

Lucie PAULIN

Master 2 Recherche
Droit Privé Fondamental

Droit privé

L'unilatéralisme dans le contrat

Directeur du mémoire :
Jