversement. Même si nous estimons qu'il n'est pas tout à fait pertinent d'avoir utilisé le même concept pour exprimer la gravité de l'inexécution dans l'exercice de l'exception d'inexécution et de la résolution unilatérale, il nous apparaît que pour des raisons de simplification du droit que le choix réalisé par le législateur est cohérent. Pour lever cette difficulté, il convient donc d'étudier la gravité de l'inexécution dans l'exercice de l'exception d'inexécution afin de comprendre ce qu'elle recouvre.

423. La gravité de l'inexécution : l'inexécution d'une obligation essentielle – Selon Monsieur Hage-Chahine, l'inexécution d'une obligation est suffisamment grave et, cette dernière justifie la mise en œuvre de l'exception d'inexécution dès lors que cette dernière « prive le créancier de son intérêt au contrat, c'est-à-dire de son intérêt d'exécuter sa propre obligation »²⁰²⁶. C'est pourquoi, généralement, l'inexécution doit concerner « une obligation essentielle du contrat »²⁰²⁷. Par conséquent, une « inexécution insignifiante » ne justifie pas l'exercice régulier de ce mécanisme²⁰²⁸. Peu importe que l'inexécution soit totale ou partielle, il faut que cette dernière présente une gravité suffisante. La bonne foi est au cœur du mécanisme de l'exception d'inexécution vis-à-vis du créancier, qui doit exercer cette mesure de façon proportionnée²⁰²⁹. Pour apprécier la gravité de l'exception d'inexécution, il est donc nécessaire

²⁰²³ Cass. Civ. 3^{ème}, 16 mai 2019, n°18-13.756.

²⁰²⁴ O. DESHAYES, « Exception d'inexécution », *précit.*, n°109.

²⁰²⁵ *Ibid.* n°111.

²⁰²⁶ F. CHÉNEDÉ, *Droit des obligations et des contrats*, *op. cit.* spéc. p. 162, n°128.53.

²⁰²⁷ *Ibid.* spéc. p. 162, n°128.53.

²⁰²⁸ Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016, *précit.*

²⁰²⁹ F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE et F. CHÉNEDÉ, *Droit civil, les obligations*, *op. cit.* spéc. p. 861-862, n°769 ; V. ég. N. CUZACQ, « La notion de riposte proportionnée en matière d'exception d'inexécution », *LPA* 7 mai 2003, n°91, p. 4. v. *infra* n°451 et s.

de prendre en compte son incidence sur l'exécution de l'obligation du créancier, victime de l'inexécution et d'apprécier la gravité, au cas par cas. Toutefois, comme l'exception d'inexécution n'est pas considérée comme une prérogative contractuelle, si le créancier est déloyal dans l'exercice de l'exception d'inexécution, cette déloyauté ne pourra pas caractériser une inexécution suffisamment grave ouvrant droit au débiteur à l'exercice par exemple de la résolution²⁰³⁰.

424. Bilan 1) – Si l'exception d'inexécution est mise en œuvre en présence d'une inexécution suffisamment grave, elle ne peut avoir lieu qu'à condition que l'inexécution s'apparente au non-respect des prestations du contrat, c'est-à-dire qu'elle corresponde à la non-exécution d'une obligation essentielle du contrat. La jurisprudence relative à cette mesure est tellement dense, qu'elle est une grille de lecture pour comprendre ce qu'est une inexécution suffisamment grave dans l'exercice de l'exception d'inexécution. Cette densité de décisions est probablement à l'origine du silence, parfois regretté²⁰³¹, de la réforme sur les conditions de mise en œuvre de l'exception d'inexécution. À l'image de la résolution judiciaire, il faut admettre que l'appréciation de la gravité de l'inexécution dans l'exercice de cette mesure doit se faire *in concreto*. Toutefois, à l'inverse, le seuil de gravité de l'inexécution de cette mesure est nécessairement moins important que celui requis pour la mise en œuvre de la résolution unilatérale, qui peut également, selon nous, être mise en œuvre en cas de comportement déloyal du débiteur défaillant, contrairement à l'exception d'inexécution.

Enfin, le caractère gravité de l'inexécution nécessaire pour exercer l'exception d'inexécution nécessite d'être approfondi lorsqu'il s'agit d'étudier l'exception d'inexécution pour risque. Il convient désormais de démêler ce que recouvrent les conséquences d'une inexécution suffisamment graves dans le cas de cette mesure innovante de droit positif, codifiée depuis la réforme du droit des contrats (2).

²⁰³⁰ V. *supra* n^{os}421 et s. sur la notion d'inexécution dans l'exception d'inexécution.

²⁰³¹ V. en ce sens, S. GUERIN et N. GENTY, « L'exception d'inexécution et les différentes formes de résolution du contrat », *précit.*

2) Les précisions relatives aux conséquences d'une inexécution suffisamment grave : une inexécution anticipée spéciale

425. La gravité des conséquences de l'inexécution : l'inexécution des obligations essentielles et accessoires – Lorsqu'il s'agit d'exercer l'exception d'inexécution pour risque, ce n'est plus l'inexécution qui doit présenter une certaine gravité pour être mise en œuvre mais ses conséquences. À ce titre, l'article 1220 du Code civil dispose qu'une partie peut suspendre l'exécution de ses obligations du contrat, s'il est évident et manifeste que son débiteur ne s'exécutera pas à l'échéance et, dès lors que « les conséquences de cette inexécution sont suffisamment graves pour elle ». C'est pourquoi il est possible de penser qu'il faut qu'il existe « un péril ou dommage grave et imminent pour le créancier »²⁰³². Au fond, l'intérêt de cette mesure serait de « prémunir le créancier contre un risque grave »²⁰³³. Ainsi, dans ce cas, à la différence de l'exception d'inexécution classique, l'exception pour risque pourrait alors être exercée « en présence d'un risque d'inexécution d'une obligation secondaire ou accessoire, dès l'instant que celle-ci aurait des conséquences graves »²⁰³⁴. Pour apprécier la gravité des conséquences de l'inexécution, il est donc possible de s'intéresser à toutes les obligations du contrat, et pas seulement aux obligations essentielles de ce dernier.

426. Le seuil de gravité des conséquences de l'inexécution – Il faut tout de même s'interroger sur le point de savoir si le seuil de gravité de l'inexécution requis dans l'exception d'inexécution est le même que celui nécessaire pour évaluer la gravité des conséquences de l'inexécution. Autrement dit, « il est possible de se demander si une inexécution qui ne présenterait pas un critère de gravité suffisant pour justifier une exception d'inexécution pourrait néanmoins justifier une exception d'inexécution par anticipation si le second critère posé par le texte est avéré (« dont les conséquences sont suffisamment graves ») »²⁰³⁵. Certains auteurs estiment qu'il faut différencier la gravité de l'inexécution de la gravité des conséquences de l'inexécution²⁰³⁶. Cependant, il est possible de ne pas différencier le seuil de gravité de

²⁰³² A. AYNÈS, « Accroissement du pouvoir de la volonté individuelle », *précit.* ; Le péril imminent peut faire référence à l'article 1613 du Code civil relatif à l'exception d'inexécution (de délivrance) du vendeur si ce dernier encourt un « danger imminent de perdre le prix » si l'acheteur est en « faillite » ou encore à l'article 1653 du même Code, par lequel l'acheteur peut refuser de payer le prix s'il est « troublé par une action, soit hypothécaire, soit en revendication ».

²⁰³³ *Ibid.*

²⁰³⁴ *Ibid.*

²⁰³⁵ S. GUÉRIN et N. GENTY, « L'exception d'inexécution et les différentes formes de résolution du contrat », *précit.*

²⁰³⁶ J.-D. BRETZNER, « Les conditions de l'exception d'inexécution par anticipation », *précit.* ; S. GUÉRIN et N. GENTY, « L'exception d'inexécution et les différentes formes de résolution du contrat », *précit.*

l'inexécution et celui des conséquences de l'inexécution. En ce sens, Monsieur Deshayes se demande « pourquoi y aurait-il lieu de se borner à apprécier la gravité du manquement dans un cas et celle des conséquences du manquement dans l'autre ? La différence entre les hypothèses visées dans l'article 1219 et dans l'article 1220 ne justifie aucune différence de régime sur ce point »²⁰³⁷. De plus, pour apprécier si le recours à l'exception d'inexécution est justifié, la jurisprudence tient compte de la gravité du manquement mais aussi « de ses conséquences sur le contrat ou le cocontractant »²⁰³⁸. En effet, comme l'explique Monsieur Genicon, pour comprendre si le manquement est suffisamment grave, il faut tenir compte de toutes les circonstances de la relation contractuelle pour savoir si la sanction exercée s'apparente à « une mesure adéquate en réaction au manquement »²⁰³⁹. Il faut être pragmatique²⁰⁴⁰. C'est pourquoi, à la différence de la responsabilité contractuelle, les conséquences à prendre en compte sont toutes celles qui participent à la relation entre les contractants, et non pas seulement « celles qui étaient prévisibles et dont co-contractant pouvait avoir connaissance au jour de la conclusion du contrat »²⁰⁴¹. De plus, pour ne pas limiter la gravité de l'inexécution à son seul caractère « manifeste », le créancier doit pouvoir « apporter la preuve des conséquences dommageables : soit de l'inexécution à venir du débiteur, tel le coût d'une éventuelle solution de remplacement, ou encore de l'impossibilité d'exécution du contrat lié ; soit de sa propre exécution à l'échéance, notamment en mettant en avant le risque de ne jamais pouvoir obtenir le remboursement des sommes versées par lui »²⁰⁴². Il faut donc prendre en compte toutes les conséquences de l'inexécution pour comprendre si celles-ci sont suffisamment graves afin de justifier le recours à l'exception d'inexécution anticipée. À ce titre, il convient de souligner que les circonstances dans lesquelles l'inexécution risque d'avoir lieu seront différentes en fonction du type de contrat. Une nouvelle fois, la *summa divisio*, basée sur la distinction entre les contrats d'adhésion et de gré à gré, a un rôle à jouer dans la mesure où les parties sont nécessairement placées dans des positions différentes lors de la conclusion d'un contrat d'adhésion.

²⁰³⁷ O. DESHAYES, « Exception d'inexécution », *précit.* n°111.

²⁰³⁸ *Ibid.* n°111. V. ég. du même auteur, « L'exception d'inexécution doit-elle être proportionnée », obs. sous Cass. Civ. 1^{ère}, 12 mai 2016, n°15-20.834, *RDC/4* 2016, p. 654.

²⁰³⁹ T. GENICON, « L'exception d'inexécution, articles 1219 et 1220 », in J. CARTWRIGHT, B. FAUVARQUE-COSSON et S. WITTHAKER (dir.), *La réécriture du code civil : le droit français des contrats après la réforme de 2016*, Société de législation comparée, 2018, p. 309.

²⁰⁴⁰ T. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, *op. cit.* spéc. p. 309 s., n°s426 s., n°394 et n°426.

²⁰⁴¹ S. GUÉRIN et N. GENTY, « L'exception d'inexécution et les différentes formes de résolution du contrat », *précit.*

²⁰⁴² F. CHÉNEDÉ, *Droit des obligations et des contrats*, *op. cit.*, spéc. p. 163, n°128.62. Dans le même sens, F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE et F. CHÉNEDÉ, *Droit civil, les obligations*, *op. cit.* spéc. p. 863, n°771.

427. Rapprochement de la gravité de l'inexécution de l'exception d'inexécution anticipée avec celle de la résolution unilatérale anticipée – Les sanctions unilatérales anticipées doivent faire partie du droit commun des contrats, à l'image de la résolution unilatérale anticipée qui doit pouvoir intégrer les sanctions de l'inexécution²⁰⁴³. Ces sanctions anticipées doivent être encadrées, notamment en prenant en compte la *summa divisio* entre les contrats d'adhésion et de gré à gré afin de protéger la partie faible. C'est pourquoi, à notre sens, l'exception pour risque d'inexécution doit être interdite dans les contrats d'adhésion²⁰⁴⁴, comme la résolution unilatérale anticipée. À certains égards, ces sanctions anticipées peuvent se rapprocher²⁰⁴⁵. Par conséquent, pour insérer efficacement la résolution unilatérale anticipée au panel des sanctions unilatérales dans les contrats de gré à gré, il faut préciser ses conditions de mise en œuvre, qui sur certains points se rapprochent de celles de l'exception d'inexécution préventive. Il est donc nécessaire d'en dire quelques mots ici. La résolution anticipée est une forme de la résolution unilatérale. Sa version anticipée nécessite donc, il nous semble, une inexécution suffisamment grave au même titre que la résolution unilatérale classique. Mais comme elle est une version anticipée, il faut que l'inexécution à l'échéance soit manifeste et que ses conséquences soient suffisamment graves, pour justifier le recours à cette sanction. Il peut alors s'agir du manquement à une obligation essentielle du contrat ou encore d'une inexécution due au comportement grave du débiteur²⁰⁴⁶. Par conséquent, même si le seuil de gravité de l'inexécution doit être le même que celui exigé pour la résolution unilatérale, l'appréciation de la gravité des conséquences du manquement doit se réaliser de la même manière que pour l'exception unilatérale anticipée. Finalement, pour ces deux sanctions anticipées, « on peut plaider pour une inexécution « substantielle », afin d'apprécier la gravité du manquement : celle-ci ne repose pas sur l'objet de l'inexécution en lui-même mais sur l'importance des conséquences du manquement »²⁰⁴⁷.

²⁰⁴³ V. *supra* n°281. Dans le même sens, Y.-M. LAITHIER, « Les règles relatives à l'inexécution des obligations contractuelles », *précit.* ; Projet de la Chancellerie : art. 169 ; Principes du droit européen des contrats : art. 9 :304 ; Principes Unidroit : art. 7.3.3 ; CVIM : art. 72 ; Avant-projet Terré : art. 111 ; *Contra*, P. GROSSER, « Observations sur l'inexécution du contrat » *précit.*, spéc. p. 78 ; M. MEKKI, « Les remèdes à l'inexécution du contrat dans le projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats et des obligations », *précit.* spéc. n°18.

²⁰⁴⁴ V. *supra* n°282. Dans le même sens, S. GUÉRIN et N. GENTY, « L'exception d'inexécution et les différentes formes de résolution du contrat », *précit.*

²⁰⁴⁵ Ph. STOFFEL-MUNCK, « Exécution et inexécution du contrat », *précit.* : « En effet, si l'on admet que le contrat puisse être unilatéralement « détruit » pour risque d'inexécution, il serait logique d'admettre qu'une obligation puisse, *a fortiori*, être unilatéralement "suspendue" pour ce motif ».

²⁰⁴⁶ *Ibid.*

²⁰⁴⁷ L. MOLINA, *La prérogative contractuelle*, *op. cit.* spéc. p. 562, n°484, note de bas de page n°2358 ; G. LARDEUX, « Droit positif et prospectif de l'unilatéralisme dans le contrat » *précit.*

428. Conclusion du §1 – À l'étude, la gravité de l'inexécution a une incidence sur l'exercice des sanctions unilatérales. Elle se présente alors comme un caractère commun à la condition d'inexécution, obligatoire, à l'exercice régulier de la résolution unilatérale, classique et anticipée, et de l'exception d'inexécution, classique et anticipée, même si l'appréciation de ce caractère diffère en fonction du type de sanction, du type de contrat et de la qualification de la nature de la sanction unilatérale. Même si des indices et des éclairages relatifs à ce caractère peuvent être apportés sur ce point, l'appréciation de la gravité de l'inexécution doit demeurer souveraine pour les juges. Afin de préciser ces éléments, les conséquences de la qualification, le type de sanction et lorsque cela est nécessaire, le type de contrat apparaissent utiles.

Si la gravité de l'inexécution est nécessaire à l'exercice de la résolution unilatérale et de l'exception d'inexécution, la réduction du prix et la faculté de remplacement du débiteur défaillant exigent une exécution imparfaite (§2).

§2 : Les précisions relatives à l'imperfection et à l'absence d'exécution

429. La réduction du prix et l'exécution forcée indirecte n'exigent pas que l'inexécution soit suffisamment grave pour être mises en œuvre. Au contraire, leur exercice semble plus simple : l'exécution doit être imparfaite. Il convient donc de revenir sur le caractère de l'inexécution nécessaire à la mise en œuvre de ces sanctions : l'imperfection de l'inexécution. Pour l'exécution forcée indirecte, la simple inexécution suffit (B) alors que pour la réduction du prix, l'exécution doit être imparfaite (A), en prenant en compte le type de sanction, les conséquences de la qualification et lorsque cela est nécessaire, l'impératif de protection de la partie faible.

A. Précisions relatives à l'exécution imparfaite dans l'exercice de la réduction du prix

430. La différence entre la gravité de l'inexécution et l'exécution imparfaite – Pour mettre en œuvre la réduction unilatérale du prix de l'article 1223 du Code civil, il faut une « exécution imparfaite ». La gravité de l'inexécution n'a pas à être appréciée. Par conséquent, cela signifie que « la réduction du prix permet au créancier de recourir à une sanction contractuelle alors même que la résolution ne serait pas envisageable »²⁰⁴⁸. Mais si la résolution est possible, par exemple, si l'exécution est imparfaite et suffisamment grave, la réduction du

²⁰⁴⁸ G. CHANTEPIE, « Contrats – effets – sanctions de l'inexécution », *précit.*, spéc. n°220.

prix peut-elle être mise en œuvre ? Autrement dit, le caractère de gravité est-il plus important que le caractère de l'imperfection de l'inexécution ? Les textes sont silencieux sur ce point. Comme l'explique Monsieur Chantepie, « il paraît envisageable que le créancier victime d'une inexécution « suffisamment grave », nécessairement « imparfaite », choisisse la réduction du prix, dès lors que l'exécution conserve pour lui un intérêt »²⁰⁴⁹. Pour appuyer cette option, il faut garder à l'esprit que la réduction du prix de droit commun est inspirée du droit spécial qui laisse le choix, au créancier, d'agir en résolution ou en réduction du prix²⁰⁵⁰. De plus, si l'inexécution est considérée comme suffisamment grave au titre de l'article 1224 du Code civil, l'exécution sera nécessairement considérée comme « imparfaite », au sens de l'article 1223 du même Code. Dans le silence des textes, il n'y a donc pas d'obstacle à ce que la réduction du prix soit applicable, si les conditions nécessaires à l'exercice de cette sanction sont remplies. En l'espèce, en cas d'inexécution « suffisamment grave », la condition d'une « exécution imparfaite » le sera nécessairement.

C'est pourquoi, avant toute chose, il faut déterminer ce que recouvre la notion d'« exécution imparfaite » afin de pouvoir exercer la réduction unilatérale du prix prévue par l'article 1223 du Code civil. *A priori*, cela ne recouvre que « les défauts que l'on peut appeler « intrinsèques » à la prestation principale, ceux qui altèrent directement l'objet, la consistance de celle-ci »²⁰⁵¹. Mais « si une « imperfection » peut également se concevoir sous forme d'un trouble portant sur d'autres obligations et devoirs du débiteurs »²⁰⁵², dans ce cas, l'article 1223 peut-il trouver à s'appliquer ? La réduction du prix est-elle cantonnée à une exécution imparfaite d'une obligation essentielle du contrat (1) ou son exercice peut-il être étendu à une exécution imparfaite d'une obligation accessoire de ce même contrat (2) ?

²⁰⁴⁹ G. CHANTEPIE, « Contrats – effets – sanctions de l'inexécution », *précit. spéc.* n°222.

²⁰⁵⁰ À ce titre, un rapprochement peut être fait avec la sanction de la réfaction du contrat : P. JOURDAIN, « À la recherche de la réfaction du contrat, sanction méconnue de l'inexécution », in *Mélanges en l'honneur de Philippe Le Tourneau*, Dalloz, 2008, p. 449 : « Se situant entre résolution et exécution forcée, la réfaction se présente comme une troisième branche de cette alternative des sanctions de l'inexécution. Elle consiste en effet en une diminution de la prestation d'une partie en raison de l'insuffisance de la prestation de l'autre ». En matière de vente, l'action en garantie des vices cachés permet à l'acheteur de choisir librement la sanction adéquate, dont la réduction du prix fait partie : C. civ. art. 1644 ; dans le même sens, la réduction est possible pour le mandat en cas de faute du mandataire : Cass., Civ. 1^{re}, 14 janvier 2016, n°14-26.474 à propos de la rémunération d'un mandataire ; *RTD Civ.* 2016, 491, obs. P.-Y. GAUTIER ; *ibid*, 351, obs. H. BARBIER ; *CCC* 2016, n°89, note L. LEVENEUR.

²⁰⁵¹ F. LIMBACH, « Exécution imparfaite de la prestation et réduction du prix », *RTD Civ.* 2022, p. 539.

²⁰⁵² *Ibid.*

1) L'exécution imparfaite de l'obligation essentielle du contrat sous le prisme de la distinction entre obligations de moyens et de résultat

431. Afin de déterminer ce que représente une obligation imparfaite nécessaire à l'exercice de l'article 1223 du Code civil, Monsieur Limbach propose d'utiliser la distinction entre les obligations de moyens et de résultats²⁰⁵³. Cette analyse nous apparaît très convaincante en ce qu'elle permet de déterminer le champ d'application de l'article 1223 du Code civil.

432. L'exécution imparfaite d'une obligation de résultat : les défauts de qualité et de quantité de la contrepartie attendue – En analysant le droit spécial dont est originaire la réduction du prix, il faut constater que le caractère imparfait de l'exécution ouvrant droit à la réduction du prix recouvre des cas variés, tel que le défaut de conformité ou le défaut de contenance²⁰⁵⁴. Dans ce cas, il n'est pas difficile d'évaluer l'imperfection pour mettre en œuvre l'article 1223 par analogie. Comme l'explique Monsieur Limbach, en droit commun, lorsqu'un contrat prévoit une contrepartie qui s'apparente à une obligation de paiement de somme d'argent, cela signifie généralement que le contrat présente une obligation de résultat²⁰⁵⁵. Par conséquent, selon lui, « si le résultat fourni reste en deçà du résultat dû, le créancier sera en droit de faire jouer une réduction en vertu du nouvel article 1223 du Code civil »²⁰⁵⁶. Dans ce cas, l'imperfection de l'exécution peut s'apparenter à un défaut de quantité mais aussi de qualité²⁰⁵⁷. La réduction du prix peut alors être exercée à partir du moment où l'obligation contrepartie, qui est une obligation de résultat, est imparfaite, cette dernière résultant généralement d'un critère objectif : la qualité ou la quantité demandées ne sont pas au rendez-vous. À titre d'exemple, l'acheteur qui reçoit dix cartons de vin, soit la moitié de sa commande initiale de vingt cartons, est victime d'une exécution imparfaite. Ce même acheteur qui reçoit

²⁰⁵³F. LIMBACH, « Exécution imparfaite de la prestation et réduction du prix », *précit.* : « En effet, les dispositifs traditionnels permettant la réduction du prix s'appuient tous sur l'obligation de livrer une chose exempte de vice, donc sur une obligation qu'il convient de qualifier de résultat. Est-ce que le principe et les méthodes de la réduction peuvent être les mêmes lorsqu'on se retrouve en présence de l'exécution imparfaite d'une obligation de moyens ? ».

²⁰⁵⁴Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n°2016-131 du 10 fév. 2016 *précit.* v. « Sous-section 3 : la réduction du prix » : « Si le Code civil ne prévoit pas de façon générale la possibilité pour le créancier d'accepter une exécution non conforme, en contrepartie de la réduction proportionnelle du prix, cette faculté existe en droit spécial, par exemple en matière de garantie des vices cachés par l'action estimatoire de l'article 1644, ou en matière de vente immobilière en cas de contenance erronée ou de mesure erronée de plus d'un vingtième (articles 1617 et 1619).

²⁰⁵⁵F. LIMBACH, « Exécution imparfaite de la prestation et réduction du prix », *précit.*

²⁰⁵⁶*Ibid.*

²⁰⁵⁷F. CHÉNEDÉ, *Droit des obligations et des contrats, op. cit.* spéc. p. 169 et s., n°128.141 ; G. CHANTEPIE, « Contrats – effets – sanctions de l'inexécution », *précit.* n°221.

du vin 1^{er} cru alors qu'il avait commandé des bouteilles millésimées est aussi victime d'une exécution imparfaite. L'article 1223 peut alors trouver à s'appliquer. Cependant, il en va différemment lorsque la contrepartie attendue porte sur une obligation de moyens.

433. L'exécution imparfaite d'une obligation de moyens : la qualité inférieure du moyen employé – Monsieur Limbach explique que la distinction entre les obligations de moyens et de résultat est pertinente « dans la détermination de l'objet exact de la prestation stipulée »²⁰⁵⁸. À ce titre, certains contrats ne portent pas sur un résultat déterminé comme, par exemple, livrer une certaine quantité pour un prix convenu. Parfois, ils portent sur un service, une activité, dont le résultat n'est pas certain. À titre d'illustration, l'avocat s'engage à défendre son client, il promet de tout mettre en œuvre pour y parvenir mais cela ne signifie pas qu'il y parviendra. Le médecin s'engage à soigner son patient mais le résultat de la guérison est incertain. « Dans cette dernière hypothèse, les actes à accomplir (tels des soins apportés à un patient) auront certes, en principe, une finalité à laquelle aspire le créancier (telle sa guérison), mais atteindre cette finalité ne fera pas partie de ce à quoi le débiteur se sera engagé »²⁰⁵⁹. Dans cette situation l'obligation essentielle est alors considérée comme une obligation de moyens. Ainsi, « puisque le débiteur ne s'engage qu'à mettre en œuvre des efforts et non à obtenir un but recherché, il est évident qu'une réduction du prix ne pourra être demandée lorsque le but finalement atteint reste en deçà des espérances du créancier : le patient ne peut réduire les honoraires de son médecin du simple fait de garder des séquelles de sa maladie »²⁰⁶⁰. Il en va de même pour le client de l'avocat qui n'a pas obtenu le résultat escompté du procès. Cependant, si les efforts engagés par le débiteur d'une obligation de moyens ne sont pas à la hauteur, à l'image de l'avocat qui laisse passer les délais d'action, qui ne rend pas des conclusions détaillées, *etc.*, ou du médecin, qui néglige les soins de son patient (absence de vérifications des antécédents familiaux, absence de prise en compte des allergies, *etc.*), l'exécution de l'obligation devient imparfaite. L'article 1223 peut alors trouver à s'appliquer également parce que dans cette situation, « les moyens mis en œuvre par le débiteur sont de qualité inférieure à celle que le créancier était en droit d'exiger »²⁰⁶¹. Dans ce cas, la preuve de l'imperfection sera plus difficile

²⁰⁵⁸ F. LIMBACH, « Exécution imparfaite de la prestation et réduction du prix » *précit.* ; P. JOURDAIN, « Quel avenir pour la distinction des obligations de résultat et de moyens ? », *JCP G* 2016, n°1, p. 909 : « En tout cas, quelle que soit la volonté des rédacteurs des textes, il est fort à parier que les juges continueront à se référer, avec ou sans le support de la loi, à une distinction si fortement ancrée dans notre tradition juridique ».

²⁰⁵⁹ F. LIMBACH, « Exécution imparfaite de la prestation et réduction du prix », *précit.*

²⁰⁶⁰ *Ibid.*

²⁰⁶¹ *Ibid.*

à rapporter que pour l'imperfection de l'exécution d'une obligation de résultat mais elle sera tout de même envisageable.

434. L'exécution imparfaite et le retard d'exécution et les différentes formes d'exécution de l'obligation essentielle – L'exercice de l'article 1223 du Code civil se complique lorsqu'il s'agit d'étudier les circonstances de l'exécution. En d'autres termes, *quid* d'un retard dans l'exécution ? Le créancier reçoit la prestation, de qualité et de quantité satisfaisantes, mais avec du retard²⁰⁶². L'article 1223 est silencieux sur ce point, tout comme le Rapport au Président de la République. À titre de comparaison, l'article 50 de la CVIM exclut expressément l'hypothèse de réduction du prix en cas de retard dans l'exécution²⁰⁶³. À l'inverse, en droit français, le retard d'exécution rend l'exécution prévue imparfaite et *a priori*, dans le silence des textes, il faut probablement admettre que la réduction du prix peut être envisagée dans ce cas²⁰⁶⁴. Autrement dit, « on peut estimer ainsi qu'une exécution tardive n'a pour le créancier qu'une valeur inférieure à celle qui respecte l'échéance promise »²⁰⁶⁵. En ce sens, il convient de garder à l'esprit que l'article 1223 du Code civil reprend l'article 107 de l'avant-projet Terré²⁰⁶⁶, sur les traces des Principes du droit européen des contrats²⁰⁶⁷. À ce titre, si le retard dans l'exécution peut donner lieu à l'exercice de la réduction du prix pour inexécution imparfaite des obligations, la réduction du prix peut-elle s'appliquer aux « modalités d'exécution de la prestation principales »²⁰⁶⁸ ? Il peut, par exemple, s'agir d'une livraison prévue à un endroit précis : au domicile de l'acheteur ou sur son lieu de travail. Cela peut concerner les modalités de livraison et donc plus généralement tout ce qui est prévu au contrat pour accomplir la prestation promise.

²⁰⁶² G. CHANTEPIE, « Réduction du prix et résolution par notification » in M. LATINA (dir.), *La réforme du droit des contrats en pratique*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2017, p. 83 s.

²⁰⁶³ CVIM, art. 50 : « En cas de défaut de conformité des marchandises au contrat, que le prix ait été payé ou non déjà payé, l'acheteur peut réduire le prix [...] Cependant, si le vendeur répare tout manquement à ses obligations conformément à l'article 37 ou à l'article 48 [...], l'acheteur ne peut réduire le prix ». En l'espèce, la Convention prévoit que le retard de l'exécution n'autorise pas la réduction du prix. Si le retard dans l'exécution est trop important, la sanction du retard est l'attribution de dommages et intérêts (CVIM, arts. 37 et 48).

²⁰⁶⁴ G. CHANTEPIE, « Contrats – effets – sanctions de l'inexécution », *précit.*, n°221 : La réduction du prix n'est pas écartée par l'article 1223 en cas de retard dans l'exécution. Par-là, « il semble cohérent de laisser au créancier le soin d'ajuster la sanction à la mesure de l'inexécution constatée. Plutôt que de mettre fin au contrat, le créancier pourrait alors choisir de réduire sa propre prestation, le prix, favorisant le maintien du lien contractuel ». Dans le même sens, F. CHÉNEDÉ, *Droit des obligations et des contrats*, *op. cit.* spéc. p. 170, n°128.141 ; E. GARAUD, « À prestation imparfaitement exécuté, prix proportionnellement réduit », *RLDC* 2019, n°174, p. 12.

²⁰⁶⁵ F. LIMBACH, « Exécution imparfaite de la prestation et réduction du prix », *précit.*

²⁰⁶⁶ H. BOUCARD, « Responsabilité contractuelle », *Rép. civ. Dalloz*, juillet 2018, n°557 ; P. REMY-CORLAY, « La réduction du prix », in F. TERRZI (dir.), *Pour une réforme du droit des contrats*, *op. cit.* p. 267.

²⁰⁶⁷ G. ROUHETTE, I. DE LAMBERTERIE, D. TALLON et C. WITZ, *Principes du droit européen du contrat*, *op. cit.*, v. art. 9 : 401. « La partie qui accepte une offre d'exécution non conforme au contrat peut réduire le prix [...] ». Le commentaire de cet article ajoute que l'exécution « non conforme » peut correspondre à une exécution dont les délais de livraison n'ont pas été respectés.

²⁰⁶⁸ Expression empruntée à F. LIMBACH, « Exécution imparfaite de la prestation et réduction du prix », *précit.*

L'exécution imparfaite peut-elle relever du manquement aux modalités prévues pour l'accomplissement de l'obligation essentielle du contrat ? Un auteur préconise la prudence²⁰⁶⁹. En effet, si la prestation est exécutée mais dans de mauvaises conditions, parfois, il arrive que l'intérêt de la prestation pour le créancier puisse être amoindri²⁰⁷⁰. Ensuite, il faut admettre que « dans des espèces particulières, il paraît difficile, voire arbitraire d'opérer une distinction nette entre consistance de la prestation principale en tant que telle et simple modalité de son inexécution : le chirurgien qui commet une erreur sur la table d'opération fournit-il une prestation principale de qualité insuffisante ou manque-t-il à son devoir accessoire de sécurité des modalités d'exécution de la prestation principale ? »²⁰⁷¹. La casuistique dans l'appréciation du caractère imparfait de l'exécution de l'obligation essentielle du contrat est très importante. Il est nécessaire que les juges fassent une évaluation *in concreto* de l'imparfaite exécution de l'obligation essentielle du contrat, en prenant en compte l'exécution de la prestation principale mais aussi des formalités et des modalités qui l'accompagnent. Une fois de plus, il faut assumer d'être pragmatique pour décider si le recours à la réduction unilatérale du prix est envisageable.

435. Bilan 1) – Il apparaît pertinent d'avoir recours à la distinction entre les obligations de moyens et de résultats pour déterminer l'imperfection d'une obligation essentielle du contrat. L'imperfection de la contrepartie convenue autorise l'exercice l'article 1223 du Code civil que cette contrepartie découle d'une obligation de moyens ou de résultat. La différence entre les types obligations révèle que la preuve de l'imperfection sera plus difficile à rapporter lorsque le débiteur exécute mal une obligation de moyens. Ensuite, l'article 1223 peut aussi s'appliquer en plus du non-respect à l'obligation essentielle du contrat, en cas de non-respect des formalités d'exécution prévues par les parties au contrat relatives à cette obligation essentielle. Si l'article 1223 peut s'appliquer pour une exécution imparfaite d'une obligation essentielle, qu'elle soit de moyens ou de résultat, il faut s'interroger sur le cas des obligations accessoires du contrat (2).

²⁰⁶⁹ F. LIMBACH, « Exécution imparfaite de la prestation et réduction du prix », *précit.* : « Face à cette diversité, la tentation est grande de faire valoir la prudence et de limiter l'application de l'article 1223 à l'imperfection de la consistance à et l'exécution tardive ».

²⁰⁷⁰ *Ibid.*

²⁰⁷¹ *Ibid.*

2) L'exécution imparfaite d'une obligation accessoire du contrat sous le prisme de la qualification juridique

436. L'exécution imparfaite et la violation du devoir de bonne foi – L'exécution de bonne foi du contrat ne se « rapporte ni à la consistance ni aux modalités d'exécution »²⁰⁷² de l'obligation essentielle du contrat. Dans ce cas l'article 1223 du Code civil peut-il s'appliquer en cas d'exécution imparfaite du devoir de bonne foi dans la réalisation des effets du contrat ? Lors de la création de l'article 1223 du Code civil, l'article nécessitait « une inexécution imparfaite du contrat »²⁰⁷³. Depuis la loi de ratification, l'article 1223 emploie l'expression « exécution imparfaite de la prestation »²⁰⁷⁴. Il faut donc comprendre que la disposition actuelle de la réduction du prix apporte une restriction. *A priori*, « cette précision et l'emploi de l'article défini [la prestation plutôt qu'une prestation] paraissent indiquer que seule l'exécution imparfaite de la prestation principale est visée »²⁰⁷⁵. Cette solution est parfaitement en accord avec la logique de l'article 1223 du Code civil qui est a pour but d'offrir au créancier « la faculté de rééquilibrer la contrepartie qu'il doit en fonction de la prestation principale du débiteur qui s'avère insuffisante »²⁰⁷⁶. Par conséquent, si le débiteur a un comportement déloyal mais que ce dernier n'atteint pas l'exécution de l'obligation principale, ce comportement n'affecte en rien la contrepartie attendue par le créancier et l'article 1223 n'a pas à être actionné. Il est nécessaire qu'il existe un lien entre le comportement déloyal du débiteur et l'exécution imparfaite de la prestation essentielle du contrat. À ce titre, rappelons que la réduction du prix est une prérogative contractuelle. En ce sens, le comportement du débiteur ne doit pas être déloyal²⁰⁷⁷. Autrement dit, « sachant que c'est l'intérêt du créancier dans l'exécution de la prestation principale qui est en jeu [dans l'exercice de la réduction du prix], le juge devra rechercher si et en quoi le manquement du débiteur est de nature à affecter cet intérêt »²⁰⁷⁸.

437. Bilan A – L'exécution imparfaite est cantonnée à l'exécution imparfaite de la prestation pour l'exercice régulier de l'article 1223 du Code civil. Par conséquent, si le débiteur a un comportement qui porte atteinte à l'exécution de l'obligation essentielle du contrat, la réduction du prix peut être accordée. Ce n'est pas le cas lorsque cet exercice déloyal n'a aucune incidence

²⁰⁷² F. LIMBACH, « Exécution imparfaite de la prestation et réduction du prix », *précit.*

²⁰⁷³ C. civ. art. 1223 (version en vigueur du 01 octobre 2016 au 01 octobre 2018).

²⁰⁷⁴ C. civ. art. 1223 (version en vigueur depuis le 01 octobre 2018).

²⁰⁷⁵ F. LIMBACH, « Exécution imparfaite de la prestation et réduction du prix », *précit.*

²⁰⁷⁶ *Ibid.*

²⁰⁷⁷ V. *supra* n°352 et s.

²⁰⁷⁸ F. LIMBACH, « Exécution imparfaite de la prestation et réduction du prix », *précit.*

sur les contreparties promises. Il a été possible de préciser le caractère de « l'imperfection » de l'exécution nécessaire à l'exercice de la sanction de réduction unilatérale du prix grâce à l'analyse de Monsieur Limbach qui propose de distinguer l'inexécution des obligations en fonction de leur qualification, de moyens ou de résultat.

Il est possible de rapprocher les développements relatifs à la précision du caractère imparfaite de l'inexécution lors de la mise en œuvre de la réduction unilatérale du prix à l'exercice de la faculté unilatérale de remplacement du débiteur défaillant (B).

B. Les précisions relatives à l'inexécution dans l'exercice de l'exécution forcée indirecte

438. L'exercice de l'exécution forcée indirecte nécessite simplement l'inexécution d'une obligation essentielle (1), qui peut se rapprocher de l'exécution imparfaite nécessaire à la mise en œuvre de la réduction unilatérale du prix (2).

1) L'ouverture du droit à l'exécution forcée : la simple inexécution d'une obligation essentielle

439. La condition essentielle de mise en œuvre de la faculté de remplacement du débiteur défaillant : l'inexécution d'une obligation essentielle – L'exécution forcée indirecte peut être mise en œuvre à partir du moment où une inexécution est constatée. Le créancier dispose d'un droit de créance et « la violation du droit subjectif du créancier appelle l'exécution forcée en nature, ; seule à même à mettre parfaitement fin à cette violation »²⁰⁷⁹. L'inexécution correspond donc au non-respect d'une des prestations promises du contrat. Toutefois, comme la faculté de remplacement du débiteur défaillant appartient à la catégorie des prérogatives contractuelles, l'inexécution peut être accentuée par le comportement déloyal du débiteur qui a causé la non-exécution d'une des obligations du contrat, qu'elle soit accessoire ou essentielle. En d'autres termes, dans l'exercice de l'exécution forcée, directe ou indirecte, « pour que l'obligation auxiliaire trouve à être sanctionnée, il convient de démontrer en quoi la bonne exécution de l'obligation principale a été perturbée »²⁰⁸⁰. Par ailleurs, l'étude du comportement

²⁰⁷⁹ M. POUMARÈDE, Ph. LE TOURNEAU, *Dalloz action Droit de la responsabilité et des contrats* », *op. cit.* v. « Chapitre 3212 – Exécution forcée en nature », spéc. n°3212.11

²⁰⁸⁰ *Ibid.* spéc. n°3212.31 qui citent en ce sens, Cass. Civ. 1^{ère}, 19 nov. 1996, n°94-20.207, P. I, n°404 ; *RTD Civ.* 1997, 156, obs. P.-Y. GAUTIER ; *ibid.* 437, obs. P. JOURDAIN ; *ibid.* 927, obs. J. MESTRE.

du débiteur peut constituer une aide précieuse afin de prouver que la bonne exécution du contrat a été mise en péril. Par conséquent, si l'inexécution d'une obligation accessoire, telle que l'obligation de bonne foi prévue à l'article 1104 du Code civil n'est pas respectée, et que cette dernière a une incidence directe sur la bonne exécution de ses prestations par le débiteur, le créancier peut alors, en vertu de son droit de créance, obtenir l'exécution forcée en nature. Pour ce faire, il peut user de la faculté unilatérale de remplacement du débiteur défaillant si les autres conditions de l'article 1222 du Code civil sont remplies²⁰⁸¹.

440. L'absence d'une inexécution suffisamment grave – Cependant, la faculté de remplacement du débiteur défaillant n'impose pas d'inexécution suffisamment grave pour être mise en œuvre. Elle n'a pas à être « suffisamment grave », à l'inverse de l'exception d'inexécution ou de la résolution unilatérale. Il n'est pas non plus nécessaire que cette inexécution crée un préjudice à l'égard du créancier²⁰⁸². L'intérêt du recours à l'exécution forcée indirecte pour le créancier est d'obtenir satisfaction²⁰⁸³, sans qu'il soit nécessaire de savoir si la nature de cette mesure s'apparente à l'exécution ou à la réparation²⁰⁸⁴.

²⁰⁸¹ C. civ. art. 1222 (version en vigueur depuis le 01 octobre 2016) : « Après mise en demeure, le créancier peut aussi, dans un délai et à un coût raisonnables, faire exécuter lui-même l'obligation ou, sur autorisation préalable du juge, détruire ce qui a été fait en violation de celle-ci. Il peut demander au débiteur le remboursement des sommes engagées à cette fin. Il peut aussi demander en justice que le débiteur avance les sommes nécessaires à cette exécution ou à cette destruction ».

²⁰⁸² Cass. Civ. 3^{ème}, 6 mai 1980, n°78-16.390 ; Cass. Civ. 3^{ème}, 18 nov. 1980, n°79-12.774, concernant un contrat de bail ; Cass. Civ. 3^{ème}, 22 mars 2000, n°98-13.345 ; D. 2001, 345, obs. J.-R. BOUYEURE et C. ATIAS, à propos d'un règlement de copropriété ; M. POUMARÈDE, Ph. LE TOURNEAU, *Dalloz action Droit de la responsabilité et des contrats*, op. cit. v. « Chapitre 3212 – Exécution forcée en nature », spéc. n°3212-24 : « Bien qu'il ne s'agisse pas de contraindre le débiteur à exécuter l'obligation originaire, il s'agit d'un mode d'exécution forcée en nature qui s'impose au juge, sans par ailleurs, que le créancier ait à prouver un quelconque préjudice ».

²⁰⁸³ M. POUMARÈDE, Ph. LE TOURNEAU, *Dalloz action Droit de la responsabilité et des contrats*, op. cit. v. « Chapitre 3212 – Exécution forcée en nature », spéc. n°3212.25.

²⁰⁸⁴ Le débat sur le point de savoir si l'exécution forcée en nature est une forme de réparation ou une véritable exécution est vif. V. M. POUMARÈDE, Ph. LE TOURNEAU, *Dalloz action Droit de la responsabilité et des contrats*, op. cit. v. « Chapitre 3212 – Exécution forcée en nature », spéc. n°3212.21 : « De lege lata, les juges assignent à l'exécution forcée en nature et à la réparation deux régimes en partie différents que le projet de réforme de la responsabilité entend toutefois rapprocher sans toutefois que l'on comprenne comment l'article 1261 du projet, censément applicable tant à la responsabilité contractuelle qu'à la responsabilité délictuelle, se combinera avec les dispositions relatives à l'exécution forcée en nature ». En ce sens, V. J.-J. URVOAS (dir.), *Projet de réforme de la responsabilité civile*, présenté le 17 mars 2017, suite à la consultation publique menée d'avril à juillet 2016, V. art. 1261 : « La réparation en nature ne peut être imposée à la victime. Elle ne peut non plus être ordonnée en cas d'impossibilité ou de disproportion manifeste entre son coût pour le responsable et son intérêt pour la victime. Sous les mêmes réserves, le juge peut également autoriser la victime à prendre elle-même les mesures de réparation en nature aux frais du responsable. Celui-ci peut être condamné à faire l'avance des sommes nécessaires » ; M. MEKKI, « Le projet de réforme du droit de la responsabilité civile du 13 mars 2017 : des retouches sans refonte », *Gaz. Pal.*, 2 mai 2017, n°17, p. 12 : il ne faut pas confondre réparation et exécution en nature ; G. DROUOT, « La réparation dans le projet de réforme », *RDC*/1 2022, p. 146.

441. Bilan 1) – La simple inexécution d’une obligation essentielle du contrat suffit à donner lieu à l’exécution forcée en nature indirecte. L’inexécution d’une obligation accessoire doit avoir une incidence sur la bonne exécution de l’obligation principale. Par conséquent, il est possible que le comportement déloyal du débiteur soit à l’origine du recours à la faculté de remplacement du débiteur défaillant, si le comportement de ce dernier empêche la bonne exécution des prestations du contrat. En ce sens, il est possible de faire un rapprochement le caractère imparfait de l’exécution ouvrant droit à l’exercice de la réduction du prix et la condition d’inexécution nécessaire au recours à l’exécution forcée indirecte (2).

2) Le caractère commun de l’inexécution dans l’exercice de la réduction du prix et de l’exécution forcée indirecte

442. La nécessité commune d’une exécution imparfaite entre l’exécution forcée indirecte et la réduction unilatérale du prix – À partir du moment où une inexécution est constatée, l’exécution forcée indirecte peut donc être mise en œuvre²⁰⁸⁵. Les articles relatifs à l’exécution forcée en nature et à son versant unilatéral ne prévoient aucune information supplémentaire. L’inexécution de l’obligation peut donc être totale ou partielle. Dès lors qu’une inexécution est constatée, cela signifie que celle-ci n’est pas parfaite. Or, imparfait signifie « ce qui n’est pas achevé, pas complet »²⁰⁸⁶. Par conséquent, dans l’exercice de l’exécution forcée en directe, l’exécution doit nécessairement être imparfaite pour donner lieu à cette sanction. En ce sens, il est possible de faire un rapprochement entre le caractère imparfait de la réduction du prix et la simple inexécution ouvrant droit à l’exécution forcée indirecte. Dans ces conditions, il convient d’appliquer le même raisonnement que pour la réduction du prix. L’exécution imparfaite est cantonnée à l’exécution imparfaite de la prestation pour l’exercice régulier de l’exécution forcée en nature. Par conséquent, si le débiteur a un comportement qui porte atteinte à l’exécution de l’obligation essentielle du contrat, l’exécution forcée en nature peut être accordée. Ainsi, le caractère imparfait de l’inexécution est une condition commune et obligatoire à l’exercice de ces deux sanctions unilatérales.

443. Conclusion du §2 – Pour mettre en œuvre la réduction du prix, le créancier doit subir une exécution imparfaite des obligations de son débiteur. Il en va de même pour l’exécution forcée indirecte où une inexécution d’une obligation essentielle du débiteur doit être constatée

²⁰⁸⁵ F. CHÉNEDÉ, *Droit des obligations et des contrats*, op. cit. spéc. p. 168, n°128.122.

²⁰⁸⁶ TLFi, v° Imparfait.

par le créancier. Ainsi, cette dernière est nécessairement imparfaite. Le caractère « imparfait » de l'exécution est une condition commune à l'exercice de ces deux sanctions. Pour préciser ce dernier, il semble intéressant de se baser sur la distinction de la nature de l'obligation essentielle non exécutée. Si celle-ci est une obligation de moyens, il semble que la preuve de l'imperfection de l'inexécution soit plus difficile à rapporter quand dans le cas d'une obligation de résultat. La prise en compte du contexte contractuel est alors d'une importance déterminante. La qualification du contrat peut alors également avoir son importance lorsqu'il s'agit de déterminer l'imperfection de l'inexécution. Par ailleurs, la qualification de prérogative contractuelle permet également de préciser cet élément dans la mesure où la réduction du prix et la faculté de remplacement unilatérale du débiteur défaillant dans le cadre de l'exécution forcée, appartiennent à cette catégorie juridique. Ainsi, pour que ces sanctions soient exercées sans difficultés, des éléments d'éclairages peuvent être apportés, à l'aune de l'impératif de protection de la partie faible, de la qualification mais aussi de la spécificité du caractère de l'inexécution, mais il faut être conscient que l'appréciation de l'opportunité du recours à ces sanctions est laissée à l'appréciation souveraine des juges du fond, de la même manière que le caractère de gravité de l'inexécution pour l'exercice de la résolution unilatérale ou de l'exception d'inexécution qui est apprécié *in concreto*.

444. Conclusion de la section 1 – Cette section avait pour objet la précision des caractères de l'inexécution à l'aune de la protection de la partie faible et des spécificités propre à chaque sanction unilatérale. Si cette l'inexécution st une condition commune à l'exercice régulier des sanctions unilatérales le caractère nécessaire à la mise en œuvre de celles-ci diffère en fonction du type de sanction. La résolution unilatérale et l'exception d'inexécution, classiques ou anticipées, nécessitent une inexécution suffisamment grave. La réduction du prix et l'exécution forcée indirecte peuvent être exercées lorsqu'une exécution « imparfaite » du débiteur est présente.

Le caractère de gravité de l'inexécution dans l'exercice de la résolution unilatérale semble pouvoir être éclairé par la qualification de cette sanction en prérogative contractuelle. Celui de l'exception d'inexécution et de son versant anticipé pourraient être précisés par la nécessité de prendre en compte la protection de la partie faible dans les contrats d'adhésion lors de l'exercice des sanctions unilatérales. Dans l'hypothèse de l'intégration d'une version anticipée de la résolution unilatérale, il serait nécessaire que les conséquences de l'inexécution à venir soient suffisamment graves pour le créancier. Ce caractère de gravité pourrait faire l'objet de précisions grâce à la prise en considération de la distinction entre les contrats

d'adhésion et de gré à gré. Enfin, en ce qui concerne la réduction du prix et l'exécution forcée indirecte, le caractère de l'imperfection de l'inexécution pourrait être approfondi par la prise en compte de la distinction entre les obligations de moyens et de résultat ainsi que par la qualification de ces deux mesures en prérogatives contractuelles.

Toutefois, si ces caractères respectifs semblent pouvoir être détaillés suivant les cas, par la prise en compte du type de sanction, de la qualification juridique et de l'impératif de protection de la partie faible, ils disposent toujours d'une part de flou. À ce titre, ils pourraient être développés grâce à l'appréciation souveraine des juges, par le biais d'une appréciation *in concreto* des situations contractuelles.

Afin d'être le plus complet possible, il est nécessaire d'étudier un dernier point relatif à l'exercice des sanctions unilatérales : la proportionnalité des sanctions (section 2).

Section 2 : La précision de la proportionnalité dans le régime des sanctions unilatérales

445. « Pour certains, le principe de proportionnalité serait un principe d'équilibre objectif dans le contrat. Pour d'autres, il serait un principe de juste mesure, un principe d'adéquation des moyens employés au but poursuivi »²⁰⁸⁷. Le principe de proportionnalité regroupe différentes significations. Il est « une exigence un peu vague d'équilibre raisonnable de deux données contraires »²⁰⁸⁸. Pour comprendre quel est le type de contrôle de proportionnalité le plus adapté aux sanctions unilatérales, il faut étudier les différents types de proportionnalité et écarter ceux qui ne sont pas pertinents en l'espèce.

446. La proportionnalité mathématique – D'abord, comme le rappelle un auteur, « toute utilisation de la notion de proportion n'est pas une application du principe de proportionnalité »²⁰⁸⁹. La proportionnalité est parfois conçue comme un calcul mathématique²⁰⁹⁰. Elle sert à maintenir une égalité entre les parties. Pour comprendre ce type

²⁰⁸⁷ M. BÉHAR-TOUCHAIS, « Conclusion » *in* le colloque « Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé des contrats ? », *précit.*, p. 68 s.

²⁰⁸⁸ J. CARBONNIER, *Droit civil, Introduction*, PUF, coll. Thémis droit privé, 27^{ème} éd. refondue, 2002, n°53 ; N. MOLFESSIS, « Le principe de proportionnalité et l'exécution du contrat », *in* le colloque « Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé des contrats ? », *précit.*, p. 21 s. : « Le principe de proportionnalité désigne une "règle générale d'équilibre" ».

²⁰⁸⁹ M. BÉHAR-TOUCHAIS, « Rapport introductif » *in* le colloque « Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé des contrats ? », *précit.*, p. 3 s.

²⁰⁹⁰ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.* v° Proportionnalité : « rapport mathématique constant ».

de proportionnalité, il faut revenir à Aristote²⁰⁹¹. Il s'agit d'une proportionnalité subjective. Autrement dit, « les termes de l'échange sont alors, par hypothèse même, le reflet de la proportionnalité entre les obligations réciproquement stipulées »²⁰⁹². En d'autres termes, « le juste, disait Aristote, est une sorte de proportion ; la proportion est une égalité de rapport ; le rapport, c'est la *ratio*, ou la raison, au sens mathématique »²⁰⁹³. Pour atteindre, l'égalité totale entre les parties, il faudrait avoir recours à la proportionnalité²⁰⁹⁴. Toutefois, la recherche de l'égalité stricte entre les parties ne permet pas de parvenir à une juste mesure²⁰⁹⁵. Par exemple, si la résolution unilatérale était possible à chaque fois qu'une inexécution est constatée, sans critère de gravité, tous les débiteurs pourraient être victimes de cette sanction. Il n'y a pas de juste mesure dans cette sanction, car toutes les inexécutions n'ont pas la même gravité. De même, toute inexécution imparfaite n'ouvre pas droit à la réduction du prix. La proportionnalité dans l'exercice et la réduction effective du prix n'est pas seulement mathématique comme cela a pu être expliqué précédemment. La proportionnalité mathématique n'apparaît donc pas pertinente en matière de sanctions de l'inexécution. C'est pourquoi l'exigence d'exercice proportionné des sanctions unilatérales ne relève pas d'une proportionnalité purement mathématique²⁰⁹⁶ : ce contrôle ne repose pas sur la recherche de l'égalité stricte et géométrique entre les contractants²⁰⁹⁷. Au contraire, il semble reposer sur un autre type de proportionnalité.

447. La proportionnalité « finalisée »²⁰⁹⁸ dans les sanctions unilatérales – La proportionnalité peut aussi être conçue comme l'application d'une « juste mesure »²⁰⁹⁹. Dans ce cas, ce principe « conduit directement à ne sanctionner que les disproportions manifestes, car c'est seulement dans ce cas qu'il y a inadéquation des moyens employés au but poursuivi »²¹⁰⁰. Madame Béhar-Touchais estime alors qu'il s'agit d'une « proportionnalité

²⁰⁹¹ ARISTOTE, *Ethique à Nicomaque*, J. VRIN éd. Introduction, note et index par J. TRICOT, spéc. Livre V, 5, p. 223 s. « le juste est ce qui est proportionnellement égal et l'injuste ce qui est contraire à la proportion ».

²⁰⁹² N. MOLFESSIS, « Le principe de proportionnalité et l'exécution du contrat », *précit.*

²⁰⁹³ H. LÉCUYER, « Le principe de proportionnalité et l'extinction du contrat », in le colloque « Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé des contrats ? », *précit.*, p. 31. : « La proportionnalité implique en effet que si des personnes ne sont pas égales, elles n'auront pas de parts égales. Si en revanche, elles sont égales, il y aurait disproportion à ne pas leur attribuer de parts égales ».

²⁰⁹⁴ M. BÉHAR-TOUCHAIS, « Rapport introductif » *précit.* : « Mais comme chacun n'est pas initialement dans la même situation, l'égalité s'entend souvent du respect de la proportion initiale ».

²⁰⁹⁵ *Ibid.* : « Supposons un texte pénal fondé sur le principe d'égalité proportionnelle, et qui condamnerait tous les voleurs à une peine proportionnelle à la valeur du bien dérobé. Il n'y aurait aucune juste mesure dans une telle sanction, car la gravité concrète du vol ne dépend pas uniquement, loin s'en faut, de la chose volée ». Comp. sur le principe d'égalité, V *supra* n°218 et s.

²⁰⁹⁶ Seul le prix doit faire l'objet d'une réduction proportionnelle mathématique, v. *infra* n°461.

²⁰⁹⁷ V. ég. *infra* n°222.

²⁰⁹⁸ Expression empruntée à M. BÉHAR-TOUCHAIS, « Rapport introductif » *précit.*

²⁰⁹⁹ *Ibid.* ; G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, op. cit. voProportionnalité, n°3.

²¹⁰⁰ M. BÉHAR-TOUCHAIS, « Conclusion » *précit.*

finalisée »²¹⁰¹. Le principe de proportionnalité est parfois rapproché du « principe de nécessité »²¹⁰². Toutefois, le propos peut être nuancé car « quand la proportionnalité vient limiter le pouvoir d'une ou de deux volontés en principe souveraines, il s'agit d'une proportionnalité relative, en ce sens qu'elle ne permet que de sanctionner les déséquilibres graves »²¹⁰³. Dans ce cas, la question de savoir si la mesure est nécessaire ou non n'est pas déterminante.

Dans l'exercice des sanctions unilatérales, la proportionnalité est présente pour « modérer le pouvoir d'un contractant »²¹⁰⁴. C'est pourquoi, « le principe de proportionnalité ne sanctionne que les excès de ce pouvoir, sans pour autant tendre à instaurer un véritable équilibre objectif dans le contrat »²¹⁰⁵. Par conséquent, la sanction unilatérale doit être une juste mesure à une inexécution suffisamment grave ou imparfaite. Autrement dit, « la proportionnalité de la sanction se mesure à la gravité du manquement »²¹⁰⁶. À cet égard, il serait ainsi possible d'admettre que l'exercice proportionné des sanctions unilatérales semble correspondre à une proportionnalité finalisée.

448. L'exercice proportionné des sanctions unilatérales et son contrôle – Les sanctions unilatérales sont une réponse à une inexécution suffisamment grave ou à une exécution imparfaite, en fonction du type de sanction. Cette réponse doit être proportionnée à l'inexécution en cause. L'étude des sanctions unilatérales a montré que la réforme est silencieuse sur ce point. Afin d'éclairer davantage le régime des sanctions unilatérales, il apparaît nécessaire de d'approfondir la question de la proportionnalité au sein de ces dernières. Même si elle n'est pas l'apanage de cette matière²¹⁰⁷ et qu'elle emporte des critiques dans le droit en général²¹⁰⁸, il faut remarquer que la notion de proportionnalité en droit des contrats est complexe²¹⁰⁹. « Le problème de la proportionnalité est de savoir si l'on n'a pas tiré sur des

²¹⁰¹ M. BÉHAR-TOUCHAIS, « Rapport introductif » *précit.*

²¹⁰² *Ibid.* ; Dans le même sens, S. LE GAC-PECH, « Sauvons le contrôle de proportionnalité de la sanction », *précit.*

²¹⁰³ M. BÉHAR-TOUCHAIS, « Rapport introductif » *précit.*

²¹⁰⁴ M. BÉHAR-TOUCHAIS, « Conclusion », *précit.*

²¹⁰⁵ *Ibid.*

²¹⁰⁶ S. LE GAC-PECH, « Sauvons le contrôle de proportionnalité de la sanction », *précit.*

²¹⁰⁷ B. LOUVEL, « Réflexions à la Cour de cassation », *D.* 2015, p. 1326 ; Ph. JESTAZ, J.-P. MARGUÉNAUD et C. JAMIN, « Révolution tranquille à la Cour de cassation », *D.* 2014, p. 2061.

²¹⁰⁸ H. FULCHIRON, « Grandeurs et servitudes du contrôle de proportionnalité », *D.* 2016, p. 2469 ; P. PUIG, « L'excès de proportionnalité », *RTD Civ.* 2016, p. 70 ; F. CHÉNEDE, « Contre révolution tranquille à la Cour de cassation », *précit.* ; P.-Y. GAUTIER, « Contrôle de proportionnalité subjectif, profitant aux situations illicites : "l'anti-Daguesseau" », *JCP G* 2016, p. 189.

²¹⁰⁹ V. not. « Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé des contrats ? », organisé par le centre de droit des affaires et de gestion de l'Université Paris V, le 20 mars 1998, *LPA* 30 septembre 1998, n°117 ; S. LE

moineaux avec un canon ? »²¹¹⁰. La notion de proportionnalité est controversée²¹¹¹, son contrôle aussi²¹¹². L'exercice proportionnel des sanctions unilatérales face à l'inexécution en cause est passé sous silence dans le Rapport accompagnant l'ordonnance. Il en va de même pour les sanctions judiciaires. Cela est regrettable car la proportionnalité « est un formidable outil au service d'une indéniable exigence d'équilibre »²¹¹³. En effet, elle permet de contrôler l'équilibre du contrat²¹¹⁴. Et, à notre avis, les sanctions unilatérales ne peuvent pas être mises en œuvre sans cette condition. La simple inexécution, peu important ses caractères, ne suffit pas à justifier l'exercice d'une sanction unilatérale si celui-ci n'est pas proportionné. Pour être valable l'exercice des sanctions unilatérales, deux conditions sont nécessaires. L'inexécution doit présenter certains caractères obligatoires, qui diffèrent en fonction du type de sanction²¹¹⁵. Toutefois, en plus, l'exercice des sanctions unilatérales doit être proportionné²¹¹⁶. Dans le silence du législateur, l'étude approfondie des textes le montre, il semble alors opportun de s'y attarder. La proportionnalité est une condition commune aux sanctions unilatérales²¹¹⁷.

Si à l'image des caractères communs de l'inexécution, l'exigence de proportionnalité dans l'exercice des sanctions unilatérales dépend du type de sanction, lorsqu'il s'agit de développer le contrôle proportionné de cet exercice, il existe un intérêt à prendre en compte l'impératif de la protection de la partie faible ainsi que la qualification de prérogative contractuelle. Pour s'en convaincre, il conviendra, d'abord, de revenir sur la question de l'exercice proportionné des sanctions unilatérales en fonction du type (§1). Ensuite, il sera possible d'aborder le contrôle de proportionnalité de cet exercice, en cas de contestation, qui peut être réalisé par le juge et les parties (§2).

GAC-PECH, *La proportionnalité en droit privé des contrats*, préf. H. MUIR-WATT, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 335, 2000.

²¹¹⁰ M. BÉHAR-TOUCHAIS, « Rapport introductif » *précit.* qui cite W. JELLINEK, cité par X. PHILIPPE in *Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelles et administratives français*, Economica 1990, page de garde.

²¹¹¹ A. BENABENT, « Un culte de la proportionnalité...un brin disproportionné », *D.* 2016, p. 137.

²¹¹² S. LE GAC-PECH, « Le nouvel art de juger : quand la proportionnalité s'invite dans la mise en œuvre de la règle de droit », *RLDC* 2017, n°153.

²¹¹³ S. LE GAC-PECH, « Sauvons le contrôle de proportionnalité de la sanction », *JCP G*, 19 sept. 2016, n°38, doct. 991, p. 1715.

²¹¹⁴ S. LE GAC-PECH, *La proportionnalité en droit privé des contrats*, *op. cit.* V. « Conclusion générale ».

²¹¹⁵ V. *supra* n°412 et s

²¹¹⁶ S. LE GAC-PECH, « Sauvons le contrôle de proportionnalité de la sanction », *précit.* : « Le droit de l'inexécution fait sienne cette idée novatrice d'une proportionnalité de la sanction » ; du même auteur, « Réflexions sur la proportionnalité de la sanction », *RRJ/2* 2016, n°2, p. 755 s.

²¹¹⁷ G. LARDEUX, « Le contrôle de proportionnalité des sanctions en matière contractuelle », *JCP G*, 3 mai 2021, n°18, doct. 502, p. 880 : « L'exigence de proportionnalité des sanctions s'impose indubitablement : en droit pénal au regard de la gravité de l'infraction commise ; en matière délictuelle en fonction du préjudice subi par la victime ; en droit des contrats, compte tenu du manquement du débiteur et de ses conséquences pour le créancier. Cette évidence découle de l'idée même de justice qui implique mesure et équilibre ».

§1 : L'éclaircissement des modalités de l'exercice proportionné des sanctions unilatérales

449. Les limites de la protection de la partie faible et de la qualification de prérogative contractuelle sur la condition de l'exercice proportionné des sanctions unilatérales – En fonction du type d'inexécution, imparfaite ou suffisamment grave, le recours à toutes les sanctions unilatérales n'est pas opportun. Outre les hypothèses de cumul des sanctions et d'aménagement conventionnel, le créancier doit faire un choix²¹¹⁸. Pour ce faire, il doit opter pour la sanction la plus adaptée et cohérente à sa situation. En ce sens, il doit exercer une réponse proportionnée face au comportement de son débiteur. Ni l'application du régime de la prérogative contractuelle aux sanctions unilatérales, ni l'adaptation des règles en fonction du type de contrat afin de protéger la partie faible, n'ont permis précédemment d'éclairer ce point essentiel de l'exercice régulier des sanctions unilatérales.

Ainsi, afin d'être complet dans l'amélioration du régime des sanctions unilatérales, bien que la réforme soit probablement volontairement silencieuse sur ce point, il convient donc de tenter de dessiner les contours de cette dernière exigence nécessaire à l'exercice régulier de l'exception d'inexécution, de l'exécution forcée en nature et de la résolution unilatérale (A). La réduction du prix est une sanction particulière. Son exercice, mais aussi la réduction, doivent être proportionnés. Elle devra donc faire l'objet de développements spéciaux (B).

A. Les éclairages relatifs à l'exigence de proportionnalité dans l'exercice des sanctions unilatérales

450. En droit privé, de la même manière qu'en droit public, la sanction doit « être adaptée à l'importance de l'inexécution »²¹¹⁹. Par conséquent, l'inexécution doit être suffisamment grave pour justifier le recours à l'exception d'inexécution et à la résolution du contrat. L'exécution doit être imparfaite en cas d'exercice de la réduction du prix. Les caractères de l'inexécution sont une première barrière à l'exercice irrégulier des sanctions unilatérales et par la réciproque, une condition essentielle à leur régularité. Toutefois, il est possible de s'intéresser sur le point

²¹¹⁸ Y.-M. LAITHIER, « Les sanctions de l'inexécution du contrat », *précit.*

²¹¹⁹ C.-E. BUCHER, *L'inexécution du contrat de droit privé et de droit administratif, Etude de droit comparé interne*, *op. cit.* spéc. n°515, p. 272.

de savoir si l'exigence de proportionnalité dans l'exercice d'une sanction unilatérale²¹²⁰ ne constitue pas également un autre garde-fou, permettant de garantir l'exercice régulier d'une telle mesure. L'exigence de proportionnalité de la résolution et de l'exception d'inexécution est commune à ces deux mesures (1) alors que celle relative à l'exécution forcée indirecte est plus spécifique et distincte des autres sanctions unilatérales (2).

1) Les éclairages relatifs à l'exigence de proportionnalité dans l'exercice de la résolution et de l'exception d'inexécution

451. L'exercice proportionné de l'exception d'inexécution et de la résolution unilatérale – L'exception d'inexécution s'apparente à une réponse à une inexécution suffisamment grave. Elle doit s'exercer de « façon proportionnée »²¹²¹. Dans le Rapport au Président de la République, il apparaît que « la condition de suffisante gravité devient un instrument de contrôle de la proportionnalité entre le manquement initialement commis et la riposte de l'*excipiens* »²¹²². La jurisprudence va d'ailleurs en ce sens²¹²³. À ce titre, elle « contrôle, au moyen de la condition de suffisante gravité du manquement, la proportionnalité de la suspension du contrat par l'*excipiens* »²¹²⁴ ou du moins « l'absence de disproportion »²¹²⁵, entre la gravité de l'inexécution et la mesure d'exception d'inexécution²¹²⁶. Toutefois, le caractère de gravité de l'inexécution n'est pas le seul élément justifiant le recours proportionné à l'exception d'inexécution. Le respect de la bonne foi par celui qui se prévaut de l'exception d'inexécution est également une condition nécessaire à l'exercice proportionné de la mesure²¹²⁷. Pour ce faire, la jurisprudence vérifie toujours que la sanction n'est pas utilisée dans un usage

²¹²⁰ S. LE GAC-PECH, « Réflexions sur la proportionnalité de la sanction », *précit.* : « Sans exprimer un principe général de proportionnalité de la sanction, les dispositions de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats n'en reflètent pas moins l'expression ».

²¹²¹ Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016, *précit.* v. « Sous-section 1 : l'exception d'inexécution » : « cette exception ne peut être soulevée par le créancier que si l'inexécution présente un caractère suffisamment grave, et ne peut donc être opposée comme moyen de pression sur le débiteur que de façon proportionnée ».

²¹²² O. DESHAYES, « Exception d'inexécution », *précit.*, n°112, v. contre cette affirmation citée par l'auteur : C. POPINEAU-DEHAULLON, *Les remèdes de justice privée à l'inexécution des contrats, étude comparative*, *op. cit.* n°s161 s ; C. MALECKI, *L'exception d'inexécution*, *op. cit.* s

²¹²³ Cass. Civ. 1^{re}, 12 mai 2016, n°15-20.834 ; *RDC/4* 2016, 654, obs. O. DESHAYES ; Cass. Civ. 3^{ème}, 26 nov. 2015, n°14-24.210 : il faut rechercher « si l'inexécution invoquée était d'une gravité suffisante ». *Contra* : Cass. Civ. 3^{ème}, 4 oct. 1995, n°93-15.048.

²¹²⁴ O. DESHAYES, « L'exception d'inexécution doit-elle être proportionnée », obs. sous Cass. Civ. 1^{ère}, 12 mai 2016, n°15-20.834, *RDC/4* 2016, 654.

²¹²⁵ *Ibid.*

²¹²⁶ Cass. Req. 1^{er} déc. 1897, D. P. 1898, 1, 289, *Sirey* 1899, 1, 174, note M. PLANIOL : l'exception d'inexécution était disproportionnée car demandée pour contester une somme modique d'une facture d'électricité (22 francs).

²¹²⁷ N. CUZACQ, « La notion de riposte proportionnée en matière d'exception d'inexécution », *précit. spéc.* n°2.

détourné de sa finalité. L'objectif de l'exception d'inexécution est de parvenir à l'obtention de l'exécution des obligations du contrat. Lorsqu'elle est exercée dans but différent, son exercice est sanctionné²¹²⁸. Cependant, la caractérisation de la disproportion est laissée à l'appréciation des juges du fond, qui apprécient souverainement « le caractère proportionné de la riposte » en se basant sur l'analyse de « l'équilibre des prestations »²¹²⁹. Autrement dit, pour que l'exercice de l'exception d'inexécution soit proportionné, il faut un « équilibre entre les inexécutions »²¹³⁰, apprécié souverainement par les juges du fond. Pour être mise en œuvre de façon régulière, l'exception d'inexécution doit être proportionnée à l'inexécution du débiteur²¹³¹. Ainsi, il faut préciser, comme l'explique Madame Lardeux, que la force obligatoire du contrat justifie l'exigence de proportionnalité dans l'exercice de l'exception d'inexécution par le créancier. En d'autres termes, « lorsqu'il a recours [l'*excipiens*] à ce moyen de pression, il s'affranchit également de ses propres obligations en suspendant l'exécution : il est alors logique qu'il ne soit autorisé à le faire que dans la stricte mesure où son débiteur est lui-même défaillant »²¹³².

À notre sens, la résolution unilatérale doit être mise en œuvre de manière proportionnée. Il ne s'agit pas d'une exigence légale. Toutefois, le texte prévoit que celle-ci s'exerce aux « risques et périls » du créancier²¹³³. Ainsi, en cas d'inexécution suffisamment grave, le créancier prend le risque et encourt un péril que cette sanction soit remise en cause et que le juge exerce un contrôle de proportionnalité *a posteriori*²¹³⁴. Cette expression pourrait alors sous-entendre, qu'en l'absence d'un exercice proportionné, le créancier qui exerce la sanction peut être sanctionné. La proportionnalité de l'exercice de la sanction découle alors du caractère suffisamment grave de l'inexécution²¹³⁵, qui a fait l'objet de développements précédents²¹³⁶.

Il faut regretter que ni l'exception d'inexécution classique ni sa version anticipée ne font mention d'un exercice « aux risques et périls » du créancier, à l'inverse de la résolution unilatérale. Pour insister sur la nécessité d'exercice proportionné de la sanction, à l'image de la

²¹²⁸ En ce sens, Cass. Civ. 1^{re}, 12 mai 2016, n°15-20.834 ; RDC/4 2016, 654, obs. O. DESHAYES *précit.*

²¹²⁹ N. CUZACQ, « La notion de riposte proportionnée en matière d'exception d'inexécution », *précit.* n°10.

²¹³⁰ *Ibid.* n°27.

²¹³¹ V. en ce sens, G. CHANTEPIE et M. LATINA, *La réforme du droit des obligations, Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil, op. cit.* n°629.

²¹³² G. LARDEUX, « Le contrôle de proportionnalité des sanctions en matière contractuelle », *précit.*

²¹³³ C. civ. art. 1226 (version en vigueur depuis le 01 octobre 2016).

²¹³⁴ G. LARDEUX, « Plaidoyer pour un droit contractuel efficace », *précit.* : « Dans cette optique, le contrôle judiciaire n'est donc pas évincé mais seulement reporté : il demeure un contrôle de proportionnalité entre le manquement reproché et la sanction prononcée, mais celui-ci est alors exercé *a posteriori* pour des raisons évidentes d'efficacité dans la mise en œuvre des sanctions de l'inexécution contractuelle ».

²¹³⁵ G. LARDEUX, « Le contrôle de proportionnalité des sanctions en matière contractuelle », *précit.*

²¹³⁶ V. *supra* n°414 et s.

résolution unilatérale qui prévoit déjà cette exigence grâce à l'expression « à ses risques et périls », il conviendrait de rajouter cette précision dans les dispositions relatives à l'exception d'inexécution, dans sa version classique mais aussi anticipée. En effet, en matière d'exception d'inexécution, la jurisprudence le prévoit déjà puisqu'elle estime que le contractant exerce cette mesure « à ses risques et périls »²¹³⁷. Cela signifie que « le contractant agit à ses risques et périls »²¹³⁸, de la même manière que pour la résolution unilatérale. Il doit le faire de manière proportionnée sinon il pourrait être sanctionné. Enfin, il faudrait également prévoir l'exercice « aux risques et périls » du créancier en matière de résolution unilatérale anticipée, qui devrait pouvoir s'appliquer dans les contrats de gré à gré, afin de faire apparaître l'exigence d'un exercice proportionné de la sanction. Encore une fois, il faut admettre que l'amendement est infime et l'absence de l'expression « à ses risques et périls » dans les textes relatifs à l'exception d'inexécution, et à la résolution unilatérale anticipée, qui n'est pas reconnue en droit français, n'enlève en rien l'exigence de proportionnalité nécessaire à l'exercice régulier de ces mesures. En elles-mêmes les sanctions unilatérales comportent toutes une exigence implicite d'exercice proportionné à l'inexécution en cause.

452. *Quid de la proportionnalité dans l'exercice des sanctions unilatérales anticipées ?* – « Dans cette hypothèse, il est effectivement impossible d'exiger une riposte proportionnée puisque l'inexécution initiale n'a pas encore eu lieu »²¹³⁹. Que ce soit pour l'exception d'inexécution préventive ou pour la résolution unilatérale anticipée, l'inexécution n'est pas encore avérée. Cependant, il est possible d'établir une proportionnalité dans l'exercice de ces sanctions en cas d'inexécution « manifeste ». À ce titre, certaines proposent de se baser sur le caractère « quasi-certain » de l'inexécution à venir²¹⁴⁰. Au contraire, Monsieur Bretzner affirme que « s'agissant d'un événement par nature hypothétique, il paraît cependant peu réaliste d'exiger du créancier la preuve certaine de ce que, avant même de suspendre l'exécution de sa propre obligation, il disposait d'éléments propres à démontrer que son débiteur serait nécessairement défaillant »²¹⁴¹. Dans ce cas, pour l'exception d'inexécution, le créancier doit prouver « l'existence d'un risque manifeste et élevé de défaillance à terme de la part du

²¹³⁷ Cass. civ. 1^{re}, 5 mars 1974, *JCP* 1974, II, 17707.

²¹³⁸ C. ATIAS, « Les "risques et périls" de l'exception d'inexécution (limites de la description normative) », *D.* 2003, p. 1103.

²¹³⁹ À propos de l'exception d'inexécution anticipée : N. CUZACQ, « La notion de riposte proportionnée en matière d'exception d'inexécution », *précit.* spéc. n°34.

²¹⁴⁰ O. DESHAYES, T. GENICON et Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, Commentaire article par article, op. cit.* p. 482 : « Encore faut-il préciser qu'un simple risque d'inexécution ne semble pas suffire, puisque le texte exige que l'inexécution future soit quasi-certaine ».

²¹⁴¹ J.-D. BRETZNER, « Les conditions d'exercice de l'exception d'inexécution par anticipation », *précit.*

débiteur », par la technique du « faisceau d'indices »²¹⁴². Le même raisonnement peut être mis en place pour la résolution par anticipation. Dans ce cas le créancier devra prouver le risque « manifeste » de l'inexécution de son débiteur, nécessaire pour mettre en œuvre de façon proportionnée la résolution unilatérale anticipée. Comme le créancier doit prouver un risque dans l'exercice de ces sanctions anticipées, il semble dans ce cas plus pertinent de les considérer comme des sanctions préventives, « pour risque d'inexécution »²¹⁴³.

453. Bilan 1) – L'exercice de la résolution unilatérale et de l'exception doit être proportionné à l'inexécution en cause, c'est-à-dire à la gravité de l'inexécution pour les sanctions classiques et à la gravité des conséquences pour les sanctions anticipées. Finalement, de la même manière que la mise en œuvre de la résolution unilatérale, classique ou préventive, l'exercice proportionné de l'exception d'inexécution (et de sa version anticipée) dépend d'une « proportionnalité finalisée qui incarne la juste mesure, l'adéquation voire la modération »²¹⁴⁴. Il conviendrait alors grâce à l'expression « à ses risques et périls » de rappeler cette exigence dans la lettre des textes de l'exception d'inexécution, dans sa version classique et anticipée, mais aussi pour la résolution unilatérale anticipée, dans le cas de l'intégration d'une telle sanction dans le droit de l'inexécution.

Pour être proportionnée, la faculté unilatérale de remplacement du débiteur défaillant doit s'exercer à un coût raisonnable et sans créer de disproportion manifeste (2).

2) Les éclairages relatifs à l'exigence de proportionnalité dans l'exercice de l'exécution forcée indirecte

454. L'exercice de l'exécution forcée indirecte dans le respect d'un « coût raisonnable » – La proportionnalité dans l'exercice de la faculté de remplacement unilatérale du débiteur défaillant se retrouve avec l'exigence du respect d'un coût raisonnable dans la mise en œuvre de cette prérogative. Autrement dit, « dès l'instant où celui-ci apparaîtra excessif, l'exécution forcée ne pourra être obtenue »²¹⁴⁵. Il faut relier cette exigence de coût raisonnable

²¹⁴² J.-D. BRETZNER, « Les conditions d'exercice de l'exception d'inexécution par anticipation », *précit.*

²¹⁴³ Comp. A. PINNA, « L'exception pour risque d'inexécution », *précit.*

²¹⁴⁴ N. CUZACQ, « La notion de riposte proportionnée en matière d'exception d'inexécution », *précit. spéc. n°5* ; S. LE GAC-PECH, *La proportionnalité en droit privé des contrats, op. cit.*, spéc. p. 493 ; du même auteur, « Sauvons le contrôle de proportionnalité de la sanction », *précit.* : « Comme d'autres notions, injustement qualifiées de floues, la proportionnalité s'apprécie plus qu'elle ne se définit. Sans aller jusqu'à prôner une pseudo équivalence entre la sanction au défaut, la proportionnalité invite à une recherche d'adéquation.

²¹⁴⁵ S. LE GAC-PECH, « Sauvons le contrôle de proportionnalité de la sanction », *précit.*

de l'article 1222 du Code civil avec l'impossibilité d'obtenir l'exécution forcée en nature en cas de « disproportion manifeste entre son coût pour le débiteur de bonne foi et son intérêt pour le créancier » de l'article 1221 du Code civil²¹⁴⁶. Par conséquent, « en exprimant un rapport de proportionnalité entre le coût de l'exécution et l'intérêt qu'en retire le créancier, on instaure un véritable contrôle de proportionnalité de la sanction. Désormais la riposte doit être à la mesure de la défaillance constatée »²¹⁴⁷. Lorsque le coût de l'exécution en nature est disproportionné par rapport à l'intérêt que va en retirer le créancier, les juges refusent de prononcer cette dernière²¹⁴⁸, même si cela n'a pas toujours été le cas²¹⁴⁹. Depuis un arrêt du 15 octobre 2015, les juges autorisent l'exécution forcée en nature uniquement « lorsqu'elle apparaît comme une sanction proportionnée à l'issue de la mise en balance des intérêts en présence »²¹⁵⁰. Dans le projet d'ordonnance, il était question d'interdire l'exécution forcée en nature en cas de « coût manifestement déraisonnable »²¹⁵¹. Cette proposition fut vivement critiquée²¹⁵². Même s'il faut saluer la modification effectuée par l'ordonnance portant réforme, dans la lignée du projet Terré²¹⁵³ et, validée par la loi de ratification par l'utilisation de l'expression « disproportion manifeste », il faut remarquer que les articles 1221 et 1222 étaient davantage en lien avec le recours à l'utilisation du terme de « coût ». Toutefois, le changement apporté à l'article 1221 ne signifie pas que l'impossibilité de la disproportion manifeste est inapplicable à l'exercice de l'exécution forcée indirecte prévue à l'article 1222 du Code civil. Au contraire, il est parfaitement envisageable de « transposer cette exigence de "proportionnalité" à l'article 1222,

²¹⁴⁶ C. civ. art. 1221 (version en vigueur depuis le 01 octobre 2018). ; A. DOWNE, « Vers un droit raisonnable : l'influence du nouvel article 1221 du Code civil sur les sanctions de l'inexécution », *LPA* 14 oct. 2019, n°205.

²¹⁴⁷ S. LE GAC-PECH, « Sauvons le contrôle de proportionnalité de la sanction », *précit.* La jurisprudence va en ce sens, v. Cass. Civ. 3^{ème}, 13 juil. 2022, n°21-16407, FS-B et Cass. Civ. 3^{ème}, 13 juil. 2022, n°21-16408, FS-B ; RDC/4 2022, p. 10, obs. F. DOURNAUX.

²¹⁴⁸ Cass. Civ. 3^{ème}, 15 oct 2015, n°14-23.612 (exécution forcée demandée suite à la nullité d'un contrat de vente de maison individuelle) : cassation de l'arrêt d'appel qui n'a pas recherché « comme il le lui était demandé, si la démolition de l'ouvrage, à laquelle s'opposait la société Trecobat, constituait une sanction proportionnée à la gravité des désordres et des non-conformités qui l'affectaient » ; *JCP G*, 18 janvier 2016, n°3, 51, obs. B. BEHAR-TOUCHAIS ; *D.* 2015, p. 2423, note C. DUBOIS ; *RTD Civ.* 2016, p. 107, obs H. BARBIER et *ibid*, p. 140, obs. P.-Y. GAUTIER.

²¹⁴⁹ En ce sens, Cass. Civ. 3^{ème}, 16 juin 2015, n°14-14.612 ; *RTD Civ.* 2016, p. 107, obs. H. BARBIER.

²¹⁵⁰ Cass. Civ. 3^{ème}, 15 oct 2015, n°14-23.612, *précit.* ; H. BARBIER, « L'objectif de proportionnalité des sanctions contractuelles », *RTD Civ.* 2016, p. 107, *précit.*

²¹⁵¹ Projet de réforme 2015, art. 1221.

²¹⁵² V. colloque sur l'avant-projet de réforme du droit des contrats, organisé par la Faculté de Droit de l'Université de Paris XII (Paris Est), « Projet de réforme du droit des contrats : regards croisés », *Dr. et patr.* 2015, n°247, p. 31 ; T. GENICON, « Contre l'introduction du "coût manifestement déraisonnable" comme exception à l'exécution forcée en nature », *précit.* ; L. LEVENEUR, « La réforme du droit des obligations : incidences sur la pratique notariale », *JCP N* 2015, p. 1236 ; M. MEKKI, « Les remèdes à l'inexécution dans le projet d'ordonnance portant réforme du droit des obligations », *précit.* ; Ph. CHAUVIRÉ, « Les dispositions relatives aux effets du contrats », in Association H. CAPITANT (dir.), *La réforme du droit des contrats : du projet à l'ordonnance*, op. cit. p. 43 s., spéc. p. 56-57 ; D. MAINGUY, « Du "coût manifestement déraisonnable" à la reconnaissance d'un "droit d'option" », *précit.*

²¹⁵³ F. TERRÉ (dir.), *Pour une réforme du droit des contrats*, op. cit. v. art. 105.

en vérifiant que le coût de la substitution ou de la destruction n'est pas manifestement disproportionné par rapport à son intérêt pour le créancier »²¹⁵⁴. Cette transposition peut s'effectuer grâce à l'expression « coût raisonnable » présente à l'article 1222. En effet, la jurisprudence assimile parfois la proportionnalité à la notion de raisonnable²¹⁵⁵. L'exigence de proportionnalité est alors essentielle entre l'inexécution et la mise en œuvre de la faculté unilatérale de remplacement du débiteur défaillant. Cette faculté de remplacement unilatérale proportionnée constitue alors « une voie moyenne », « le compromis possible entre une approche morale du contrat qui fait de l'exécution en nature de ce dernier le principe et la recherche légitime d'une certaine efficacité dans la mise en œuvre des sanctions contractuelles »²¹⁵⁶, sans qu'il ne soit nécessaire d'imposer une obligation pour le créancier de minimiser son dommage²¹⁵⁷. Finalement l'article 1222 du Code civil n'impose pas au créancier une telle obligation²¹⁵⁸. Sur ce point, le doute est enfin levé.

455. Comment qualifier une disproportion manifeste entre son coût pour le débiteur et son intérêt pour le créancier ? – Comme l'explique Monsieur Cauvin, « la notion de "coût" est facilement compréhensible : il s'agit de l'aspect financier de l'exécution »²¹⁵⁹. La notion d'intérêt est plus difficile à déterminer²¹⁶⁰. Cette dernière peut trouver des éclairages dans la notion de cause²¹⁶¹, disparue avec la réforme du droit des contrats²¹⁶², malgré le maintien de ses fonctions principales²¹⁶³. L'appréciation de la disproportion manifeste est donc difficile à

²¹⁵⁴ F. CHÉNEDE, *Droit des obligations et des contrats*, op. cit. spéc. p. 168, n°128.122 ; F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE et F. CHÉNEDE, *Droit civil, les obligations*, op. cit. spéc. p. 873-874, n°782.

²¹⁵⁵ V. en ce sens, M. BÉHAR-TOUCHAIS, « Rapport introductif » *précit.* : « dans un arrêt du 13 mai 1997, la chambre commerciale de la Cour de cassation a considéré qu'une clause d'approvisionnement minimum dans un contrat de distribution sélective ne présentait pas de caractère raisonnable, parce que l'obligation imposée au distributeur était disproportionnée par rapport au pourcentage des ventes du produit », V. Cass. Com. 13 mai 1997, *Bull. civ.* IV, n°131.

²¹⁵⁶ G. LARDEUX, « Plaidoyer pour un droit contractuel efficace », *précit.*

²¹⁵⁷ L'obligation de minimiser son dommage n'est pas reconnue en droit français : V. G. LARDEUX, « Plaidoyer pour un droit contractuel efficace », *précit.* ; H. MUIR-WATT, « Analyse économique et perspective solidariste » in C. JAMIN et D. MAZEAUD (dir.), *La nouvelle crise du contrat*, op. cit. p. 183 s. spéc. p. 186 s.

²¹⁵⁸ V. Y.-M. LAITHIER, « Les sanctions de l'inexécution du contrat », *précit.* qui évoquait la question.

²¹⁵⁹ G. CAUVIN, « L'exécution forcée des contrats de construction dans le nouveau droit des obligations », *Gaz. Pal.* 21 mai 2019, n°19, p. 65 s.

²¹⁶⁰ M. MEKKI, « L'ordonnance n°2016-131 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Le volet droit des contrats : l'art de refaire sans défaire », *précit.* L'auteur distingue plusieurs types d'intérêts au contrat : les intérêts internes et les intérêts externes.

²¹⁶¹ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, op. cit. v° Cause ; J. CARBONNIER, *Droit civil tome 4 les obligations*, PUF, coll. Thémis Droit privé, 22^{ème} éd. refondue, 2000, p. 126, n°58 ; M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations 1-Contrat et engagement unilatéral*, op. cit. p. 496 et s., n°647 ; C. LARROUMET, « De la cause de l'obligation à l'intérêt du contrat. A propos du projet de réforme du droit des contrats », *D.* 2008, 2441.

²¹⁶² G. CAUVIN, « L'exécution forcée des contrats de construction dans le nouveau droit des obligations », *précit.*

²¹⁶³ Intervention de F. PILLET, séance du 17 oct. 2017, intervention 15, *JO Sénat*, 18 oct. 2017, p. 3827 : « Le contenu et le but renvoient aux fonctions de la cause, de la sorte que la jurisprudence ne se trouvera pas

appréhender. Un éclairage peut être apporté, grâce aux travaux parlementaires portant sur la loi de ratification de l'ordonnance²¹⁶⁴. En ce sens, l'exécution forcée en nature est impossible en cas de disproportion manifeste, parce qu'elle constitue un « abus dans le droit de l'exécution en nature »²¹⁶⁵. Finalement, « commettrait un abus de droit le créancier qui exigerait cette exécution alors que l'intérêt qu'elle lui procurerait serait disproportionné au regard du coût qu'elle représenterait pour le débiteur et que les dommages et intérêts pourraient lui fournir une compensation adéquate à un prix inférieur pour le débiteur »²¹⁶⁶. La Cour de cassation a déjà fait une application anticipée de cette solution proposée à l'article 1221 du Code civil²¹⁶⁷. La seule limite à l'application de la disproportion tient donc à la bonne foi du débiteur défaillant, afin d'éviter les fautes lucratives dans le cas où le débiteur trouverait un plus grand intérêt à s'exécuter plutôt que de payer des dommages et intérêts²¹⁶⁸. Par conséquent, pour apprécier si l'exercice de la faculté de remplacement unilatérale du débiteur défaillant est proportionné, il faut admettre que le juge va s'intéresser plus simplement à « la disproportion manifeste appréciée à l'aune de l'abus de droit, et de la bonne foi »²¹⁶⁹, en réalisant « une analyse circonstanciée »²¹⁷⁰ qui n'est pas limitée au prix de la prestation mais « à l'ensemble des avantages escomptés par le créancier, à charge pour lui de convaincre de leur réalité »²¹⁷¹. Enfin, comme prévoit le rapport au Président de la République, si la valeur de l'exécution est « extrêmement onéreuse pour le débiteur sans que le créancier y ait vraiment un intérêt », le créancier ne peut pas se prévaloir de l'exécution forcée en nature²¹⁷². Ce dernier va donc dans le sens de l'appréciation proposée.

bouleversée. Pour l'image, peut-être un peu légère, que j'ai utilisé ce matin en commission, si la cause est sortie côté jardin, elle est rentrée côté cour ! ».

²¹⁶⁴ Rapport n°22 (2017-2018) de M. PILLET, fait au nom de la Commission des lois, déposé le 11 oct. 2017, p. 69 : « Dans son principe, votre rapporteur approuve cette nouvelle exception, qui n'est en réalité qu'une simple déclinaison de la théorie de l'abus de droit ».

²¹⁶⁵ G. CAUVIN, « L'exécution forcée des contrats de construction dans le nouveau droit des obligations », *précit.* Dans le même sens, F. CHÉNEDÉ, *Droit des obligations et des contrats*, *op. cit.* spéc. p. 165, n°128.112 ; M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations I-Contrat et engagement unilatéral*, *op. cit.* n°1018 : « une déclinaison de l'abus de droit ».

²¹⁶⁶ Rapport n°22 (2017-2018) de M. PILLET, fait au nom de la Commission des lois, déposé le 11 oct. 2017, p. 69.

²¹⁶⁷ Cass. Civ. 3^{ème}, 21 juin 2018, n°17-15.897, P+B+I.

²¹⁶⁸ Rapport n°22 (2017-2018) de M. PILLET, fait au nom de la Commission des lois, déposé le 11 oct. 2017, p. 70.

²¹⁶⁹ G. CAUVIN, « L'exécution forcée des contrats de construction dans le nouveau droit des obligations », *précit.*

²¹⁷⁰ F. CHÉNEDÉ, *Le nouveau droit des obligations et des contrats*, *op. cit.* spéc. p. 165, n°128.112.

²¹⁷¹ *Ibid.* spéc. p. 165, n°128.112.

²¹⁷² Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016, *précit.*, v. « Sous-section 2 : l'exécution forcée en nature ».

456. Bilan A – « La disproportion sert ainsi de guide à la révélation de la sanction proportionnée. Parce la proportionnalité renvoie à la disproportion, on peut la découvrir en miroir »²¹⁷³. Dans ce cas l'exécution forcée en nature indirecte doit faire l'objet d'une mise en œuvre proportionnée grâce à l'étude de la combinée des articles 1221 et 1222 du Code civil. Par conséquent, les sanctions unilatérales doivent implicitement respecter une certaine proportionnalité dans leur mise en œuvre. Cette dernière constituerait un garde-fou supplémentaire à l'exercice irrégulier d'une sanction unilatérale. Il conviendrait de proposer de rendre cette exigence plus explicite dans les textes en rajoutant que toutes les sanctions unilatérales s'exercent « aux risques et périls du créancier ». *Quid* de l'exigence de proportionnalité dans l'exercice de la réduction du prix ? Cette mesure doit faire l'objet d'une attention particulière (B).

B. Les éclairages relatifs au cas particulier de l'exigence de proportionnalité dans l'exercice de la réduction du prix

457. L'article 1223 du Code civil dispose expressément que le prix peut être réduit de manière proportionnelle en cas d'exécution imparfaite²¹⁷⁴. Pour comprendre cet article, et surtout, tenter d'en lever toutes les difficultés qui s'y attachent, il est nécessaire de l'étudier isolément. Si, comme pour toutes les autres sanctions unilatérales, l'exercice de cette sanction semble devoir être proportionné (1), la différence découle de la réduction effective, qui présente elle aussi une exigence de proportionnalité (2).

1) L'exigence de proportionnalité dans l'exercice de la réduction du prix

458. La réduction unilatérale du prix proportionnelle à la gravité de l'inexécution – Le Rapport au Président de la République est très clair sur ce point²¹⁷⁵, dans lignée de l'article 107 du projet Terré²¹⁷⁶. Les contours de l'exécution imparfaite ont été décrits précédemment²¹⁷⁷. L'exigence de proportionnalité est donc présente dans l'exercice de la sanction. Il n'y a pas de

²¹⁷³ S. LE GAC-PECH, « Sauvons le contrôle de proportionnalité de la sanction », *précit.*

²¹⁷⁴ M. POUMARÈDE, Ph. LE TOURNEAU, *Dalloz action Droit de la responsabilité et des contrats*, *op. cit.* V. « Chapitre 3214 : Réduction du prix »,

²¹⁷⁵ ²¹⁷⁵ Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016, *précit.*, V. « Sous-section 3 : la réduction du prix » : « La réduction du prix sollicitée par le créancier de l'obligation imparfaitement exécutée doit être proportionnelle à la gravité de cette inexécution ».

²¹⁷⁶ F. TERRÉ (dir.), *Pour une réforme du droit des contrats*, *op. cit.* V. art. 107.

²¹⁷⁷ V. *supra* n°s430 et s.

difficulté particulière sur ce point. Si l'exécution est imparfaite, le créancier peut « réduire de manière proportionnelle le prix ». Il conviendrait alors de rajouter une indication dans le texte précisant que la réduction du prix s'exerce « aux risques et périls du créancier ».

459. Bilan – La formulation de l'article 1223 du Code civil permet donc de sous-entendre implicitement que cette sanction doit être exercée de manière proportionnée. Cela est en parfaite adéquation avec les autres sanctions unilatérales, qui dans leur exercice harmonisé, doivent toute respecter une exigence de proportionnalité. Cela n'appelle pas davantage de remarques, si ce n'est l'ajout de l'expression « à ses risques et périls » pour rendre davantage explicite cette obligation dans la rédaction de l'article 1223 du Code civil.

Toutefois, si l'exercice de la réduction du prix doit être proportionné à l'inexécution en cause, la réduction doit être proportionnelle (2).

2) L'exigence de proportionnalité dans la mise en œuvre effective de la réduction du prix

460. Comment réduire le prix ? La résolution de cette question ne relève pas de l'évidence et mérite quelques développements puisque la réforme, le Rapport, et désormais le Code civil, sont silencieux sur ce point, et que la prise en compte de la protection de la partie faible ainsi que les conséquences de la qualification juridique ne permettent pas d'éclairer ce point. En effet, la protection de la partie faible intervient surtout sur l'opportunité d'avoir recours à une telle sanction. La qualification de prérogative a un intérêt pour préciser les conditions d'exercice des sanctions unilatérales. Toutefois, le montant de la réduction qui doit être proportionné est indéterminable suivant ces deux éléments.

461. Les contours de la réduction proportionnelle du prix : la proportionnalité mathématique ? – La réduction effective du prix consiste en la « révision de la *prestation monétaire* »²¹⁷⁸. Le but est de réaliser « une "proportion" entre la valeur de la prestation reçue et la valeur de la prestation promise »²¹⁷⁹. La méthode de réduction du prix semble donc se baser sur une formule mathématique²¹⁸⁰. Pour ce faire, Monsieur Chénédé expose une formule de calcul : « *Prix réduit = prix convenu x (valeur de marché de la prestation reçue / valeur de*

²¹⁷⁸ F. CHÉNEDÉ, *Droit des obligations et des contrats*, op. cit. spéc. p. 172 et s., n°128.151.

²¹⁷⁹ *Ibid.* spéc. p. 172 et s., n°128.51.

²¹⁸⁰ F. CHÉNEDÉ, « La réduction du prix », *précit.*

marché de la prestation promise »²¹⁸¹. Ce calcul est intéressant et appelle une remarque. Il ne prend pas en compte la faute du débiteur défaillant ni la gravité du préjudice subi par le créancier à cause de l'exécution imparfaite²¹⁸². À ce titre, « la réduction du prix est plus avantageuse que la réparation lorsque le prix du marché est inférieur au prix convenu entre les parties »²¹⁸³. Il faut donc admettre que la réduction du prix n'est pas cumulable avec la responsabilité contractuelle²¹⁸⁴. L'article 1223 prévoit une « méthode de calcul par quotient »²¹⁸⁵, à l'image de l'article 9: 401 des PDEC²¹⁸⁶, ainsi que l'article 50 de la CVIM qui prévoit que la réduction est « proportionnelle à la différence entre la valeur que les marchandises effectivement livrées avaient au moment de la livraison et la valeur que des marchandises conformes auraient eue à ce moment ». Selon Monsieur Limbach, il faut se baser sur la « moins-value de la prestation principale » pour calculer le montant de la réduction²¹⁸⁷, en remontant aux origines de cette sanction et ses applications en droit spécial. À titre de comparaison, l'article 1641 relatif au contrat de vente permet d'éclairer la méthode de calcul de la réduction du prix : il faut donc prendre en compte la « moins-value que présente la prestation fournie par rapport à la prestation due »²¹⁸⁸.

Par ailleurs, est-il possible d'envisager l'exercice de la réduction allant jusqu'à porter cette réduction à néant ? En d'autres termes, la réduction du prix peut-elle se solder par une disparition du prix, réduit à 0 ? Le droit international envisage cette possibilité. En ce sens, la jurisprudence de la CVIM envisage cette situation²¹⁸⁹ parce que « l'acheteur d'une marchandise dépourvue de toute valeur ne saurait être placé dans une situation moins favorable que celle de l'acheteur d'une chose imparfaite »²¹⁹⁰. La comparaison avec la jurisprudence de la Convention est ici très pertinente, sans qu'il ne soit nécessaire de rappeler que la réduction du prix a été, entre autres, inspirée par l'article 50 de cette dernière, en plus du droit des contrats spéciaux.

²¹⁸¹ F. CHÉNEDÉ, « La réduction du prix », *précit.* ; F. LIMBACH, « Exécution imparfaite de la prestation et réduction du prix », *précit.* : « Concrètement, on obtient le prix recalculé en multipliant le prix stipulé par la fraction ayant pour numérateur la valeur de la prestation fournie et pour dénominateur la valeur de la prestation due ».

²¹⁸² E. GARAUD, « À prestation imparfaite exécutée, prix proportionnellement réduit », *RLDC* 1^{er} oct. 2019, n°174 ; F. LIMBACH, « Exécution imparfaite de la prestation et réduction du prix », *précit.*

²¹⁸³ F. LIMBACH, « Exécution imparfaite de la prestation et réduction du prix », *précit.*

²¹⁸⁴ *Ibid.*

²¹⁸⁵ *Ibid.*

²¹⁸⁶ G. ROUHETTE, I. DE LAMBERTERIE, D. TALLON et C. WITZ, *Principes du droit européen du contrat, op. cit.*, art. 9: 401 (1) : « La partie qui accepte une offre d'exécution non conforme au contrat peut réduire le prix. La réduction est proportionnelle à la différence entre la valeur de la prestation au moment où elle a été offerte et celle qu'une offre d'exécution conforme aurait eue à ce moment ».

²¹⁸⁷ F. LIMBACH, « Exécution imparfaite de la prestation et réduction du prix », *précit.*

²¹⁸⁸ *Ibid.*

²¹⁸⁹ Cour suprême aut., 23 mai 2005 et Cour féd. Just. All., 2 mars 2005, *D.* 2007, p. 530, obs. C. WITZ, « Droit uniforme de la vente internationale des marchandises ».

²¹⁹⁰ F. CHÉNEDÉ, *Droit des obligations et des contrats, op. cit. spéc.* p. 172, n°128.151.

Cette possibilité semble donc parfaitement envisageable : la réduction du prix peut aller jusqu'à ramener le prix à zéro²¹⁹¹.

462. Le dépassement de la proportionnalité mathématique – Cependant, il faut admettre que l'étude de la jurisprudence n'est pas très éclairante sur la façon de réduire le prix²¹⁹², et une décision récente semble montrer que la méthode de réduction du prix ne fait pas l'objet d'une « proportionnalité arithmétique »²¹⁹³, à toute épreuve. Dans ce cas d'espèce, une construction d'une piscine présentait des malfaçons. La cour d'appel en charge de ce litige a accepté la réduction du prix en estimant que le maître de l'ouvrage était libéré de sa mauvaise exécution par les deux acomptes déjà versés à l'installateur de la piscine, sans s'intéresser au montant de « la moins-value engendrée par des malfaçons dans la construction d'une piscine »²¹⁹⁴. Comme l'explique Monsieur Houtcieff, « la proportionnalité n'est à la vérité arithmétiquement appréciée que lorsque les textes en fixent les critères [...] l'article 1223 du Code civil est loin d'une pareille rigueur, ménageant ainsi une marge d'appréciation judiciaire »²¹⁹⁵. Il faut saluer cette absence de conditions strictes dans la méthode de réduction du prix car elle pour mérite d'être adaptable et adaptée à toutes les situations contractuelles. En effet, comme l'explique Monsieur Limbach, lorsque la réduction du prix concerne une obligation de résultat, il est facile d'effectuer un calcul arithmétique basée sur la moins-value de la prestation principale mais la situation est plus difficile lorsque l'exécution imparfaite concerne une obligation de moyens, « il faut conclure que la qualité, bonne ou mauvaise, d'un résultat réalisé ou non ne saurait avoir une quelconque influence sur l'éventuelle réduction du prix »²¹⁹⁶. De même le retard dans l'exécution peut être difficile à évaluer²¹⁹⁷. Dans ce cas, il est alors satisfaisant que l'article 1223 ne propose pas de méthode de calcul stricte afin de pouvoir s'adapter aux différentes

²¹⁹¹ F. LIMBACH, « Exécution imparfaite de la prestation et réduction du prix », *précit.* ; Pour une vision plus nuancée : G. CHANTEPIE, « Contrats – effets – sanctions de l'inexécution », *op. cit.* n°228.

²¹⁹² En l'état, aucun arrêt de la Cour de cassation relatif à la réduction du prix prévue à l'article 1223 du Code civil ne semble être possible. V. notamment, T. com. Évry, 13 juin 2017, n°2017F00172 ; T. com. Guéret, 28 février 2018, n°2016001550.

²¹⁹³ D. HOUTCIEFF, « La réduction du prix », *Gaz. Pal.* 2022, n°1, p. 4, note sous CA Aix-en-Provence, ch. 1-8, 23 sept. 2021, n°18/03109 Mme A c/ SARL DML Piscines, M. COULANGE, prés. M. GUICHARD, cons.

²¹⁹⁴ F. LIMBACH, « Exécution imparfaite de la prestation et réduction du prix », *précit.*

²¹⁹⁵ D. HOUTCIEFF, « La réduction du prix », *Gaz. Pal.* 2022, n°1, p. 4, note sous CA Aix-en-Provence, ch. 1-8, 23 sept. 2021, *précit.*

²¹⁹⁶ F. LIMBACH, « Exécution imparfaite de la prestation et réduction du prix », *précit.* : « Cela vaut dans les deux sens : il est évidemment acquis que si le débiteur s'est conformé à son obligation de mettre en œuvre des moyens adéquats, peu importe que le résultat ne soit pas celui auquel aspirait le créancier ; une réduction est alors exclue. Mais si l'on admet cette solution, l'inverse doit être également vrai : si le débiteur met en œuvre des moyens de piètre qualité, cela doit permettre au créancier de réduire le prix, même si, par chance, le résultat espéré par le créancier se réalise malgré l'insuffisance de l'effort entrepris ».

²¹⁹⁷ E. GARAUD, « A prestation imparfaite exécutée, prix proportionnellement réduit », *précit.*

situations contractuelles. Il faut rappeler brièvement ici que la qualification de cette sanction en prérogative contractuelle renforce cette affirmation puisque qu'elle a pour intérêt d'adapter le contrat²¹⁹⁸. La réduction du prix est « une adaptation du contrat à la mesure de ce qui est advenu »²¹⁹⁹ et les parties, et en cas de contestation le juge, doivent pouvoir réduire le prix « en gardant à l'esprit le sens des proportions »²²⁰⁰.

463. Bilan B – Par conséquent, il faut retenir que « la réduction a pour but de placer le créancier dans une position équivalente à celle qu'il aurait occupée en cas d'exécution parfaite »²²⁰¹. Elle n'empêche pas les parties de réaliser des affaires et même si le demandeur s'enrichit malgré une prestation imparfaite, il faut admettre que cela n'est pas un problème. La sanction de réduction du prix présente une particularité importante en ce que, en plus de son exercice qui doit être proportionné, la réduction en elle-même, à savoir la modification du prix, doit également faire tenir compte d'une diminution proportionnelle, la plupart du temps arithmétique, mais pas toujours comme en témoigne la jurisprudence. En l'absence d'une telle possibilité et en cas de contestation, le montant de réduction du prix est apprécié, souverainement, par les juges. Ce dernier pourrait dans certaines situations, être égal cent pour cent, ramenant alors le prix final à zéro.

464. Conclusion du §1 – L'exercice des sanctions unilatérales doit être proportionné, de la même manière que la formation du contrat et son contenu doivent l'être²²⁰². Pour être mises en œuvre les sanctions unilatérales doivent donc faire la balance entre l'inexécution et la sanction adéquate. « On retiendra que, pour le contrôle de l'adéquation de la sanction, on pourchasse la seule disproportion »²²⁰³. Par conséquent, l'exercice de la sanction ne doit pas être disproportionné à l'inexécution en cause. Cette condition est essentielle et commune à toutes les sanctions unilatérales. Toutefois, la réduction du prix doit être proportionnée à l'inexécution, l'exercice même de la sanction doit également l'être. Par conséquent, on remarque que la condition de l'exercice proportionné des sanctions peut être éclairée par la prise en compte du

²¹⁹⁸ V. *supra* n°s 182 et s. ; L. MOLINA, *La prérogative contractuelle*, op. cit. ; D. HOUTCIEFF, « L'étendue des nouveaux pouvoirs unilatéraux du contractant », *précit.* et du même auteur, « La réduction du prix », *Gaz. Pal.* 2022, n°1, p. 4, note sous CA Aix-en-Provence, ch. 1-8, 23 sept. 2021, *précit.*

²¹⁹⁹ E. SAVAUX, « Article 1223 : la réduction du prix », *précit.*

²²⁰⁰ E. GARAUD, « À prestation imparfaite exécutée, prix proportionnellement réduit », *précit.*

²²⁰¹ F. LIMBACH, « Exécution imparfaite de la prestation et réduction du prix », *précit.*

²²⁰² J. MESTRE, « Une exigence de proportionnalité dans la formation du contrat », *RTD Civ.* 1998, p. 100 et du même auteur, « Une exigence de proportionnalité dans le contenu du contrat », *RTD Civ.* 1998, p. 101.

²²⁰³ S. LE GAC-PECH, « Sauvons le contrôle de proportionnalité de la sanction », *précit.*

type de sanction, et non pas celle du type de contrat ou de la qualification des sanctions unilatérales en prérogatives contractuelles.

Il semble qu'il en aille différemment lorsqu'il s'agit de développer le contrôle de proportionnalité des sanctions unilatérales (§2).

§2 : L'éclaircissement du contrôle de proportionnalité des sanctions unilatérales

465. La prise en compte de la protection de la partie faible et de la qualification de prérogative contractuelle dans le contrôle de proportionnalité des sanctions unilatérales – Si les sanctions unilatérales doivent être mises en œuvre de manière proportionnée, corrélativement, cela implique que la disproportion de cet exercice peut être contestée. Autrement dit, les sanctions unilatérales doivent donc pouvoir faire l'objet d'un contrôle de proportionnalité. Quel est le type de contrôle exercé ? Qui exerce ce contrôle ?

D'abord, le créancier doit effectuer un contrôle *a priori* de la proportionnalité de la sanction pour en réaliser une mise en œuvre efficace. Cependant, en cas de contestation, le débiteur doit aussi effectuer ce contrôle pour estimer si l'exercice de la sanction peut être contesté. Enfin, le juge exerce également un contrôle de proportionnalité lorsqu'il est saisi en contestation d'une sanction. Le contrôle de proportionnalité dans l'exercice des sanctions unilatérales peut donc être exercé par les parties, mais aussi par le juge.

Si l'impératif de protection de la partie faible nous permet d'affirmer que toutes les sanctions unilatérales ne doivent pas toujours pouvoir être exercées, à l'image des sanctions anticipées dans les contrats d'adhésion, cet impératif ne nous permet pas, à lui seul, de déterminer dans quel cas le recours à une sanction est proportionné face à l'inexécution du débiteur défaillant.

Il en va de même pour le régime de la prérogative contractuelle qui, s'il permet d'agrandir le champ de l'inexécution donnant lieu à l'exercice des sanctions unilatérales, ne parvient pas également, à lui seul, à apporter des éléments de précisions quant au contrôle de proportionnalité des sanctions unilatérales. En effet, l'exercice proportionné de la sanction unilatérale découle également du type de sanction.

Il est donc nécessaire pour compléter l'amélioration des sanctions unilatérales de développer la proportionnalité dans l'exercice des sanctions en prenant en compte, le régime de la prérogative contractuelle, la protection de la partie faible mais aussi, et surtout, le type de sanction. Afin d'apporter des éléments d'éclairages au contrôle de proportionnalité des sanctions unilatérales et donc de le préciser, il apparaît possible de prendre en compte la

protection de la partie faible qui se traduit par une adaptation des règles en fonction du type de contrat. La nature des sanctions unilatérales est également un élément important pour éclairer la mise en œuvre de ce contrôle. Il faut donc revenir sur le contrôle de proportionnalité (A) et sa mise en œuvre (B).

A. Les éclairages relatifs au contrôle de proportionnalité des sanctions unilatérales en fonction du type de contrat

466. Le contrôle de proportionnalité fait l'objet depuis longtemps de nombreuses discussions. La doctrine n'est pas unanime sur ce dernier. En cas d'exercice disproportionné, les sanctions unilatérales peuvent faire l'objet d'une contestation et d'un contrôle. Comment s'exerce ce dernier ?

467. L'incidence de la proportionnalité finalisée sur la prise en compte d'une nouvelle dichotomie entre les contrats d'adhésion et de gré à gré dans les sanctions unilatérales – La proportionnalité finalisée permet de valider la distinction cardinale entre les contrats d'adhésion et de gré à gré. En effet, il n'y a pas d'égalité entre les contractants dans les contrats d'adhésion. Afin de maintenir la proportionnalité dans ces contrats, des règles spéciales doivent être présentes pour rétablir l'équilibre entre les parties. Effectivement, « s'il ne saurait être question de lutter systématiquement contre tous les déséquilibres en vue d'assurer une équivalence arithmétique dans le contrat, on ne peut non plus se résigner à admettre, sur l'autel de la liberté contractuelle, les injustices les plus criantes, autrement dit, les déséquilibres contractuels excessifs ou significatifs qui n'ont d'autre justification que l'impossibilité pour un des contractants de négocier le contrat »²²⁰⁴. Ces règles spéciales veillent à ce qu'il n'y ait pas de disproportion manifeste entre les droits et les obligations des parties²²⁰⁵. En ce sens, ces règles constituent des justes mesures et font partie du principe de proportionnalité. Le contrôle de la proportionnalité finalisée n'est pas nouveau. À ce titre, le contrôle des clauses abusives en droit de la consommation²²⁰⁶, mais aussi et désormais, en droit civil, sont de bons exemples.

²²⁰⁴ D. MAZEAUD, « Le principe de proportionnalité et la formation du contrat », in le colloque « Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé des contrats ? », *précit.* p. 12 s.

²²⁰⁵ *Ibid.* : « La disproportion peut d'abord exister entre les droits, les pouvoirs et les obligations respectifs des cocontractants ».

²²⁰⁶ M. BÉHAR-TOUCHAIS, « Rapport introductif », *précit.* ; D. MAZEAUD, « Le principe de proportionnalité et la formation du contrat », *précit.*

On pourrait donc affirmer qu'avec la consécration de la catégorie des contrats d'adhésion, les situations d'adhésion font partie des « situations de proportionnalité »²²⁰⁷, dans lesquelles il serait nécessaire de rétablir l'équilibre. De plus, la proportionnalité finalisée se rapproche de la proportionnalité objective²²⁰⁸. Cette dernière est basée sur une conception du contrat « conçu comme un outil de domination et donc de déséquilibre, perçu à travers l'échange économique »²²⁰⁹. Dans ce cas, « la proportionnalité devra être assurée par l'élision de la volonté et son remplacement par des critères objectifs »²²¹⁰. Par conséquent, dans la proportionnalité objective, « c'est bien d'un équilibre entre les prestations qu'il s'agit »²²¹¹, dont le contrôle « ne se déclenche le plus souvent qu'au-delà d'un certain seuil : toute disproportion ne saurait être prise en considération. Celle-ci doit être, selon les cas, manifeste, excessive, etc. »²²¹². Dans l'hypothèse des contrats d'adhésion, la proportionnalité objective serait à l'œuvre et se rapprocherait de la proportionnalité finalisée, ce qui explique les règles protectrices de ces contrats. En présence de contrats de gré à gré, au contraire, la proportionnalité finalisée se détacherait de la proportionnalité objective car *a priori*, de base, le contrat est équilibré lors de sa formation.

468. L'importance de la prise en compte de la nouvelle dichotomie entre les contrats d'adhésion et de gré à gré dans le contrôle de proportionnalité – D'une manière générale, prendre en compte le type de contrat participerait au contrôle de l'exercice proportionné des sanctions unilatérales et à l'exercice d'une proportionnalité finalisée. En effet, la prise en compte de la *summa divisio* permettrait de rendre compte que la disproportion manifeste entre l'exercice d'une sanction unilatérale et l'inexécution constatée doit s'apprécier différemment en fonction du type de contrat. Le contrôle de proportionnalité objective est « une sanction

²²⁰⁷ M. BÉHAR-TOUCHAIS, « Rapport introductif », *précit.* ; D. MAZEAUD, « Le principe de proportionnalité et la formation du contrat », *précit.*

²²⁰⁸ M. BÉHAR-TOUCHAIS, « Conclusion », *précit.* : « En effet, quand on parle d'équilibre objectif, on parle d'un équilibre véritable. On comprend alors que les auteurs respectueux du principe de la liberté contractuelle, s'insurgent contre un principe de proportionnalité, qui serait conçu comme un principe d'équilibre objectif, et qu'ils concèdent uniquement qu'il existe un contrôle des déséquilibres excessifs. Au contraire, le principe de proportionnalité au sens de principe de juste mesure conduit directement à ne sanctionner que les disproportions manifestes, car c'est seulement dans ce cas qu'il y a inadéquation des moyens employés au but poursuivi. Il ne prétend pas imposer l'équilibre objectif dans le contrat. Dès lors, on le voit, les oppositions sont finalement moins tranchées qu'elles ne sont apparues de prime abord ».

²²⁰⁹ N. MOLFESSIS, « Le principe de proportionnalité et l'exécution du contrat », *précit.*

²²¹⁰ *Ibid.* À l'inverse, « dans une conception subjective, c'est précisément par le contrat que se fait la justice. Les termes de l'échange sont alors, par hypothèse même, le reflet de la proportionnalité entre les obligations réciproquement stipulées. Loin de desservir la justice et le respect de la proportionnalité, la liberté contractuelle, et avec elle la force obligatoire du contrat, en seront bien les meilleurs garants ».

²²¹¹ H. LÉCUYER, « Le principe de proportionnalité et l'extinction du contrat », *précit.*

²²¹² N. MOLFESSIS, « Le principe de proportionnalité et l'exécution du contrat », *précit.*

infligée au créancier, une rupture d'égalité qui s'abrite derrière une certaine idée de justice contractuelle »²²¹³. C'est pourquoi, nous estimons que ce contrôle devrait être exercé plus sévèrement dans les contrats d'adhésion que dans les contrats de gré à gré où les parties seraient plus libres d'agir car plus aptes à protéger leurs propres intérêts et où la proportionnalité n'est pas objective. En effet, « on peut éventuellement admettre qu'il soit [le contrôle de proportionnalité objective] l'instrument d'une plus grande justice, dans un contexte d'inégale puissance entre contractants. On ne peut manquer, dans le même temps, de penser que sa généralisation, inéluctablement, mettrait le contrat en danger »²²¹⁴. Par conséquent, la prise en compte de la *summa divisio* dans le contrôle de proportionnalité apparaît pertinente, afin de protéger la partie faible. *A fortiori*, le contrôle de proportionnalité des sanctions unilatérales devrait donc en tenir compte.

469. Bilan du A – Finalement, il faut alors admettre que la proportionnalité recherchée dans les sanctions unilatérales est une proportionnalité finalisée. Autrement dit, « la juste sanction ne serait rien d'autre qu'une sanction mesurée »²²¹⁵. Toutefois, depuis la consécration des contrats d'adhésion en droit positif, une différence de proportionnalité finalisée s'imposerait entre les contrats d'adhésion et de gré à gré. Dans les contrats d'adhésion, cette dernière tendrait à se rapprocher de la proportionnalité objective, ce qui ne serait pas le cas dans les contrats de gré à gré. Afin de déterminer le type de contrôle de proportionnalité, il nous semblerait pertinent de prendre en compte le type de contrat (adhésion ou de gré à gré). En effet, le contrôle de proportionnalité peut recouvrir diverses significations. Pour les sanctions unilatérales, le contrôle de proportionnalité consisterait en l'appréciation de la disproportion manifeste entre l'exercice de la sanction et l'inexécution en cause. Pour protéger la partie faible, cette appréciation devrait être différente en fonction du type de contrat. Cette appréciation devrait être laissée libre. Toutefois, on peut supposer que ce contrôle devrait être plus sévère dans les contrats d'adhésion, que dans les contrats de gré à gré²²¹⁶

²²¹³ N. MOLFESSIS, « Le principe de proportionnalité et l'exécution du contrat », *précit.*

²²¹⁴ *Ibid.* Comp. H. LÉCUYER, « Le principe de proportionnalité et l'extinction du contrat », *précit.* : « Que la proportionnalité objective s'érige contre les volontés, cela est parfaitement admissible lorsque le déséquilibre est très profond, lorsque l'engagement est manifestement déraisonnable ; la disproportion objective révèle alors en fait un consentement altéré : une volonté libre et éclairée n'aurait pu vouloir cela. Sinon, c'est imposer sans raison une proportionnalité objective contre la volonté des contractants ».

²²¹⁵ S. LE GAC-PECH, « Sauvons le contrôle de proportionnalité de la sanction », *précit.*

²²¹⁶ Comp. V. *supra* n°348.

Le type de contrôle de proportionnalité éventuel venant d'être, désormais, déterminé, il convient revenir sur sa mise en œuvre pour comprendre que, sur ce point, le type de contrat est moins déterminant (B).

B. Les éclairages relatifs à l'exercice du contrôle de proportionnalité des sanctions unilatérales suivant la qualification de prérogative contractuelle

470. Comment sanctionner l'exercice disproportionné d'une sanction unilatérale ? Faut-il accepter que le contrôle de proportionnalité soit un contrôle spécifique, différents d'autres mécanismes connus, pourtant apte à contrôler la proportionnalité de l'exercice des sanctions unilatérales ?

471. L'intérêt de ne pas généraliser un contrôle de proportionnalité spécifique aux sanctions unilatérales – Il est possible de croire en l'existence d'un contrôle de proportionnalité distinct des autres mécanismes connus²²¹⁷, et donc de créer un contrôle spécifique au contrat et adapté aux sanctions unilatérales. « En permettant l'éradication des clauses disproportionnées ou en combattant la sanction disproportionnée, ce contrôle réalise une avancée importante dans l'articulation des intérêts particuliers »²²¹⁸. Ce contrôle de proportionnalité serait dérivé du « contrôle conventionnel de proportionnalité »²²¹⁹, s'incarnerait alors en la détermination d'une « juste sanction »²²²⁰ et devrait exister de manière autonome²²²¹. Cependant, à notre sens, il n'est pas nécessaire de généraliser un contrôle de proportionnalité *ad hoc* car « notre droit positif recèle déjà des concepts qui suffisent à lutter

²²¹⁷ S. LE GAC-PECH, « Le nouvel art de juger : quand la proportionnalité s'invite dans la mise en œuvre de la règle de droit », *précit.* : « [...] l'idéal de Justice passe au contraire par un contrôle concret de proportionnalité nécessairement singulier ». Les juges de cassation doivent adopter une motivation enrichie de leurs arrêts lorsqu'ils exercent un contrôle de proportionnalité (D. HOUTCIEFF, « Par la loi, mais au-delà de la loi », *AJ Contrat* 2017, p. 175), c'est-à-dire en réalisant une appréciation des intérêts en présence, en réalisant « un compromis entre des normes en conflit en créant une nouvelle norme » (C. JAMIN, « Juger et motiver. Introduction comparative à la question du contrôle de proportionnalité en matière de droit fondamentaux », *RTD civ.* 2015, p. 263 s.)

²²¹⁸ S. LE GAC-PECH, « Le nouvel art de juger : quand la proportionnalité s'invite dans la mise en œuvre de la règle de droit », *précit.* ; et du même auteur, « Que reste-t-il du principe de liberté contractuelle en droit de la distribution », *JCP E* 2017, p. 1053.

²²¹⁹ S. LE GAC-PECH, « Le nouvel art de juger : quand la proportionnalité s'invite dans la mise en œuvre de la règle de droit » *précit.*

²²²⁰ S. LE GAC-PECH, « L'adéquation de la sanction face à la brutalité de la rupture d'une relation commerciale établie », *JCP E* 2017, 1066, note sous Cass. Com. 18 oct. 2016, n°15-13.834 : « En s'intéressant au caractère approprié de la sanction, les juges envisagent un aspect essentiel de l'indemnisation des fournisseurs comme des distributeurs à l'occasion de la rupture de la relation de distribution. [...] En prenant en compte la gravité modérée de l'infraction, l'absence d'abus de puissance de marché, tout en considérant l'importance du chiffre d'affaires des sociétés Carrefour et l'effet d'entraînement que peut avoir leur comportement, les juges du fond ont souverainement apprécié le montant de l'amende prononcée ». Ici il est question d'adapter la sanction à l'inexécution.

²²²¹ S. LE GAC-PECH, « Retour sur la proportionnalité » in *Mélanges en l'honneur du Professeur Françoise Dekeuwer-Défossez*, Monchrestien, Lextenso éditions, 2012, p. 473, spéc. p. 476.

contre ce fléau »²²²², à savoir les disproportions manifestes et excessives entre le recours à une sanction unilatérale et une inexécution²²²³. L'exigence de proportionnalité « s'abrite le plus souvent derrière des appellations autres, toutes aussi floues ou imprécises, contrôle de l'abus, de la bonne foi, de l'équité, sanction des excès, des déséquilibres ou encore du déraisonnable »²²²⁴. En effet, ces différents concepts peuvent servir d'outil pour contrôler l'exigence de l'exercice proportionné des sanctions unilatérales²²²⁵. De plus, ne pas créer de contrôle de proportionnalité spécifiques

aux sanctions unilatérales permettrait d'éviter les dérives du contrôle de proportionnalité, classiquement reconnues²²²⁶.

472. Les sanctions unilatérales appartiennent à la catégorie des prérogatives contractuelles. « Le contrat, dans sa formation et son exécution [et en cas d'inexécution] doit respecter un équilibre entre les prestations et un équilibre global entre les droits et les obligations des parties et entre les clauses »²²²⁷. La théorie de l'abus de droit dans l'exercice des sanctions unilatérales permettrait au juge de sanctionner les disproportions manifestes entre le recours à ces dernières et l'inexécution en cause²²²⁸. Dans ce cas, il se fonde sur l'abus de droit. Pour comprendre que l'exercice disproportionné de la sanction unilatérale peut être sanctionnée par l'abus de droit, il faut revenir sur cette théorie (1) et l'appliquer à l'exercice disproportionné des sanctions unilatérales (2).

1) La théorie de l'abus de droit applicable à l'exercice disproportionné des sanctions unilatérales

473. La théorie de l'abus de droit – « L'abus de droit suppose un droit dont il est abusé (de sorte, au demeurant, que la formulation exacte devrait être « l'abus d'un droit ») »²²²⁹. En d'autres termes, « tant que l'on reste dans le cadre de son droit, l'on peut nuire à autrui sans se

²²²² D. MAZEAUD, « Le principe de proportionnalité et la formation du contrat », *précit.*

²²²³ Comp. A. BÉNABENT, « Un culte de la proportionnalité...un brin disproportionné », *précit.* ; P. PUIG, « L'excès de proportionnalité », *précit.*

²²²⁴ N. MOLFESSIS, « Le principe de proportionnalité et l'exécution du contrat », *précit.*

²²²⁵ Comp. D. MAZEAUD, « Le principe de proportionnalité et la formation du contrat », *précit.*

²²²⁶ A. BÉNABENT, « Un culte de la proportionnalité...un brin disproportionné », *précit.*

²²²⁷ C. THIBIERGE-GUELFUCCI, « Libre propos sur la transformation du droit des contrats », *précit.*

²²²⁸ M. BÉHAR-TOUCHAIS, « Rapport introductif » *précit.* : « Quoi qu'il en soit, la disproportion des moyens employés par rapport aux objectifs poursuivis peut être le signe de l'abus ou de la mauvaise foi. Dans ce cas, le critère de la proportionnalité (ou plus précisément ici de la disproportion) va servir à affiner la théorie de l'abus de droit ou celle de la bonne foi ».

²²²⁹ L. CADIET et Ph. LE TOURNEAU, « Abus de droit », *Rép. Civ. Dalloz*, actualisation sept. 2022, n°8.

voir reprocher un abus ; et si, au-delà, on peut engager sa responsabilité, c'est que précisément, les limites du droit ont été dépassées »²²³⁰. Issue du droit des biens²²³¹, cette théorie a fait l'objet de nombreuses discussions doctrinales²²³² et a fini par prendre corps en droit des contrats, au point que l'on puisse affirmer que « le droit des contrats tend même à devenir la terre d'élection de la théorie de l'abus de droit, aux dépens du droit des biens, où elle naquit et s'illustra longtemps »²²³³. En droit des contrats, comme ailleurs, la théorie de l'abus de droit nécessite donc la présence d'un droit. Pour la mettre en œuvre, il faut caractériser un abus dans l'exercice d'un droit subjectif. Par opposition au droit objectif, « le droit subjectif est le droit du sujet »²²³⁴. Il peut se définir comme une « prérogative individuelle reconnue et sanctionnée par le Droit objectif qui permet à son titulaire de faire, d'exiger ou d'interdire quelque chose dans son propre intérêt ou parfois, dans l'intérêt d'autrui »²²³⁵. Précisons que la définition des droits subjectifs a fait l'objet de diverses appréciations²²³⁶ et de nombreuses oppositions²²³⁷.

Aujourd'hui, il est possible d'affirmer que « le droit subjectif constitue une reconnaissance, par le droit objectif, de l'intérêt ou du désir d'une personne envers tel ou tel avantage matériel ou moral, cette reconnaissance se manifestant par l'attribution de la ou des prérogatives juridiques permettant de l'assouvir »²²³⁸. Les sanctions unilatérales appartiennent à la catégorie des prérogatives contractuelles. La prérogative pourrait être considéré comme un droit subjectif²²³⁹. En effet, « la qualification juridique de la prérogative contractuelle en droit subjectif s'impose à la fois négativement, par l'inadéquation des qualifications de liberté, de

²²³⁰ F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE et F. CHÉNEDÉ, *Droit civil, les obligations*, op. cit. spéc. p. 1091, n°968.

²²³¹ W. DROSS, *Droit des biens*, LGDJ, Domat droit privé, 5^{ème} éd., 2021, spéc. n°76.

²²³² V. notamment les débats animés entre JOSSERAND et PLANIOL et repris par G. RIPERT, « Abus ou relativité des droits, *Revue critique législative et juridique* 1929, spéc. p. 277 s.

²²³³ L. CADIET et Ph. LE TOURNEAU, « Abus de droit », *précit.* n°79 et n°46 : « il y a longtemps que l'abus de droit ne se limite plus à l'abus du droit de propriété ».

²²³⁴ D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, op. cit. v° Droit subjectif.

²²³⁵ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, op. cit. v. « Droit », n°4.

²²³⁶ J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, op. cit. p. 1205 et s. ; P. ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, Dalloz, 1963, spéc. p. 151 s.

²²³⁷ Le droit subjectif a pu être comparé à la notion de pouvoir ou de liberté, v. en ce sens, L. MOLINA, *La prérogative contractuelle*, op. cit. spéc. p. 116, n°92 : « Au contraire de la liberté le droit subjectif traduit une relation inégalitaire » ; L. CADIET et Ph. LE TOURNEAU, « Abus de droit », *précit.*, n°9 « Droit et liberté » ; E. GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé*, préf. G. CORNU, Economica 1985, n°27 s. qui propose de « restreindre la catégorie des droits subjectifs aux seules prérogatives accordées à une personne pour la réalisation de ses intérêts propres et de la distinguer de la catégorie des pouvoirs : ceux-ci seraient les prérogatives accordées à une personne dans l'intérêt d'autrui » (L. CADIET et Ph. LE TOURNEAU, « Abus de droit », *précit.*, n°12 « Droits subjectifs et pouvoirs »). Autrement dit « tandis que le pouvoir désigne une prérogative conférée à un individu dans un intérêt au moins partiellement distinct du sien, le droit subjectif est une possibilité d'agir conférée dans l'intérêt exclusif de son titulaire », D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, op. cit. v° Droit subjectif.

²²³⁸ J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, op. cit. p. 205 et s.

²²³⁹ En ce sens, L. MOLINA, *La prérogative contractuelle*, op. cit. spéc. p. 620, n°537. « la prérogative contractuelle est un droit subjectif ».

pouvoir et de faculté, et positivement. Il ne fait pas de doute qu'elle corresponde en premier lieu à un avantage pour son titulaire que le droit objectif a légitimé et justifié en lui conférant des effets juridiques »²²⁴⁰. La théorie de l'abus de droit semble pouvoir s'appliquer aux sanctions unilatérales, qui sont des droits subjectifs. Les sanctions unilatérales sont des prérogatives individuelles. Elles sont reconnues par le droit objectif puisqu'elles sont désormais codifiées au titre des articles 1217 et suivants du Code civil. Par ailleurs, l'exercice des sanctions unilatérales permet aux créanciers, victimes d'une inexécution, de régler ce problème.

Ainsi, la théorie de l'abus de droit s'applique pour « le cas dans lequel le titulaire d'un droit subjectif exerce ce droit de façon fautive »²²⁴¹. Elle semble même pouvoir s'appliquer à l'exception d'inexécution, qui même si elle n'est pas une prérogative contractuelle²²⁴², peut être qualifiée de droit subjectif²²⁴³. Toutes les sanctions de l'inexécution peuvent faire l'objet de la théorie de l'abus de droit. Il faut alors savoir comment se caractérise l'abus dans la théorie de l'abus de droit et quelles sont ses sanctions.

474. La caractérisation de l'abus et les sanctions – La notion d'abus est difficilement saisissable. Elle fait écho aux oppositions doctrinales de l'abus de droit. Il existe deux conceptions de l'abus : la « conception individualiste » et la « conception finaliste »²²⁴⁴. Dans la conception individualiste, ou subjective, l'abus est caractérisé suivant la faute commise dans l'exercice du droit²²⁴⁵. En d'autres termes, « l'abus n'existera que si le droit a été exercé avec l'intention de nuire »²²⁴⁶ mais aussi « l'on admet qu'il puisse y avoir abus du seul fait que le droit a été exercé avec *imprudence* ou *négligence*, sans les précautions nécessaires qu'aurait prise un être raisonnable envisagé *in abstracto* »²²⁴⁷. En droit des contrats, l'être raisonnable *in abstracto*, l'ancien « bon père de famille » est incarné par les figures du débiteur et du

²²⁴⁰ L. MOLINA, *La prérogative contractuelle*, op. cit. spéc. p. 117-118, n°94.

²²⁴¹ D. ALLAND et N. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, op. cit. v° Droit subjectif.

²²⁴² V. *supra* n°186.

²²⁴³ L. MOLINA, *La prérogative contractuelle*, op. cit. spéc. p. 537, n°465 : « L'exception d'inexécution fait sens lorsqu'une obligation est inexécutée de sorte que sa contrepartie est mise en suspens. Il y a deux droits qui constituent chacun la réciproque de l'autre. Leur réalisation est suspendue tant que la situation ne se débloque pas ». V. *supra* n°188 et n°189.

²²⁴⁴ Expressions empruntées à L. CADIET et Ph. LE TOURNEAU, « Abus de droit », précit. n°25 et 26, respectivement. Comme l'expliquent ces auteurs, la conception individualiste est reconnue à G. RIPERT et J. BOULANGER, *Traité de droit civil d'après le traité de PLANIOL*, t. 2, 1957. La conception finaliste est celle de L. JOSSERAND, V. L. JOSSERAND, *De l'esprit des droits et leur relativité : théorie dite de l'abus des droits*, préf. D. DEROUSSIN, Dalloz, 2006.

²²⁴⁵ F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE et F. CHÉNEDÉ, *Droit civil, les obligations*, op. cit. spéc. p. 1092, n°969.

²²⁴⁶ L. CADIET et Ph. LE TOURNEAU, « Abus de droit », précit. n°25.

²²⁴⁷ F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE et F. CHÉNEDÉ, *Droit civil, les obligations*, op. cit. spéc. p.1092, n°969.

créancier²²⁴⁸. L'abus peut aussi relever d'une conception finaliste ou objective. Cela signifie que les droits sont accordés aux individus car ils sont des « *fonctions sociales* »²²⁴⁹. Ici, « le contenu psychologique de l'abus est alors très faible, pour ne pas dire inexistant, puisqu'il suffit de rechercher si l'activité entraine bien dans les prévisions du législateur »²²⁵⁰. Cependant, il faut admettre « qu'en recherchant l'abus dans l'exercice d'un droit subjectif, on évite difficilement de remettre en cause les contours de ce droit »²²⁵¹. Il existe donc deux catégories de critères pour caractériser un abus. En droit positif, il n'y a pas d'unité de la notion d'abus de droit. « L'abus est parfois fondé sur l'intention de nuire [...] ; dans d'autres cas, le juge se réfère bien au détournement de fonction [...] ; ou encore à l'anormalité du comportement [...]. Mais cela ne signifie nullement qu'il n'y pas unité *des principes de solution* »²²⁵². Dans tous les cas, l'abus de droit fait référence à la responsabilité civile²²⁵³. Les sanctions sont donc la réparation en nature ou par équivalent²²⁵⁴. Lorsque la responsabilité civile est engagée, il faut caractériser une faute. La faute peut être simple, lourde ou dolosive. La faute lourde et la faute dolosive se rejoignent en jurisprudence²²⁵⁵. La faute dolosive ou lourde est présente « lorsque le titulaire du droit contractuel agit sciemment “par dissimulation ou par fraude” »²²⁵⁶, au contraire de la faute simple. Mais d'autres sanctions sont envisageables en matière d'abus de droit, à l'image de « l'annulation de l'acte [...], son inopposabilité [...] ; la privation totale ou partielle du droit exercé abusivement [...] ; la suppression de la force obligatoire d'une clause contractuelle [...] »²²⁵⁷.

475. L'application de la théorie de l'abus de droit au contrôle de l'exercice disproportionné d'une sanction unilatérale – L'exercice disproportionné d'une sanction unilatérale du créancier par rapport à l'inexécution du débiteur peut être caractérisé d'abus de

²²⁴⁸ J.-C. SAINT PAU, « Droit à réparation, Conditions de la responsabilité contractuelle, Fait générateur, Inexécution imputable au débiteur », *JCL Notarial Répertoire*, fasc. 171-20, nov. 2013, n°9.

²²⁴⁹ F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE et F. CHÉNEDÉ, *Droit civil, les obligations, op. cit.* spéc. p.1092, n°969.

²²⁵⁰ L. CADIET et Ph. LE TOURNEAU, « Abus de droit », *précit.* n°26.

²²⁵¹ F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE et F. CHÉNEDÉ, *Droit civil, les obligations, op. cit.* spéc. p.1092, n°969.

²²⁵² L. CADIET et Ph. LE TOURNEAU, « Abus de droit », *précit.* n°27.

²²⁵³ *Ibid.* n°29 et 37.

²²⁵⁴ F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE et F. CHÉNEDÉ, *Droit civil, les obligations, op. cit.* spéc. p. 1094, n°972 : « Partie intégrante du droit de la responsabilité civile, axée principalement sur la recherche d'une faute, délictuelle ou quasi-délictuelle, la théorie de l'abus du droit porte à considérer que cet abus peut entraîner à la charge de son auteur, soit une réparation en équivalent (dommages et intérêts), soit une réparation en nature, le juge ordonnant les mesures propres à supprimer le dommage, voire à l'empêcher de naître »

²²⁵⁵ Cass. Civ. 29 juin 1932, *DP* 1933, I. 49, note L. JOSSERAND.

²²⁵⁶ L. MOLINA, *La prérogative contractuelle, op. cit.* spéc. p. 419, n°370.

²²⁵⁷ L. CADIET et Ph. LE TOURNEAU, « Abus de droit », *précit.* n°38.

droit. D'abord, l'abus de droit est « un moyen de contrôler l'usage des droits subjectifs »²²⁵⁸. À ce titre, il faut comprendre que les droits subjectifs présentent deux limites issues de l'ordre juridique, objectif. « Les limites externes des droits »²²⁵⁹ représentent « ce que le titulaire du droit peut faire et ce qu'il ne peut pas faire »²²⁶⁰. Il y a aussi « les limites internes des droits »²²⁶¹ qui sont « ce que le titulaire d'un droit a le pouvoir de faire, il ne peut pas le faire de n'importe quelle manière »²²⁶². Comme l'expliquent Messieurs Cadiet et Le Tourneau, « au dépassement des limites externes correspond l'hypothèse du défaut de droit ; au franchissement des limites internes celle de l'abus de droit, et le critère de ce franchissement dépend de la nature du droit. La théorie de l'abus de droit acquiert alors une fonction plus *politique*, car il s'agit de définir la finalité du droit exercé et de contrôler l'adéquation de l'exercice du droit à cette finalité »²²⁶³. Par conséquent, lorsqu'il contrôle l'exercice d'une sanction unilatérale, le juge vérifie l'adéquation de la sanction à sa finalité²²⁶⁴. La finalité des sanction unilatérales est de sanctionner l'inexécution. Il ne faut pas que l'exercice soit alors disproportionné à l'inexécution sinon la finalité de l'exercice du droit à la sanction unilatérale n'est pas respectée.

Ensuite, le Rapport au Président de la République dispose que la disproportion manifeste rendant l'exécution forcée en nature impossible est une « déclinaison de l'abus de droit »²²⁶⁵. Par analogie, pour être exercée valablement, l'exécution forcée en nature indirecte ne doit pas être disproportionnée, entre le coût pour le débiteur et son avantage pour le créancier. De plus, à titre de comparaison, l'abus peut, dans la fixation unilatérale du prix, être caractérisé dès lors que ce dernier est « disproportionné par rapport au but commun des parties au contrat-cadre de distribution, à savoir tirer un certain profit des contraintes acceptées dans l'intérêt des deux cocontractants »²²⁶⁶. Par analogie si l'exercice de la sanction est disproportionné par rapport à l'intérêt des deux cocontractants, il est fort probable que l'abus soit caractérisé. Ainsi, comme

²²⁵⁸ L. CADIET et Ph. LE TOURNEAU, « Abus de droit », *précit.* n°34.

²²⁵⁹ J. GHESTIN, G. GOUBEUX avec le concours de M. FABRE-MAGNAN, *Traité de droit civil, introduction générale*, 4^{ème} éd., LGDJ, 1994, n°765 : « Certains pouvoirs, décrits objectivement d'après leur nature ou leur objet sont accordés et d'autres refusés ».

²²⁶⁰ L. CADIET et Ph. LE TOURNEAU, « Abus de droit », *précit.* n°34.

²²⁶¹ J. GHESTIN, G. GOUBEUX avec le concours de M. FABRE-MAGNAN, *Traité de droit civil, introduction générale*, *op. cit.*, n°765 : « Les prérogatives accordées à une personne par la loi ne le sont pas de façon absolue. Il y a une mesure à respecter dans leur exercice ».

²²⁶² L. CADIET et Ph. LE TOURNEAU, « Abus de droit », *précit.* n°34.

²²⁶³ *Ibid.*

²²⁶⁴ J.-B. JACOB, « De la normativité de la valeur en droit », *Les cahiers de la Justice* 2022, p. 45, spéc. : « Le contrôle du juge peut se réaliser en un contrôle de l'adéquation c'est-à-dire en une évaluation du choix d'un moyen à l'aune d'une finalité qui n'est, en droit, qu'une certaine raison d'agir ».

²²⁶⁵ Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016, *précit.* ; G. LARDEUX, « Le contrôle de proportionnalité des sanctions en matière contractuelle », *précit.*

²²⁶⁶ M. BÉHAR-TOUCHAIS, « Rapport introductif » *précit.* : à titre de comparaison, « le droit de la concurrence l'a bis compris, qui sanctionne sous certaines conditions les prix disproportionnés, qu'ils soient abusivement élevés ou abusivement bas ».

les sanctions unilatérales sont des prérogatives contractuelles, l'exercice disproportionné de l'une d'entre elles constitue une faute, l'abus d'un droit. Finalement, comme l'explique un auteur au sujet des sanctions unilatérales, « on voit bien que le pouvoir que le législateur a souhaité conférer au juge par son intervention *a posteriori* est un pouvoir de régulation, un pouvoir de modération qui trouve classiquement sa source dans l'abus de droit par le créancier et qui se traduit par le contrôle du respect des mécanismes procéduraux pour la mise en œuvre des prérogatives unilatérales et dans un contrôle de proportionnalité des intérêts en présence. L'équilibre est subtil »²²⁶⁷. Le juge peut alors effectuer un contrôle de l'abus de droit et vérifier que l'exercice de la sanction unilatérale n'est pas abusif. Il peut aussi effectuer un contrôle de proportionnalité en vérifiant que l'exercice de la sanction par le créancier est proportionné à l'inexécution du débiteur en réalisant une balance entre les intérêts des parties. Dans ce cas, « ces critères pourraient d'ailleurs s'entremêler, l'approche en termes de proportionnalité pouvant fonder le constat d'un abus de droit »²²⁶⁸. Enfin, même s'il se rapproche de la fraude, l'abus s'en distingue puisqu'à la différence de ce dernier, la fraude « suppose une manipulation des éléments de rattachement d'une situation, destinée à la soustraire, à une règle pour la soumettre à une autre : elle se repère souvent à un certain degré d'artifice dans la démarche »²²⁶⁹. Finalement, la nuance est très fine entre l'abus de droit et le contrôle de proportionnalité.

476. Le contrôle de proportionnalité dans l'exercice des sanctions unilatérales et la nouvelle dichotomie entre les contrats d'adhésion et de gré à gré – Pour apprécier la disproportion, et donc caractériser un abus, le juge doit-il tenir compte de la qualité des parties ? A titre de comparaison, un auteur s'est intéressé à cette question en ce qui concerne l'exécution forcée en nature²²⁷⁰. Selon lui, il existerait un risque dans l'appréciation effectuée par les juges du fond à ce niveau en ce qui concerne les statuts des parties. En effet, « l'analyse des relations

²²⁶⁷ N. ANCEL, « Le juge et les remèdes à l'inexécution du contrat », *précit.*

²²⁶⁸ J. ROCHFELD, « Remarques sur les propositions relatives à l'exécution et l'inexécution du contrat : la subjectivation du droit à l'exécution », *précit.*

²²⁶⁹ R. LIBCHABER, « Persistance et renouvellement de l'analyse de l'abus de droit », *RDC/3* 2019, p. 33.

²²⁷⁰ G. CAUVIN, « L'exécution forcée des contrats de construction dans le nouveau droit des obligations », *précit.* : « Le juge appréciera-t-il de la même façon la disproportion manifeste – entre son coût pour le débiteur et son intérêt pour le créancier – selon l'importance du constructeur : société multinationale ou artisan régional ? Est-ce à dire que le coût doit être évalué en fonction de la « surface » financière du débiteur ? Le coût doit-il être apprécié différemment entre une entreprise saine et une autre en cessation des paiements ? Contrairement à l'esprit du texte, la bonne foi pourrait alors être comprise comme la loyauté avec laquelle le débiteur démontre que l'exécution constitue un coût important pour lui. L'application de ce texte deviendrait ainsi une question d'opportunité, et non de justice ». Rappr. F. CHENEDÉ, *Droit des obligations et des contrats, op. cit. spéc.* p. 165, n°128.112. et comp. P. PUIG, « L'excès de proportionnalité », *précit.*

entre les « rôles » et les « statuts » varie selon les situations »²²⁷¹. C'est probablement la raison pour laquelle la jurisprudence refuse de systématiser les critères de l'abus dans la théorie de l'abus de droit²²⁷². Dans ces conditions, l'abus peut être caractérisé par une action, une abstention²²⁷³ mais aussi par « l'existence d'une intention de nuire ou à la mauvaise foi patente »²²⁷⁴. Ainsi, pour qualifier l'exercice disproportionné d'une sanction unilatérale qui dégénérerait en abus, le juge pourrait alors, à notre sens, prendre en compte, non pas la qualité des parties mais plutôt le type de contrat conclu (comme il le fait déjà en droit de la concurrence où l'abus de position dominante est spécifiquement sanctionné²²⁷⁵). De plus, à l'image du droit commercial, les parties à un contrat d'adhésion ne disposent pas de forces équivalentes. Pour éviter les abus, le Code de commerce interdit l'exploitation abusive de l'état de dépendance économique²²⁷⁶. La dépendance économique « naît de la force d'une entreprise dans son domaine, de sa puissance, de son monopole ou quasi-monopole, du prestige de sa marque, puissance telle qu'il n'existe pas d'autres solution (de substitution), pour ses clients, que de contracter avec elle »²²⁷⁷. Ainsi, si une partie exploite sa position, un abus est caractérisé comme en dispose l'article L. 442-1 2° du Code de commerce qui interdit au partenaire commercial « de soumettre ou de tenter de soumettre l'autre partie à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties »²²⁷⁸. De même, le nouvel article 1143 du Code civil relatif à l'abus de dépendance économique est également un exemple intéressant en ce qu'il sanctionne ce dernier au titre des vices du consentement²²⁷⁹. Et, même si comme l'a rappelé Monsieur Pillet, « la lettre de l'article 1143 du Code civil ne permet pas de protéger, au sens strict, une personne considérée comme faible ou vulnérable, mais bien une partie à un contrat qui se trouverait dans une situation de dépendance, c'est-à-dire une personne en position de sujétion par rapport à une autre »²²⁸⁰, cette situation n'est pas sans rappeler les contractants « partie faible » des contrats d'adhésion.

²²⁷¹ F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE et F. CHÉNEDÉ, *Droit civil, les obligations, op. cit. spéc.* p. 1093, n°970.

²²⁷² *Ibid.* spéc. p. 1093, n°970.

²²⁷³ H. BARBIER, « L'abus du droit par abstention : vers un devoir d'exercer son droit », *RTD Civ.* 2019, 325.

²²⁷⁴ F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE et F. CHÉNEDÉ, *Droit civil, les obligations, op. cit. spéc.* p. 1093, n°970.

²²⁷⁵ L. CADIET et Ph. LE TOURNEAU, « Abus de droit », *précit.* n°104 s.

²²⁷⁶ C. com. art. L.420-2.

²²⁷⁷ L. CADIET et Ph. LE TOURNEAU, « Abus de droit », *précit.* n°114.

²²⁷⁸ C. com. L.442-1 2° (version en vigueur depuis le 01 avril 2023).

²²⁷⁹ C. civ. art. 1143 (version en vigueur depuis le 01 octobre 2018) : « Il y a également violence lorsqu'une partie, abusant de l'état de dépendance dans lequel se trouve son cocontractant à son égard, obtient de lui un engagement qu'il n'aurait pas souscrit en l'absence d'une telle contrainte et en tire un avantage manifestement excessif ».

²²⁸⁰ F. PILLET, *Rapport*, Sénat n°247, fait au nom de la commission des lois, déposé le 24 janvier 2018 à propos du Projet de loi ratifiant l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

Par conséquent, pour caractériser un abus, il pourrait être possible de procéder par analogie et tenir compte de la qualité des contractants et surtout de la qualification du contrat qu'elles ont conclu. La *summa divisio* des contrats d'adhésion et de gré à gré pourrait alors être utile pour apprécier l'abus, dans la disproportion manifeste entre la sanction et l'inexécution en cause mais aussi dans la caractérisation de tous les abus éventuels donnant lieu à sanction dans l'exercice irrégulier des sanctions unilatérales. Elle serait alors un élément supplémentaire sur lequel le juge pourrait se baser.

477. Bilan 1) – L'exercice disproportionné d'une sanction unilatérale pourrait être contrôlé par la théorie de l'abus de droit, sans qu'il ne soit alors nécessaire de pratiquer un contrôle de proportionnalité *ad hoc* parce que les sanctions unilatérales sont des droits subjectifs et plus spécifiquement des prérogatives contractuelles (exceptée l'exception d'inexécution). Pour contrôler la proportionnalité, le juge pourrait alors avoir recours à l'abus de droit. Pour apprécier l'abus dans l'exercice de la sanction, le juge demeurerait libre mais la prise en compte de la protection de la partie faible pourrait se révéler d'un intérêt certain.

Enfin, l'abus dans l'exercice disproportionné de la sanction peut être caractérisé de différentes façons. Il convient de voir quels sont les types d'abus que peut représenter l'exercice disproportionné d'une sanction unilatérale (2).

2) Les différents types d'abus envisageables dans l'exercice disproportionné des sanctions unilatérales

478. La question de l'abus en droit des contrats n'est pas nouvelle²²⁸¹. Le contrat se conçoit à la fois comme un « lien » et un « bien » selon Monsieur Stoffel-Munck qui a proposé une « typologie des abus »²²⁸². L'abus peut se caractériser de différentes manières. Lorsque le créancier met en œuvre une sanction disproportionnée à l'inexécution de son débiteur, il commet un abus. Ce dernier peut être de plusieurs types. Ainsi, lorsqu'il s'agit de contrôler l'exercice proportionné de la sanction unilatérale, l'abus pourrait se caractériser de plusieurs manières.

²²⁸¹ Ph. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat, Essai d'une théorie*, op. cit.

²²⁸² D. FENOUILLET, « La notion de prérogative : instrument de défense contre le solidarisme ou technique d'appréhension de l'unilatéralisme ? », *précit.* ; Ph. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat, Essai d'une théorie*, op. cit.

L'exercice disproportionné constitue un abus si le contractant commet une faute, s'il exerce la sanction de mauvaise foi ou s'il détourne la finalité première de cette dernière. En effet, selon Monsieur Stoffel-Munck, l'abus est lié au « comportement du sujet »²²⁸³, à « l'exercice d'une liberté contractuelle »²²⁸⁴ et au « détournement de la prérogative »²²⁸⁵. Cette analyse permet de définir la notion d'abus et de l'appliquer à l'exercice disproportionné d'une sanction unilatérale. De plus, Monsieur Stoffel-Munck est l'auteur à qui « l'on doit la paternité doctrinale de la prérogative contractuelle »²²⁸⁶. Comme nous l'avons démontré, les sanctions unilatérales appartiennent à cette catégorie.

479. L'abus : la déloyauté dans l'exercice disproportionné de la sanction unilatérale – Selon Monsieur Stoffel-Munck, la bonne foi est liée à l'abus²²⁸⁷. Dans ce cas, le contrat est analysé comme un lien et donc « l'abus se traduira par une faute du contractant (le contrat étant regardé comme un lien), consistant d'une manière générale à manquer à la bonne foi (l'abus par déloyauté ou par malice) »²²⁸⁸. Ici, l'appréciation de la faute commise de mauvaise foi doit être menée. L'exercice déloyal d'une sanction unilatérale doit donc être contrôlé par les juges et la jurisprudence « Les maréchaux »²²⁸⁹ est applicable, dans les cas où le créancier met en œuvre de mauvaise foi une sanction de manière disproportionnée par rapport à l'inexécution de son débiteur. Il peut mettre en œuvre la sanction de mauvaise foi. Dans ce cas, l'abus se caractérise par la déloyauté. Parce que les sanctions unilatérales peuvent être considérées comme des prérogatives contractuelles, elles peuvent donc être neutralisées et sanctionnées par les juges. Par conséquent, pour contrôler la proportionnalité de l'exercice de la sanction unilatérale, la prise en compte de la bonne foi dans l'exercice de la sanction pourrait permettre de caractériser la présence d'un abus, donnant lieu à sanction. Pour caractériser l'abus, il conviendrait donc d'analyser le comportement du créancier et la gravité de sa faute de mauvaise foi.

L'exercice disproportionné d'une sanction unilatérale peut caractériser une faute de mauvaise foi. Le créancier peut commettre une faute dolosive ou lourde. À titre d'illustration, le créancier peut commettre une faute pour empêcher le débiteur de s'exécuter correctement et

²²⁸³ Ph. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat, Essai d'une théorie*, op. cit. spéc. n°11 s. .

²²⁸⁴ *Ibid.* spéc. n°348 s. .

²²⁸⁵ *Ibid.* spéc. n°634 s.

²²⁸⁶ D. FENOUILLET, « La notion de prérogative : instrument de défense contre le solidarisme ou technique d'appréhension de l'unilatéralisme ? », *précit.*

²²⁸⁷ Ph. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat, Essai d'une théorie*, op. cit. n°53 s.

²²⁸⁸ L. CADIET et Ph. LE TOURNEAU, « Abus de droit », *précit.* n°81.

²²⁸⁹ Cass. Com. 10 juill. 2007, n°06-14.768 *précit.*

mettre en œuvre une sanction unilatérale disproportionnée. À titre de comparaison, en matière de clause résolutoire, la jurisprudence a déjà pu condamner le bailleur qui veut mettre fin unilatéralement au contrat, alors qu'il n'a pas fourni à ses locataires le montant de leur dette, sa faute doit alors être sanctionnée²²⁹⁰. L'exercice irrégulier de la sanction peut alors être considéré comme disproportionné par rapport à l'inexécution qui serait due au mauvais comportement du bailleur. Le créancier de mauvaise foi dans l'exercice de la sanction unilatérale peut alors être sanctionné pour faute dolosive. Dans ce cas il peut être condamné à une indemnisation mais comme le précise Monsieur Barbier, « la faute du créancier durant l'exécution du contrat ne le prive pas, en principe, des sanctions à sa disposition en cas d'inexécution du débiteur »²²⁹¹. En effet, un arrêt en date du 11 septembre 2019 rappelle cette solution²²⁹², initiée par l'arrêt « Les Maréchaux » du 10 juillet 2007. Cette solution est « transposable en droit commun », notamment en cas de résolution unilatérale pour laquelle « la gravité du manquement ou du comportement du débiteur s'apprécie indépendamment des éventuels manquements ou du comportement fautif du créancier, lesquels donnent lieu à une sanction séparée »²²⁹³. Autrement dit, « les fautes dolosives de déloyauté dans l'exercice d'une prérogative contractuelle relèvent de l'adoption délibéré d'un comportement contradictoire avec les prévisions légitimes des parties, lesquelles sont nées ou ont été favorisées par les agissements ou les abstentions du *potentior* »²²⁹⁴. Un créancier qui déciderait de mettre en œuvre de façon disproportionnée une sanction unilatérale en agissant délibérément de mauvaise foi se rendrait alors coupable d'une faute dolosive, caractéristique d'un abus.

Il faut, enfin, s'interroger sur le cas des fautes simples. Ici, ce n'est pas l'action ou l'abstention délibérée du créancier qui est en cause lorsqu'il exerce de manière disproportionnée une sanction unilatérale. Au contraire, c'est « le manque de décence ou l'absence d'égards » pour le débiteur qui est sanctionné²²⁹⁵. Il semble parfaitement envisageable qu'un créancier décide de ne pas mettre en œuvre une sanction unilatérale proportionnée à l'inexécution de son

²²⁹⁰ En ce sens, Cass. Civ. 3^{ème}, 21 mars 2012, n°11.14-174 ; *Bull. civ.* III, n°49 : « En l'état de l'obligation légale d'une régularisation annuelle des charges pesant sur le bailleur, la réclamation présentée sur une période écoulée de cinq ans de plus du triple de la somme provisionnée, si elle est juridiquement recevable et exacte dans son calcul, est, dans ce cas, déloyale et brutale et constitutive d'une faute dans l'exécution du contrat » ; *RTD Civ.* 2012, p. 763, obs. Y-M. LAITHIER et *ibid.* p. 806, obs. O. DESHAYES ; *AJDI* 2012, p. 597, obs. S. LE GAC-PECH. V. aussi le bailleur qui met en demeure ses locataires de s'exécuter alors même qu'il sait qu'ils sont absents, en activant la clause résolutoire de mauvaise foi, il commet une faute dolosive : en ce sens, Cass. Civ. 3^{ème}, 16 oct. 1973, *Bull. civ.* III, n°529.

²²⁹¹ H. BARBIER, « La faute du créancier ne le prive pas de son droit de résolution unilatérale du contrat », *RTD Civ.* 2019, p. 867.

²²⁹² Cass. Com. 11 sept. 2019, n°17-26.594 ; *RTD Civ.* 2019, p. 867, obs. H. BARBIER.

²²⁹³ H. BARBIER, « La faute du créancier ne le prive pas de son droit de résolution unilatérale du contrat », *précit.*

²²⁹⁴ L. MOLINA, *La prérogative contractuelle*, op. cit. spéc.p. 424, n°375.

²²⁹⁵ L. MOLINA, *La prérogative contractuelle*, op. cit. spéc. p. 424, n°376.

débiteur, comme l'exception d'inexécution ou l'exécution forcée indirecte, par exemple, et préfère une autre sanction unilatérale cette fois disproportionnée parce qu'il préférerait rompre le contrat. Dans ce cas, l'exercice disproportionné de la résolution pourrait être caractérisé par une faute simple de mauvaise foi, caractéristique d'un abus puisque le créancier est libre de choisir sa sanction, en l'absence d'une hiérarchie explicite dans le recours aux sanctions²²⁹⁶. On ne peut lui imposer le choix de l'exercice d'une sanction. C'est pour cette raison qu'il apparaît opportun de faire un lien avec la faute lucrative. En effet, l'exercice disproportionné d'une sanction unilatérale peut faire écho à la notion de faute lucrative, non codifiée en droit français²²⁹⁷. Le créancier peut, parfois, préférer commettre une telle faute : exercer de manière disproportionnée une sanction unilatérale et risquer d'engager sa responsabilité, pour ensuite profiter des avantages de la sanction unilatérale, comme la résolution du contrat. C'est pourquoi, l'interdiction de mise en œuvre de l'exécution forcée en nature, directe ou indirecte, lorsqu'il existe une disproportion manifeste entre son coût pour le débiteur et son intérêt pour le créancier est présente pour éviter ce type de faute. Toutefois, l'abus peut être caractérisé par une faute lucrative dans l'exercice des autres sanctions unilatérales²²⁹⁸.

Il faut donc comprendre que l'exercice disproportionné d'une sanction unilatérale peut se caractériser par l'usage déloyal d'une prérogative contractuelle. Toutefois, il ne se limite pas à cette hypothèse. Par conséquent, différents types de sanctions peuvent trouver à s'appliquer en cas d'exercice disproportionné d'une sanction unilatérale, à l'image de la neutralisation de la sanction unilatérale, l'indemnisation par des dommages et intérêts ou encore la réfaction du contrat²²⁹⁹. L'abus pourrait aussi se caractériser par le détournement d'une prérogative contractuelle à l'image de ce que l'on connaît en droit du travail²³⁰⁰. Ici l'abus se rapproche de la fraude. En l'espèce, le créancier met en œuvre une sanction dans un but détourné de sa finalité. Par exemple, il pourrait décider de rompre le contrat alors même que l'inexécution n'est pas suffisamment grave, pour se sortir du lien contractuel, pour contracter plus favorablement ailleurs avec un autre contractant. Dans ce cas, l'exercice disproportionné d'une

²²⁹⁶ V. *supra* n°320.

²²⁹⁷ I. VINGIANO-VIRICEL, « La faute lucrative : une notion en construction en droit français », *RTD Com.* 2017, p. 19 : « Aujourd'hui, la faute lucrative semble être unanimement définie comme « une faute dont les conséquences profitables pour son auteur ne seraient pas neutralisées par une simple réparation des dommages causés (Avant-projet de réforme du droit des obligations (C. civ., art. 1101 à 1386) et du droit de la prescription (C. civ., art. 2234 à 2281) du 22 sept. 2005, Rapport de P. Catala, De la responsabilité civile, exposé des motifs par G. Viney, p. 141 s., spéc. p. 148) ».

²²⁹⁸ V. *supra* n°337 et n°404.

²²⁹⁹ Comp. O. DESHAYES, « Les sanctions de l'usage déloyal des prérogatives contractuelles », *précit.*

²³⁰⁰ Par exemple, v. Cass. Soc. 9 mai 1990, n°87-40.261, *Bull. civ.* V, n°210 : « Constitue un abus de pouvoir de la part de l'employeur le fait de muter un salarié sur un secteur de moindre importance sans que sa décision soit dictée par l'intérêt de l'entreprise, et ce bien que le contrat de travail comportât une clause de mobilité » ;

sanction unilatérale pourrait être sanctionné si celui-ci est réalisé dans le but de détourner la sanction unilatérale de sa fonction principale dans la mesure où il serait contraire au principe de bonne foi.

480. Bilan B – Puisque les sanctions unilatérales semblent appartenir à la catégorie des droits subjectifs et plus spécifiquement, à celle des prérogatives contractuelles, il est possible pour sanctionner leur usage abusif d’avoir recours à la théorie de l’abus de droit.

L’exercice disproportionné d’une sanction unilatérale pourrait caractériser un abus, lequel serait sanctionné par le juge par un contrôle de l’abus de droit. Le contrôle de proportionnalité de l’exercice de la sanction unilatérale trouverait donc une application dans la théorie de l’abus de droit. L’exercice disproportionné d’une sanction unilatérale pourrait constituer le reflet d’un comportement déloyal, une faute du créancier ou témoigner d’un détournement abusif de la fonction principale de la sanction unilatérale. Dans ce cas, en caractérisant un abus, le créancier pourrait être sanctionné pour une mise en œuvre disproportionnée de la sanction unilatérale. De plus, parce que les sanctions unilatérales dépendraient plus spécifiquement de la catégorie des prérogatives contractuelles, le juge pourrait aussi contrôler tous les types d’abus dans l’exercice des sanctions unilatérales. La théorie de l’abus de droit permettrait alors de contrôler la proportionnalité de la sanction mais également toutes les mises en œuvre abusives de celles-ci.

La théorie de l’abus de droit éviterait de proposer la création d’un contrôle de proportionnalité *sui generis*, propres aux sanctions unilatérales. Cette théorie permettrait également de dégager les différents types d’abus possibles dans l’exercice des sanctions unilatérales. À l’instar de ce que proposait Cornu, il faudrait peut-être préconiser d’insérer dans le Code civil, une disposition spécifique sur l’abus²³⁰¹, mais tel n’est déjà plus le sujet.

481. Conclusion du §2 – En prenant en compte l’impératif de protection de la partie faible, il est possible de proposer les contours d’un contrôle de proportionnalité adapté aux sanctions unilatérales. Il s’agirait d’un contrôle de l’équilibre du contrat. En s’intéressant à la qualification juridique, l’exercice disproportionné d’une sanction unilatérale pourrait être assimilé à un abus

²³⁰¹ G. CORNU, « Réflexions sur une hypothétique révision du Titre préliminaire du Code civil », in Y. LEQUETTE et L. LEVENEUR (dir.), *1804-2004, Le Code civil. Un passé. Un présent. Un avenir*, Dalloz, 2004, p. 1305, spéc. art. 8, p. 1039. : « Les droits sont susceptibles d’abus. L’exercice d’un droit est abusif lorsque, contre toute raison, il inflige à des intérêts légitimes un sacrifice manifestement disproportionné avec la satisfaction qu’en retire son titulaire ». Dans le même sens, R. LIBCHABER, « Persistance et renouvellement de l’analyse de l’abus de droit », *précit.*

de droit. L'exercice déloyal d'une sanction unilatérale pourrait également être sanctionné puisque ces dernières sont des prérogatives contractuelles.

Autrement dit, « dans tous les cas où le principe de proportionnalité permet d'affiner la théorie de l'abus de droit ou de la bonne foi, il ne faut pas penser que l'exigence de proportionnalité ne sert à rien »²³⁰². Au contraire, l'exigence de proportionnalité dans l'exercice de la sanction pourrait être caractérisée par un abus car les sanctions unilatérales sont des droits subjectifs. Au lieu de présenter un contrôle de proportionnalité *ad hoc*, spécifiques aux sanctions unilatérales, avec toutes les difficultés qu'un tel contrôle peut engendrer, il serait préférable de soumettre le contrôle de l'exercice disproportionné des sanctions unilatérales au contrôle de l'abus de droit. La théorie de l'abus de droit a pour vertu d'être éprouvée et reconnue en jurisprudence. Elle est également suffisamment souple, sans pour autant être vectrice d'insécurité juridique.

Enfin, il faut préciser que si l'exercice disproportionné d'une sanction unilatérale peut s'apparenter à un abus, il n'est pas le seul cas possible d'abus dans l'exercice des sanctions unilatérales. Il en existe d'autres, que la théorie de l'abus de droit pourrait sanctionner. Par conséquent, comme le sous-entendent les textes des sanctions unilatérales, l'exercice de celles-ci ne doit jamais être abusif. En effet, ce n'est pas parce que seule la résolution unilatérale prévoit un exercice « aux risques et périls » du créancier que les autres sanctions ne doivent pas être mise en œuvre sans respecter une certaine prudence. C'est pourquoi, il existe de nombreux garde-fous dans l'exercice substantiel et formel des sanctions unilatérales.

Si un créancier use d'une sanction unilatérale, la théorie de l'abus de droit, en plus de permettre le contrôle de proportionnalité dans l'exercice de la sanction, pourrait alors justifier une sanction de ce dernier.

482. Conclusion de la section 2 – Il nous semble que la proportionnalité des sanctions unilatérales devrait s'apparenter à un équilibre. Autrement dit, « l'équilibre recherché est, non un idéal, mais un minimum qui ne s'accommode pas des disproportions significatives »²³⁰³. Les limites de la qualification et de la *summa divisio* sont réelles lorsqu'il s'agit d'étudier l'exigence de proportionnalité dans l'exercice des sanctions unilatérales. Toutefois, ces limites peuvent disparaître lors du contrôle de proportionnalité de cet exercice. En effet, parce que les sanctions unilatérales sont des prérogatives contractuelles, leur exercice disproportionné devrait pouvoir

²³⁰² M. BÉHAR-TOUCHAIS, « Rapport introductif » *précit.*

²³⁰³ C. THIBIERGE-GUELFUCCI, « Libre propos sur la transformation du droit des contrats » *précit.*

être caractérisé comme un abus de droit donnant lieu à différents types de sanctions. Les critères de l'abus sont variables et la distinction entre les contrats d'adhésion semble d'une importance cardinale lorsqu'il s'agit de déterminer si la sanction a été exercée de manière disproportionnée. Sur ce point, il faut alors conclure donc que la théorie de l'abus de droit est parfaitement apte à contrôler la proportionnalité dans l'exercice des sanctions unilatérales.

CONCLUSION DU CHAPITRE 2

483. Pour être complet sur les précisions à apporter dans le régime des sanctions unilatérales, il convenait de revenir sur les caractères de l'inexécution nécessaire à leurs exercices respectifs. En fonction du type de sanction et dans certains cas, l'inexécution doit être suffisamment grave pour justifier le recours à l'exception d'inexécution et à la résolution unilatérale. Dans d'autres, l'exécution doit être imparfaite pour que soient exercées la réduction du prix et la faculté unilatérale de remplacement du débiteur défaillant dans l'obtention de l'exécution forcée en nature. La protection de la partie faible peut permettre d'éclairer la gravité de l'inexécution, qui pourrait s'apprécier différemment en fonction du type de contrat (adhésion ou de gré à gré). La qualification des sanctions unilatérales en prérogatives contractuelles pourrait également aider à caractériser la gravité de l'inexécution notamment dans l'hypothèse où le débiteur victime de l'usage déloyal d'une sanction unilatérale voudrait mettre avoir recours à la résolution unilatérale. Toutefois, si la *summa divisio* et la qualification permettent d'offrir quelques éclairages sur les caractères de l'inexécution lors de l'exercice des sanctions unilatérales, ces deux éléments ne sont pas suffisants. Pour apprécier ces derniers, il semble nécessaire que les juges réalisent une appréciation *in concreto* et souveraine de ces caractères. Cependant, si les limites de la qualification et de la prise en compte de la protection de la partie faible sont certaines, lorsqu'il s'agit d'étudier les différents caractères de l'inexécution, l'intérêt de la prise en compte de ces deux éléments revient lorsqu'il s'agit d'étudier l'exigence d'exercice proportionné des sanctions unilatérales et le contrôle de proportionnalité de celles-ci. La nouvelle dichotomie entre les contrats d'adhésion et de gré à gré permettrait de préciser le type de contrôle à effectuer et les conséquences de la qualification des sanctions unilatérales en prérogatives contractuelles permettrait d'affiner la détermination des sanctions possibles, en cas de disproportion manifeste entre l'inexécution constatée et la sanction unilatérale invoquée. Afin d'éclaircir les caractères de l'inexécution ouvrant droit à l'exercice des sanctions unilatérales et l'exigence de proportionnalité dans l'exercice et la contestation de ces dernières et la proportionnalité dans l'exercice et la contestation de celles-ci, il était donc nécessaire de coupler la prise en compte des conséquences de la qualification des sanctions unilatérales et l'impératif de protection de la partie faible avec les spécificités propres à chaque sanction. Ces deux éléments essentiels devaient être évoquées afin d'offrir une amélioration du régime des sanctions unilatérales dans le droit commun des contrats.

CONCLUSION DU TITRE 2

484. En prenant acte des conséquences de la qualification des sanctions unilatérales, un éclairage sur les éléments de régime de celles-ci a pu être proposé. Des précisions sur leur procédure d'exercice et de contestation ont été présentées.

L'exigence des formalités procédurales obligatoires, informatives et temporelles (les exigences respectives de notification, de mise en demeure, de motivation et le respect d'un certain délai dans l'exercice des sanctions unilatérales) ont pu compléter les développements précédents¹. La contestation de l'exercice des sanctions a conduit au constat selon lequel le rôle du juge des référés pourrait être accentué dans le contrôle *a priori* de l'exercice de ces mesures². Toutefois, le juge du principal pourrait demeurer compétent pour sanctionner l'exercice irrégulier d'une sanction unilatérale, notamment en contrôlant son exercice déloyal. Le rôle de la bonne foi dans l'exercice et le contrôle de la sanction unilatérale semblerait donc devoir être développé davantage. De plus, la notion d'inexécution contractuelle pourrait être affinée grâce à la qualification. C'est pourquoi, il a été affirmé que l'exercice déloyal d'une sanction unilatérale pourrait être assimilé à une inexécution contractuelle, ouvrant droit à sanction. À ce titre, les conséquences de la qualification pourraient permettre de préciser les sanctions possibles en cas de mauvais exercice d'une sanction unilatérale. Enfin, si certaines conditions de fond et de forme, ont pu être éclairées par la qualification, dans le respect de l'impératif de la protection de la partie faible, certaines conditions substantielles, spécifiques au type de sanction, l'étude des caractères de l'inexécution et l'exercice proportionné des sanctions a révélé que ces seuls éléments étaient insuffisants pour les préciser. C'est pourquoi, pour être complet, ceux-ci ont dû faire l'objet de développements spéciaux.

En conclusion, en cumulant la protection de la partie faible, le régime de la prérogative contractuelle et les conditions spécifiques aux sanctions unilatérales, il a été possible de proposer des précisions relatives au régime d'exercice et de contestation des sanctions unilatérales. Ces dernières, tout étant respectueuses de l'impératif de protection de la partie faible, pourraient permettre d'accentuer l'efficacité des sanctions unilatérales, dans le droit de l'inexécution.

¹ V. *supra* n°s 292 et s.

² V. *supra* n°s 341 et s.

CONCLUSION DE LA PARTIE 2

485. Albert Einstein a dit « un problème sans solution est un problème mal posé ». Après les critiques, il fallait donc proposer des éléments de correction pour améliorer l'intégration des sanctions unilatérales dans le droit commun des contrats.

En insistant sur l'impératif de protection de la partie faible dans les sanctions unilatérales, une vision renouvelée du contrat, de ses fondements à son type, a pu être proposée. La force obligatoire du contrat a été repensée à l'aune de trois finalités, l'efficacité, la sécurité et la liberté. Cette nouvelle lecture pourrait autoriser le développement des mesures unilatérales dans le droit commun. Elle participerait également à rendre cohérente l'intégration des sanctions unilatérales dans la théorie générale. Elle pourrait s'adapter à la protection de la partie faible. Le contenu de l'article 1217 pourrait être repensé à l'aune de cette nouvelle conception.

En s'appuyant sur les conséquences de la qualification des sanctions unilatérales en prérogatives contractuelles, le régime des sanctions unilatérales a pu être précisé. Des précisions relatives à l'exercice et aux modalités de contestation des sanctions unilatérales ont pu être proposées. Ainsi, sans omettre de respecter les spécificités propres à chaque sanction, le contenu des dispositions relatives à chacune pourrait être modifié à l'aune de la prise en considération d'une nouvelle conception du contrat et de la qualification juridique.

Adopter une conception renouvelée du contrat, soucieuse de l'impératif de protection de la partie faible et consacrer la notion de prérogative en droit commun pourrait alors permettre de systématiser l'intégration des sanctions unilatérales dans la théorie générale, afin de rendre à cette dernière toute la cohérence qu'elle mérite. L'efficacité et les bienfaits de l'unilatéralisme dans le droit de l'inexécution n'en seraient alors que renforcés.

CONCLUSION GÉNÉRALE

486. L'intégration des sanctions unilatérales dans le droit commun n'est pas parfaite. Nous avons démontré que celle-ci peut faire l'objet de critiques, tant sur le plan du droit de l'inexécution que sur celui de la théorie générale.

487. Les imperfections de l'intégration des sanctions unilatérales dans le droit de l'inexécution – Nous avons présenté les faiblesses du régime des sanctions unilatérales en réalisant une analyse de chaque sanction l'une après l'autre²³⁰⁶. L'étude non exhaustive de plusieurs difficultés, posée par les articles 1219 et suivants, a révélé deux types de défauts généraux des sanctions unilatérales. Leurs conditions d'exercice (formelles et substantielles) sont imparfaites. En effet, elles sont parfois difficilement saisissables, à l'image du caractère de gravité de l'inexécution, nécessaire à la mise en œuvre de chaque sanction. La procédure d'exercice de chacune d'entre elles est souvent imprécise et ouvre la voie à diverses interrogations, notamment en ce qui concerne les exigences respectives de mise en demeure, de notification, de motivation. La contestation de l'exercice des sanctions unilatérales peut également faire l'objet de critiques. Par exemple, elle pose des questions relatives à la caractérisation de l'abus dans le contrôle de l'exercice irrégulier d'une mesure unilatérale ou à la compétence du juge.

Par ailleurs, le contenu de l'article 1217 révèle des faiblesses à plusieurs égards. La liste des sanctions d'abord, en ce qu'elle ne reconnaît pas l'existence d'un pouvoir de résolution unilatérale anticipée du contrat. Le silence, ensuite, quant à l'aménagement conventionnel de ces nouvelles mesures, qui questionne le contenu de l'article. Il n'est pas toujours aisé de savoir comment aménager la renonciation, la réserve de bénéfice, la hiérarchie et les modalités d'exercice des sanctions unilatérales. L'étude de ces différentes clauses l'a montré. Afin de gagner en clarté, cette nouvelle disposition aurait pu apporter davantage de précisions quant aux hypothèses d'aménagement conventionnel des sanctions unilatérales, notamment en ce qui concerne celles réalisées dans le cadre des contrats d'adhésion. Enfin, nous avons observé combien l'absence de hiérarchie entre l'exercice des sanctions unilatérales et judiciaires

²³⁰⁶ Les sanctions unilatérales ont été étudiées par ordre d'apparition chronologique dans le Code civil : l'exception d'inexécution (art. 1219), et sa version préventive (art. 1220) ; l'exécution forcée indirecte (art. 1222) ; la réduction du prix (art. 1223) ; la résolution unilatérale par voie de notification (art. 1226) et sa version anticipée (inexistante en droit positif).

imposée par la réunion de toutes ces sanctions en une seule disposition, est problématique. Puisqu'elles sont désormais codifiées au titre du droit commun, les sanctions unilatérales apparaissent comme plus faciles d'accès car elles se retrouvent au même plan que les sanctions judiciaires. L'absence de hiérarchie dans le recours aux sanctions et leur regroupement au sein de l'article 1217 pourraient alors inciter les parties à avoir davantage recours à celles unilatérales. Dans une telle hypothèse, un éventuel recul du recours aux sanctions judiciaires pourrait être envisagé. En effet, l'unilatéralisme présente de nombreux avantages, au premier rang desquels figurent tant la rapidité que la diminution du coût et du temps de la procédure. L'absence de hiérarchie nous a donc amené à nous interroger sur l'avenir de l'exécution forcée en nature, considérée comme la sanction traditionnelle en cas d'inexécution, qui ne présente pas ces bénéfices. Par ailleurs, l'augmentation du recours aux sanctions unilatérales conduit à modifier le rôle du juge. D'un contrôle classique *a priori*, le juge dispose alors d'un nouveau contrôle *a posteriori*. Ce dernier peut susciter à nouveau, diverses interrogations, d'autant que la réforme ne dit mot sur ce contrôle en constante évolution. Il en va de même dans la détermination du juge compétent. Cela est regrettable tant l'on sait à présent que le juge des référés peut disposer d'un rôle cardinal dans le contrôle de l'exercice des sanctions unilatérales.

488. Les défauts propres à chaque sanction couplés à ceux relatifs au contenu de l'article 1217 du Code civil mènent à douter de la bonne intégration des sanctions unilatérales dans le droit de l'inexécution. Ils autorisent alors à affirmer que cette dernière n'est pas satisfaisante. Toutefois, il ne faut pas omettre que la majorité de ces difficultés sont la conséquence directe d'une nouvelle codification. Dans son *Discours préliminaire du Code civil*, Portalis avait pourtant mis le législateur en garde : « il faut être sobre de nouveautés en matière de législation, parce que s'il est possible, dans une institution nouvelle, de calculer les avantages que la théorie nous offre, il ne l'est pas de connaître tous les inconvénients que la pratique seule peut découvrir »²³⁰⁷. Toutefois, ces critiques propres à l'intégration des sanctions unilatérales dans le droit de l'inexécution ne nous apparaissent, à elles seules ni déterminantes, ni suffisantes pour affirmer qu'il faudrait remettre en cause ces nouvelles mesures. C'est pourquoi, les critiques de l'intégration de celles-ci dans le droit de l'inexécution peuvent être accentuées par celles en lien avec la théorie générale du contrat.

²³⁰⁷ J.-E. M. PORTALIS, « *Discours préliminaire sur le projet de Code civil présenté le 1^{er} pluviôse an IX par la commission nommée par le gouvernement consulaire* », 1801, in *Discours et rapports sur le Code civil*, Fontes et Paginae et Presses universitaires de Caen, 2010, p. 59 s., spéc. p. 63.

489. Les imperfections de l'intégration des sanctions unilatérales dans la théorie générale du contrat – L'intégration des sanctions unilatérales apparaît comme incohérente avec la théorie générale du contrat proposée depuis la réforme, pour différentes raisons.

La première relève de la conception du contrat de droit positif qui demeure basée sur une vision bilatérale. Elle repose sur l'accord de volontés. Sa force obligatoire est garante de l'intangibilité du contrat. Une telle conception constituerait un frein au développement de l'intégration des sanctions unilatérales dans le contrat. C'est pour répondre aux objectifs d'efficacité et d'attractivité, poursuivis par le nouveau droit commun, que les sanctions unilatérales ont été intégrées à une liste légale des sanctions de l'inexécution. Toutefois, le législateur continue donc d'être réfractaire à l'intégration d'autres sanctions unilatérales telle que la résolution unilatérale anticipée. Les nouvelles sanctions unilatérales seraient alors limitées à celles énumérées à l'article 1217 du Code civil. Ainsi, malgré son absence d'impérativité, cette disposition semblerait alors circonscrire le recours aux sanctions unilatérales à celles légalement prévues. Cependant, la difficulté peut être surmontée. Pour ce faire, convient de concevoir le contrat comme une entité temporalisée. L'accord de volonté est nécessaire lors de la formation du contrat. En cours d'exécution, la recherche de la protection des intérêts individuels de chaque partie doit être encouragée. Or, les sanctions unilatérales sont un bon moyen d'y parvenir. Il n'est alors plus nécessaire de limiter leur existence à une liste légale prédéterminée.

Dans un second temps, nous avons constaté que les sanctions unilatérales ne font l'objet d'aucune qualification juridique. Le besoin de qualification serait superflu si le régime des sanctions unilatérales avait été suffisamment clair et précis. Tel n'est toutefois pas le cas. Nous croyons donc que la détermination de la nature des sanction peut permettre de l'améliorer. C'est pourquoi, nous avons souhaité démontrer que les sanctions unilatérales s'apparentent à des prérogatives contractuelles. Elles sont alors des puissances accordées à une partie afin d'adapter le contrat lorsque celui-ci n'est pas exécuté. Elles viennent modifier définitivement la situation contractuelle du débiteur défaillant²³⁰⁸. Elles se matérialisent en un acte juridique unilatéral. Toutes les sanctions unilatérales étudiées pourraient, selon nous, appartenir à cette catégorie. L'exception d'inexécution devrait, cependant, en être exclue, eu égard à son caractère provisoire.

²³⁰⁸ V. L. MOLINA, La prérogative contractuelle, *op. cit.*

490. Les imperfections de l'intégration des sanctions unilatérales face à l'impératif de protection de la partie faible – L'intégration des sanctions unilatérale apparaît également incohérente avec l'impératif de protection de la partie faible institué en droit commun par la réforme. Nous avons démontré que le régime des sanctions unilatérales n'a pas pris en compte la consécration d'une nouvelle dichotomie, qui nous apparaît, pourtant, jouer désormais un rôle essentiel en droit des contrats. Il s'agit de la distinction entre les contrats d'adhésion et de gré à gré. Cela est regrettable. D'abord, parce que le développement de cette catégorie en droit commun semble attester que les situations déséquilibrées font désormais partie intégrante de la réalité contractuelle. Ensuite parce que les règles spécifiques de protection de la partie faible, relatives à la formation et au contenu du contrat, nous apparaissent comme insuffisantes pour atteindre cet impératif en cas d'inexécution. Toutefois, nous avons tenté d'établir qu'une telle protection semble nécessaire et possible dans les règles des sanctions unilatérales. Cette protection nécessaire pour atteindre les objectifs d'efficacité et de sécurité affichés par la réforme. Elle peut également permettre d'entériner l'existence d'un nouveau droit commun, basé sur la *summa divisio* des contrats d'adhésion et de gré à gré, correspondant davantage au paysage contractuel actuel, marqué par une inégalité entre certains contractants. Par ailleurs, une telle protection est également justifiée par un principe d'égalité appliqué à la relation contractuelle. Ce dernier peut autoriser une adaptation des règles des sanctions unilatérales afin de protéger la partie qui a souscrit au contrat d'adhésion. Une telle adaptation ne serait aucunement discriminatoire puisque nous avons montré que les règles de droit positif propres au contrat d'adhésion ne permettent pas de pallier les abus potentiels lors de l'exercice des sanctions unilatérales.

491. Les critiques de l'intégration des sanctions unilatérales dans le droit commun des contrats nous ont conduit à affirmer qu'une théorie générale du droit de l'inexécution, en matière de sanctions unilatérales, n'existe pas vraiment. Le regroupement des sanctions au titre des articles 1217 et suivants n'est pas suffisant pour reconnaître l'existence d'un droit de l'inexécution systématisé. D'un point de vue théorique et doctrinal, ce dernier pourrait alors perdre en attractivité et en intérêt.

492. L'intégration imparfaite des sanctions unilatérales en droit commun – Les critiques, à la fois théorique et technique, nous permettent de croire à une intégration imparfaite des sanctions unilatérales dans le droit commun des contrats²³⁰⁹. Elles ont révélé la présence de deux défauts généraux : l'absence de protection de la partie faible et des imprécisions sur le régime des sanctions unilatérales. Il a donc fallu déterminer une méthode afin de corriger ces difficultés. « Le droit est une affaire de choix. Dire le droit à propos de tel ou tel phénomène social ou nature, c'est choisir telle règle plutôt qu'une autre, prendre telle décision plutôt qu'une autre »²³¹⁰. Nous avons tenté de rétablir une cohérence dans l'intégration des sanctions unilatérales dans la théorie générale du contrat avec pour ambition de proposer une systématisation de celles-ci dans le droit de l'inexécution. Le but était de le rendre efficace, sûr, cohérent, intelligible et attractif, à l'image du droit commun dans lequel il se développe. En tentant de corriger les unes après les autres, les incohérences théoriques des sanctions unilatérales, nous avons pu, si ce n'est effacer toutes les difficultés, du moins présenter des éléments de réponses et d'éclairages, aux interrogations posées par l'intégration des sanctions unilatérales dans le droit de l'inexécution.

Pour protéger la partie faible dans les sanctions unilatérales, il nous a semblé opportun, sur le plan de la théorie générale, de contribuer au renouvellement de la conception du contrat de droit commun. Il a fallu repenser le principe de la force obligatoire pour le concilier avec le développement des sanctions unilatérales, dans le respect de l'impératif de protection de la partie faible. Pour préciser le régime des sanctions unilatérales, il est apparu pertinent de se saisir des conséquences de la qualification des sanctions en prérogatives contractuelles.

493. La prise en compte de la protection de la partie dans les sanctions unilatérales – Dans un premier temps, il a fallu accorder une protection spéciale à la partie faible à un contrat d'adhésion lors de l'exercice des sanctions unilatérales. Pour ce faire, il a été nécessaire de poursuivre le renouvellement de la conception du contrat. Nous avons alors proposé une relecture du principe de la force obligatoire du contrat afin que ce dernier autorise

²³⁰⁹ C. GOLDIE-GENICON, « L'adaptation au droit commun » In C.-E. BUCHER et M.-A. DAILLANT (dir.), *La réforme du droit des contrats spéciaux*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2023, p. 61 s., spéc. p. 62 : « La notion de droit commun reste, en effet, éminemment relative. Il n'existe pas de droit commun dans l'absolu, un droit étant toujours commun par rapport à un référentiel choisi, une règle, qui peut être spéciale au regard d'un référentiel, pouvant être commune au regard d'un autre » qui entend le droit commun des contrats comme « l'ensemble des règles générales ayant vocation résiduelle à s'appliquer à tous les contrats, sous réserve d'une disposition spéciale dérogatoire ». V. ég. du même auteur, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, LGDJ, t. 509, préf. Y. LEQUETTE, Bibliothèque de droit privé, 2009, spéc. n°374.

²³¹⁰ J.-S. BERGÉ, « Que faire de nos *a priori* en droit ? Jalons pour une recherche antécédente », *D.* 2022, p. 1865.

le développement des mesures unilatérales. Suivant une approche initiée par la théorie normativiste, nous avons démontré que le contenu de la force obligatoire pouvait se scinder en trois finalités : *l'efficacité*, la *sécurité* et la *liberté* contractuelles. La force obligatoire aurait pour but d'encourager l'efficacité, c'est-à-dire de permettre aux parties d'obtenir l'effet attendu lors de la conclusion du contrat. Elle permettrait de préserver la sécurité juridique des transactions. Enfin, elle aurait pour but d'accentuer la liberté des parties par la promotion d'un libéralisme juridique particulier, c'est-à-dire en accordant aux parties la possibilité d'adapter le contrat afin de préserver l'équilibre de ce dernier. Cette autre présentation du principe de la force obligatoire se concilierait parfaitement avec l'essor des mesures unilatérales. Elle permettrait alors de lever l'incohérence théorique entre l'intégration de ces dernières et la conception du contrat.

Dans un second temps, nous avons dû déterminer comment protéger la partie faible dans le régime des sanctions unilatérales. À cette fin, nous avons pris en compte la nouvelle dichotomie entre les contrats d'adhésion et de gré à gré. Dans les contrats d'adhésion, le recours aux sanctions unilatérales devrait être, si ce n'est interdit, pour le moins encadré. En effet, dans ce type de contrat, la finalité prédominante de la force obligatoire semblerait être *l'efficacité*. Il est nécessaire que les sanctions unilatérales soient autorisées afin que les parties puissent obtenir l'effet attendu du contrat. Toutefois, pour limiter les éventuels abus, qui augmenteraient encore les déséquilibres inhérents de ces contrats, il faudrait imposer un encadrement strict de l'exercice de ces sanctions. À l'inverse, dans les contrats de gré à gré, l'exercice des sanctions unilatérales devrait être très libre. Effectivement, dans ce type de contrat, la finalité prédominante de la force obligatoire pourrait être la *liberté*. L'exercice facilité des sanctions unilatérales permettrait alors de promouvoir les intérêts individuels des parties, dans le respect d'un certain équilibre contractuel. Ainsi, d'après nous, la protection de la partie faible se traduirait par la prise en compte de la différence de prédominance des finalités de la force obligatoire entre les contrats d'adhésion et de gré à gré. Elle se matérialiserait par l'adaptation des règles des sanctions unilatérales en fonction du type de contrat, dans le respect des objectifs d'efficacité et de sécurité imposés par la réforme. Par ailleurs, accepter une telle différence dans le contenu de la force obligatoire de ces contrats nous autoriserait également à entériner l'existence d'un nouveau modèle contractuel de référence basé sur la distinction entre les contrats d'adhésion et de gré à gré.

Suivant cette division, le contenu de la disposition commune des sanctions unilatérales, l'article 1217 du Code civil, pourrait être renouvelé. Nous sommes désormais convaincue que la liste des sanctions unilatérales n'est pas exhaustive. Il serait alors possible d'intégrer la

résolution unilatérale anticipée au droit des contrats. Toutefois, il conviendrait de limiter l'exercice de toutes les mesures anticipées (exception d'inexécution ou résolution préventives) aux seuls contrats de gré à gré. Parallèlement, certaines propositions d'orientation de hiérarchisation du recours aux sanctions unilatérales peuvent être développées. Il apparaît parfaitement impossible d'imposer un recours prioritaire aux sanctions unilatérales dans le cadre des contrats de gré à gré, en vertu du respect du principe de la liberté contractuelle. Pour que le recours aux sanctions judiciaires dans les contrats d'adhésion soit privilégié, il nous semble nécessaire d'encadrer strictement l'exercice des sanctions unilatérales dans ce type de contrat. Par ces propositions de hiérarchisation, l'avenir de l'exécution forcée en nature peut être éclairé. Le rôle du juge peut être affiné. Enfin, les hypothèses d'aménagement conventionnel et les conditions d'exercice des sanctions unilatérales peuvent faire l'objet de précisions. Par conséquent, nous estimons que la prise en considération d'une conception renouvelée du contrat peut permettre de proposer une protection concrète de la partie faible dans la présentation, le régime et la contestation de l'exercice des sanctions unilatérales.

494. L'application du régime de la prérogative contractuelle aux sanctions unilatérales – D'autre part, nous avons eu pour ambition de clarifier les zones d'ombre du régime des sanctions unilatérales. Pour ce faire, nous avons tiré parti des conséquences de la qualification de celles-ci en prérogatives contractuelles. En déterminant la nature juridique des sanctions unilatérales, le régime de celles-ci a pu être affiné. Des éclaircissements relatifs aux éléments formels et substantiels de leur exercice ont pu être mis en avant. De même, les modalités de contestation des sanctions unilatérales ont été développées. L'ensemble de ces précisions est alors venu compléter celles déjà apportées par la prise en compte de la protection de la partie faible. Ainsi, des éclairages différents ont pu être proposés en fonction du type de contrat. À titre d'exemple, l'obligation de motivation a pu faire l'objet de développements approfondis, grâce à l'étude des conséquences de la qualification des sanctions unilatérales en prérogatives contractuelles. Toutefois, afin de protéger la partie faible, il nous semble pertinent que cette dernière reste cantonnée à l'exercice de la résolution unilatérale dans les contrats de gré à gré. À l'inverse, elle devrait pouvoir être généralisée à l'exercice de toutes les sanctions unilatérales, dans le cadre des contrats d'adhésion.

Enfin, pour présenter un régime complet, aussi efficace que sécuritaire des sanctions unilatérales, il a fallu admettre que certaines conditions essentielles à l'exercice celles-ci ne pouvaient pas être entièrement éclairées, ni par l'étude de la protection de la partie faible, ni par celle des conséquences de la qualification des sanctions unilatérales en prérogatives

contractuelles. C'est pourquoi la prise en compte d'un élément supplémentaire, le type de sanction, a été nécessaire pour préciser la gravité de l'inexécution et la proportionnalité des sanctions. Cette dernière démonstration a permis de compléter le régime des sanctions unilatérales en répondant à toutes les interrogations pratiques qui ont été évoquées lors de la critique de l'intégration de celles-ci dans le droit de l'inexécution.

495. Vers une proposition de réécriture des textes relatifs aux sanctions unilatérales – Contrairement à notre intuition de départ, la remise en cause de l'efficacité et de la pérennité des sanctions unilatérales ne relèverait pas seulement de leur rédaction. Au contraire, d'après nous, elle pourrait découler de leur intégration non systématisée dans la théorie générale. Cela n'a rien d'étonnant. L'unilatéralisme n'a jamais été considéré comme une clé de lecture pour comprendre le contrat et son régime. Ce travail avait pour double ambition de rendre cohérente l'intégration des sanctions unilatérales dans le droit commun, et d'améliorer le régime de celles-ci. À l'arrivée, il a également révélé, de manière sous-jacente, la possibilité de préciser la notion de contrat à l'aune de l'unilatéralisme. Si son objectif est atteint, les éléments de modifications proposés ci-dessous achèveront de convaincre que les sanctions unilatérales peuvent être améliorées. Ces dernières pourraient alors inciter le législateur à faire évoluer le modèle de référence du contrat de droit commun. Espérons désormais que, le moment venu de la réforme du droit des contrats spéciaux²³¹¹, ce dernier tiendra compte de ces évolutions.

²³¹¹ C.-É BUCHER et M.-A DAILLANT, *La réforme du droit des contrats spéciaux*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2023.

PROPOSITIONS DE MODIFICATIONS DES DISPOSITIONS RELATIVES AUX SANCTIONS UNILATÉRALES

NB : Seuls les textes qui devraient faire l'objet de modifications sont repris ci-dessous. Lorsque le texte de l'article proposé est en italique, il s'agit d'une proposition de modification. Lorsque cela n'est pas le cas, il demeure identique à celui des dispositions actuellement en vigueur.

I. Proposition de modifications de la définition du contrat

Art. 1 – La définition du contrat (actuel art. 1101 du Code civil)

« Le contrat est un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes, *qui crée une norme juridique, qui lie les intérêts des parties, ces intérêts pouvant selon l'opération réalisée être opposés, convergents ou coalisés.*

Il est destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations »

Le contenu de la définition du contrat, en plus de prendre en compte l'accord de volonté, devrait tenir compte du fait que le contrat « crée une norme juridique, qui lie les intérêts des parties » tels que Messieurs Terré, Simler, Lequette et Chénédé le préconisaient²³¹².

Il conviendrait de maintenir les fonctions du contrat : « créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations », de la même manière que cela est déjà réalisé en droit positif²³¹³.

²³¹² F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE et F. CHÉNEDÉ, *Droit civil les obligations*, op. cit. spéc. n°80, p. 69. Dans le même sens, V. S. LEQUETTE, « La notion de contrat, réflexions à la lumière de la réforme du droit commun des contrats », *RTD. Civ.* 2018, p. 541 : « En réalité, la spécificité du contrat tient moins à la manière dont il forme les obligations qu'à celle dont il les instrumentalise pour lier les intérêts des parties. Plus précisément, le contrat est une norme juridique en tant qu'elle impose par le truchement des obligations liées entre elles la réalisation de l'opération contractuelle. Et parce que la norme contractuelle impose le respect de l'opération voulue, le contrat renvoie plus précisément à la norme juridique qui opère la rencontre des intérêts des parties ».

²³¹³ V. C. civ. art. 1101 (version en vigueur depuis le 01 octobre 2016).

II. Proposition de modification des dispositions liminaires du droit des contrats

Art. 2 – La bonne foi (actuel art. 1104 du Code civil)

« Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi.

Dans les contrats d'adhésion, l'exercice d'une prérogative contractuelle doit toujours être motivé.

Cette disposition est d'ordre public »

La codification de la notion de prérogative contractuelle pourrait être réalisée au titre de l'obligation de motivation. Une définition propre de la notion n'a pas été proposée. Elle semble en dehors du champ de cette thèse qui s'est basée sur la définition proposée par Madame Molina²³¹⁴.

Il faudrait généraliser l'obligation de motivation lors de l'exercice des sanctions unilatérales dans les contrats d'adhésion. Cette généralisation devrait être instaurée au titre de la bonne foi contractuelle²³¹⁵.

²³¹⁴ V. *supra* n^{os}182 et s. V. L. MOLINA, *La prérogative contractuelle*, op. cit.

²³¹⁵ V. *supra* n^{os}300 et 362 et s.

III. Proposition de modifications de la disposition d'annonce des sanctions unilatérales

Art. 3 – Les sanctions de l'inexécution (actuel art. 1217 Code civil)

« La partie envers laquelle l'engagement n'a pas été exécuté, ou l'a été imparfaitement, peut :

- refuser d'exécuter ou suspendre l'exécution de sa propre obligation ;
- poursuivre l'exécution forcée en nature de l'obligation ;
- obtenir une réduction du prix ;
- provoquer la résolution du contrat ;
- demander réparation des conséquences de l'inexécution.

Les sanctions qui ne sont pas incompatibles peuvent être cumulées ; des dommages et intérêts peuvent toujours s'y ajouter.

L'aménagement conventionnel des sanctions demeure libre dans le respect des règles relatives aux articles 1170 et 1171 du Code civil

Les sanctions de l'inexécution doivent être mises en œuvre de bonne foi »

L'article devrait rappeler l'éventuel contrôle des clauses abusives susceptibles d'intervenir dans les contrats d'adhésion en cas d'aménagement des sanctions unilatérales²³¹⁶.

Il apparaîtrait également nécessaire de faire un rappel le principe de la bonne foi dans l'exercice des sanctions unilatérales²³¹⁷.

Les propositions de hiérarchie des sanctions unilatérales ne devraient pas être intégrées car le recours aux sanctions unilatérales doit rester libre. Il ne s'agit que d'orientation hiérarchiques²³¹⁸.

²³¹⁶ V. *supra* n°s285 et s.

²³¹⁷ V. *supra* n°352.

²³¹⁸ V. *supra* n°s320 et s.

IV. Propositions de modifications des dispositions relatives à chaque sanction unilatérale

Art. 4 – Exception d’inexécution (actuel art. 1219 du Code civil)

« Une partie peut, *à ses risques et périls*, suspendre l’exécution de son obligation dès lors qu’il est manifeste que son cocontractant ne s’exécutera pas à l’échéance et que les conséquences de cette inexécution sont suffisamment graves pour elle. Dans les contrats d’adhésion, cette suspension doit être notifiée dans un délai raisonnable.

La notification serait facultative dans les contrats de gré à gré²³¹⁹.

L’expression « meilleurs délais » devrait être remplacée par celle de « délai raisonnable »²³²⁰.

L’expression « à ses risques et périls » devrait être ajoutée pour rappeler que l’exercice de la mesure doit être proportionné²³²¹.

Art. 5 – Exception d’inexécution anticipée pour risque (actuel art. 1220 du Code civil)

« Dans les contrats de gré à gré, une partie peut, *à ses risques et périls*, suspendre l’exécution de son obligation dès lors qu’il est manifeste que son cocontractant ne s’exécutera pas à l’échéance et que les conséquences de cette inexécution sont suffisamment graves pour elle. Cette suspension peut être notifiée dans *un délai raisonnable* ».

La notification serait facultative²³²².

Cet article ne devrait être applicable que dans les contrats de gré à gré²³²³.

L’expression « meilleurs délais » devrait être remplacée par celle de « délai raisonnable »²³²⁴.

²³¹⁹ V. *supra* n^{os}294 et 355 s.

²³²⁰ V. *supra* n^{os}297 s. et 399 s.

²³²¹ V. *supra* n^o451.

²³²² V. *supra* n^{os}294 et 355 s.

²³²³ V. *supra* n^{os}278 et s.

²³²⁴ V. *supra* n^{os}297 et 399 et s.

L'expression « à ses risques et périls » devrait être ajoutée pour rappeler que l'exercice de la mesure doit être proportionné²³²⁵.

Art. 6 – Exécution forcée en nature (actuel art. 1221 du Code civil)

« Le créancier d'une obligation peut, après mise en demeure, *sauf lorsqu'elle est inutile pour caractériser l'inexécution ou en cas d'urgence*, poursuivre l'exécution en nature, *dans un délai raisonnable*, sauf si cette exécution est impossible ou s'il existe une disproportion manifeste entre son coût pour le débiteur de bonne foi et son intérêt pour le créancier ».

La mise en demeure devrait être obligatoire pour tous les types de contrat sauf urgence ou inutilité de la mesure. Il s'agirait alors de reprendre la formulation de l'article 110 de l'avant-projet Terré, à propos de la mise en demeure : « lorsqu'elle est inutile pour caractériser l'inexécution ou en cas d'urgence »²³²⁶.

Il faudrait rajouter l'exigence du respect d'un « délai raisonnable »²³²⁷.

Art. 7 – Exécution forcée indirecte (actuel art. 1222 du Code civil)

« Après mise en demeure, *sauf lorsqu'elle est inutile pour caractériser l'inexécution ou en cas d'urgence*, le créancier peut aussi, dans un délai et à un coût raisonnables, faire exécuter lui-même l'obligation, ou sur autorisation préalable du juge, détruire ce qui a été fait en violation de celle-ci. Il peut demander au débiteur le remboursement des sommes engagées à cette fin. Il peut aussi demander en justice que le débiteur avance les sommes nécessaires à cette exécution ou à cette destruction

Dans les contrats d'adhésion, le créancier doit motiver sa décision au débiteur. »

La mise en demeure devrait être obligatoire pour tous les types de contrat sauf exceptions (urgence ou inutilité de la mesure). Il s'agirait d'une reprise de la formulation de l'article 110 de l'avant-projet Terré, à propos de la mise en demeure : « lorsqu'elle est inutile pour caractériser l'inexécution ou en cas d'urgence »²³²⁸.

²³²⁵ V. *supra* n°451.

²³²⁶ V. F. TERRÉ, *Pour une réforme du droit des contrats*, op. cit. v. art. 110.

²³²⁷ V. *supra* nos 297 et 399 et s.

²³²⁸ V. F. TERRÉ, *Pour une réforme du droit des contrats*, op. cit. v. art. 110.

L'obligation de notification définitive devrait être rajoutée pour les contrats d'adhésion²³²⁹.

Art. 8 – Réduction du prix (actuel art. 1223 du Code civil)

« En cas d'exécution imparfaite de la prestation, le créancier peut, *à ses risques et périls* et après mise en demeure, *sauf lorsqu'elle est inutile pour caractériser l'inexécution ou en cas d'urgence*, uniquement s'il n'a pas encore payé tout ou partie de la prestation, notifier *dans un délai raisonnable* au débiteur sa décision d'en réduire de manière proportionnelle le prix. *Dans les contrats d'adhésion*, l'acceptation par le débiteur de la décision de réduction de prix du créancier doit être rédigée par écrit.

Si le créancier a déjà payé, à défaut d'accord entre les parties, il peut demander au juge la réduction de prix. »

La mise en demeure serait obligatoire pour tous les types de contrats sauf urgence ou inutilité. Il s'agirait d'une reprise de la formulation de l'article 110 de l'avant-projet Terré, à propos de la mise en demeure : « lorsqu'elle est inutile pour caractériser l'inexécution ou en cas d'urgence »²³³⁰.

L'expression « à ses risques et périls » devrait être ajoutée pour rappeler que l'exercice de la mesure doit être proportionné²³³¹.

L'expression « meilleurs délais » devrait être remplacée par celle de « délai raisonnable »²³³².

Dans les contrats d'adhésion, l'acceptation par écrit par le débiteur s'apparenterait à notre avis à la notification définitive de la sanction par le créancier. Elle devrait être obligatoire uniquement pour les contrats d'adhésion. A l'inverse, l'acceptation de la décision de réduction du prix dans les contrats de gré à gré devrait alors être facultative. Il en devrait alors en être de même pour la notification définitive également²³³³.

²³²⁹ V. *supra* n°s 294 et 355 et s.

²³³⁰ V. F. TERRÉ, *Pour une réforme du droit des contrats*, op. cit. v. art. 110. .

²³³¹ V. *supra* n°451.

²³³² V. *supra* n°s 297 s. et 399 et s.

²³³³ V. *supra* n°s 294 et 355 et s.

Art. 9 – Résolution par voie de notification (actuel art. 1226 du Code civil)

« Le créancier peut, à ses risques et périls, résoudre le contrat par voie de notification. *Sauf lorsqu'elle est inutile pour caractériser l'inexécution ou en cas d'urgence*, il doit préalablement mettre en demeure le débiteur défaillant de satisfaire à son engagement dans un délai raisonnable.

La mise en demeure mentionne expressément qu'à défaut pour le débiteur de satisfaire à son obligation, le créancier sera en droit de résoudre le contrat.

Lorsque l'inexécution persiste, le créancier notifie au débiteur la résolution du contrat et les raisons qui la motivent.

Le débiteur peut à tout moment saisir le juge pour contester la résolution. Le créancier doit alors prouver la gravité de l'inexécution ».

La mise en demeure devrait être obligatoire pour tous les types de contrat sauf exceptions (urgence ou inutilité de la mesure). Il s'agirait d'une reprise de la formulation de l'article 110 de l'avant-projet Terré, à propos de la mise en demeure : « lorsqu'elle est inutile pour caractériser l'inexécution ou en cas d'urgence »²³³⁴.

Art. 10 – Résolution par voie de notification pour risque

« *Dans les contrats de gré à gré, une partie peut, à ses risques et périls, mettre fin au contrat par voie de notification, par anticipation, dès lors qu'il est manifeste que son cocontractant ne s'exécutera pas l'échéance et que les conséquences de cette inexécution sont suffisamment graves pour elle.*

Si dès avant l'échéance, il est certain que les conditions de la résolution sont acquises, le créancier peut demander au débiteur de l'assurer qu'il sera en mesure d'exécuter dans le temps prévu en précisant que, à défaut, il sera en droit de résoudre le contrat par simple notification. La résolution est alors acquise à l'expiration d'un délai raisonnable fixé dans la notification.

Lorsque les conséquences de cette inexécution ne sont pas manifestes, le créancier est seulement fondé à demander une garantie relative à l'exécution au débiteur. »

²³³⁴ F. TERRÉ, *Pour une réforme du droit des contrats*, op. cit. v. art. 110.

L'ajout de la résolution unilatérale anticipée en droit positif devrait pouvoir être réalisé²³³⁵.

L'expression « à ses risques et périls » devrait être ajoutée pour rappeler que l'exercice de la mesure doit être proportionné²³³⁶.

Toutefois son exercice devrait être limité aux contrats de gré à gré²³³⁷.

Cette intégration pourrait se traduire par la reprise d'une limite à l'exercice de cette sanction.

Cette limite se fonderait sur les Principes Communs de Référence de l'Association H. Capitant et précisément de la réécriture de l'article 9 :304 des Principes du droit européen des contrats relatif à la résolution unilatérale anticipée. Suivant cette disposition, s'il n'est pas manifeste que le débiteur ne s'exécutera pas à échéance, le recours à cette sanction est exclu. Au contraire, « s'il est certain que le débiteur ne va pas s'exécuter à l'échéance, eu égard à ses déclarations ou à sa manière d'agir, la résolution unilatérale est envisageable »²³³⁸.

Cette sanction « dangereuse » devrait faire l'objet d'un encadrement spécial. C'est pourquoi, pour être valablement exercée, elle devrait remplir les mêmes conditions procédurales préconisées dans le cadre de l'avant-projet Terré pour la mise en œuvre de la résolution unilatérale de l'article 110 : « La résolution est alors acquise à l'expiration d'un délai raisonnable fixé dans la notification »²³³⁹. Par ailleurs, l'article 111 de ce même texte pourrait l'objet d'une reprise en droit positif, pour préciser la procédure à suivre s'il est certain que le débiteur ne va pas s'exécuter à l'échéance : « si dès avant l'échéance, il est certain que les conditions de la résolution sont acquises, le créancier peut demander au débiteur de l'assurer qu'il sera en mesure d'exécuter dans le temps prévu en précisant que, à défaut, il sera en droit de résoudre le contrat par simple notification »²³⁴⁰.

²³³⁵ V. *supra* n°281.

²³³⁶ V. *supra* n°451.

²³³⁷ V. *supra* n°278 et s.

²³³⁸ Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française et la Société de législation comparée, *Projet cadre commun de référence, Principes contractuels communs*, op. cit. p. 709 : art. 10 : 308.

²³³⁹ F. TERRÉ (dir.), *Pour une réforme du droit des contrats*, op. cit., v. art. 110.

²³⁴⁰ *Ibid.* art. 111.

Art. 11 – Prononcé de la résolution (actuel art. 1228 du Code civil)

« Le débiteur peut, à tout moment, contester la résolution, le cas échéant, en référé. Le créancier doit alors prouver la gravité de l'inexécution. Le juge peut, selon les circonstances, soit constater la résolution, en statuant le cas échéant sur sa date, soit ordonner l'exécution du contrat en octroyant éventuellement un délai au débiteur. Le tout sans préjudice de dommages et intérêts. »

Il s'agirait de réaliser une reprise de l'article 110 alinéa 3 de l'avant-projet Terré sur le prononcé de la résolution et notamment sur la compétence du juge des référés en cas de contestation de la sanction par le débiteur²³⁴¹.

Art. 12 – Responsabilité contractuelle (actuel art. 1231 du Code civil)

« A moins que l'inexécution soit définitive, les dommages et intérêts ne sont dus que si le débiteur a préalablement été mis en demeure de s'exécuter dans un délai raisonnable. En cas d'exercice abusif d'une sanction de l'inexécution, les dommages et intérêts sont, en règle générale, d'un montant qui place le créancier dans la situation où il se trouverait si le contrat avait été dument exécuté, en considérant la perte qu'il a faite et le gain dont il a été privé »

Il conviendrait de rajouter l'article 118 alinéa 1^{er} de l'avant-projet Terré en alinéa 2nd afin de préciser le montant des dommages et intérêts²³⁴².

²³⁴¹ F. TERRÉ, *Pour une réforme du droit des contrats*, op. cit. V. art. 11 al. 3.

²³⁴² *Ibid.* art. 118 al. 1^{er}.

Art. 13– La réparation en cas de faute lucrative

« Lorsque l’auteur du dommage a intentionnellement commis une faute lucrative, notamment lorsque celle-ci a généré un gain ou une économie pour son auteur, le juge peut le condamner, par une décision spécialement motivée, au paiement d’une amende civile, dans le respect des dispositions prévues à cet effet.

Cette amende est proportionnée à la gravité de la faute commise, aux facultés contributives de l’autres ou aux profits qu’il en aura retirés.

La victime a le choix entre la réparation de ses préjudices et la restitution des profits qui sont en relation directe avec la lésion de ses intérêts. »

Comme nous l’avons évoqué, il faudrait pouvoir proposer une source d’indemnisation supplémentaire pour les débiteurs victime de l’exercice abusif d’une sanction unilatérale par leur créancier. Dans une telle hypothèse, il serait possible de sanctionner la faute lucrative en matière contractuelle, même si la consécration d’une telle faute fait partie du domaine de la réforme de la responsabilité civile²³⁴³.

Il apparaîtrait intéressant de reprendre l’article 1266 du Projet de réforme de la responsabilité civile : « Lorsque l’auteur du dommage a intentionnellement commis une faute lucrative, notamment lorsque celle-ci a généré un gain ou une économie pour son auteur, le juge peut le condamner, par une décision spécialement motivée, au paiement d’une amende civile [...] Cette amende est proportionnée à la gravité de la faute commise, aux facultés contributives de l’autres ou aux profits qu’il en aura retirés »²³⁴⁴.

Il faudrait également tenir compte de la proposition de modification de l’article 1266 du Projet de réforme de la responsabilité civile par Madame Carval : « La victime a le choix entre la réparation de ses préjudices et la restitution des profits qui sont en relation directe avec la lésion de ses intérêts »²³⁴⁵.

Au sein de la disposition proposée, il conviendrait de rajouter l’expression : « dans le respect des dispositions prévues à cet effet ». En effet, puisque nous envisageons de consacrer l’amende civile prévue par le projet de réforme du droit de la responsabilité extracontractuelle, il faudrait préciser que les règles de celle-ci devraient pouvoir être applicables en matière

²³⁴³ V. *supra* n°337.

²³⁴⁴ V. « Avant-projet de loi portant réforme de la responsabilité civile. Observations et propositions de modifications », *précit.* v. art. 1266 al. 1 et 2.

²³⁴⁵ S. CARVAL, « L’amende civile », *précit.*

contractuelle. L'ajout de cette expression aurait alors pour but de montrer que la condamnation à une amende civile en cas de faute lucrative devrait être liée avec l'amende civile en matière extracontractuelle prévue pour sanctionner par la faute lucrative par l'avant-projet de réforme de la responsabilité civile²³⁴⁶. Elle devrait en respecter les conditions spéciales²³⁴⁷. Il faut évidemment préciser qu'une telle disposition sur la faute lucrative en matière contractuelle ne pourrait être reconnue en droit positif qu'à la condition que le droit de la responsabilité civile soit réformé. Pour l'heure, tel n'est pas le cas.

²³⁴⁶ Sur ce lien V. *supra* n°337.

²³⁴⁷ V. « Avant-projet de loi portant réforme de la responsabilité civile. Observations et propositions de modifications », *précit.*, V. art. 1266 al. 3 : « L'amende ne peut être supérieure à 2 millions d'euros. Toutefois, elle peut atteindre le décuple du montant du profit ou de l'économie réalisés », art.1266 al. 4 : « « Si le responsable est une personne morale, l'amende peut être portée à 10 % du montant du chiffre d'affaires mondial hors taxes le plus élevé réalisé au cours d'un des exercices clos depuis l'exercice précédant celui au cours duquel la faute a été commise » et art. 1266 al. 5 : « Cette amende est affectée au financement d'un fonds d'indemnisation en lien avec la nature du dommage subi ou, à défaut, au Trésor public. ».

BIBLIOGRAPHIE

I. OUVRAGES GÉNÉRAUX

ALLAND (D.) ET RIALS (S.) (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2003, 1649 pages.

AYNÈS (L.), MALAURIE (P.) ET STOFFEL-MUNCK (P.), *Droit des obligations*, LGDJ, 12^{ème} éd., 2022, 897 pages.

BÉNABENT (A.), *Droit des obligations*, LGDJ, 20^{ème} éd., 2023, 784 pages.

BERGEL (J.-L.), *Théorie générale du droit*, Dalloz, 5^{ème} éd. 2012, 400 pages.

BUFFELAN-LANORE (Y.) ET LARRIBAU-TERNEYRE (V.), *Droit civil les obligations*, Hors collection Sirey, 18^{ème} éd., 2022-2023, 1248 pages.

CADIET (L.) (dir.), *Dictionnaire de la justice*, PUF, 2004, 1362 pages.

CAPITANT (H.), TERRÉ (F.), LEQUETTE (Y.) ET CHÉNEDÉ (F.), *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t. 2, Dalloz, 13^{ème} éd., 2015, 898 pages.

CARBONNIER (J.), *Droit civil, Introduction*, PUF, 27^{ème} éd. refondue, 2002, 384 pages.

CARBONNIER (J.), *Droit civil. Les obligations*, t. 4, PUF, 22^{ème} éd. refondue, 2000, 665 pages.

CAYROL (N.), *Droit de l'exécution*, LGDJ, 3^{ème} éd. 2019, 504 pages.

CHAINAIS (C.), FERRAND (F.), MAYER (L.) et GUINCHARD (S.), *Procédure civile, Droit commun et spécial du procès civil, MARD et arbitrage*, Précis Dalloz, 36^{ème} éd., 2022, 1998 pages.

CORNU (G.) (dir.), *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, PUF, 14^e éd., 2022, 1106 pages.

CORNU (G.), *Droit civil. Introduction. Les personnes. Les biens*, Montchrestien, 12^{ème} éd., 2005, 733 pages.

DEMOGUE (R.), *Traité des obligations en général*, t. 6, A. Rousseau, 1923-1931, 756 pages.

DEROUSSIN (D.), *Histoire du droit des obligations*, Economica, 2^{ème} éd., 2012, 920 pages.

DUGUIT (L.), *Leçons de droit public général*, 1928, réédition Éditions la mémoire du droit, 2000 (réimpression de l'édition de 1928), 380 pages.

FABRE-MAGNAN (M.), *Droit des obligations. Contrat et engagement unilatéral*, t. 1, PUF, 6^{ème} éd., 2021, 904 pages.

FABRE-MAGNAN (M.), *Responsabilité civile et quasi-contrats*, t. 2, PUF, 5^{ème} éd., 2021, 624 pages.

FAGES (B.), *Droit des obligations*, LGDJ, 13^{ème} éd., 2023, 600 pages.

FLOUR (J.), AUBERT (J.-L.) ET SAVAUX (E.), *Droit civil, les obligations l'acte juridique*, t. 1, Sirey, 17^{ème} éd., 2022, 540 pages.

GHESTIN (J.), GOUBEAUX (G.) et FABRE-MAGNAN (M.), *Traité de droit civil, introduction générale*, 4^{ème} éd., LGDJ, 1994, 642 pages.

GHESTIN (J.), JAMIN (C.) ET BILLIAU (M.), *Traité de droit civil, les effets du contrat*, LGDJ, 3^{ème} éd. 2001, 1340 pages.

GHESTIN (J.), LOISEAU (G.) et SERINET (Y.-M.), *Traité de droit civil, les obligations, le contrat, formation*, LGDJ, 4^{ème} éd., 2013, 1552 pages.

GRIMONPREZ (B.), *De l'exigibilité en droit des contrats*, LGDJ, 491 pages.

HAURIOU (M.), *Principes de droit public*, Sirey, 2^{ème} éd., 1916, 734 pages.

MALINVAUD (P.), MEKKI (M.) ET SEUBE (J.-B.), *Droit des obligations*, LexisNexis, 17^{ème} éd. 2023, 988 pages.

MAZEAUD (D.), BOFFA (R.), BLANC (N.) (dir.), *Dictionnaire du contrat*, LGDJ, 2018, 1092 pages.

MULLER (E.), ECKERT (G.) ET WALLINE (J.), *Droit administratif*, Précis Dalloz Lefebvre, 29^e éd., 2023, 692 pages.

PELLISSIER (J.), SUPIOT (A.) ET JAMMEAUD (A.), *Droit du travail*, Dalloz 2008, 1352 pages.

PIN (X.), *Droit pénal général*, Lefebvre Dalloz, 15^e éd. 2023, 732 pages.

PLANIOU (M.), *Traité élémentaire de droit civil*, t. 2, LGDJ, 11^{ème} éd., 1928-1932.

PORCHY-SIMON (S.), *Droit des obligations*, Hypercours Dalloz, 16^{ème} éd., 2024, 712 pages.

POUMARÈDE (M.), LE TOURNEAU (P.), *Dalloz action Droit de la responsabilité et des contrats*, 2021-2022, 2908 pages.

RENET (T.) ET ZENATI-CASTAING (F.), *Cours de droit civil. Contrats théorie générale – quasi-contrats*, PUF, coll. Droit fondamental, 2014, 484 pages.

RIPERT (G.) et BOULANGER (J.), *Traité de droit civil d'après le traité de PLANIOU*, t. 2, 1957, 1957 pages.

ROUBIER (P.), *Théorie générale du droit*, Sirey, 2^{ème} éd. 1951, réédité en 2005, Dalloz, 334 pages.

SAVATIER (R.), *La théorie des obligations, vision juridique et économique*, Dalloz, 2^{ème} éd., 1969, 431 pages.

SÉRIAUX (A.) ET LARDEUX (G.), *Manuel de droit des obligations*, PUF, 5^{ème} éd., 2023, 420 pages.

TERRÉ (F.), SIMLER (P.), LEQUETTE (Y.) ET CHÉNEDÉ (F.), *Droit civil les obligations*, Précis Dalloz, 13^{ème} éd., 2022, 1800 pages.

TERRÉ (F.), SIMLER (P.), LEQUETTE (Y.) ET CHÉNEDÉ (F.), *Droit civil les obligations*, Précis Dalloz, 12^{ème} éd., 2018, 2036 pages.

VINEY (G.), JOURDAIN (P.) ET CARVAL (S.), *Traité de droit civil Les effets de la responsabilité*, LGDJ, 4^{ème} éd., 2017, 880 pages.

II) LES AVANT-PROJETS DE RÉFORME FRANÇAIS DU DROIT DES CONTRATS

CATALA (P.) (dir.), *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, La Documentation française, 2006.

Ministère de la Justice,

- Projet de réforme du droit des obligations, juillet 2008,
 - o Disponible en ligne, <https://mfmblog.files.wordpress.com/2011/10/projet-chancellerie.pdf>
 - o Débat *RDC/I* 2009 qui a pour objet le projet de réforme du droit des contrats élaboré par le ministère de la Justice dans l'état dans lequel il était en septembre 2008.
- Avant-projet de réforme du droit des obligations, document de travail, 23 oct. 2013.

TERRÉ (F.) (dir.), *Pour une réforme du droit des contrats*, Dalloz, coll. thèmes et commentaires, 2008.

LATINA (M.) ET CHANTEPIE (G.) (dir.),

- *Blog de réforme du droit des obligations*, 2015, disponible en ligne, <http://reforme-obligations.dalloz.fr/2015/04/10/linexecution-du-contrat-la-reduction-du-prix/>

III) LES PROJETS D'HARMONISATION EUROPÉENNE DU DROIT DES CONTRATS

FAUVARQUE-COSSON (B.) (dir.), *Projet cadre commun de référence, Terminologie contractuelle commune*, Association Henri CAPITANT des Amis de la Culture Juridique Française et la Société de législation comparée, Société de législation comparée, coll. Droit privé comparé et européen, volume 6, 2008, 532 pages.

FAUVARQUE-COSSON (B.) (dir.), *Projet cadre commun de référence, Principes contractuels communs*, Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française et la Société de législation comparée, coll. Droit privé comparé et européen, volume 7, 2008, 853 pages.

GANDOLFI (G.) (coordinateur), *Code européen des contrats, avant-projet*, livre premier, Académie des privatistes européens, Ed. Milan, Dott. A. GIUFFRÈ editore, 2004, 1084 pages.

ROUHETTE (G.), DE LAMBERTERIE (I.), TALLON (D.) ET WITZ (C.), *Principes du droit européen du contrat*, Société de législation comparée, 2003, 654 pages.

LANDO (O.), BEALE (H.) (dir.), *Principles of European Contract Law, Parts I and II, combined and revised, prepared by the Commission on European Contract Law*, Kluwer Law International, 2000, 561. Pages.

UNIDROIT, « Principes relatifs aux contrats du commerce international », Rome, 4^{ème} version, 2016, 281 pages.

IV) RÉPERTOIRES ET JURISCLASSEURS

AUBERT (J.-L.) ET GAUDEMET (S.), « Engagement unilatéral », *Rép. Civ. Dalloz*, actualisation janvier 2018.

BRENNER (C.) ET LEQUETTE (S.), « Acte juridique », *Rép. Civ. Dalloz*, actualisation février 2019.

CARSIN (X.), « Contrat de travail, période d'essai », *JCl Travail Traité*, 2015, fasc. 17-16, mise à jour, 1^{er} oct. 2019.

CAYROL N., « Référé civil – saisine », *Rép. proc. civ. Dalloz*, actualisation décembre 2021.

DESHAYES (O.), « Exception d'inexécution », *Rép. Civ. Dalloz*, 2018, actualisation novembre 2019.

CHANTEPIE (G.) ET SAUPHANOR-BROUILLAUD (N.), « Déséquilibre significatif », *Rép. Com. Dalloz*, janvier 2022.

CHANTEPIE G., « Contrats – effets – sanctions de l'inexécution », *Rép. dr. civ. Dalloz*, 2018, actualisation octobre 2022.

FAGES (B.), HEINICH (J.) ET BUY (F.), *Le Lamy droit du contrat*, Wolters Kluwer, 2019.

FOLLIOT-LALLIOT (L.), « Fasc. 32, Exécution du contrat administratif – obligations contractuelles et pouvoirs de l'Administration », *JCl Contrats et marchés publics*, décembre 2022.

GRIMONPREZ (B.), « Mise en demeure », *Rép. Civ. Dalloz*, avril 2017, actualisation mai 2018.

HAGE-CHANINE (N.), « Résolution – Résiliation – Les modes de résolution du contrat », *Rép. Civ. Dalloz*, février 2021.

LATINA (M.), « Liberté contractuelle », *Rép. Civ. Dalloz*, actualisation avril 2023.

LARDEUX (G.), « Preuve, modes de preuve », *Rép. Civ. Dalloz*, actualisation février 2023.

LEMOULAND (J.-J.), PIETTE (J.) ET HAUSER (J.), « Ordre public et bonne mœurs », *Rép. Civ. Dalloz*, mise à jour 2023.

MIGNOT (M.), « Art. 1603 à 1623 – Fasc. 20, Vente – Obligations du vendeur – Obligation de délivrance, sanctions », *JCl Civil Code*, mise à jour, 18 fév. 2023.

OUDOT (P.), « Art 1^{er} – Notion de véhicule terrestre à moteur », *Rép. Civ. Dalloz*, actualisation fév. 2023.

PICOD (Y.),

- « Obligations », *Rép. Civ. Dalloz*, actualisation janvier 2019.
- « Force obligatoire du contrat – Bonne foi », Fasc. Unique, Contrat, *JCl Civil Code*, nov. 2019, mise à jour, 29 juillet 2022,
-

RAYMOND (G.), « Fasc. 902, Domaine d'application du droit de la consommation », *JurisClasseur Commercial*, mise à jour 31 janvier 2020.

STORCK (M.), « Fasc. 49-22 Contrat – Inexécution du contrat – Résolution unilatérale », *JurisClasseur Notarial Répertoire*, 1er août 2019, actualisation 29 juill. 2022.

STRICKLER (Y.), « Délai », *Rép. Proc. Civ.*, Dalloz, actualisation juillet 2020.

V) OUVRAGES SPECIAUX

ANCEL (F.), FAUVARQUE-COSSON (B.) ET GEST (J.), *Aux sources de la réforme du droit des contrats*, Dalloz, 2017, 256 pages.

ARISTOTE, *Ethique à Nicomaque*, J. VRIN éd. Introduction, note et index par J. TRICOT, 578 pages.

Association Henri Capitant des Amis de la Culture juridique française (dir.), *La réforme du droit des contrats, du projet à l'ordonnance*, Journée nationale tome XX/Nancy, Dalloz, coll. thèmes et commentaires, 2016, 112 pages.

AUBRY (H.), *L'influence du droit communautaire sur le droit français des contrats*, thèse Aix-Marseille, préf. GHOZI (A.) Institut de droit des affaires, 2002, 573 pages.

BERLIOZ (G.), *Le contrat d'adhésion*, LGDJ, t. 132, Bibliothèque de droit privé, 1973, 222 pages.

BOLLÉE (S.), LAITHIER (Y.-M.) ET PÉRÈS (C.) (dir.), *L'efficacité économique en droit*, Economica, 2010, 178 pages.

BOUGLÉ (C.), *Le solidarisme*, 1907, réédition Hachette BNF Presses électroniques de France, 2016, 346 pages.

BOURGEOIS (L.), *Solidarité*, 1896, réédition Presses Universitaires du Septentrion, 1998, 173 pages.

BROS (S.) (dir.), *Les innovations de la réforme du droit des contrats*, Institut Universitaire Varenne, coll. Colloques et Essais, 2018, 166 pages.

BUCHER (C.-E.) ET DAILLANT (M.-A.) (dir.), *La réforme du droit des contrats spéciaux*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2023, 202 pages.

BUCHER (C.-É.), *L'inexécution du contrat de droit privé et de droit administratif, Étude de droit comparé interne*, Dalloz, vol. 102, préf. LEVENEUR (L.), coll. Nouvelles bibliothèques de thèse, 2011, 500 pages.

BUFNOIR (C.), *Propriété et contrat*, 1924, réédition LGDJ, 2005, 560 pages.

CABRILLAC (R.), *La recodification civile en France*, Éditions universitaires d'Avignon, Coll. Entrevues, 2008., 32 pages.

CARTWRIGHT (J.), FAUVARQUE-COSSON (B.) ET WHITTAKER (S.), *La réécriture du Code civil. Le droit français des contrats après la réforme de 2016*, Société de législation comparée, coll. Droit comparé et européen, vol. 29, 2018, 568 pages.

CASSIN (R.), *De l'exception tirée de l'inexécution dans ls rapports synallagmatiques*, Sirey, 1914, 344 pages.

CHABAS (C.), *L'inexécution licite du contrat*, LGDJ t. 380, préf. MAZEAUD (D.), Bibliothèque de droit privé, 2002., 548 pages.

CHABAS (J.), *De la déclaration de volonté en droit civil français*, th. Paris, 1931, 236 pages.

CHAINAIS (C.) ET FENOUILLET (D.) (dir.), *Les sanctions en droit contemporain, vol. 1. La sanction, entre technique et politique*, Dalloz, coll. L'esprit du droit, 2012, 672 pages.

CHAINAIS (C.), FENOUILLET (D.) ET GUERLIN (G.) (dir.), *Les sanctions en droit contemporain, vol. 2 La motivation des sanctions prononcées en justice*, Dalloz, coll. L'esprit du droit, 2013.

CHANTEPIE (G.) ET LATINA (M.), *La réforme du droit des obligations, Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, Dalloz, 2016, 256 pages.

CHÉNEDÉ (F.),

- *Les commutations en droit privé, Contribution à la théorie générale des obligations*, Economica, préf. GHOZI (A.), 2008, 558 pages.
- *Le nouveau droit des obligations et des contrats, consolidations – innovations – perspectives*, Dalloz, 2^{ème} éd. 2018, 346 pages.
- *Droit des obligations et des contrats, consolidations – innovations – applications*, Dalloz, 3^{ème} éd., 2023, 420 pages.

COLLART-DUTILLEUL (F.) et COULON (C. (dir.), *Le renouveau des sanctions contractuelles*, Economica, 2007, 159 pages.

CORMIER (M.), *Une limite à l'exécution forcée du contrat, la disproportion manifeste de l'article 1221 du Code civil*, thèse Paris Panthéon-Assas, 2023, disponible en ligne, 612 pages.

CORNU (G.), *Regards sur le titre III du livre III du Code civil « Des contrats ou des obligations conventionnelles en général » (Essai de lecture d'un titre du Code)*, Les cours de droit, 1976 in *La rénovation du Code civil*, éd. Panthéon-Assas, préf. LEQUETTE (Y.), 2017, 217 pages.

COUTANT-LAPALUS (C.), *Le principe de la réparation intégrale en droit privé*, préf. POULLAUD-DULIAN (F.), PUAM, 2002, 591 pages.

DAILLANT (dir.), *La réforme du droit des contrats spéciaux*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2023, 202 pages.

DESHAYES (O.), GENICON (T.) ET LAITHIER (Y.-M.), *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations – Commentaire article par article*, LexisNexis, 2^{ème} éd., 2018, 944 pages.

DESHAYES (O.), GENICON (T.) ET LAITHIER (Y.-M.), *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, Commentaire article par article*, 944 pages.

DISSAUX (N.) ET JAMIN (C.), *Projet de réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, rendu public le 25 février 2015, Commentaire article par article*, Dalloz, 2015, 271 pages

DOMAT (J.), *Les loix civiles dans leur ordre naturel*, Livre I, 1689-1694, 679 pages.

DOUVILLE (T.) (dir.), *La réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, Gualino, 2^{ème} éd. 2018, 526 pages.

DRÉANO (M.), *La non-discrimination en droit des contrats*, Dalloz, vol. 172, préf. SAVAUX (E.), Nouvelles bibliothèques de thèses, vol. 172, 2018, 836 pages.

DURKHEIM (E.), *Division du travail*, Paris (1893), Quadrige, PUF, 1973, 416 pages.

ENCINAS DE MUNAGORRI (R.), *L'acte unilatéral dans les rapports contractuels*, LGDJ, t. 254, préf. LYON-CAEN (A.), Bibliothèque de droit privé, 1996, 551 pages.

FAURE ABBAD (M.), *Le fait générateur de la responsabilité contractuelle*, préf. REMY (Ph.), LGDJ, Université de Poitiers, Collection de la Faculté de droit et des sciences sociales, 2003, 546 pages.

FAUVARQUE-COSSON ET S. WITTHAKER (dir.), *La réécriture du code civil, le droit français des contrats après la réforme de 2016*, Société de législation comparée, 2018, 568 pages.

FENOUILLET (D.) ET GENICON (T.) (dir.), *Les sanctions en droit contemporain, Vol. 3. De la théorie à la pratique, illustration à partir du droit de la consommation*, Dalloz, coll. L'esprit du droit, 2023, 208 pages.

FIN-LANGER (L.), *L'équilibre contractuel*, LGDJ, t. 366, préf. THIBIERGE (C.), Bibliothèque de droit privé, 2002, 651 pages.

FONTAINE (M.) ET VINEY (G.) (dir.), *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles. Études de droit comparé*, LGDJ & Bruylant, Bibliothèque de la faculté de droit de l'Université catholique de Louvain, 2001, 1130 pages.

GAJARDO (P.), *Les théories objective et subjective du contrat, étude critique et comparative (droits français et américain)*, LGDJ, t. 599, préf. FABRE-MAGNAN (M.), Bibliothèque de droit privé, 2020, 408 pages.

GAILLARD (E.), *Le pouvoir en droit privé*, préf. G. CORNU, Economica 1985, 250 pages.

GALBOIS (D.), *La notion de contrat, Esquisse d'une notion*, LGDJ, t. 603, préf. LEQUETTE (Y.), Bibliothèque de droit privé, 2020, 630 pages.

GENICON (T.), *La résolution du contrat pour inexécution*, LGDJ, t. 484, préf. LEVENEUR (L.), Bibliothèque de droit privé, 2007, 826 pages.

GHESTIN (J.), *Cause de l'engagement et validité du contrat*, LGDJ, 2006, 960 pages.

GOLDIE-GENICON (C.), *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, LGDJ, préf. LEQUETTE (Y.), t. 509, Bibliothèque de droit privé, 2009, 674 pages

GOUBINAT (M.), *Les principes directeurs du droit des contrats*, th. Université de Grenoble Alpes, 2016, 413 pages.

GOUNOT (E.), *Le principe de l'autonomie de la volonté, Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, th. Paris, Rousseau, 1912, 470 pages.

GRIMALDI (C.), *Quasi-engagement et engagement en droit privé*, th. Paris, 2007, 600 pages.

GROSSER (P.), *Les remèdes à l'inexécution du contrat, essai de classification*, th. Paris I, 2000, 1021 pages.

GRYNBAUM (L.) ET NICOD (M.) (dir.), *Le solidarisme contractuel*, Economica, 2004, 206 pages.

GUINCHARD (S.) (dir.), *Droit et pratique de la procédure civile*, Dalloz action 2021-2022, 2640 pages.

HAUSER (J.), *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique, contribution à la théorie générale de l'acte juridique*, LGDJ, t. 117, préf. RAYNAUD (J.), Bibliothèque de droit privé, 1971, 339 pages.

HÉRON (J.), LE BARS (T.), SALHI (K.), *Droit judiciaire privé*, Domat, coll. Droit privé, 2019, 1032 pages.

HOUTCIEFF (D.), *Le principe de cohérence en matière contractuelle*, tome 1, préf. H. MUIR-WATT, PUAM, 2002, 1134 pages.

HUET (J.), *Responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle, essai de délimitation entre les deux ordres de responsabilité*, th. Paris II, 1978, 512 pages.

IZORCHE (M.-L.), *L'avènement de l'engagement unilatéral en droit privé contemporain*, préf. MESTRE (J.), PUAM, 1995, 499 pages.

CARBONNIER (J.), *Droit civil tome 4 les obligations*, PUF, coll. Thémis Droit privé, 22^{ème} éd. refondue, 2000, 665 pages.

JAMIN (C.) ET MAZEAUD (D.) (dir.),

- *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, Economica, 1999, 103 pages.
- *La nouvelle crise du contrat*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2003, 260 pages.
- *Les clauses abusives entre professionnels*, Economica, 1999, 166 pages.

JAMIN (C.), *Demogue, juriste de l'impermanence, suivi de René Demogue, « Des modifications aux contrats par volonté unilatérale »*, Dalloz, coll. Tiré à part, 2013, 162 pages.

JAOUEN (M.), *La sanction prononcée par les parties au contrat, Étude sur la justice privée dans les rapports contractuels de droit privé*, préf. MAZEAUD (D.), Economica, 2013, 4478 pages.

JOSSERAND L., *De l'esprit des droits et leur relativité, théorie dite de l'abus des droits*, préf. D. DEROUSSIN, Dalloz, 2006, 490 pages.

JUILLET-REGIS (H.), *La force obligatoire du contrat, Réflexion sur l'intérêt au contrat*, th. Paris II, 2015.

KELSEN (H.), *Théorie pure du droit*, 2^{ème} traduction française 1962, réédition LGDJ, Bruylant 1999, 376 pages.

LAITHIER (Y.-M.), *Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, LGDJ, t. 419, préf. MUIR-WATT (H.), Bibliothèque de droit privé, 2004, 688 pages.

LARDEUX (G.) (dir.), *L'efficacité du contrat*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2011, 96 pages.

LE GAC-PECH (S.),

- *La proportionnalité en droit privé des contrats*, préf. H. MUIR-WATT, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 335, 2000, 580 pages.
- *Le nouveau droit des obligations, Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, Dalloz, 2^{ème} éd., 2018, 1144 pages.

LEMAY (P.), *Le principe de la force obligatoire à l'épreuve du développement de l'unilatéralisme*, préf. CHASSAGNARD-PINET (S.), Mare & Martin, Bibliothèque de thèses, Lille, 2014, 587 pages.

LEQUETTE (S.), *Le contrat-coopération, contribution à la théorie générale du contrat*, Economica, préf. BRENNER (C.) 2012, 514 pages.

MACKAAY (E.), LAROUCHE (P.), PARENT (A.) ET ROUSSEAU (S.), *Analyse économique du droit*, Dalloz, Méthodes du droit, 3^{ème} éd., 2021, 728 pages.

MALECKI (C.), *L'exception d'inexécution*, LGDJ, t. 321, préf. GHESTIN (J.), Bibliothèque de droit privé, 1999, 600 pages.

MALLET-BRICOUT (B.) (préf.), *La sanction*, colloque du 27 nov. 2003 à l'Université Jean Moulin Lyon 3, L'Harmattan, 2007, 274 pages.

MARTIN DE LA MOUTTE (J.), *L'acte juridique unilatéral, Essai sur sa notion et sa technique en droit civil*, th. Paris, Sirey, 1951, 328 pages.

MELIN-SOUCRAMANIE (B.), *Le juge des référés et le contrat*, préf. MESTRE (J.), PUAM, 2000, 428 pages.

MOLINA (L.), *La prérogative contractuelle*, LGDJ, t. 619, préf. AYNÈS (L.), Bibliothèque de droit privé, 2022, 560 pages.

MONTEILLET (V.) ET CERQUEIRA (G.) (dir.), *L'avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux*, Société de législation comparée, 2023.

MORON-PUECH (B.), *L'acte juridique, une réponse à la crise du contrat*, LGDJ, t. 591, préf. FENOUILLET (D.), Bibliothèque droit privé, 2020, 682 pages.

MOUSSERON (J.-M.), MOUSSERON (P.), RAYNARD J., SEUBE (J.-B.), *Technique contractuelle*, éditions Francis Lefebvre, 5^{ème} éd. 2017, 454 pages.

NAJJAR (I.), *Le droit d'option, Contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral*, LGDJ, t. 85 Bibliothèque de droit privé, 1967, 362 pages.

OST (F.) et VAN KERCHOVE (M.), *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Publications des Facultés universitaires de Saint-Louis, Bruxelles, Bruylant, 2002, 596 pages.

PHILIPPE (X.), *Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelles et administratives français*, Economica 1990, page de garde, 541 pages.

PILLEBOUT (J.-F.), *Recherche sur l'exception d'inexécution*, LGDJ, t. 119, préf. RAYNAUD (P.), Bibliothèque de droit privé, 1971, 268 pages.

POPINEAU-DEHAULLON C., *Les remèdes de justice privée à l'inexécution des contrats, étude comparative*, préf. M. GORÉ, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 498, 2008, 692 pages.

QUÉZEL-AMBRUNAZ (C.) (dir.), *Les défis de l'harmonisation européenne du droit des contrats*, Université de Savoie, 2012, 276 pages.

RANOUIL (M.), *L'autonomie de la volonté. Naissance et évolution d'un concept*, préf. LÉVY (J.-PH.), PUF, 1980, 194 pages.

RIEG (A.), *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand*, th. Strasbourg, 1961, 589 pages.

ROCHFELD (J.), *Les grandes notions du droit privé*, PUF, 3^{ème} éd. 2022, 714 pages.

ROUBIER (P.), *Droits subjectifs et situations juridiques*, Dalloz, 1963, 451 pages.

ROUHETTE (G.), *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, th. Paris, 1965, 381 pages.

ROUVIÈRE (F.), *Le contenu du contrat, essai sur la notion d'inexécution*, préf. C. ATIAS. PUAM, 2005, 346 pages.

SAVAUX (É.), *La théorie générale du contrat mythe ou réalité ?*, LGDJ, t. 264, préf. AUBERT (J-L.), Bibliothèque de droit privé, 1997, 408 pages.

SEUBE (J.-B.), ATTIAS (B.) ET DUMONT-LEFRAND (M.-P.), *Droit des contrats – bilan de la réforme et loi de ratification*, Éditions législatives, 2018, 453 pages.

SÈVE (R.), *Philosophie du droit*, Dalloz, 2^{ème} éd., 2016, 546 pages.

SIGNAT (C.), *Le pouvoir discrétionnaire du juge et l'inexécution du contrat, Étude de droit comparé franco-allemande*, Préf. FAUVARQUE-COSSON (B.) et REMIEN (O.), LGDJ, t. 178, Bibliothèque de droit privé, 2018, 618 pages.

STOFFEL-MUNCK (P.) (dir.), *Réforme du droit des contrats et pratique des affaires*, Dalloz, 2015, 180 pages.

STOFFEL-MUNCK (P.), *L'abus dans le contrat, Essai d'une théorie*, LGDJ, t. 337, Bibliothèque de droit privé, 2000, 651 pages.

TERRÉ (F.) (dir.), *Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2011, 224 page.

TERRÉ (F.), *La réforme du droit des obligations*, Dalloz, 2016, 128 pages.

Travaux de l'Association H. CAPITANT :

- *La motivation, Tome III, Limoges – 1998*, LGDJ, 2000, 122 pages.
- *Les sanctions attachées à l'inexécution des obligations*, t. XVII, 1964, Dalloz, 1968, 4404 pages.

VALLORY (S.), *La potestativité dans les relations contractuelles*, PUAM, préf. MESTER (J.), 1999, 598 pages.

VI) ARTICLES

ALBIGES (C.), « Le développement discret de la réfaction du contrat », in *Mélanges Michel Cabrillac*, Litec, 1999, p. 3.

ANCEL (F.) :

- « Genèse, sources, esprit, structure et méthode », *RDC/1* 2009, p. 273.
- « Quel juge pour le contrat au XXI^e siècle ? », *D.* 2017, p. 721.

ANCEL (N.), « Le juge et les remèdes à l'inexécution du contrat », *RDC/2* 2016, p. 408.

ANCEL (P.),

- « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *RTD Civ.* 1999, p. 771.
- « La force obligatoire du contrat, jusqu'où la défendre », in C. JAMIN et D. MAZEAUD (dir.) *La nouvelle crise du contrat*, Dalloz 2001, p. 165
- « Les sanctions du manquement à la bonne foi dans l'exécution du contrat. Retour sur l'arrêt de la Chambre commerciale du 10 juillet 2007 », in *Mélanges en l'honneur de D. TRICOT*, LexisNexis, Dalloz, 2011, p. 61.
- « Le juge et l'inexécution du contrat » in F. COLLART-DUTILLEUL et C. COULON (dir.), *Le renouveau des sanctions contractuelles*, Economica, 2007, p. 103.

ANDREU (L.), « Le nouveau contrat d'adhésion », *AJCA* 2018, p. 262.

ANTIPPAS (J.), « Regard comparatiste interne sur la réforme du droit des contrats – réflexion sur l'identité contractuelle française », *AJDA* 2016, p. 1620.

ATIAS (C.),

- « Restaurer le droit du contrat », *D.* 1998, p. 137.
- « Les « risques et périls » de l'exception d'inexécution (limites à la description normative) », *D.* 2003, p. 1103.
- « Qu'est-ce qu'un contrat », in C. JAMIN (dir.), *Droit et économie des contrats*, LGDJ, 2008, p. 3.

AUBERT DE VINCELLES (C.),

- « La résolution du contrat pour inexécution » in F. TERRÉ (dir.), *Pour une réforme du droit des contrats*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2008, p. 269.
- « Art. 1163, la fixation unilatérale du prix » in Dossier « Projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, articles choisis », *RDC/3* 2015 p. 752.

AUBRY (H) :

- « Un apport du droit communautaire au droit français des contrats, la notion d'attente légitime », *RIDC* 2005, p. 628.

AYNÈS (A.) :

- « Les remèdes unilatéraux (exception d'inexécution) » in STOFFEL-MUNCK (Ph.) (dir.), *Réforme du droit des contrats et pratique des affaires*, Dalloz, 2015, p. 113.
- « Les remèdes unilatéraux (résolution unilatérale, réduction du prix) » in STOFFEL-MUNCK (Ph.) (dir.), *Réforme du droit des contrats et pratique des affaires*, Dalloz, 2015, p. 113.
- « Accroissement du pouvoir de la volonté individuelle », *Dr. et Patr.* 2016, n° 259.

AYNÈS (L.) :

- « Rapports introductifs » in C. JAMIN et D. MAZEAUD (dir.), C. JAMIN et D. MAZEAUD (dir.), *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, Economica, 1999, p. 3 s.
- « A propos de la force obligatoire du contrat », *RDC/1* 2003, p. 323.
- « Mauvaise foi et prérogative contractuelle », *RDC/2* 2004, p. 696.
- « Motivation et justification », *RDC/2* 2004, p. 555.
- « Rupture unilatérale du contrat », *RDC/2* 2004, p. 275.
- « Rapport de synthèse » in BENABOU (V.-L.) et CHAGNY (M.) (dir.), *La confiance en droit privé des contrats*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2008 p. 151.

- « Le juge et le contrat, nouveaux rôles ? », *RDC* 2016, n° Hors-série, p. 14.
- « Un nouveau droit des contrats au service du droit français des affaires », *Gaz. Pal.* 12 juin 2017, n° Hors-série 3, p. 88.

AYNÈS (A.), BARBIER (H.), BLANC (N.), BORGHETTI (J-S.), BROCHIER (E.), FAGES (B.), GAUDEMET (S.), MAZEAUD (D.), REVET (T.) et STOFFEL-MUNCK (P.), Dossier « Le nouveau droit des obligations après la loi de ratification du 20 avril 2018 », Paris le 7 juin 2018, *RDC* 2018, Hors-Série.

BAHANS (J.-M.), « Objectivisme et subjectivisme dans le contrat de vente du vin » in *Mélanges en l'honneur du Professeur Jean Hauser*, LexisNexis, Dalloz, 2012, p. 723.

BALLON-BURINI (L.), « Les défis du droit des contrats, vers des contrats plus équilibrés ? », in Dossier, « Table ronde, les défis du droit des contrats », *CCC* 2020, n°12.

BATTIFOL (H.), « La crise du contrat et sa portée », *Arch. Phil. Dr.*, t. 13, 1968.

BARBIER (H.) :

- « Les grands mouvements du droit commun des contrats après l'ordonnance du 10 février 2016 », *RTD Civ.* 2016, p. 247.
- « L'exécution et la sortie du contrat », in Dossier « Le nouveau droit des obligations après la loi de ratification du 20 avril 2018 », Paris le 7 juin 2018, *RDC* 2018, n° Hors-Série, p.40.
- « L'articulation des sanctions contractuelles, entre exclusivité, cumul et inclusion », *RTD Civ.* 2018, p. 661.
- « Le juge des référés et le contrat, textes anciens et réforme du droit des contrats », *RTD Civ.* 2016, p. 854.
- « L'abus du droit par abstention, vers un devoir d'exercer son droit », *RTD Civ.* 2019, 325..
- « La faute du créancier ne le prive pas de son droit de résolution unilatérale du contrat », *RTD Civ.* 2019, 867.
- « Le point sur les sanctions du devoir de bonne foi de l'article 1104 du Code civil », *RTD Civ.* 2021, 394.

BAUMGARTNER (F.), « Faut-il avoir confiance dans la réforme ? », *RDC/3*, 2015, p. 671.

BÉGUIN (J.), « Rapport sur l'adage 'nul ne peut se faire justice à soi-même' en droit français » in Association Henri Capitant, « Nul ne peut se faire justice à soi-même, le principe et ses limites », t. XVIII, Dalloz, 1966, p. 41 s.

BELLINO (C.), « Chronique de jurisprudence de la Cour de cassation », *D.* 2022, 1419 (et S. BARBOT, C. DE CABARRUS et S. KASS-DANNO).

BELLIVIER (F.) et STEFON-GREEN (R.), « Force obligatoire et exécution en nature du contrat en droits français et anglais, bonnes et mauvaises surprises du comparatisme » in *Études offertes à Jacques Ghestin, Le contrat au début du XXI^e siècle* », LGDJ, 2015.

BÉNABENT (A.) :

- « Rapport français », Association Henri Capitant, *La bonne foi*, Journées Louisianaises, t. XLIII 1992, Litec, 1994, p. 291.

- « Sanction et réparation » in « Les sanctions », *Justice et cassation, Revue annuelle des Avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation*, 2005, p. 91 s
- « Les nouveaux mécanismes », *RDC* 2016, n° Hors-série, p. 17.
- « Un culte de la proportionnalité...un brin disproportionné ? », *D.* 2016, p. 137.
- « La digestion de la réforme (entrée en vigueur) », *RDC/3* 2016, p. 608.
- « Le contrat d'adhésion - Propos conclusifs » in Dossier « Le contrat d'adhésion », *RDC/2* 2019, p. 167.

BERGÉ (J.-S.), « Que faire de nos *a priori* en droit ? Jalons pour une recherche antécédente », *D.* 2022, p. 1865.

BLANC (N.),

- « Le juge et les standards juridiques » in Dossier « Le juge, auteur et acteur de la réforme du droit des contrats », *RDC/2*, 2016, p. 351.
- « Contrat d'adhésion et déséquilibre significatif après la loi de ratification », in Dossier « Le nouveau droit des obligations après la loi de ratification du 20 avril 2018 », *RDC* 2018, n° Hors-série, p. 20.
- « L'équilibre du contrat d'adhésion » in Dossier « le contrat d'adhésion », *RDC/2* 2019, p. 155.

BLOCH (L.), « Objectivisme et subjectivisme dans l'acte médical, de l'acte juridique au fait juridique » in *Mélanges en l'honneur du Professeur Jean Hauser*, LexisNexis, Dalloz, 2012, p. 737.

BLOUGH (R.), *Le forçage, du contrat à la théorie générale*, préf. FENOUILLET (D.), PUAM, 2011.

BOFFA (R.) :

- « Juste cause (et injuste clause) », *D.* 2015, p. 335.
- « Article 1108, le contrat d'adhésion » in Dossier « Projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, articles choisis », *RDC/3*, 2015, p. 736.

BOUCARD H., « Responsabilité contractuelle », *Rép. civ. Dalloz*, juillet 2018, n°557

BOURGEON (Ch.), « Rupture abusive et maintien du contrat, observations d'un praticien », *RDC/1* 2005, p. 109.

BORGHETTI (J.-S.),

- « Faut-il distinguer les dommages et intérêts compensatoires et les dommages et intérêts en lieu et place de la prestation ? », *RDC/4* 2016, p. 787.
- « A la recherche d'une sanction méconnue de l'inexécution contractuelle, la correction de la mauvaise exécution », *Mélanges en l'honneur de F. Collart-Dutilleul*, Dalloz 2017, p. 131.

BOY (L.), « Les 'utilités' du contrat », *LPA*, 10 sept. 1997, n°109, p. 3.

BRENNER (C.), « Sources des obligations dans le Code civil rénové, passage à l'acte ou acte manqué ? », *JCP G*, 2 mai 2016, n°18.

BRENNER (C.) et LEQUETTE (S.), « Acte unilatéral », *Rép. Civ. Dalloz*, actualisation février 2019.

BRETZNER (J.-D.) :

- « Les conditions de l'exception d'inexécution par anticipation » in *Libres Propos sur la réforme du droit des contrats, Analyse des principales innovations de l'Ordonnance du 10 février 2016*, LexisNexis, 2016, p. 109.
- « Les conditions de l'exception d'inexécution par anticipation », *JCP G* 2016, n°39.

BROCHIER (M.), « Les nouveaux rôles du juge dans l'inexécution du contrat », *Dr. et Patr.* 2016, n° 259.

BROS (S.), « La place de l'unilatéralisme, progrès ou danger ? », *RDC/4*, 2012, p. 1452.

BUCHER C. E., « Le traitement des situations d'imprévision dans l'ordonnance, il manque la notice », *CCC* 2016, dossier 6, n°11.

BUREAU (D.) et MOLFESSIS (N.), *LPA* 27 déc. 1995, p. 11.

BURGE (A.), « Le Code civil et son évolution, vers un droit imprégné d'individualisme libéral », *RTD Civ.* 2000, p. 1.

BÜRKLE (J.) et MAHIEU (R.), « Nouveau droit des contrats et « contract management », pour une meilleure performance des contrats d'affaire », *RLDC*, n° 159, 2018.

CABRILLAC (R.) :

- « Remarques sur la théorie générale du contrat et les créations récentes de la pratique commerciale » in *Mélanges dédiés à Gabriel Marty*, Université des sciences sociales de Toulouse, 1978, p. 237.
- « La motivation des actes individuels, le contrat », *RDLC* 2012, n°89, p 91.
- « L'article 1196, la porte ouverte à l'admission de l'imprévision », *RDC/3* 2015, p. 771.

CADIET (L.), « Une justice contractuelle, l'autre » in *Études offertes à Jacques Ghestin, Le contrat au début du XXIème siècle*, LGDJ, 2001, p. 177.

CADIET (L.) et LE TOURNEAU (P.), « Abus de droit », *Rép. dr. civ.* Dalloz, juin 2015, actualisation sept. 2022.

CALAIS-AULOY (J.), « L'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats », *RTD Civ* 1997, p. 239.

CARBONNIER (J.), « Réflexions marginales » in *Académie des privatistes européens*, G. GANDOLFI (coordinateur), *Code européen des contrats, avant-projet*, livre premier, Ed. Milan, Dott. A. GIUFFRÈ editore, 2004, p. XVII.

CARVAL (S.),

- « Vers l'introduction en droit français des dommages et intérêts punitifs ? », *RDC/3* 2006, p. 822.
- « L'amende civile », *JCP G*, supp. aux n°s33-35, 2016, p. 42 s.

CATALA (P.) :

- « La genèse et le dessein du projet », *RDC/I* 2006, p. 11 s.
- « Présentation générale de l'avant-projet » in P. CATALA (dir.), *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, La Documentation française, 2006, p. 11.

CAUVIN (G.), « L'exécution forcée des contrats de construction dans le nouveau droit des obligations », *Gaz. Pal.* 21 mai 2019, n°19, p. 65 s.

CAYOL (A.), « Le contrat d'adhésion, un contrat spécial ? », *RLDC*, n°160, 2018.

CHABAS (C.), *JCP G* 2007, n°340, p. 8

CHAGNY (M.), « La notion de dommages et intérêts punitifs et ses répercussions sur le droit de la concurrence », *JCP G* 2006, p. 1224.

CHAINAIS (C.) et FENOUILLET (D.), « Le droit contemporain des sanctions, entre technique et politique, Présentation et conclusions de la recherche collective » in C. CHAINAIS et D. FENOUILLET (dir.), *Les sanctions en droit contemporain, Volume 1. La sanction, entre technique et politique*, Dalloz, 2012, p. XI s., spéc. p. XIII.

CHANTEPIE (G.) :

- « L'efficacité attendue du contrat », *RDC/I* 2010, p. 347.
- « Les clauses abusives et leur sanction en droit commun des contrats » in « la réforme en pratique », *AJCA* 2015, p. 121.
- « L'application dans le temps de la réforme du droit des contrats », *AJ contrat* 2016, 412.
- « Réduction du prix et résolution par notification » in M. LATINA (dir.), *La réforme du droit des contrats en pratique*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2017, p. 83 s.
- « Les virtualités du contrat d'adhésion », in G. CHANTEPIE et M. LATINA (dir.), *Le contrat d'adhésion, perspectives franco-québécoises*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2018, p. 143.
- « Le déséquilibre significatif de droit commun réduit à la portion congrue », *JCP E et A*, n°12, 24 mars 2022, 1125.

CHANTEPIE (G.) ET M. LATINA (M.), « Ratification de la réforme du droit des obligations, analyse de la deuxième lecture du Sénat », *D.* 2018, 309.

CHATAIN (A.) ET ERB (J.-P.), « Les conséquences de la réforme du droit des contrats sur l'intervention du juge », *JCP E et A*, n°18, 14 mai 2017, 1245.

CHARDEAUX (M.-A.), « L'amende civile », *LPA* 2018, n°132, p. 6.

CHAUVIRÉ (Ph.) :

- « Quelle sanction pour la rupture du contrat en l'absence de comportement grave », *RLDC*, n°75, 2010.
- « Les dispositions relatives aux effets du contrat » in Association Henri Capitant des Amis de la Culture juridique française (dir.), *La réforme du droit des contrats, du projet à l'ordonnance*, Journée nationale tome XX/Nancy, Dalloz, coll. thèmes et commentaires, 2016, p. 43 s.

CHAZAL (J.-P.) :

- « Le consommateur existe-t-il ? », *D.* 1997, p. 260.
- « De la signification du mot loi dans l'article 1134 alinéa 1^{er} du Code civil », *RTD Civ.* 2001, p. 265.
- « Tout n'est-il pas contractuel dans le contrat ? », *RDC/2*, 2004, p. 237.
- « Raisonnement juridique (suite), sortir de la liturgie doctrinale », *D.* 2016, p. 417.

CHÉNEDÉ (F.) :

- « Les conditions d'exercice des prérogatives contractuelles » in Dossier « Les prérogatives contractuelles », *RDC/2* 2011, p. 709.
- « Raymond Saleilles, Le contrat d'adhésion (1^{re} partie) », *RDC/I* 2012, p. 241
- « Raymond Saleilles, Le contrat d'adhésion (2^{ème} partie) », *RDC/3* 2012, p. 1017.
- « Les conditions d'exercice de la prérogative contractuelle » in Dossier « Les prérogatives contractuelles », *RDC/2* 2011, p. 709.
- « De l'autonomie de la volonté à la justice commutative » in « II. Déclin ou essor de l'autonomie de la volonté en droit privé ? » in *Annuaire de l'Institut Veilley*, vol. 4 Dalloz, 2012, p. 155.
- « Contrat » in Association Henri Capitant (dir.), *Hommage à Georges Rouhette*, coll. *Thèmes et commentaires*, Dalloz, 2013, p. 25 s.
- « Le contrat d'adhésion dans le projet de réforme », *D.* 2015, p. 1226.
- « Contre-révolution tranquille à la Cour de cassation ? », *D.* 2016, p. 796.
- « Les classifications des contrats », *Dr. et Patr.* 2016, n°258.
- « Le contrat d'adhésion de l'article 1110 du Code civil », *JCP G* 2016, n°27, *Libres propos* 776, p. 1334-1338.
- « La réduction du prix », *RDC/3* 2017, p. 571.
- « Le contrat d'adhésion de l'article 1110 du Code civil », *JCP G*, n°27, 2017, 776.
- « Interprétation et amélioration du nouveau droit des contrats », *D.* 2017, p. 2214.
- « La réforme du droit des contrats et le dialogue des chambres, vers de justes compromis ? », *AJ contrat* 2018, p. 25.
- « L'achèvement de la réforme du droit des contrats et des obligations, la ratification et la modification de l'ordonnance du 10 février 2016 », *AJ Famille* 2018, p. 258.
- « La réforme du droit des contrats et le dialogue entre les chambres », *AJ Contrat* 2018, p. 25.

CHEVREAU (E.), « La cause dans le contrat en droit français : une interprétation erronée des sources du droit romain », *RDC/I* 2013, p. 11.

CHONÉ-GRIMALDI (A.-S.), « Sous-section 1, l'exception d'inexécution » in DOUVILLE (T.) (dir.), *La réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, commentaire article par article*, Gualino, 2^{ème} éd. 2018., p. 219-221.

CHONÉ (A.-S.), **DARMON (J.)** et **GRANDJEAN (J.-P.)**, « Aménager le droit des contrats », *JCP E*, 1374

COHEN (D.), *JCP* 1997, II, 22881

CORNU G., « Réflexions sur une hypothétique révision du Titre préliminaire du Code civil », in Y. LEQUETTE et L. LEVENEUR (dir.), *1804-2004, Le Code civil. Un passé. Un présent. Un avenir*, Dalloz, 2004, p. 1305

COUSIN (C.), GUIZIOU (H.), LEVENEUR-AZÉMAR (M.), MORON-PUECH (B.) et STÉVIGNON (A.), « Regards comparatistes sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations », *D.* 2015, p. 1115

COUTURIER (G.), « L'ordre public de protection, heurs et malheurs d'une vieille notion neuve », in *Études offertes à Jacques Flour*, Répert. du notariat Defrénois, 1979, p. 95.

CRISTAU (A.), « L'exigence de sécurité juridique », *D.* 2002, p. 2814.

DEBET (A.), « Le Code européen des contrats », *RDC/I* 2003, p. 217.

DE FONTBRESSIN (P.), *Gaz. Pal* 1995. 2. 626.

DELANGLE (C.), « Le nouveau dispositif consacré aux contrats d'adhésion », *JCP E & A* 2017, n°35, Dossier 1452, p. 25-28.

DELEBECQUE (Ph.) :

- « La réforme du droit des contrats, toujours autant d'incertitudes », *AJCA* 2017, p. 453.
- « Article 1168, la clause privant de sa substance l'obligation essentielle du contrat », *RDC/3* 2015, p. 759.
- « L'articulation et l'aménagement des sanctions de l'inexécution du contrat », *Dr. et Patr.* 2016, n°259, p. 62.

DELPECH (X),

- « 2018, une nouvelle année de réformes », *AJ Contrat* 2018, p. 1.
- « 'Réforme de la réforme' du droit des contrats, le Sénat persiste dans son opposition à l'imprévision », *AJ Contrat* 2018, p. 52.

DEMOGUE (R.), « Des modifications aux contrats par volonté unilatérale », *RTD Civ.* 1907, p. 245.

DEREUX (G.), « La nature juridique des contrats d'adhésion », *RTD Civ.* 1910, p. 503.

DEROUSSIN (D.), « Raymond Saleilles, le droit la méthode et la postérité », in AUDREN (F.), CHÊNE (CH.), MATHEY (N.) ET VERGNE (A.) (DIR.), *Raymond Saleilles et au-delà*, Dalloz, 2013, p. 171 s.

DESHAYES (O.),

- « Réponse au *Livre vert relatif aux actions envisageables en vue de la création d'un droit européen des contrats pour les consommateurs et les entreprises* », *RDC/4* 2011, 1469.
- « Les sanctions de l'usage déloyal des prérogatives contractuelles », in Dossier « Les prérogatives contractuelles », *RDC/2* 2011, p. 726.
- « Les effets du contrat entre les parties », *JCP* 25 mai 2015, supp. au n°21, p. 43
- « L'exception d'inexécution doit-elle être proportionnée », obs. sous Cass. Civ. 1^{ère}, 12 mai 2016, n°15-20.834, *RDC/4* 2016, 654.
- « La mise en demeure préalable aux sanctions de l'inexécution contractuelle, état des lieux critique après la réforme de 2016 », *RDC/I* 2019, p. 29.

DESHAYES (O.), GENICON (T.) et LAITHIER (Y.-M.), « Ratification de l'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général de la preuve et de la preuve des obligations », *JCP* 2018, n° 529.

DISSAUX (N.), « Les nouvelles sanctions en matière contractuelle », *AJ Contrat* 2017, p. 10.

DISSAUX (N.) et JAMIN (C.), « La réforme, pour quels contrats ? Brèves considérations sur le conflit de normes dans le temps » in N. DISSAUX et C. JAMIN, *Réforme du droit des contrats (loi n°2018-287 du 20 avril 2018 ratifiant l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016)*, Dalloz, 2018, supplément hors commerce du Code civil Dalloz 2019, p. 1 s.

DO CARMO SILVA (J.-M.), « La portée du non-cumul de la résolution du contrat et de son exécution forcée en nature », *RLDC*, n°35, 1^{er} fév. 2007.

DONDERO (B.), « Étude – La réforme du droit des contrats – ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 », *JCP E et A* 2016, n°19, 1283.

DOWNE (A.),

- « Vers un droit raisonnable, l'influence du nouvel article 1221 du Code civil sur les sanctions de l'inexécution », *LPA* 14 oct. 2019, n°205.
- « Le contrat d'adhésion à l'épreuve du droit des sociétés », *Revue des sociétés*, 2021, p. 160.

DROSS (W.), « L'exception d'inexécution, essai de généralisation », *RTD Civ.* 2014, p. 1

DROUOT G., « La réparation dans le projet de réforme », *RDC/1* 2022, p. 146.

DUPICHOT (P.) :

- « Les principes directeurs du droit français des contrats », *RDC/1* 2013, 387.
- « La nouvelle résiliation judiciaire pour imprévision » in Ph. STOFFEL-MUNCK (dir.), *La réforme du droit des contrats et pratique des affaires*, Dalloz, 2015, p. 73
- « User des prérogatives contractuelles », *JCP E*, n° 25, 23 juin 2016, 1375.

DUPRÉ (M.), « Le contrat d'adhésion, rupture ou continuité ? », *Dr et Patr.*, n° 300, 1^{er} mars 2020.

ÉTIENNEY DE SAINTE MARIE (A.) :

- « Le temps et le contrat », in Association Henri Capitant, *Le temps et le droit*, t. XVIII, Dalloz, 2014, p. 43.
- « La validité des prérogatives contractuelles après la réforme du droit des contrats », *D.* 2017, p. 1312.
- « L'interprétation du contrat d'adhésion » in Dossier « le contrat d'adhésion », *RDC/2* 2019, p. 146.

FABRE-MAGNAN (M.) :

- « Le droit du travail vu du droit civil, l'unité du droit des obligations », *Semaine sociale Lamy*, 2002, n°1095.
- « Pour la reconnaissance d'une obligation de motiver la rupture des contrats de dépendance », *RDC/2* 2004, 573.

- « Avantages et inconvénients des principes directeurs », *RDC/4* 2012, p. 430.
- « Critique de la notion de contenu du contrat », *RDC/3*, 2015, p. 639.
- « La motivation » in *Le contrat au début du XXIe siècle, Études offertes à J. GHESTIN*, LGDJ 2001, p. 301 s.

FAGES (B.), « Des motifs de débats », *RDC/2* 2004, p. 563.

FASQUELLE (D.), « L'existence de fautes lucratives en droit français », *LPA* 2002, n°232, p. 27.

FAUCHON (A.), « Le contrat d'adhésion Propos d'accueil et d'ouverture » in Dossier « Le contrat d'adhésion », *RDC/2*, 2019, p. 104.

FAURE-ABBAD M., « La présentation de l'inexécution contractuelle dans l'avant-projet Catala », *D.* 2007, p. 165.

FAUVARQUE-COSSON (B.), « Droit européen des contrats, bilan et perspectives pour la prochaine décennie », *RDC/I* 2010, p. 316 s.

FEDOU (J.-F.), « Le juge et la révision du contrat », *RDC/2* 2016, 383.

FENOUILLET (D.) :

- « La notion de prérogative, instrument de défense contre le solidarisme ou technique d'appréhension de l'unilatéralisme ? » in Dossier « La prérogative contractuelle » *RDC/2*, 2011, p. 644.
- « Le juge et les clauses abusives », *RDC/2* 2016, p. 358.
- « Les valeurs morales », *RDC/3*, 2016, p.589.

FERRIER (D.),

- *RTD Com.* 1997, p. 49.
- « Une obligation de motiver ? », *RDC/2* 2004, p. 558.

FONTAINE (M.), « Chapitre XXIV, les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles synthèse et perspective », in M. FONTAINE et G. VINEY (dir.), *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles, études de droit comparé*, LGDJ & Bruylant, Bibliothèque de la faculté de droit de l'Université catholique de Louvain, 2001, p. 1019.

FOURNIER DE CROUY (N.), *La faute lucrative*, préf. M. Béhar-Touchais, Economica, 2018.

FRANCOIS (C.), « Application dans le temps et incidence sur la jurisprudence antérieure à l'ordonnance de réforme du droit des contrats », *D.* 2016, p. 506.

FRION (J.-J.), « Le juge et la réforme du droit des contrats », *RLDC*, n°132, 2015.

FRISON-ROCHE (A.-M.),

- « Remarques sur la distinction entre la volonté et le consentement en droit des contrats », *RTD Civ.* 1995, p. 573.
- « Va-t-on vers une conception unitaire de l'abus dans la fixation du prix », *CCC* 1996, n°92, p. 13.

- « Unilatéralité et consentement » in C. JAMIN et D. MAZEAUD (dir.), *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, Economica, 1999, p. 21.

FULCHIRON H.,

- « Grandeurs et servitudes du contrôle de proportionnalité », *D.* 2016, 2469 ;
- « La part de flou dans le droit », *RTD Civ.* 2022, p. 333.

GANDOLFI (G.),

- « Pour un Code européen des contrats », *RTD Civ.* 1992, p. 707.
- « Introduction », in Académie des privatistes européens, G. GANDOLFI (coordinateur), *Code européen des contrats, avant-projet*, livre premier, Ed. Milan, Dott. A. GIUFFRÈ editore, 2004, p. LI.

GAUDEMET (E.), « Saleilles, 1855-1912 », *Revue bourguignonne de l'université de Dijon*, 1912, p. 1

GAUDEMMENT (S.),

- « Quand la clause abusive fait son entrée dans le Code civil », *CCC* 2016, étude 5.
- « Dits et non-dits sur l'application dans le temps de l'ordonnance du 10 février 2016 », *JCP* 2016, n°559.
- « Ratification de la réforme du droit des obligations, le droit transitoire », *RDC* 2018, n°Hors-Série, p. 59.

GAUTIER (P.-Y.) :

- « Crise du contrat...ou crise du juge et de la doctrine », *RDC/1*, 2003, p. 277.
- « Confiance légitime, obligation de loyauté et devoir de cohérence » in BENABOU (V.-L.) et CHAGNY (M.) (dir.), *La confiance en droit privé des contrats*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2008, p. 109.
- « Faut-il avoir confiance dans la réforme ? », *RDC/3* 2015, p. 666.
- « La réduction proportionnelle du prix, exercice critiques de vocabulaire et de cohérence » in *Libres Propos sur la réforme du droit des contrats, Analyse des principales innovations de l'Ordonnance du 10 février 2016*, LexisNexis, 2016, p. 117.
- « Contrôle de proportionnalité subjectif, profitant aux situations illicites, "l'anti-Daguesseau" », *JCP G* 2016, 189.
- « La hiérarchie inversée des modes de résolution du contrat » in Dossier « Réforme du droit des contrats, Le débat », *Dr. et Patr.*, oct. 2014, p. 70.
- *D.* 2007, p. 2844.

GARAUD (E.),

- *RLDC*, n°2, 2004.
- « A prestation imparfaite exécutée, prix proportionnellement réduit », *RLDC* 1^{er} oct. 2019, n°174

GENICON (T.) :

- « Point d'étape sur la rupture unilatérale du contrat aux risques et périls du créancier », *RDC/1* 2010, p. 44 s.
- « Contre l'introduction du 'coût manifestement déraisonnable' comme exception à l'exécution forcée en nature » in Dossier « Réforme du droit des contrats, Le débat », *Dr. et Patr.* oct. 2014, p. 63.

- « Théorie de la cause : les vraies raisons pour lesquelles on y revient sans cesse », *RDC/4* 2013, p. 1321.
- « Nouvelle garantie légale de conformité dans la vente au consommateur, l'heure des choix », *D.* 2021, p. 534.

GHESTIN (J.),

- « L'utile et le juste dans les contrats », *APD*, 1981, p. 35 s.
- « L'utile et le juste dans les contrats », *D.* 1982, chron. p. 1.
- « La notion de contrat », *D.* 1990, chron. 147.
- « La notion de contrat au regard de la diversité de ses éléments variables » in Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française, *La relativité du contrat*, Tome IV, Nantes, LGDJ, 1999, p. 223 s.
- « La résolution pour inexécution (en droit français) » in L. VACCA (dir.), *Il contratto inadempnuto. Realtà e tradizione del diritto contrattuale europeo*, Torino, G. Giappichelli, 1999, p. 109;
- « Le contrat en tant qu'échange économique », *Revue d'économie industrielle*, vol. 92, 2^{ème} et 3^{ème} trimestres 2000, p. 81-100,
- « Le renouveau doctrinal actuel de l'absence de cause », *JCP* 2006, I. 194.
- *JCP G* 1996, II, 22565.

GHESTIN (J.) ET LABARTHE (F.), « Observations générales (observations de Jacques Ghestin) », *LPA* 4. Sept. 2015, n°177.

GHOZI (A.) ET BRUNET (A.), « La jurisprudence de l'Assemblée plénière sur le prix du point de vue de la théorie du contrat », *D.* 1998, chron. 1.

GHOZI (A.) ET LEQUETTE (Y.), « La réforme du droit des contrats, brèves observations sur le projet de la Chancellerie », *D.* 2008, 2609

GOLDIE-GENICON (C.), « L'adaptation au droit commun » In C.-E. BUCHER et M.-A. DAILLANT (dir.), *La réforme du droit des contrats spéciaux*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2023, p. 61.

GOUT (O.), *D.* 2007, 1119.

GRATTON (L.), « Les clauses abusives en droit commun des contrats », *D.* 2016, 22.

GRIDEL (J.-P.), « Sur l'hypothèse d'un Code européen des contrats, les propositions de l'académie des privatistes européens (Pavie) », *Gaz. Pal.* 22 et 25 fév. 2003, p. 3.

GRIMALDI (C.), « En attendant la loi de ratification... », *D.* 2016, p. 606.

GROSSER (P.),

- « Les sanctions de l'inexécution », *Dr. et Patr.*, 2016, n°258.
- « Observations sur le projet de réforme du droit des contrats et des obligations », *LPA* 3 et 4 sept. 2015, n°s 176 et 177, p. 78.
- « La réforme en pratique. L'exception d'inexécution », *AJCA* 2014, p. 320.
- « Les sanctions de l'inexécution », *Dr. et Patr.*, n° 258, mai 2016, p. 70.

GRYNBAUM (L.),

- « La notion de solidarisme contractuel » in L. GRYNBAUM et M. NICOD (dir.), *Le solidarisme contractuel*, Economica, 2004, p. 25.
- « Le développement de l'analyse économique du droit, vers un 'néo-positivisme' ? », *RDC/4*, 2005, p. 1225
- « Doctrine américaine contemporaine, le droit des contrats partagé entre l'empire de l'économie et l'aspiration à la justice sociale », *RDC/4*, 2008, p. 1383.

GUÉGEN (J.-M.), « le renouveau de la cause en tant qu'instrument de justice contractuelle », *D.* 1999, p. 352.

GUÉRIN (S.) et GENTY (N.), « L'exception d'inexécution et les différentes formes de résolution du contrat », *AJ Contrat* 2017, p. 17.

GUÉRIN-SEYSEN (D.), « Libres propos sur l'instrumentalisation et la pérennité de la notion de cause », *Petites affiches*, 19 septembre 2011, n° 186, p. 8.

GUIOMARD (P.), « Les nouveautés de la réforme du droit des obligations », *Dalloz act.* 15 février 2016.

HAMELIN (J.-F.), « L'exercice des nouveaux pouvoirs unilatéraux du contractant », *RDC/3*, 2018, p. 514.

HAAS P., « Frontières entre les prérogatives du juge des référés et celles des juges du fond », *AJDI* 2022 p. 358

HAGE-CHAHINE N., « Résolution – Résiliation », *Rép. dr. civ.* Dalloz, v. « Conditions relatives à l'inexécution » ;

HAUSER (J.) :

- « Temps et liberté dans la théorie générale de l'acte juridique » in *Religion, société, politique, Mélanges en l'honneur de J. Ellul*, PUF, 1983, p. 503.
- « Le solidarisme contractuel, mythe ou réalité ? » in L. GRYNBAUM et M. NICOD (dir.), *Le solidarisme contractuel*, Economica, études juridiques, 2004, p. 194.

HEINICH (J.), « Le contrôle des nouveaux pouvoirs unilatéraux du contractant », *RDC/3*, 2018, p. 521.

HÉRAIL (M.), « L'influence du droit européen sur l'évolution des sanctions contractuelles » in F. COLLART-DUTILLEUL et C. COULON (dir.), *Le renouveau des sanctions contractuelles*, Economica, 2007, p. 63 s.

HOUTCIEFF (D.) :

- « L'étendue des nouveaux pouvoirs unilatéraux du contractant », in Dossier « Les nouveaux pouvoirs unilatéraux du contractant », *RDC/3*, 2018, p. 505.
- « Par la loi, mais au-delà de la loi », *AJ Contrat* 2017, p. 175
- « Loi de ratification de l'ordonnance de réforme du droit des contrats, de la preuve et du régime général des obligations, le droit schizophrène », *Gaz. Pal.* 17 avril 2018, n°15, p. 14.
- « La réactivité en droit contemporain des contrats, des réactions unilatérales au smart contract », *Gaz. Pal.* 19 juin 2019, n° 354, hors-série n°3, p. 9.

- « La motivation en droit des contrats », *Rev. Dr. Assas*, 2019, n°19, p. 32 s.
- « Le principe de cohérences, vingt ans après » in *Mélanges en l'honneur de Jacques. Mestre*, LGDJ, 2019, p. 533 s.
- « La réduction du prix », *Gaz. Pal.* 2022, n°1, p. 4

JACOB (J.-B.), « De la normativité de la valeur en droit », *Les cahiers de la Justice* 2022, p. 45

JAMIN (C.) :

- « Révision et intangibilité du contrat ou la double philosophie de l'article 1134 du Code civil », in « Que reste-t-il de l'intangibilité du contrat », *Dr. et Patr.*, n°58, 1998, p. 50
- « Les sanctions unilatérales de l'inexécution du contrat » in JAMIN (C.) et MAZEAUD (D.) (dir.), *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, Economica, 1999, p. 71.
- « Vers la résolution unilatérale du contrat », *D.* 1999, p. 197.
- « Henri Capitant et René Demogue, notation sur l'actualité d'un dialogue doctrinal », in *Mélanges F. TERRÉ*, t. 2, 1999, p. 125.
- « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel » in *Le contrat au début du XXI^e siècle, Études offertes à J. GHESTIN*, LGDJ 2001, p. 441.
- « Les conditions de la résolution du contrat, vers un modèle unique ? » in FONTAINE (M.) et VINEY (G.) (dir.) in *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles. Études de droit comparé*, LGDJ & Bruylant, 2001, p. 451.
- « Une brève histoire politique des interprétations de l'article 1134 du Code civil », *D.* 2002, p. 901.
- « Le procès du solidarisme contractuel, brève réplique » in L. GRYNBAUM et M. NICOD (dir.), *Le solidarisme contractuel*, Economica, études juridiques, 2004, p. 159.
- « Juger et motiver. Introduction comparative à la question du contrôle de proportionnalité en matière de droit fondamentaux », *RTD civ.* 2015, p. 263 s.
- « Motivation (suite), quelle tradition civiliste défendre ? », *D.* 2016, n°19, p. 1073.
- « Les sanctions unilatérales de l'inexécution du contrat, trois idéologies en concurrence » in C. JAMIN et D. MAZEAUD (dir.), in *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, Economica, études juridiques, 1999, p. 71.
- C. JAMIN, « Les apports des arrêts du 1^{er} décembre 1995 au droit des contrats-cadre », *RTD com.* 1997, p. 19.
- « L'admission d'un principe de résolution unilatérale du contrat indépendant de sa durée », *D.* 2001, p. 1568.

JAMIN (C.) et MAZEAUD (D.), « Avant-propos » in C. JAMIN et D. MAZEAUD (dir.), *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, *op. cit.* p. 1.

JESTAZ (Ph.),

- « La sanction ou l'inconnue du droit », *D.* 1986, 197.
- « L'engagement par volonté unilatérale » in *Les obligations en droit français et en droit belge, Convergences et divergences*, actes des Journées d'études entre la Faculté de droit de Paris Saint-Maur et la Faculté de droit de l'Université libre de Bruxelles, Dalloz Bruylant, 1994, p. 3.
- « Rapport de synthèse », in C. JAMIN et D. MAZEAUD (dir.), *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, Economica, 1999, p. 87 s.
- « Une évolution inaperçue. A propos de l'acte juridique », *RTD Civ.* 2014, p. 67

JESTAZ (Ph.), MARGUÉNAUD (J.-P.) et JAMIN (C.), « Révolution tranquille à la Cour de cassation », *D.* 2014, 2061.

JOSSSERAND (L.), « Aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrats », *RTD Civ.* 1937, p. 1.

JOURDAIN (P.),

- « Rapport introductif », *LPA* 2002, n°232, p. 3, n°7.
- « A la recherche de la réfaction du contrat, sanction méconnue de l'inexécution », in *Mélanges en l'honneur de Philippe Le Tourneau*, Dalloz, 2008, p. 449 s.
- « Quel avenir pour la distinction des obligations de résultat et de moyens ? », *JCP* 2016, 1, 909

JÜRGEN-SONNENBERG (H.), « L'harmonisation ou l'uniformisation européenne du droit des contrats sont-elles nécessaires ? », *Rev. Crit. DIP* 2002, p. 405 s.

KELSEN (H.), « La théorie juridique de la convention », *A.P.D.*, 1^{er} Janv. 1939, n° XXXIII, p.3.

KENDÉRIAN (F.), « Covid-19, les limites de l'exception d'inexécution en matière de paiement des loyers commerciaux pendant la crise sanitaire », *D.* 2021, p. 728.

KENFACK (H.), « La consécration de la confiance comme fondement de la force obligatoire ? » in V.-L. BÉNABOU et M. CHAGNY (dir.), *La confiance en droit privé des contrats*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2008, p. 120 s.

KLEIN (J.), « La loyauté en droit des contrats », *Justice et Cassation* 2014, 77.

LABARTHE (F.),

- « La fixation unilatérale du prix dans les contrats cadre et prestations de service », *JCP G* 2016, n°642
- « La fixation unilatérale du prix dans les contrats cadre et prestations de service – regards interrogatifs sur les articles 1164 et 1165 du Code civil » in *Libres Propos sur la réforme du droit des contrats, Analyse des principales innovations de l'Ordonnance du 10 février 2016*, LexisNexis, 2016, p. 59
- « Avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux, faut-il ériger la mixité en principe de qualification », *D.* 2023, p. 559.

LAFOND J., « La résolution unilatérale des contrats, application aux baux commerciaux », *JCP N et I*, n°5, 2 fév. 2018, 1093

LAGARDE (X.), «

- « La motivation des actes juridiques », in Association Henri Capitant, *La motivation*, Journées Nationales, t. III, Limoges, 1998, LGDJ, 2000, p. 73 s.
- Sur l'utilité de la théorie de la cause », *D.* 2007, p. 740.

LAGELÉE-HEYMANN (M.), « Le « raisonnable » dans le nouveau droit des contrats », *RDC/3*, 2018, p. 475.

LAITHIER (Y.-M.) :

- « Les sanctions civiles de l'inexécution du contrat imputable au débiteur, état des lieux », *JCP G* 2008, 1, 143.
- « Les règles relatives à l'inexécution des obligations contractuelles », *JCP G* 25 mai 2015, n° 21, p. 47.
- « Dispositions relatives à la validité du contrat » in Association Henri Capitant (dir.), *La réforme du droit des contrats, du projet à l'ordonnance*, Journée nationale tome XX/Nancy, Dalloz, coll. thèmes et commentaires, 2016, p. 27
- « Les sanctions de l'inexécution », in « La réforme du droit des contrats, quelles innovations ? (Paris, 16 février 2016) », *RDC* 2016, n°Hors-série, p. 39.
- « L'exécution forcée en nature des obligations contractuelles » in CARTWRIGHT (J.), FAUVARQUE-COSSON (B.) et WHITTAKER (S.), *La réécriture du Code civil le droit français des contrats après la réforme de 2016*, avec la traduction en anglais de l'Ordonnance et les modifications introduites en 2018 par la loi de ratification, Société de législation comparée, coll. Droit comparé et européen, vol. 29, 2018, p. 271.

LARDEUX (G.) :

- « Plaidoyer pour un droit contractuel efficace », *D.* 2006, p. 1406.
- « Droit positif et droit prospectif de l'unilatéralisme dans le contrat » in G. LARDEUX (dir.), *L'efficacité du contrat*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2011, p. 7.
- « Le contrôle de proportionnalité des sanctions en matière contractuelle », *JCP G*, 3 mai 2021, n°18, doct. 502, p. 880 s.

LARROUMET (C.), « De la cause de l'obligation à l'intérêt du contrat. A propos du projet de réforme du droit des contrats », *D.* 2008, 2441.

LATINA (M.),

- « La protection constitutionnelle de la liberté contractuelle », *Dalloz actu étudiants*, billet du 18 juin 2013.
- « L'essentiel de la réforme du droit des contrats », *Essentiel droit des contrats* 2016, n°3.

LE BOURG (J.) et QUÉZEL-AMBRUNAZ (Ch.), « Article 1121, l'exécution forcée en nature des obligations », *RDC/3*, 2015, p. 782.

LECOURT (A.), « Incidences de la loi de ratification de l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations sur le droit des sociétés (loi n°2018-287 du 20 avril 2018, JO du 21 avr.) », *RTD Com.* 2018, p. 365.

LÉCUYER (H.) :

- « Redéfinir la force obligatoire du contrat ? » *LPA* 1998, n°54, p. 44.
- « La modification unilatérale du contrat » in C. JAMIN et D. MAZEAUD, *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, op. cit. p. 47 s.
- « Le contrat, acte de prévision » in *Mélanges en hommage à F. Terré*, Dalloz, PUF, JurisClasseur, 1999, p. 643.
- « L'inexécution du contrat », *CCC* 2016, dossier n°7.

LE GAC-PECH (S.),

- « Vers un droit des remèdes », *PA* 4 décembre 2007, p. 7.
- « Retour sur la proportionnalité » in *Mélanges en l'honneur du Professeur Françoise Dekeuwer-Défossez*, Monchrestien, Lextenso éditions, 2012, p. 476.

- « 3 questions, Un Code civil en quête d'équilibre ? », *JCP E* 2016, 39.
- « Sauvons le contrôle de proportionnalité de la sanction », *JCP G*, 19 sept. 2016, n°38, doct. 991, p. 1715 s.
- « L'adéquation de la sanction face à la brutalité de la rupture d'une relation commerciale établie », *JCP E* 2017, 1066, note sous Cass. Com. 18 oct. 2016, n°15-13.834
- « Le nouvel art de juger, quand la proportionnalité s'invite dans la mise en œuvre de la règle de droit », *RLDC* 2017, n°153.
- « Que reste-t-il du principe de liberté contractuelle en droit de la distribution », *JCP E* 2017, 1053.

LEGRAND (P.), « Sens et non-sens d'un code civil européen », *RIDC* 1996, n°4, p. 776.

LEHMANN (M.), « Le projet Catala et le droit allemand », *RDC/4* 2007, p. 1427.

LEMAY (P.) :

- « La réduction du prix du contrat en cas d'exécution imparfaite, un pas en avant, deux pas en arrière », *D.* 2018, p. 567.
- « L'inexécution du contrat, la réduction du prix » in M. LATINA et G. CHANTEPIE (dir.), *Blog de réforme du droit des obligations*, billet du 10 avr. 2015.

LE POMMELEC (A), « La signification de l'ordre public en droit des obligations » in C.-A DUBREUIL (dir.), *L'ordre public*, Éditions Cujas, Actes du colloque organisé les 15 et 16 décembre 2011 par le Centre Michel de l'Hospital de l'Université d'Auvergne, p. 73 s.

LE TOURNEAU (P.) ET POUMARÈDE (M.), « La bonne foi dans l'exécution du contrat », *Rép. civ.* Dalloz, mise à jour avril 2019.

LEVENEUR (L.) :

- « Le solidarisme contractuel, un mythe » in L. GRYNBAUM et M. NICOD (dir.), *Le solidarisme contractuel*, Economica, études juridiques, 2004, p. 173.
- « Projet de la Chancellerie de réforme du droit des contrats, à améliorer », *CCC* 2008.
- « Table ronde, faut-il avoir confiance dans la réforme ? », *RDC/3*, 2015, p. 661.
- « La réforme du droit des obligations, incidences sur la pratique notariale », *JCP N* 2015, 1236

LEVY (E.), « La confiance légitime », *RTD Civ.* 1910, p. 717.

LEQUETTE (S.), « La notion de contrat, réflexions à la lumière de la réforme du droit commun des contrats », *RTD. Civ.* 2018, p. 541.

LEQUETTE (Y.),

- « Recodification civile et prolifération des sources internationales », in *Le Code civil 1804-2004 – Livre du bicentenaire*, Dalloz, Litec, 2004, p. 171 s.
- « Bilan des solidarismes contractuels », in *Mélanges offerts à Paul Didier, Études de droit privé*, Economica, 2008, p. 247.
- « Retour sur le solidarisme, le rendez-vous manqué des solidaristes français avec la dogmatique juridique », in *Mélanges Jean Hauser*, LexisNexis, Dalloz, 2012, p. 879.
- « Chapitre 4. Y aura-t-il encore en France, l'an prochain, un droit commun des contrats ? », in LEQUETTE Y., *Défense et illustration de l'ordre civil français*, Dalloz, 2023, p. 657.

- « Chapitre 5. Les vraies origines de la réforme du droit des contrats », in LEQUETTE Y., *Défense et illustration de l'ordre civil français*, Dalloz, 2023, p. 654.

LEQUETTE (Y.), CHÉNEDÉ (F.), PLESSIX (B.), HUMMEL (J.) et PLOUVIEZ (M.), « Devenirs de l'autonomie de la volonté » in *Annuaire de l'Institut Michel Villey*, vol. 4, 2012, p. 149.

LIBCHABER (R.),

- « Réflexions sur les effets du contrat », in *Propos sur les obligations et quelques autres thèmes fondamentaux du droit, Mélanges offerts à J.-L. Aubert*, Dalloz, 2005, p. 211.
- « Une motivation en trompe-l'œil, les cailloux du Petit Poucet », *JCP G* 2016, n°22, p. 632.
- « Regrets liés à l'avant-projet de réforme du droit des contrats. Le sort des engagements bilatéraux », *RDC/3* 2015, p. 634.
- « Persistance et renouvellement de l'analyse de l'abus de droit », *RDC/3* 2019, p. 33.

LIMBACH (F.) :

- « Exécution imparfaite de la prestation et réduction du prix », *RTD Civ.* 2022, 539.
- « Exécution imparfaite de la prestation et réduction du prix », *RTD Civ.* 2022, 539.

LOKIER (P.), « Le droit des contrats et la protection des attentes », *D.* 2007, 321.

LOQUIN (E.), « L'influence des principes directeurs du droit du commerce international sur les principes généraux du droit des contrats consacrés par la réforme du droit français des contrats », in C. JOURDAIN-FORTIER et M. MIGNOT (dir.), *Analyse comparée du droit français réformé des contrats et des règles matérielles du commerce international*, Travaux du CREDIMI, vol. 47, LexisNexis, 2016, p. 13 s.

LOUSSOUARN (Y.), « Rapport de synthèse », in Association Henri Capitant, *La bonne foi*, Journées Louisianaises, t. XLIII 1992, Litec, 1994, p. 7.

LOUVEL B., « Réflexions à la Cour de cassation », *D.* 2015, 1326

MAINGUY (D.) :

- « Du "coût manifestement déraisonnable" à la reconnaissance d'un "droit d'option" » in Dossier « Réforme du droit des contrats, Le débat », *Dr. et Patr.*, oct. 2014, p. 60.
- *JCP E* 2007 (et J.-L. RESPAUD)
- « Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations », *JCP E* 2016, p. 151.

MAINGUY (D.), DEPINCE (M.) et MOLINA (L.), « Chronique Droit de la distribution », *JCP E et A*, n°26, 30 juin 2022, 1234.

MAISONEUVE (C.), « Approche historique du droit européen des contrats » in *Livre vert relatif aux actions envisageables en vue de la création d'un droit européen des contrats pour les consommateurs et les entreprises*, Contributions du LEJEP, Lextenso 2011, p. 27 s.

MALAUURIE (P.),

- « Les sanctions en droit privé », *Défrenois* 28 avril 2006, p. 316 s.

- « Pour, la Cour de cassation, son élégance, sa clarté et sa sobriété. Contre, le *judge made law* à la manière européenne », *JCP* 2016, n°12, p. 318.

MALLET-BRICOUT (B.), « Le droit européen des contrats en construction, perturbation ou inspiration pour la perspective française de réforme du droit des obligations », in B. JALUZOT (dir.), *Droit japonais, droit français, Quel dialogue ?*, Schulthess Éditions romandes, ENS de Lyon, 2014, p. 165 s.

MAUGERI (V.), *RLDC* 2009/59, n°3373.

MARPEAU (B.) ET KANEZUKA (A.), « Approches française et japonaise de la résiliation unilatérale des contrats », *RLDC* 2009, n°56.

MAZEAUD (D.),

- « La protection par le droit commun » in C. JAMIN (dir.) *Les clauses abusives entre professionnels*, Economica, 1998, p. 33.
- « Le contrat liberté contractuelle et sécurité juridique », *Défrenois* n°19, 1998, p. 1137.
- « Loyauté, solidarité fraternité, la nouvelle devise contractuelle ? » in *Mélanges F. TERRÉ*, t. 2, 1999, p. 603.
- « La protection par le droit commun » in C. JAMIN et D. MAZEAUD (dir.), *Les clauses abusives entre professionnels*, Economica, 1998, p. 33.
- « Brèves réflexions sur quelques tendances lourdes » in C. CHAINAIS et D. FENOUILLET (dir.), *Les sanctions en droit contemporain vol.1, La sanction, entre technique et politique*, p. 235 s
- « Unilatéralisme et motivation en droit des contrats », *D.* 2001, p. 3237.
- « Le nouvel ordre contractuel », *RDC/I*, 2003, p. 295.
- « Le solidarisme contractuel et la réalisation du contrat » in L. GRYNBAUM et M. NICOD (dir.), *Le solidarisme contractuel*, Economica, 2004 p. 57.
- « Regards positifs et prospectifs sur « le nouveau monde contractuel », *LPA* 7 mai 2005, n°92, p. 47.
- « Rapport de synthèse » in Débats « La réforme du droit français des contrats en droit positif » (à propos du projet de réforme du droit des contrats élaboré par le ministère de la Justice dans l'état dans lequel il était en septembre 2008, *RDC/I* 2009, p. 397.
- « La réforme du droit français des contrats, trois projets en concurrence » in *Liber Amicorum Christian Larroumet, textes réunis par S. BROS et B. MALLET-BRICOUT*, Economica, 2010, p. 329 s.
- « Les enjeux de la notion de prérogative contractuelle » in Dossier « Les prérogatives contractuelles », *RDC/2* 2011, p. 690.
- « La bataille du solidarisme contractuel, du feu, des cendres, des braises » in *Mélanges Jean Hauser*, LexisNexis, Dalloz, 2012, p. 905.
- « Les sanctions de l'inexécution » in BROS (S.) (dir.), *Les innovations de la réforme du droit des contrats*, Institut Universitaire Varenne, coll. Colloques et Essais, 2018, p. 89.
- « Le nouveau droit des obligations, observations conclusives » in « Le nouveau droit des obligations après la loi de ratification du 20 avril 2018 (Paris, 7 juin 2018), », *RDC* 2018, n°Hors-Série, p. 65.
- « La place du juge en droit des contrats » in Dossier « Le juge, auteur et acteur de la réforme du droit des contrats », *RDC/2* 2016, in Dossier « Le nouveau droit des obligations après la loi de ratification du 20 avril 2018 », Paris le 7 juin 2018, *RDC* 2018, n°Hors-Série, p. 351.

- « Quelques mots sur la réforme de la réforme du droit des contrats », *D.* 2018, p. 912.
- « Contrat d'adhésion, nouvelle version, nouvelle désillusion..., » *JCP* 2018, n°3, p. 57.
- « Le nouveau droit des obligations, observations conclusives » in « Le nouveau droit des obligations après la loi de ratification du 20 avril 2018 (Paris, 7 juin 2018), », *RDC* 2018, n°115, N°Hors-Série, p. 65 s.

MACKAAY (E.), « L'efficacité du contrat – une perspective d'analyse économique du droit », in G. LARDEUX (dir.), *L'efficacité du contrat*, Dalloz, 2011, p. 31.

MALLET-BRICOUT (B.), « Une ratification multidimensionnelle – A propos de la loi de ratification n°2018-187 du 20 avril 2018 », *RTD Civ.* 2018, p. 740.

MAZET (P.), « Le courant solidariste » in L. GRYNBAUM et M. NICOD (dir.), *Le solidarisme contractuel*, Economica, 2004, p. 13.

MEIJERS (E.M.), « Les théories médiévales concernant la cause de la stipulation et la cause de la donation », in *Études d'histoire du droit, publiées par R. FEENSTRA et H.W.D. FISCHER, t4, Le droit romain au Moyen-Âge, Deuxième partie, C. Aspect de l'histoire de quelques principes juridiques*, Leyde 1966, p.107-131.

MEKKI (M.) :

- « Les doctrines sur l'efficacité du contrat en période de crise », *RDC/I* 2010, p. 383.
- « Les remèdes à l'inexécution dans le projet d'ordonnance portant réforme du droit des obligations », *Gaz. Pal.* 30 avr. 2015, n°120, p. 37.
- « Les principes généraux du droit des contrats au sein du projet d'ordonnance portant sur la réforme du droit des obligations », *D.* 2015, p. 816.
- « La réforme au milieu du gué. Les notions absentes ? Les principes généraux du droit des contrats – aspects substantiels », *RDC/3*, 2015 p. 651.
- « 3 questions Contentieux commercial et droit des contrats, nouveau droit, nouveaux risques », *JCP E* 2016, n°13, p. 266.
- « Le juge et les remèdes à l'inexécution du contrat », *RDC/2* 2016, p. 400.
- « L'ordonnance n°2016-131 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Le volet droit des contrats, l'art de refaire sans défaire », *D.* 2016, p. 504.
- « Le projet de réforme du droit de la responsabilité civile du 13 mars 2017, des retouches sans refonte », *Gaz. Pal.*, 2 mai 2017, n°17, p. 12
- « Plaidoyer pour une rectification à la marge de l'ordonnance du 10 fév. 2016 sur la réforme du droit des obligations », *LPA* 24 oct. 2017, n°36, p. 11
- « La loi de ratification de l'ordonnance du 10 fév. 2016 – une réforme de la réforme ? », *D.* 2018, p. 900.
- « La notion de contrat d'adhésion, on est loin de la « haute définition » ! » in Dossier « Le contrat d'adhésion », *RDC/2* 2019, p. 112.

MÉSA (R.), « La faute lucrative dans le dernier projet de réforme du droit de la responsabilité civile », *LPA* 2012, n°41, p. 5.

MESTRE (J.) :

- « Une exigence de proportionnalité dans la formation du contrat », *RTD Civ.* 1998, 100 et du même auteur, « Une exigence de proportionnalité dans le contenu du contrat », *RTD Civ.* 1998, 101.
- « Rupture abusive et maintien du contrat », *RDC/I* 2005, p. 99
- « Le contrôle judiciaire de l'exception d'inexécution », *RTD Civ.* 1986, p. 591
- « Le juge face aux difficultés d'exécution du contrat », in J. MESTRE (coord.), *Le juge et l'exécution du contrat*, PUAM, 1993, p. 91.
- « L'économie du contrat », *RTD Civ.*, 1996, p. 901.
- « Rupture abusive et maintien du contrat », *RDC/I* 2005, p. 99.

MESTRE (J.) ET FAGES (B.) :

- « Ordre public de protection et place de la volonté des parties », *RTD Civ.* 2004, 285.
- « La résolution unilatérale s'installe doucement dans le paysage juridique français », *RTD Civ.* 2001, p. 363.

MEUNIER (G.), « Droit des contrats, les enjeux d'une réforme ! », *D.* 2016, p. 416.

MIGNOT (M.) :

- « Commentaires article par article de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (I) », *LPA* 26 fév. 2016 p. 8.
- « Commentaires article par article de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (II) », *LPA* 7 mars 2016, p. 7.
- « Commentaires article par article de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (III) », *LPA* 14 mars 2016, p. 7.
- « Commentaires article par article de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (IV) », *LPA* 22 mars 2016, p. 6.
- « Commentaires article par article de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (V) », *LPA* 30 mars 2016, p. 7.
- « Commentaires article par article de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (VI) », *LPA* 4 avr. 2016, p. 5.
- « Commentaires article par article de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (VII) », *LPA* 13 avr. 2016, p. 7.
- « Commentaires article par article de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (VIII) », *LPA* 21 avr. 2016, p. 4.
- « Commentaires article par article de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (IX) », *LPA* 26 avr. 2016, p. 6.
- « Commentaires article par article de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (X) », *LPA* 6 mai 2016, p. 10.
- « Commentaires article par article de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (XI) », *LPA* 13 mai 2016, p. 6.
- « Commentaires article par article de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (XII) », *LPA* 24 mai 2016, p. 5.
- « Commentaires article par article de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (XIII) », *LPA* 31 mai 2016, p. 4.

MOLINA (L.), *JCP E et A*, n°26, 30 juin 2022, 1234.

MOLFESSIS (N.) :

- « Droit des contrats, que vive la réforme ! », *JCP* 2016, p. 180.
- « Le rôle du juge en cas d'imprévision dans la réforme des effets du contrat, la réforme du droit des contrats, quelles innovations ? », *RDC* 2016, n°Hors-série, p. 30 s. ;
- « Pour une ratification sèche de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats », *JCP* 2017, n°1045.

MOORE (B.), « Le contrat d'adhésion en droit québécois » in Dossier Le contrat d'adhésion, *RDC/2*, 2019, p. 123.

MORAND (CH.-A.), « La sanction » in « Vocabulaire fondamental du droit », *Arch. Phil. Dr.* t. 35, 1990, p. 293 s.

MOUIAL-BASSILANA (E.), « Réforme du droit des contrats, la symbolique du paradoxe », *Bull. Joly Soc.* 2016, n°11, p. 629.

MOULY (C.) :

- « La doctrine, source d'unification internationale du droit », *RIDC* 1986, vol. 38, n°2, p. 351 s.
- « Que change la Convention de Vienne sur la vente internationale par rapport au droit français interne ? », *D.* 1991, p. 77.

MOURY (J.) :

- « Une embarrassante notion, l'économie du contrat », *D.* 2000, p. 382.
- « La détermination du prix dans le « nouveau » droit commun des contrats », *D.* 2016, p. 1013.
-
- MOURY (J.) , « Détermination du prix dans le 'nouveau' droit commun des contrats », *D.* 2016, 1013 ;

NOBLOT (C.), « Article 1223 du Code civil, la clause de définition de l'exécution imparfaite », *CCC* 2019, n°2, form. 2.

NOURISSAT (C.), « Observations sur la réforme du droit des obligations à la lumière de la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises », *AJ Contrat* 2019, p. 24.

OST (F.), « Les multiples temps du droit » in *Le droit et le futur*, PUF, 1985, p. 128.

PARLEANI (G.), « Un droit des contrats qui fait tout pour qu'on le fuie », *AJ Contrat* 2019, p. 149.

PEDAMON (M.), *RTD Com.* 1997, p. 67.

PELLET (S.), « Heureuse réforme de la définition du contrat d'adhésion », *L'ESSENTIEL Droit des contrats* n°5, 2018, p. 1.

PELLETIER (C.), « Article 1226, les conditions d'exercice de la résolution unilatérale aux risques et périls du créancier », *RDC/3*, 2015, p. 788.

PELLIER (J.-D.), « L'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations enfin ratifiée ! », *Dalloz actualités* 30 avr. 2018.

PÉRÈS (C.) :

- « La liberté contractuelle et l'ordre public dans le projet de réforme du droit des contrats et de la chancellerie », *D.* 2009, 381
- « Observations sur "l'absence" de principes directeurs à la lumière du projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats », *RDC/3* 2015, 647
- « Règles impératives et supplétives dans le nouveau droit des contrats », *JCP G* 2016, 454.

PIASTRA (R.), « Loi relative au PACS », *D.* 2000, 203.

PIERRE (P.), « L'introduction des dommages et intérêts punitifs en droit des contrats – rapport français », *RDC/3* 2010, p. 1119.

PILLET (F.), « La ratification par le Sénat de l'ordonnance réformant le droit des contrats, une démarche pragmatique, responsable et constructive », *LPA* 13 déc. 2017, n°248, p. 8.

PINNA (A.), « L'exception pour risque d'inexécution », *RTD Civ.* 2003, p. 31.

PIZZARO WILSON (C.), « Les remèdes à l'inexécution contractuelle dans la réforme du droit des contrats en France, regard d'un juriste chilien », *RDC/3* 2018 p. 706.

PLANCKAERT (H.), « Réforme du droit des contrats spéciaux, où en est-on ? », *RLDC* 2023/213.

PORTALIS (J.-E.-M.), « Discours préliminaire sur le projet de Code civil présenté le 1^{er} pluviose an IX par la commission nommée par le gouvernement consulaire », 1801, in *Discours et rapports sur le Code civil*, Fontes et Paginæ et Presses universitaires de Caen, 2010, p. 59.

PORTMANN (A.), « Réforme des contrats spéciaux, présentation de l'avant-projet », *Dr. et Patr.*, 2023, n°328, p. 6.

POULIQUEN (C.), « Le rôle de la volonté en matière de qualification des contrats », *Revue Juridique de l'Ouest*, 2000-4, p. 409.

PUIG (P.), « L'excès de proportionnalité », *RTD Civ.* 2016, 70

QUÉTAND-FINET (C.), « La nature juridique du paiement, ce que la controverse nous apprend », *D.* 2013, p. 942.

RAKOTOVAHINY (M.-A.), « Le maintien forcé du contrat ou l'éviction de la volonté individuelle ? », *LPA* 3 août 2011, n°153, p. 6.

RANIERI (F.), « Chapitre XVIII Les sanctions de l'inexécution du contrat en droit allemand » in M. FONTAINE et G. VINEY (dir.), *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles, études de droit comparé*, LGDJ & Bruylant, Bibliothèque de la faculté de droit de l'Université catholique de Louvain, 2001, p. 811 s.

RAYMOND (G.), *CCC* 2005, n° 7, comm. 140.

RÉMY (P.) :

- « La genèse du solidarisme » in GRYNBAUM (L.) et NICOD (M.) (dir.), *Le solidarisme contractuel*, Economica, 2004, p. 3.
- « L'inexécution du contrat » in F. TERRÉ (dir.), *Pour une réforme du droit des contrats*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2008, p. 253.
- « Les dommages et intérêts » in F. TERRÉ (dir.), *Pour une réforme du droit des contrats*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2008, p. 281.

RÉMY-CORLAY (P.), « Exécution et réparation, deux concepts ? », *RDC*/1 2005, p. 13.

RENET (T.) :

- « La détermination unilatérale de l'objet dans le contrat » in C. JAMIN et D. MAZEAUD (dir.), *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, Economica, 1999, p. 31.
- « Objectivation ou subjectivation du contrat. Quelle valeur juridique ? », in C. JAMIN et D. MAZEAUD (dir.), *La nouvelle crise du contrat*, Dalloz, 2003, p. 83.
- « L'obligation de motiver une décision contractuelle unilatérale, instrument de vérification de la prise en compte de l'intérêt de l'autre partie », *RDC*/2, 2004, p. 580.
- « La prise d'effet du contrat », *RDC*/1, 2004, p. 29.
- « L'obligation de motiver une décision contractuelle unilatérale, instrument de vérification de la prise en compte de l'intérêt de l'autre partie », *RDC*/2 2004, p. 579 s.
- « Propos introductifs » in Dossier « La prérogative contractuelle » *RDC*/2 2011, p. 639 s.
- « La structure du contrat, entre unilatéralité et bilatéralité (II) », *RDC*/1 2013, p. 327.
- « Le projet de réforme et les contrats structurellement déséquilibrés », *D.* 2015, p. 1217.
- « L'uniformisation de l'interprétation, contrats types et contrats d'adhésion », in Dossier « L'interprétation, une menace pour la sécurité des conventions ? », *RDC*/1, 2015, p. 199.
- « Méthodes », *RDC*/2 2016, p. 193.
- « Le juge et la révision du contrat », *RDC*/2 2016, p. 373
- « Les critères du contrat d'adhésion. Art. 1110 du Code civil », *D.* 2016, p. 1771.
- « Une philosophie générale ? » in Dossier « La réforme du droit des contrats, quelles innovations ? », *RDC*, n°Hors-Série, 2016, p. 5.
- « Le nouveau discours contractuel (rapport de synthèse) », *RDC*/3, 2016, p. 627.
- « Réflexions sur l'unilatéralisme dans le droit rénové des contrats » in *Études en la mémoire de Philippe NEAU-LEDUC, Le juriste dans la cité*, LGDJ, 2018, p. 887.
- « L'incohérent cantonnement, par l'Assemblée nationale, du domaine du contrat d'adhésion aux contrats de masse », *D.* 2018, p. 124.
- « Le temps d'après », *RDC*/1 2018, p. 1.
- « L'achèvement de la réforme du droit commun des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, regard général », *RDC* 2018, n°Hors-Série, p. 4 s
- « La réception du contrat d'adhésion par la théorie générale du contrat », in Dossier « Le contrat d'adhésion » *RDC*/2, 2019 p. 106.
- « Le contrat Janus ou la dualisation de la théorie du contrat » in *Mélanges en l'honneur du Professeur Laurent Aynès, Liberté, justesse, autorité*, LGDJ 2019, p. 421.
- *RTD Com.* 1997, p. 37.

RIPERT (G.), « Abus ou relativité des droits, *Revue critique législative et juridique* 1929, p. 33.

RIVOLLIÉ (V.), « L'influence du droit européen et international des contrats sur la réforme française du droit des obligations », *RDC* 2017. 757.

ROCHE-DAHAN (J.), « L'exception d'inexécution, une forme de résiliation unilatérale du contrat synallagmatique », *D.* 1994, p. 255.

ROCHFELD (J.),

- « Les modes temporels d'exécution du contrat », *RDC/I*, 2004, p. 47.
- « Remarques sur les propositions relatives à l'exécution et l'inexécution du contrat, la subjectivation du droit à l'exécution », *RDC/I* 2006, p. 113.
- « Du statut du droit contractuel "de protection de la partie faible", les interférences du droit des contrats, du droit du marché et des droits de l'homme », in *Études offertes à G. Viney*, LGDJ, 2008, p. 835. S

RONTCHEVSKY (N.), « Les contrats financiers à l'épreuve de la distinction entre les contrats d'adhésion et de gré à gré », *RTD Com.* 2016, p. 515.

ROUGERON (R.), « Discussion », à propos de A. AYNÈS, « Les remèdes unilatéraux (résolution unilatérale, réduction du prix) », p. 113 in Ph. STOFFEL-MUNCK, *Réforme du droit des contrats et pratiques des affaires*, Dalloz, 2015, p. 127.

ROUHETTE (G.), « Préface », in *Débat sur le projet de réforme du droit des contrats élaboré par le Ministère de la Justice*, *RDC/I*, 2009, p. 265.

ROUMY (F.), « Les origines romano-canoniques du concept moderne de sanction », p3 s. in C. CHAINAIS et D. FENOUILLET (dir.), *Les sanctions en droit contemporain vol.1, La sanction, entre technique et politique*, p. 26.

ROUVIÈRE (F.),

- « Les valeurs économiques de la réforme du droit des contrats » in Dossier « Le nouveau discours contractuel », *RDC/3*, 2016, p. 600.
- « Typologie des problèmes juridiques et argumentation », *RTD Civ.* ; 2022, p. 559.

RUFFINI-GANDOLFI (M.-L.), « Problème d'unification du droit en Europe et droit européen des contrats », *RIDC* 2002, p. 1075 s

RZEPECKI (N.), *JCP* 1999, II, 10133.

SAINT PAU (J.-C.), « Droit à réparation, Conditions de la responsabilité contractuelle, Fait générateur, Inexécution imputable au débiteur », *JCL Notarial Répertoire*. fasc. 171-20, nov. 2013, n°9.

SAINT-ESTEBEN (R.), « Pour ou contre les dommages et intérêts punitifs », *LPA* 2005, n°14, p. 53.

SALEILLES (R.), « Le Code civil et la méthode historique » in *Le Code civil 1804-1904. Livre du centenaire*, Paris, rééd. Dalloz, 2004, p 95.

SALOMON (R.), *D.* 2007, p. 764.

SAVAUX (E.) :

- « Article 1223, la réduction du prix », *RDC/3* 2015, p. 786.
- « Le contenu du contrat », *JCP* 2015, supp. au n°21, p. 20.

SHCILLER (S.), « L'acte rédigé par un notaire ou un avocat peut-il être qualifié de contrat d'adhésion ? », *JCP N* 2017, n°1271.

SÉRIAUX (A.), « L'engagement unilatéral en droit positif français actuel » in C. JAMIN et D. MAZEAUD (dir.), *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, Economica, 1999, p. 7.

SIRI (A.), « L'évolution des interprétations du principe de la force obligatoire du contrat de 1804 à l'heure actuelle », *Revue de la recherche juridique (devenue Droit prospectif)*, 2008, p. 1342

SPITZ (J.-F.), « “Qui dit contractuel dit juste” : quelques remarques sur la formule d'Alfred Fouillée », *RTD. Civ.* 2007, p. 281

STIJNS (S.),

- « Chapitre XIII, La résolution pour inexécution en droit belge, conditions et mise en œuvre » in M. FONTAINE et G. VINEY (dir.), *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles, études de droit comparé*, LGDJ & Bruylant, Bibliothèque de la faculté de droit de l'Université catholique de Louvain, 2001, p. 513. .
- « Le rôle du juge dans la résolution judiciaire et non judiciaire pour inexécution du contrat » in COUSY (H.), STIJNS (S.), TILLEMANN (B.) et VERBEKE (A.) (dir.), *Droit des contrats. France, Belgique*, vol. 1, Bruxelles, Paris, Larcier, LGDJ, 2005, p. 91.

STOFFEL-MUNCK (Ph.) :

- « Responsabilité et devoir de bonne foi », note sous Cass. Civ. 3^{ème}, 5 nov. 2003, Bull. civ. III, n°189, n°01-17.530, *RDC/3* 2004, p. 637.
- « Le contrôle *a posteriori* de la résolution unilatérale », *Dr. et Patr.* 2004, 126, p. 18.
- « Exécution et inexécution du contrat » in Débats « La réforme du droit français des contrats en droit positif », à propos du projet de réforme du droit des contrats élaboré par le ministère de la Justice dans l'état dans lequel il était en septembre 2008, *RDC/I* 2009, p. 333.
- « L'autonomie du droit contractuel de la consommation, d'une logique civiliste à une logique de régulation », *RTD Com.* 2012, p. 705.
- « La résolution par notification, questions en suspens » in Dossier « Réforme du droit des contrats, Le débat », *Dr. et Patr.*, oct. 2014, p. 67.
- « Le nouveau droit des obligations, les questions en suspens » in Dossier « Le nouveau droit des obligations après la loi de ratification du 20 avril 2018 », Paris le 7 juin 2018, *RDC* 2018, n°Hors-Série, p. 52.

STORCK (M.), « Inexécution d'un contrat synallagmatique, résolution et exception d'inexécution », *Essentiel Droit des affaires*, 5 juillet 2017.

STURLÈZE (B.), « Le juge et les standards juridiques », *RDC/2* 2016, p. 398

TA (I.), *Dr. et Patr.*, n°291, mai 2019.

TADROS (A.), « La ratification de l'ordonnance de réforme du droit des contrats, quelques incidences sur la pratique des affaires », *D.* 2018, p. 1162.

TALLON (D.),

- « L'inexécution du contrat, pour une autre présentation », *RTD Civ.* 1994, p. 223.

- « Le droit français de l'inexécution du contrat confrontés aux instruments d'unification » in L. VACCA (éd.), *Il contratto inadempito*, III Congresso Internazionale ARISTEC, Ginevra, 24-27 settembre 1997, edito da Giappichelli, 1999.

TERRÉ (F.), « Une synthèse », in *Le droit et le futur*, PUF, 1985, p. 1.

THIBIERGE (L.), « Le contrat d'adhésion, beaucoup de bruit pour rien ? », *RJDA* 2021/11, p. 963.

THIBIERGE-GUELFUCCI (C.), « Libre propos sur la transformation du droit des contrats », *RTD Civ.*, 1997, p. 357.

TISSEYRE (S.) :

- « Clauses abusives, application de l'article 1171 du Code civil à la location financière et précisions sur la notion de déséquilibre significatif en droit commun », *D.* 2022, 539.
- « L'avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux, entre tradition et modernité », *RLDC* 2023/211, n°7267.

TOURNAFOND (O.), *RDI* 2006, p. 307.

USUNIER (L.), « Réforme du droit commun des contrats et détermination de la loi applicable aux contrats de distribution », *RLDA* 2016, n°Hors-série, p. 13.

VATINET (R.), « Le *mutuus dissensus* », *RTD. Civ.* 1987, p. 252.

VAN DER MERSCH (M.) ET PHILIPPE (D.), « Chapitre XVI L'inexécution dans les contrat du commerce international » in FONTAINE (M.) et VINEY (G.) (dir.) in *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles. Études de droit comparé*, LGDJ & Bruylant, 2001, p. 702.

VESSIO (F.), « Le contrat d'adhésion à l'aune du système économique, un enjeu d'ordre public économique entre volonté et consentement », *JCP E* n°41, 13 oct. 2022, 1334.

VINCENDEAU (B.), « L'évolution de l'exception d'inexécution, vers la consécration d'un droit de réserve d'exécution », *LPA* 9 sept. 2019, n°180, p. 6.

VINEY (G.) :

- « Chapitre V, exécution de l'obligation, faculté de remplacement et réparation en nature en droit français » in M. FONTAINE et G. VINEY (dir.), *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles, Études de droit comparé*, Bruylant, LGJ, 2001, p. 167.
- « Rapport de synthèse », *LPA* 2002, p. 70.

VINGIANO-VIRICEL (I.), « La faute lucrative, une notion en construction en droit français », *RTD Com.* 2017, p. 19

VOGEL (J.), « Faut-il réformer la réforme du droit des contrats ? », *AJ contrat* 2017, p. 470.

WALTZ-TERACOL (B.), « Le contrat d'assurance est-il un contrat d'adhésion ? », *RGDA/3* 2020, p. 6.

WITHAKKER (S.), « Chapitre 9 La résiliation suite à une inexécution contractuelle et ses conséquences, retour sur le droit français à la lumière de l'avant-projet de réforme » in J. CARTWRIGHT, S. VOGENAUER et S. WITHAKKER (dir.), *Regards comparatistes sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, Société de législation comparée, 2010, p. 211.

WITZ (C.),

- « L'adaptation du droit français interne aux règles de la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises » in *Mélanges Christian Mouly, Livre II*, 1998, p. 205.
- « Plaidoyer pour un Code européen des obligations, *D.* 2000, chron. p. 79.
- « La nouvelle jeunesse du BGB insufflée par la réforme du droit des obligations », *D.* 2002, p. 3156.
- « Droit uniforme de la vente internationale des marchandises », *D.* 2007, p. 530.
- « La nouvelle définition du contrat d'adhésion et ses effets sur les clauses sources de déséquilibre significatif », *RLDA* n°140, p. 2018.

ZOLYNSKI (C.), « La blockchain, la fin de l'ubérisation ? », *Dalloz IP/IT* 2017, p. 385.

VII) RAPPORTS, CONVENTIONS, AVANT-PROJETS ET PROJET DE RÉFORME, LOIS

AFJE (Association française des juristes d'entreprises), « note publiée après examen du Projet d'Ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations publiée le 17 février 2015 (article 8 de la loi n°2015-177 du 16 février 2015 relative à la modernisation et à la simplification du droit dans les domaines de la justice et des affaires intérieures) », disponible en ligne sur <https://www.afje.org/info/afje-et-la-reforme-du-droit-des-contrats> [consultée le 03 mars 2023]

CHANCELLERIE, *Projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats*, présenté le 25 février 2015 initié par l'adoption de la loi d'habilitation n°2015-177 du 16 février 2015 portant modernisation et simplification du droit.

CONSEIL D'ÉTAT, *Rapport Sécurité juridique et complexité du droit*, 2006.

Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises disponible en ligne,

- Texte de la CVIM disponible en ligne, <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/fr/v1056998-cisg-f.pdf>
- « notice explicative » disponible en ligne, <http://www.uncitral.org/pdf/french/texts/sales/cisg/V1056998-CISG-f.pdf> ;
- CLOUT disponible en ligne, https://www.uncitral.org/pdf/english/clout/brochure/Facts_about_CLOUT_french_ebook.pdf
- Précis de jurisprudence de la CVIM disponible en ligne, http://www.uncitral.org/pdf/french/clout/CISG_Digest_2016_f.pdf.

FOUCHET (Y.), « Projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, réponse de la CCI Paris Ile-de-France à la consultation ouverte par la Chancellerie », adopté le 7 mai 2015.

HAUT COMITÉ JURIDIQUE DE LA PLACE FINANCIÈRE DE PARIS, « Propositions d'amélioration de la rédaction des dispositions régissant le droit commun », le 10 mai 2017.

LEVENEUR (L.) (dir.), « Observations sur diverses dispositions de la réforme du droit des contrats », *Rapport remis à la Chancellerie le 20 avr. 2015, réalisé par cinq doctorants de l'Université Panthéon-Assas (Paris II) même du Laboratoire de droit civil.*

PILLET (F.), *Rapport*, Sénat, n°22, fait au nom de la commission des lois, déposé le 11 oct. 2017 à propos du projet de loi ratifiant l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

IHEJ (Institut des Hautes Études de la Justice), *Rapport La prudence et l'autorité – l'office du juge au XXI^e siècle*, 10 juillet 2013.

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

STOFFEL-MUNCK (P.) (dir.), *Avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux*, juillet 2022.

URVOAS (J.-J.), *Projet de réforme de la responsabilité civile*, 13 mars 2017.

VIII) JURISPRUDENCE

A. JURIDICTIONS JUDICIAIRES

- Cass. Civ., 27 fév. 1828, *DP* 1828, 1, p. 146
Cass. Civ. 6 mars 1876, , *DP* 1876, 1, p. 193, note A. GIBOULOT ; H. CAPITANT, F. TERRÉ, Y. LEQUETTE et F. CHÉNÉDÉ, *GAJC*, t. 2, n°165
Cass. Req. 11 juill. 1882, *DP* 1883, 1, p. 304
Cass. Civ. 13 mai 1885, *DP* 1885, 1, 350
Cass. Req. 1^{er} déc. 1897, *DP* 1898, 1, 289, *Sirey* 1899, 1, 174, note Planiol
Cass. Req. 18 juin 1902, *DP* 1903, I, 342
Cass. Civ. 21 nov. 1911, *DP* 1913
Cass. Civ. 17 décembre 1928, *DH*, 1929, 52
Cass. Civ. 29 juin 1932, *DP* 1933, 1. 49, note L. JOSSERAND.
Cass. Soc. 21 oct. 1954 *Bull. civ.* IV, n°613
Cass. Soc. 7 juil. 1955, *Bull. civ.* IV, n°595
Cass. Soc. 31 mai 1956, *Bull. civ.* IV, n°503
Cass. Com. 19 déc. 1962, *Bull. civ.* III., n°523.
Cass. Soc. 31 mai 1967, *Bull. civ.* n°433
Cass. Com. 15 juill. 1970, *Bull. civ.* IV, n°244, n°68-12486
Cass. Civ. 3^{ème}, 16 octobre 1973, n°72-11.956
Cass. Com. 30 janv. 1979, n°77-13.151
Cass. Civ. 1^{ère}, 3 mai 1979, *Bull. civ.* I, n°128
Cass. Com. 27 mai 1983, *Bull. civ.*, IV, n°155, p. 136.
Cass. Com. 19 fév. 1985, *Bull. civ.* IV, n°67.

Cass. Civ. 1^{ère}, 18 déc. 1990, n°89-14.975, *RTD Civ.* 1996, 746, obs. J. MESTRE

Cass. Ass. Plén. 1 déc. 1995, n°93-13.688, n°91-15.578, n°91-15.999, n°91-19.653 ; *JCP G* 1996, II, 22565 concl. M. JÉOL, note J. GHESTIN ; *D.* 1996, p. 13, concl. M. JÉOL, note L. AYNÈS ; *JCP E* 1996, 776, note L. LEVENEUR ; *JCP N* 1996, n°13, p.493, étude D. BOULANGER ; *LPA* 27 déc. 1995, p. 11, note D. BUREAU et N. MOLFESSIS ; *Gaz. Pal* 1995. 2. 626, conc. JÉOL, note P. de FONTBRESSIN ; *CCC* 1996, n°5 et chron. L. LEVENEUR ; H. CAPITANT, F. TERRÉ, Y. LEQUETTE et F. CHÉNÉDÉ, *GAJC*, T. 2., Dalloz, 13^e éd. 2015, spéc. n°152-155 ; *RTD Civ.* 1996, 153, obs. J. MESTRE ; *RTD Com.* 1996, 316, obs. B. BOULOC ; *RTD Com.* 1997, 1 étude M. JÉOL ; *RTD Com.* 1997, 7, étude C. BOURGEON ; *RTD Com.* 1997, 19, étude C. JAMIN ; *RTD Com.* 37, étude T. REVET ; *RTD Com.* 49, étude D. FERRIER ; *RTD Com.* 67, étude M. PEDAMON ; *RTD Com.* 75, étude P. SIMLER.

Cass. Civ. 1^{ère}, 11 juin 1996, n°95-17.339, *CCC* 1996, comm. 68, note L. LEVENEUR ; *D.* 1996, 323, note L. AYNÈS.

Cass. Com. 22 oct. 1996, dit *Chronopost*, *Bull. civ.* IV, n°258 ; *GAJC*, t. 2, n°156, p. 72 ; *D.* 1997, 121, note A. SERIAUX ; *D.* 1997. Comm. 145, obs. C. LARROUMET et 175, obs. P. DELEBECQUE ; *Defrénois* 1997, 333, obs. D. MAZEAUD ; *JCP* 1997, I, 4002, obs. M. FABRE-MAGNAN ; *JCP* 1997, I, 4025, obs. G. VINEY ; *JCP* 1997, II, 22881, obs. D. COHEN ; *RTD civ.* 1997, 418, obs. J. MESTRE ; *GAJC*, t. 2, n°156, p.72.

Cass. Civ. 1^{ère}, 5 mars 1974, *JCP* 1974, II, 17707.

Cass. Civ. 3^{ème}, 6 mai 1980, n°78-16.390 ; Cass. civ. 3^{ème}, 18 nov. 1980, n°79-12.774

Cass. Civ. 1^{ère}, 12 mars 1985, n°84-10.169, P I, n°94

Cass. Civ. 3^{ème}, 8 avr. 1987, *Bull. civ.* III, n°188

Cass. Civ. 1^{ère}, 8 déc. 1987, *Bull. civ.* I, n°342

Cass. Civ. 3^{ème}, 4 oct. 1995, n°93-15.048.

Cass. Com. 2 juill. 1996, n°93-14-130 ; *D.* 1996, 192 ; *Defrénois* 1996, p. 1364, obs. D. MAZEAUD ; *JCP* 1996, I, 3983, obs. C. JAMIN ; *RTD Civ.* 1996, 923, obs. P.-Y. GAUTIER.

Cass. Civ. 1^{ère}, 13 oct. 1998, *Bull. civ.* I, n°300 ; *D.* 1999, p. 197 obs. C. JAMIN ; *D.* 1999, *Somm.* 115, obs. Ph. DELEBECQUE ; *JCP* 1999, II, 10133, note N. RZEPECKI ; *Defrénois* 1999, 374, obs. D. MAZEAUD ; *RTD Civ.* 1999, 374, obs. J. MESTRE ; H. CAPITANT, F. TERRÉ, Y. LEQUETTE et F. CHÉNÉDÉ, *GAJC*, T. 2., Dalloz, 13^e éd. 2015, spéc. n°181.

Cass. Civ. 3^{ème}, 22 mars 2000, n°98-13.345 ; *D.* 2001, 345, obs. J.-R. BOUYEURE et C. ATIAS

Cass. Civ. 1^{ère}, 7 nov. 2000, *Bull. civ. I*, n°286 ; obs. D. MAZEAUD, *D.* 2001, *somm.* 1137 ; obs. C. JAMIN, *D.* 2001, *Somm.* 256.

Cass. Civ. 1^{ère}, 20 fév. 2001, *Bull. civ.* I, n°40, *D.* 2001, 1568, note C. JAMIN ; *Defrénois*, 2001, p. 705, note E. SAVAUX ; *RTD Civ.* 2001, p. 363, note J. MESTRE et B. FAGES.

Cass. Civ. 1^{ère}, 29 mai 2001, Clinique Auguste Renoir et autre c/ Presse, inédit ; obs. J. MESTRE et B. FAGES, *RTD Civ.* 2001, p. 590.

Cass. Com. 15 janv. 2002, n°99.21-172. *D.* 2002, p. 1974, note Ph Stoffel-Munck

Cass. Civ. 1^{ère}, 12 mars 2002, n°99-15711

Cass. Civ. 1^{ère}, 28 oct. 2003, n°01-03.662, *JCP G* 2004, II, 10, 108, note G. LACHIEZE ; *Defrénois* 2004, p. 378, note R. LIBCHABER ; *RLDC*, n°2, 1^{er} février 2004, comm. É. GARAUD.

Cass. Civ. 3^{ème}, 5 nov. 2003, *Bull. civ.* III, n°189, n°01-17.530, *RDC/3* 2004, p. 637, note Ph. STOFFEL-MUNCK

Cass. Civ. 1^{ère}, 3 fév. 2004, *Bull. civ.* I, n°34.

Cass. Com. 12 juill. 2005, n°03-12.507, *RTD civ.* 2006

Cass. Civ. 3^{ème}, 11 mai 2005, n°03-21.136 ; *Bull. civ.* III, n°103 ; *RTD Civ.* 2005, 596 obs. J. MESTRE et B. FAGES ; *RDI* 2006, 307, obs. O. TOURNAFOND. ; *D.* 2005, 1504 ; *RTD civ.* 2005, 596, obs. J. MESTRE et B. FAGES.

Cass. Civ. 1^{ère}, 5 juillet 2005, n°04-15.808, P+B. V ; M. DO CARMO SILVA, « La portée du non-cumul de la résolution du contrat et de son exécution forcée en nature », *RLDC* n°35, 1^{er} fév. 2007,

Cass. Civ. 3^{ème}, 7 juillet 2016, n°15-18.306,

Cass. Civ. 1^{ère}, 16 janv. 2007, *Bull. civ. I*, n°19, *D.* 2007, 1119, note O. GOUT ; *RDC/3* 2007, 719, obs. D. MAZEAUD et , 741, obs. G. VINEY ;

Cass. Com. 30 janv. 2007, n°05-43.896, inédit.

Cass. Com. 15 mai 2007, n°06-12.282: obs. B. BOULOC, *RTD Com.* 2008, 172

Cass. Com. 10 juillet 2007, « Les maréchaux », n°06-14.768, *Bull. civ. IV* n°188, *D.* 2007, p. 2839, note Ph. STOFFEL-MUNCK ; *RDC/2* 2007, p. 1107, obs. L. AYNÈS et D. MAZEAUD ; *D.* 2007, 1955, obs. X. DELPECH ; 764 obs. R. SALOMON ; 2007, 2839, obs. P. STOFFEL-MUNCK ; . 2007, 2844, obs. P.-Y. GAUTIER ; 2007, 2972, obs. B. FAUVARQUE-COSSON ; *RDC/4* 2007, p. 1107, L. AYNÈS ; *RDC/4* 2007, p. 1110, D. MAZEAUD ; *RTD civ.* 2007, 773, note B. FAGES ; *Dr. et Patr.* sept. 2017, 94, P. STOFFEL-MUNCK ; *RTD com.* 2007, 786, P. LE CANNU et B. DONDERO ; *RLDC* 2008, p. 6, Ph. DELEBECQUE ; *JCP G* 2007, n°340, p. 8, C. CHABAS ; *JCP G* 2007, II, 10154, D. HOUTICEFF ; *JCP E* 2007, D. MAINGUY et J.-L. RESPAUD ; *Défrenois* 30 oct. 2007, p. 1454, E. SAVAUX ; *CCC* 2007, n°294, L. LEVENEUR ; P. ANCEL, « Les sanctions du manquement à la bonne foi dans l'exécution du contrat. Retour sur l'arrêt de la Chambre commerciale du 10 juillet 2007 », in *Mélanges en l'honneur de D. TRICOT*, LexisNexis, Dalloz, 2011, p. 61 ; H. CAPITANT, F. TERRÉ, Y. LEQUETTE et F. CHÉNEDÉ, *Les gens arrêts de la jurisprudence civile*, t. 2, Dalloz, 13^{ème} éd., 2015, p. 163, n°164.

Cass. Civ. 3^{ème}, 19 mars 2008, n°07-11-194 ; *RTD Civ.* 2008, 688, obs. P.-Y. GAUTIER.

Cass. Com. 23 sept. 2008, inédit, n°07-10.025, *RTD Civ.* 2009, p. 320, note J. MESTRE et B. FAGES ; *RLDA* 2010, n°51, obs. D. MAZEAUD.

Cass. Com. 10 fév. 2009, n°08-12.415, *RTD Civ.* 2009, p. 319, note J. MESTRE et B. FAGES. ; *CCC* 2009, comm. 123, obs. L. LEVENEUR ; *RDC/1* 2010, p. 44, obs. T. GENICON ;

Cass. Com. 31 mars 2009, n°07-20.991, *JCP G* 2009, doct. 273, note P. GROSSER ; *D.* 2010, p. 233, note S. AMRANI-MEKKI et B. FAUVARQUE-COSSON

Cass. Com. 29 juin 2010, n°09-11841 ; dit *Faurecia II D.* 2010, p1832, obs. X. Delpech ; D. Mazeaud.

Cass. Com. 30 juin 2009, inédit, n°08-14.944, *JCP G* 2009, doct. 273, note P. GROSSER ; *D.* 2010, p. 233, note S. AMRANI-MEKKI et B. FAUVARQUE-COSSON

Cass. Civ. 3^{ème}, 29 sept. 2009, n°08-16.960

Cass. Com. 28 oct. 2009, n°08-16.758: *JCP G* 2010, n°3, p. 50, note C. LACHIEZE

Cass. Civ. 3^{ème}, 9 décembre 2009, n°04-19.923 ; *RDC/2* 2010, 561, obs. Y.-M. LAITHIER et D. MAZEAUD.

Cass. Civ. 1^{ère}, 17 février 2011, *Bull. civ. I*, n°28, n°10-13.980 ; *RDC/3* 2011, 832, obs. T. GENICON ; *D.* 2011, p. 676, obs. Y. ROUQUET.

Cass. Soc. 23 mars 2011, n°09-67.887 = pas de note

Cass. Civ. 3^e, 3 nov. 2011, n°10-26.203, *Bull. civ. III*, n°178: *RTD civ.* 2012, p. 114, obs. B. FAGES ; *D.* 2012, 459, obs. S. AMRANI-MEKKI et M. MEKKI.

Cass. Com., 15 nov. 2011, n°10-27.838

Cass. Civ. 3^{ème}, 21 mars 2012, n°11.14-174 ; *Bull. civ. III*, n°49 ; *RTD Civ.* 2012, 763, obs. Y.-M. LAITHIER et 806, obs. O. DESHAYES ; *AJDI* 2012, 597, S. LE GAC-PECH.

Cass. Civ. 3^{ème}, 17 oct. 2012, n°11-22.290, *Bull. civ. III*, n°143 ; *Dalloz Actu*, 2516, obs. Y. ROUQUET.

Cass. Civ. 3^{ème}, 22 mai 2013, n°12-16.217 ; *RDC/1* 2014, p. 22, obs. Y.-M LAITHIER, *JCP G* 2013, 974, n°11, obs. P. GROSSER

Cass. Com. 1^{er} oct. 2013, n°12-20.830 *RDC/2* 2014, p. 181 obs. Y.-M. LAITHIER ; *RTD Civ.* 2014, p. 118 obs. B. FAGES.

Cass. Civ. 1^{ère}, 20 mars 2014, n°12-27.943

Cass. Civ. 1^{re}, 2 juill. 2014, n°13-17532
 Cass. Soc. 23 sept. 2014, n°13-11.045
 Cass. Civ. 1^{re}, 4 fév. 2015, n°13-28.808
 Cass. Civ. 1^{re}, 3 juin 2015, n°14-15.655, Bull. civ. I, n°131
 Cass. Civ. 3^{ème}, 16 juin 2015, n°14-14.612 ; *RTD Civ.* 2016, p. 107, obs. H. BARBIER.
 Cass. Civ. 3^{ème}, 15 sept. 2015, n°13-24.726.
 Cass. Civ. 3^{ème}, 26 nov. 2015, n°14-24.210
 Cass. Com. 20 oct. 2015, n°14-20.416 pas de note
 Cass., Civ. 1^{re}, 14 janvier 2016, n°14-26.474 à propos de la rémunération d'un mandataire ; *RTD Civ.* 2016, 491, obs. P.-Y. GAUTIER ; *ibid*, 351, obs. H. BARBIER ; *CCC* 2016, n°89, note L. LEVENEUR.
JCP G, 18 janvier 2016, n°3, 51, obs. B. BEHAR-TOUCHAIS ; *D.* 2015, 2423, note C. DUBOIS, *RTD Civ.* 2016, 107, obs H. BARBIER et *ibid*, 140, obs. P.-Y. GAUTIER.
 Cass. Civ. 1^{re}, 12 mai 2016, n°15.20-834, O. DESHAYES, « L'exception d'inexécution doit-elle être proportionnée ? », note sous Cass. Civ. 1^{re}, 12 mai 2016, n°15.20-834, *RDC/4* 2016, p. 654
 Cass. Civ. 1^{re}, 25 mai 2016, n°15-17.317
 Cass. Civ. 3^{ème}, 7 juillet 2016, n°15-18.306,
 Cass. Civ. 1^{re}, 22 sept. 2016, n°15-20.614.
 Cass. Com. 29 mars 2017, n°15-25.742; *D.* 2018, 865, chron. D. FERRIER ; Cass. Com. 2 mars 2022, n°20-16.215
 Cass. Com. 8 juin 2017, n°14-29.618, *Bulletin Joly Société*, 2017, n°116, p. 544 s. obs. J.-F. BARBIÈRI
 Cass. Civ. 1^{re}, 4 oct. 2017, n°16.18-416., pas de note
 Cass. Com. 10 janvier 2018, n°16-21.949 ; *RTD civ.* 2018, 398, obs. H. BARBIER
 Cass. Civ. 3^e, 8 fév. 2018, n°16-24.641, P+B, *JCP G* n°16, 16 avril 2018, act. 453, note A. ETIENNEY-DE SAINTE-MARIE, BARBIER, « L'inapplicabilité des modalités contractuelles de rupture du contrat unilatéralement résolu », note sous Civ. 3^e, 8 fév. 2018, n°16-24.641,
 Cass. Civ. 3^{ème}, 21 juin 2018, n°17-15.897, P+B+I.
 Cass. Civ. 3^{ème}, 14 fév. 2019, n°17-31.665, FS-B+P+I, O. DESHAYES, « La stipulation des sanctions contractuelles n'exclut pas la mise en œuvre des solutions issues du droit commun des obligations », *JCP G*, 8 avril 2019, n°14, p ; 642 s. note sous Cass. 3^{ème} civ. 14 fév. 2019, n°17-31.665
Dr. et Patr. mai 2019, n°291, note I. TA ; *RTD Civ.* 2019, 330, obs . H. BARBIER ; *JCP G* n°14, 8 avr. 2019, 363, obs. O. DESHAYES
 Cass. Civ. 3^{ème}, 16 mai 2019, n°18-13.756
 Cass. Civ. 1^{re}, juill. 2020, n°18-26.352, inédit ; *D.* 2021, 310, obs. R. BOFFA et M. MEKKI ;
 Cass. Civ. 3^{ème}, 22 oct. 2020, n°19-19.542
RTD Civ. 2021, 394, obs. H. BARBIER.
 Cass. Com. 26 janv. 2022, n°20-16.782, F-B, *JCP E et A*, n°26, 30 juin 2022, 1234, obs. L. MOLINA ; n°12, 24 mars 2022, 1125, comm. G. CHANTEPIE ; *D.* 2022, 539, obs. S. TYSSEYRE ; , 1419, chron. C. BELLINO , 725, chron. N. FERRIER ; , 2255, chron. Y. SERRA ; *RTD Civ.* 2022, 124, obs. H. BARBIER ; *D.* 2023, 254, obs. R. BOFFA ; *RLDC* mars 2022, n°201, note S. DE ROUMEFORT.
 Cass. Civ. 3^{ème}, 27 fév. 2020, n°18.20-865, pas de note
 Cass. Civ. 3^{ème}, 13 juil. 2022, n°21-16407, FS-B et Cass. Civ. 3^{ème}, 13 juill. 2022, n°21-16408, FS-B ; *RDC/4* 2022, p. 10, obs. F. DOURNAUX.
 Cass. Civ. 3^{ème}, 13 juil. 2022, n°21-16.407 et n°21-16.408 ; *D.* 2022, p. 1647 obs. T. GENICON, *RDI* 2022, p. 591, obs. J.-L. BERGEL ; M. MEKKI et R. BOFFA, « Droit des contrats », *D.* 2022, p. 254, spéc. R. BOFFA, « L'application anticipée de la disproportion manifeste ».
 Cass. Civ. 1^{re}, 31 août 2022, n°21-11.097: Cass. Civ. 1^{re}, 31 août 2022, n°21-11.097; *D.* 2023, p. 254, obs. R. BOFFA ; *EJT* 2022, p. 19, chron. R. BOUNIOL ; *JurisTuris* 2022, n°57, p. 9 obs. X. DELPECH.

CA Angers, 21 mai 2001, n°2000/00744
 CA Bordeaux, 16 janv. 2009, n°08/00123
 CA Nîmes, ch. com. 2, section B, 24 janv. 2013, n°11/02953.
 CA Versailles, 28 nov. 2017, n°16/04524, *RDC/I* 2018, p. 71, note C. GRIMALDI.
 CA Chambéry, 30 juin 2020, n°18/01858
 CA Rennes, 4 mars 2022, ch. 02, n°21/02364.
 CA Grenoble, 28 sept. 2022, n°22/00058
 CA Montpellier, 10 nov. 2022, n°22/01068
 CA Douai, 12 janv. 2023, n°21/02860
 CA Besançon, 7 fév. 2023, n°21/00971
 CA Aix en Provence, 23 fév. 2023, n°21/17270
 CA Bordeaux, 27 févr. 2023, n°20/05024
 CA Montpellier, 28 fév. 2023, n°21/02274
 CA Aix en Provence, 2 mars 2023, n°20/00946
 CA Versailles, 10 juin 2023, n°22/01013

TGI Paris, 5 avr. 2005, UFC c/ SA Liberty Surf Group, ss l'enseigne Tiscali et a., *JurisData* n° 2005-266903
 TGI Paris, 16 nov. 2017, n°16/06303
 TGI Paris, 23 mars 2018, n°15/18773

T. com. Evry, 13 juin 2017, n°2017F00172
 T. com. Guéret, 28 février 2018, n°2016001550
 T. com. Angers, 17 nov. 2021, aff. n°2020-006070

B. JURIDICTION AMINISTRATIVE

Cons. const., 17 janvier 1979, décision n°78-101 DC
 Cons. const. . 16 janv. 1982, n°81-132 DC, *JO* 17 janv. 1982
 Cons. const 3 aout 1994, n°94-348 DC, *JO* 6 aout 1994, *D.* 1995, 344 obs. F. MÉLIN-SOUCRAMANIEN., *RTD Civ.* 1996, 151, obs. J. MESTRE
 Cons const. 20 mars 1997, n°97-388 DC, *JO* ?, *D.* 1999, 234, obs. L. FAVOREU ; *D.* 1999, 236, obs. F. MÉLIN-SOUCRAMANIEN.
 Cons. const. 10 juin 1998 n°98-401 DC, *D.* 2000, 60 obs. L. FAVOREU
 Cons. const. 23 juillet 1999 n°99-416 DC
 Cons. const. 9 nov. 1999, n°99-419 DC « PACS » ; *JO* 16 nov. 1999 *RTD Civ.* 2000, p. 109 note J. MESTRE et B. FAGES ; *JCP G* 2000, I, 210, étude N. MOLFESSIS ; *RRJ*, 2002, p. 1199, LA FÉMÉNIA ; *D.* 2000, 203, note R. PIASTRA.

C. JURIDICTIONS EUROPÉENNES

CEDH 29 mars 2011, n°18240/03, Uzan et a. c/Turquie *RDC/I* 2012, p. 186 s., obs. J.-P. MARGUÉNAUD
 CEDH, 30 août 2011, n°44205/02, Aktas Elektrik Tic c/Turquie, *RDC/I* 2012, p. 186 s., obs. J.-P. MARGUÉNAUD.

CJUE 30 mai 2013, aff. C-488/11, Asbeek Brusse et de Man Garabito

INDEX ALPHABÉTIQUE

A

Abus :

- Du débiteur, 33
- De droit, 473 et s
- Exercice abusif des sanctions unilatérales, 43, 139, 334 et s, 475
- Notion, 474, 478 et s

Acte juridique unilatéral, 156 et s,

AFJE, 15, 38

Aménagement conventionnel :

- Des contrats d'adhésion (*V. Contrat d'adhésion*)
- Généralité(s), 75, 83
- De l'exception d'inexécution, 87 et s.
- De faculté unilatérale de remplacement, 87 et s.
- De réduction du prix, 87
- De résolution unilatérale, 62, 87 et s.

Autonomie de la volonté, 133 et s, 152

Avant-projet Catala, 8, 37, 51, 52, 281

Avant-projet de la chancellerie, 8, 37, 51, 52, 272, 427

Avant-projet Terré, 8, 37, 51, 52, 281, 336, 427, 434, 454, 352

B

Bail, 75

Bonne foi, 96, 352, 389, 404 et s, 436, 455

C

CCI Paris Ile-de-France, 15, 39, 41, 293

Clauses :

- D'aménagement des modalités d'exercice de la sanction, 90, 286, 294 et s

- De hiérarchie des sanctions, 88, 286
- De réserve de bénéfice de la sanction, 89, 286
- De renonciation à la sanction, 87, 286

Contrat :

- Définition, 142 et s, 167 et s

Contrat d'adhésion :

- Aménagement conventionnel, 244, 285, 294 et s, 302 et s, 487
- Champ d'application, 77, 211, 243
- Contrôle judiciaire, 331 et s
- Force obligatoire, 268, 269 et s
- Définition, 144, 207 et s
- Généralité(s) 6, 204
- Régime, 214 et s, 268, 278 et s, 301, 315 et s, 330, 336, 406, 419, 467 et s, 476

Contrat à durée indéterminée, 54

Contrat de gré à gré :

- Champ d'application, 211
- Contrôle judiciaire, 331 et s
- Définition, 204
- Force obligatoire, 268, 269 et s
- Régime, 268, 278 et s, 301, 315 et s, 330, 336, 406, 419, 467 et s, 476

Contrôle judiciaire :

- Contrôle *a priori*, 115, 341 et s, 393 et s, 487
- Contrôle *a posteriori*, 104, 116, 332 et s, 487
- Généralité(s) 25, 111 et s, 245

Convention de vente internationale des marchandises (CVIM), 7, 29, 427, 434, 451,

Cumul des sanctions, 79 et s, 487

D

Délai, 42, 90, 288 et s, 297, 368 et s

Dépôt, 75

Déséquilibre significatif, 94 et s, 215, 286

Disproportion manifeste, 33, 109, 454 et s

Dommages et intérêts, 334 et s, 455

Droit de la consommation, 75, 77, 96

E

Engagement(s) perpétuel(s), 7

Engagement unilatéral de volonté, 157

Équilibre contractuel, 116, 230

Exception d'inexécution :

Critique(s), 22 et s, 32 et s, 122, 487

- Définition, 19, 20
- Généralité, 4, 7,
- Gravité de l'inexécution, 23
- Nature, 186 et s
- Régime, 367, 373, 422, 425, 426, 451

Exception d'inexécution préventive :

- Critique(s), 24
- Définition, 21
- Délai raisonnable, 24
- Généralité, 4 s.
- Gravité de l'inexécution, 23
- Régime, 452

Exécution forcée en nature :

- Avenir de la sanction, 104, 109, 329
- Généralité(s), 107 et s.
- Présentation, 29

F

Faculté unilatérale de remplacement du débiteur défaillant (exécution forcée indirecte) :

- Condition, 30
- Critique(s), 32 et s, 122, 487
- Définition 4, 30
- Régime, 438 et s, 454

Faute lucrative, 33, 337, 455

Fixation unilatérale du prix, 176

Force obligatoire, 6, 7, 107 et s, 135, 148, 257 et s, 271

H

Hiérarchie des sanctions :

- Absence, 99, 100, 103 et s, 487
- Conséquences, 327 et s
- Justification(s), 309 et s
- Méthode, 315 et s
- Proposition, 320 et s

I

Inexécution :

- Caractères, 412 et s
- Essentielle, 50
- Généralités, 10
- Notion, 379 et s

J

Juge des référés, 342 et s, 395 et s

L

Liberté contractuelle, 101, 103, 272 et s, 313

Lien contractuel, 46

Location financière, 286

M

Mandat, 75

Maréchaux (Arrêt, *Les*), 96, 182, 352, 404, 479

Mise en demeure, 60, 288 et s, 293 et s, 358

N

Notification, 42, 60, 90, 288 et s, 355 et s

Nullité, 161, 184, 193 et s, 400

O

Obligation de minimiser son dommage, 34, 454.

Obligation de motivation, 24, 6, 90, 290, 300 et s, 362 et s

Obligation de moyens/résultats, 431 et s

Obligation essentielle du contrat, 94, 95, 215, 286, 423

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

- Objectif(s), 228 et s, 241
- Présentation, 9
- Ratification, 9

Ordre public :

- Généralités, 103
- De protection, 268, 275, 284, 295, 313
- De direction, 268
-

P

Partie faible :

- Protection, 205, 239 et s, 254 et s, 285, 310, 449, 465, 490 et s
- Qualification, 77, 223

Prérogative contractuelle :

- Définition 181 et s, 489
- Régime, 192 et s, 352 et s, 356, 358, 362, 369, 383 et s, 393 et s, 494

Preuve, 161

Principe d'égalité, 219 et s

Principe du droit européen des contrats (PDEC), 7, 29, 49, 272, 279, 317, 352, 427, 461,

Principe UNIDROIT (PU), 7, 29, 279, 317

Projet cadre commun de référence, 29, 49 et s, 279

Projet Gandolfi, 7, 29

Proportionnalité :

- Contrôle, 471 et s
- Exercice proportionné des sanctions unilatérales, 450 et s
- Finalisée, 447, 467
- Mathématique, 446, 461 et s

Réduction proportionnelle et unilatérale du prix :

- Conditions, 37 et s
- Critique(s), 41 et s, 122, 487
- Définition, 37
- Généralité(s), 4
- Régime, 430 et s, 442, 457 et s

Résolution judiciaire, 56, 87, 260, 415

Responsabilité, 335 et s

Résolution par voie de notification :

- Critique(s), 59 et s, 122, 487
- Définition, 4, 7,
- Généralité(s), 4 s., 49, 55
- Régime, 422, 451

Résolution unilatérale anticipée :

- Consécration, 281 et s
- Critique(s), 122, 487
- Généralité(s), 4, 50
- Régime, 427, 452

Révision pour imprévision, 3, 138, 152, 197

S

Sanctions (généralités) :

- Champ d'application, 77
- Choix, 73, 101
- Définition, 10
- Judiciaires, 10
- Liste, 74, 278 et s
- Présentation générale, 3, 10 et s., 67 et s, 74 et s, 123
- Proportionnalité, 43
- Vocabulaire, 3

Sanctions unilatérales :

- Définition, 10
- Efficacité, 228, 311
- Nature (V. *prérogative contractuelle ; acte juridique unilatéral*)
- Preuve, 161
- Régime, 351 et s, 357, 359 et s, 363 et s, 370 et s, 397 et s, 407
- Superposition des sanctions unilatérales, 197, 401

Solidarisme contractuel, 139 et s, 152

T

Théorie des attentes, 262

Théorie de l'utile et du juste, 267 et s.

Théorie normativiste, 135, 262 et s.

U

Unilatéralisme, 1 et s.

V

Vente, 75

TABLE DES MATIÈRES

REMERCIEMENTS.....	V
LISTE DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS	VII
SOMMAIRE	IX
INTRODUCTION.....	1
PARTIE 1 : LES CRITIQUES DE L'INTÉGRATION DES SANCTIONS UNILATÉRALES DANS LE DROIT COMMUN DES CONTRATS	27
TITRE 1 : LES CRITIQUES DE L'INTÉGRATION DES SANCTIONS UNILATÉRALES DANS LE DROIT DE L'INEXÉCUTION.....	29
CHAPITRE 1 : LES CRITIQUES DES DISPOSITIONS PROPRES À CHAQUE SANCTION UNILATÉRALE.....	31
Section 1 : Présentation et critiques des sanctions destinées à préserver le lien contractuel.....	32
§1 : Présentation et critiques de l'incitation à l'exécution.....	33
A. Présentation de l'exception d'inexécution.....	33
B. Critiques relatives à l'exception d'inexécution	38
§2 : Présentation et critiques des injonctions à l'exécution	43
A. Présentation et critiques de l'exécution forcée indirecte	43
1) Présentation de l'exécution forcée indirecte	43
2) Critiques relatives à l'exécution forcée indirecte.....	48
B. Présentation et critiques de la réduction du prix.....	51
1) Présentation de la réduction du prix	51
2) Critiques relatives à la réduction du prix	57
Section 2 : Présentation et critiques de la résolution par notification.....	64
§1 : Présentation de la résolution par notification	65
A. Historique de la résolution par notification	65
B. Codification de la résolution par notification	70
§2 : Critiques relatives à la résolution par notification.....	72
A. Critiques relatives aux conditions d'exercice de la résolution par notification.....	73
B. Critiques relatives à l'aménagement conventionnel de la résolution par notification.....	77
CONCLUSION DU CHAPITRE 1.....	80
CHAPITRE 2 : LES CRITIQUES DE LA DISPOSITION COMMUNE À TOUTES LES SANCTIONS UNILATÉRALES	83
Section 1 : Les critiques de la présentation formelle de l'article 1217.....	85
§1 : Les critiques relatives à la liste et au cumul des sanctions unilatérales.....	86
A. Les critiques relatives à l'exhaustivité incertaine de la liste des sanctions unilatérales.....	86
B. Les critiques relatives au cumul des sanctions unilatérales.....	99
§2 : Les critiques de l'aménagement conventionnel des sanctions unilatérales	103
A. Le silence sur l'aménagement des sanctions unilatérales.....	104
1) Les clauses de renonciation, de réserve de bénéfice et de hiérarchie des sanctions unilatérales	105
2) Les clauses d'aménagement s modalités d'exercice des sanctions unilatérales.....	112

B. Le silence sur la spécificité de l'aménagement des sanctions dans les contrats d'adhésion	118
Section 2 : Les critiques de l'absence de hiérarchie du recours aux sanctions unilatérales au sein de l'article 1217 du code civil	125
§1 : Le recours privilégié aux sanctions unilatérales	127
A. L'éventuel déclin du recours aux sanctions judiciaires	127
B. L'éventuel déclin du recours à l'exécution forcée en nature	130
§2 : La modification du rôle du juge lors du recours privilégié aux sanctions unilatérales	138
A. La nouvelle compétence du juge sur les sanctions unilatérales	140
B. Le nouveau contrôle du juge sur les sanctions unilatérales	143
CONCLUSION DU CHAPITRE 2	147
CONCLUSION DU TITRE 1	151
TITRE 2 : LES CRITIQUES DE L'INTÉGRATION DES SANCTIONS UNILATÉRALES DANS LA THÉORIE GÉNÉRALE	155
CHAPITRE 1 : L'ABSENCE DE COHÉRENCE ENTRE L'INTÉGRATION DES SANCTIONS UNILATÉRALES ET LA THÉORIE GÉNÉRALE DU CONTRAT	159
Section 1 : L'incohérence entre l'intégration des sanctions unilatérales et la théorie générale du contrat	160
§1 : L'incohérence entre l'intégration des sanctions unilatérales et la conception du contrat	160
A. La conception traditionnelle du contrat	161
1) La limitation des mesures unilatérales par une conception traditionnelle du contrat	162
2) La tolérance des mesures unilatérales par les autres conceptions possibles du contrat	172
B. La nouvelle conception du contrat depuis la réforme	181
1) La critique de l'article 1101 du Code civil : la nouvelle définition du contrat	181
2) La critique de l'article 1103 du Code civil : le principe de la force obligatoire	187
§2 : L'incohérence entre l'intégration des sanctions unilatérales et leur absence de qualification	192
A. La qualification unitaire des sanctions unilatérales	193
B. L'insuffisance de la qualification unitaire des sanctions unilatérales	197
Section 2 : La possible cohérence entre l'intégration des sanctions unilatérales et la théorie générale	205
§1 : La conception renouvelée du contrat	206
A. Une nouvelle définition du contrat	206
B. Une conception temporalisée du contrat	212
§2 : La qualification ajustée des sanctions unilatérales	218
A. La qualification spéciale des sanctions unilatérales	218
1) La qualification de prérogative contractuelle	218
2) Le rejet de la qualification de l'exception d'inexécution en tant que prérogative contractuelle	223
B. Le régime de la prérogative contractuelle adapté aux sanctions unilatérales : l'exemple de la contestation de leur exercice	227
1) L'incidence de la qualification de prérogative contractuelle sur la nullité de la sanction unilatérale en cas de vice de formation	227
2) Le recours aux sanctions de l'inexécution pour remettre en cause l'acte de sanction unilatérale	229
CONCLUSION DU CHAPITRE 1	234

CHAPITRE 2 : L'ABSENCE DE COHÉRENCE ENTRE L'INTÉGRATION DES SANCTIONS UNILATÉRALES ET L'IMPÉRATIF DE PROTECTION DE LA PARTIE FAIBLE..... 237

Section 1 : La teneur de la protection de la partie faible dans les sanctions unilatérales	239
§1 : L'absence de prise en compte des contrats d'adhésion dans les règles des sanctions unilatérales	239
A. La notion de contrat d'adhésion depuis la réforme du droit des contrats.....	240
B. Les règles spécifiques des contrats d'adhésion limitées au contenu du contrat	246
§2 : La justification de l'absence de prise en compte des contrats d'adhésion dans les règles des sanctions unilatérales	253
A. L'application du principe d'égalité à l'opération contractuelle dans les règles des sanctions unilatérales.....	253
B. L'application du principe d'égalité à la relation contractuelle dans les règles des sanctions unilatérales.....	256
Section 2 : La nécessité de protection de la partie faible dans les sanctions unilatérales.....	259
§1 : La cause de l'absence de protection de la partie faible dans les règles des sanctions unilatérales	259
A. Les objectifs d'efficacité et de sécurité poursuivis par les sanctions unilatérales.....	260
B. Les objectifs poursuivis par chaque sanction unilatérale : le compromis entre efficacité et sécurité.....	264
§2 : La nécessaire protection de la partie faible dans les sanctions unilatérales	269
A. L'intérêt pratique de protéger la partie faible à un contrat d'adhésion dans les sanctions unilatérales.....	270
B. L'intérêt théorique de protéger la partie faible à un contrat d'adhésion dans les sanctions unilatérales.....	274
CONCLUSION DU CHAPITRE 2.....	281
CONCLUSION DU TITRE 2	283
CONCLUSION DE LA PARTIE 1	285
PARTIE 2 : LES AMÉLIORATION DE L'INTÉGRATION DES SANCTIONS UNILATÉRALES DANS LE DROIT COMMUN.....	287
TITRE 1 : L'AMÉLIORATION DE LA PROTECTION LA PARTIE FAIBLE DANS LES SANCTIONS UNILATÉRALES	289
CHAPITRE 1 : LA RÉVISION DU CONTENU DE L'ARTICLE 1217 À L'AUNE DE LA PROTECTION DE LA PARTIE FAIBLE.....	291

Section 1 : L'exigence d'une conception renouvelée du contrat de droit commun	292
§1 : La déconstruction du principe de la force obligatoire à l'aune d'une nouvelle conception du contrat	293
A. La force obligatoire et l'intangibilité du contrat.....	293
B. La reconnaissance de la diversité des fondements de la force obligatoire	299
§2 : La reconstruction du principe de la force obligatoire à l'aune d'une nouvelle conception du contrat	305
A. Le recours aux finalités de l'utile et du juste dans la détermination des fondements de la force obligatoire.....	305
B. Le renouvellement de la force obligatoire à l'aune des sanctions unilatérales.....	311
Section 2 : Les conséquences de l'existence d'une nouvelle conception renouvelée du contrat de droit commun	325

§1 : Le renouvellement de la liste des sanctions unilatérales à l'aune de la protection de la partie faible	326
A. Le principe : la conservation de la liste des sanctions unilatérales pour tous les types de contrat	326
B. L'exception : l'interdiction du recours aux sanctions unilatérales anticipées dans les contrats d'adhésion	329
§2 : Les précisions sur les hypothèses d'aménagement conventionnel des sanctions unilatérales à l'aune de la protection de la partie faible	335
A. La présentation des garde-fous procéduraux communs des sanctions unilatérales	342
B. L'incidence de la protection de la partie faible sur le caractère obligatoire des garde-fous communs procéduraux des sanctions unilatérales	347
1) Le caractère obligatoire de la mise en demeure en fonction du type de contrat	348
2) Le caractère obligatoire du respect d'un délai en fonction du type de contrat	351
3) Le caractère obligatoire de l'obligation de motivation en fonction du type de contrat	354
CONCLUSION DU CHAPITRE 1	361
CHAPITRE 2 : LA HIÉRARCHISATION DU RECOURS AUX SANCTIONS UNILATÉRALES À L'AUNE DE LA PROTECTION DE LA PARTIE FAIBLE	363
Section 1 : Justification et méthode de hiérarchisation du recours aux sanctions unilatérales	364
§1 : Justifications de la hiérarchisation du recours aux sanctions unilatérales	364
A. Le double intérêt de hiérarchiser les sanctions unilatérales	364
B. La limitation de la liberté contractuelle par la reconnaissance d'un ordre public de protection	366
§2 : Critères et propositions de hiérarchisation du recours aux sanctions unilatérales	368
A. Les critères de hiérarchisation du recours aux sanctions unilatérales	368
B. Les propositions de hiérarchisation du recours aux sanctions unilatérales	375
Section 2 : Conséquences de la hiérarchisation du recours aux sanctions unilatérales	380
§1 : La conséquence directe : l'absence de déclin du recours aux sanctions judiciaires	380
§2 : La conséquence indirecte : le renouvellement du contrôle judiciaire des sanctions unilatérales	383
A. Le nouveau contrôle a posteriori des sanctions unilatérales	384
1) Le contrôle du juge et la fin du contrat	385
2) Le contrôle du juge et la poursuite du contrat	393
B. Le nouveau contrôle a priori des sanctions unilatérales	395
1) La compétence du juge des référés pour contrôler a priori les sanctions unilatérales ...	396
2) Le contrôle a priori des sanctions unilatérales par le juge des référés	399
CONCLUSION DU CHAPITRE 2	405
CONCLUSION DU TITRE 1	407
TITRE 2 : L'AMÉLIORATION DU RÉGIME DES SANCTIONS UNILATÉRALES	409
CHAPITRE 1 : LA RÉVISION DU RÉGIME DES SANCTIONS UNILATÉRALES À L'AUNE DE LA QUALIFICATION ET DE LA PROTECTION DE LA PARTIE FAIBLE	411
Section 1 : La précision des conditions d'exercice des sanctions unilatérales	411
§1 : Les précisions relatives au respect des formalités d'information dans l'exercice des sanctions unilatérales	413
A. Les précisions relatives à l'information de l'exercice des sanctions unilatérales	414
1) Les précisions relatives à la notification	414
2) Les précisions relatives à la mise en demeure	417

B.	Les précisions relative à la motivation dans l'exercice des sanctions unilatérales.....	420
§2 :	Les précisions relatives au temps dans l'exercice des sanctions unilatérales.....	426
A.	Les précisions relatives aux délais.....	426
B.	Le cas particulier des délais dans l'exercice de l'exception d'inexécution	429
Section 2 :	La précision de la contestation de l'exercice des sanctions unilatérales	430
§1 :	Les précisions relatives à la notion d'inexécution à l'aune de la prérogative contractuelle.....	431
A.	Retour sur la notion d'inexécution	431
B.	L'assimilation du mauvais exercice d'une sanction unilatérale à une inexécution contractuelle	434
§2 :	Les précisions relatives à la contestation judiciaire de l'exercice des sanctions unilatérales à l'aune de la prérogative contractuelle.....	440
A.	Les précisions relatives au rôle du juge dans la contestation de l'exercice des sanctions unilatérales.....	440
1)	Le rôle du juge dans la contestation de l'exercice des prérogatives contractuelles	440
2)	Les précisions relatives à la compétence du juge des référés en cas de contestation de l'exercice des sanctions unilatérales	442
B.	Les sanctions prononcées lors de la contestation de l'exercice des sanctions unilatérales	444
1)	Les sanctions prononcées par le juge du principal dans la contestation de l'exercice des prérogatives contractuelles.....	444
2)	Les précisions relatives aux sanctions prononcées par le juge du principal en cas de contestation de l'exercice des sanctions unilatérales	448
CONCLUSION DU CHAPITRE 1.....		455
CHAPITRE 2 : LA RÉVISION DES ÉLÉMENTS DU RÉGIME À L'AUNE DE LA SPÉCIFICITÉ DE CHAQUE SANCTION UNILATÉRALE, DE LA QUALIFICATION ET DE LA PROTECTION DE LA PARTIE FAIBLE		457
Section 1 :	La précision des caractères de l'inexécution dans l'exercice des sanctions unilatérales	458
§1 :	Les précisions relatives à la gravité de l'inexécution	459
A.	Les précisions du caractère de la gravité de l'inexécution dans l'exercice de la résolution unilatérale	459
1)	Les précisions sur la gravité de l'inexécution : l'inexécution objective	460
2)	Les précisions sur la gravité du comportement des parties : l'inexécution subjective ..	462
B.	Les précisions du caractère de la gravité de l'inexécution dans l'exercice de l'exception d'inexécution	466
1)	Les précisions sur l'inexécution suffisamment grave : une inexécution objective au domaine restreint.....	466
2)	Les précisions relatives aux conséquences d'une inexécution suffisamment grave : une inexécution anticipée spéciale.....	469
§2 :	Les précisions relatives à l'imperfection et à l'absence d'exécution	472
A.	Précisions relatives à l'exécution imparfaite dans l'exercice de la réduction du prix.....	472
1)	L'exécution imparfaite de l'obligation essentielle du contrat sous le prisme de la distinction entre obligations de moyens et de résultat	474
2)	L'exécution imparfaite d'une obligation accessoire du contrat sous le prisme de la qualification juridique.....	478
B.	Les précisions relatives à l'inexécution dans l'exercice de l'exécution forcée indirecte ...	479
1)	L'ouverture du droit à l'exécution forcée : la simple inexécution d'une obligation essentielle	479

2) Le caractère commun de l'inexécution dans l'exercice de la réduction du prix et de l'exécution forcée indirecte.....	481
Section 2 : La précision de la proportionnalité dans le régime des sanctions unilatérales	483
§1 : L'éclaircissement des modalités de l'exercice proportionné des sanctions unilatérales	487
A. Les éclairages relatifs à l'exigence de proportionnalité dans l'exercice des sanctions unilatérales.....	487
1) Les éclairages relatifs à l'exigence de proportionnalité dans l'exercice de la résolution et de l'exception d'inexécution.....	488
2) Les éclairages relatifs à l'exigence de proportionnalité dans l'exercice de l'exécution forcée indirecte.....	491
B. Les éclairages relatifs au cas particulier de l'exigence de proportionnalité dans l'exercice de la réduction du prix.....	495
1) L'exigence de proportionnalité dans l'exercice de la réduction du prix	495
2) L'exigence de proportionnalité dans la mise en œuvre effective de la réduction du prix	496
§2 : L'éclaircissement du contrôle de proportionnalité des sanctions unilatérales	500
A. Les éclairages relatifs au contrôle de proportionnalité des sanctions unilatérales en fonction du type de contrat	501
B. Les éclairages relatifs à l'exercice du contrôle de proportionnalité des sanctions unilatérales suivant la qualification de prérogative contractuelle.....	504
1) La théorie de l'abus de droit applicable à l'exercice disproportionné des sanctions unilatérales	505
2) Les différents types d'abus envisageables dans l'exercice disproportionné des sanctions unilatérales	512
CONCLUSION DU CHAPITRE 2.....	519
CONCLUSION DU TITRE 2	521
CONCLUSION DE LA PARTIE 2	522
CONCLUSION GÉNÉRALE	523
PROPOSITIONS DE MODIFICATIONS DES DISPOSITIONS RELATIVES AUX SANCTIONS UNILATÉRALES	531
I. Proposition de modifications de la définition du contrat.....	531
II. Proposition de modification des dispositions liminaires du droit des contrats.....	532
III. Proposition de modifications de la disposition d'annonce des sanctions unilatérales.....	533
IV. Propositions de modifications des dispositions relatives à chaque sanction unilatérale	534
BIBLIOGRAPHIE	542
INDEX ALPHABÉTIQUE	586

Les sanctions unilatérales de l'inexécution du contrat

L'exception d'inexécution, la faculté de remplacement unilatérale du débiteur défaillant dans le cadre de l'exécution forcée indirecte, la réduction unilatérale et proportionnelle du prix et la résolution par voie de notification constituent, depuis l'ordonnance du 10 février 2016, les sanctions unilatérales légales de l'inexécution du contrat. Elles autorisent le créancier, en dehors de toute intervention judiciaire, à intervenir lui-même sur le sort du contrat dans le cas où son débiteur n'a pas respecté ses engagements. Si à première vue certains de ces mécanismes unilatéraux sont connus et reconnus, notamment dans le cadre des droits spéciaux, ce n'est pas le cas de tous. Leur consécration en droit commun des contrats est une véritable innovation. Dans une logique d'efficacité économique cette intégration est la bienvenue. Toutefois, encore faut-il que cette dernière soit satisfaisante, d'autant plus que l'admission des sanctions unilatérales bouleverse la conception traditionnelle du contrat basée sur l'accord de volontés. Corrélativement, le principe de sa force obligatoire est généralement réfractaire à accorder à la volonté unique le pouvoir de produire des effets de droit. Cette étude propose alors d'apprécier l'intégration de ces nouvelles mesures dans le droit commun des contrats, avec pour intuition de départ que cette dernière n'est pas satisfaisante et qu'elle pourrait remettre en cause l'efficacité et la pérennité de celles-ci. Parce que les sanctions unilatérales s'intègrent désormais dans un nouveau droit de l'inexécution centralisé au sein des articles 1217 et suivants du Code civil, une étude approfondie de toutes les dispositions en lien avec celles-ci doit être menée. Un tel travail est nécessaire et justifié pour déceler les éventuelles difficultés relatives au régime de chaque sanction. De surcroît, la critique de l'intégration des sanctions unilatérales conduit à mettre en exergue une contradiction entre ces dernières et la conception du contrat retenue par la réforme, un silence relatif à leur nature juridique et une absence de prise en compte de la partie faible à un contrat d'adhésion dans le régime de celles-ci. À l'issue, si un réaménagement complet des sanctions unilatérales n'apparaît pas opportun, des corrections techniques et théoriques se révéleront utiles pour améliorer l'intégration des sanctions unilatérales dans le droit commun des contrats. L'impératif de protection de la partie faible et la prise en compte de la qualification des sanctions unilatérales en prérogatives contractuelles peuvent être des éléments déterminants pour, à la fois, rendre pérenne l'intégration des nouvelles sanctions unilatérales et améliorer des éléments de leur régime.

Mots-clés : Contrat, Contrat d'adhésion, Contrat de gré à gré, Exception d'inexécution, Exception d'inexécution préventive, Exécution forcée en nature, Exécution forcée indirecte, Faculté unilatérale de remplacement du débiteur défaillant, Inexécution du contrat, Protection de la partie faible, Réduction unilatérale et proportionnelle du prix, Réforme, Résolution unilatérale, Résolution unilatérale anticipée, Sanctions de l'inexécution, Sanctions unilatérales, Unilatéralisme

Unilateral penalties of the contractual non-performance

Since the *Ordonnance* of 10 February 2016, the statutory unilateral penalties of the contractual non-performance are as follows: the exception of non-performance, the unilateral right to replace the defaulting debtor in the case of an indirect enforced performance, the unilateral and proportional price reduction, as well as the resolution by way of a notification. In the event that the debtor has not respected their undertakings, these penalties allow the creditor to act himself on the fate of the contract, outside of any judicial intervention. While some of these unilateral mechanisms are well known, especially in the context of special law, this is not the case for all of these mechanisms. Their incorporation into ordinary contract law is, therefore, a genuine innovation. While this incorporation is welcomed from the point of view of economic efficiency, it still needs to be satisfactory. This is even more so considering that the admission of unilateral penalties overturns the traditional conception of contracts which are based on mutual agreement. Correlatively, because of the principle of binding force of a contract, there is generally reluctance to let a single will produce legal effects. This study therefore proposes to assess the incorporation of these new measures into ordinary contract law, starting from the intuition that this incorporation is not satisfactory and that it could in turn jeopardize the effectiveness and durability of these new measures. Because unilateral penalties are now part of a new law of non-performance, which is provided in articles 1217 et seq. of the Civil Code, an in-depth study of all provisions relating to these unilateral penalties must be carried out. Such a task is necessary and justified in order to identify any difficulties relating to the rules governing each penalty. In addition, this review of the incorporation of unilateral penalties points to a contradiction between these unilateral penalties and the conception of contract as adopted by the Reform, to the silence as to the legal nature of these unilateral penalties, and to an absence of consideration of the weaker party to a standard form contract by the rules governing these unilateral penalties. Ultimately, while a complete revision of the unilateral penalties does not seem appropriate,

technical and theoretical corrections will prove useful to improve the incorporation of unilateral penalties into ordinary contract law. In order for these new unilateral penalties to be sustainable and in order to improve some aspects of the rules governing them, decisive factors might be the need to protect the weaker party and to qualify unilateral penalties as contractual prerogatives.

Keywords: Contract, Standard form contract, Bespoke contract, Exception of non-performance, Enforced Performance in Kind, Indirect enforced performance, Unilateral right to replace the defaulting debtor, Contractual Non-performance, Protection of the Weaker Party, Unilateral and proportional price reduction, Reform, Unilateral resolution, Anticipated unilateral resolution, Penalties for non-performance, Unilateral penalties, Unilateralism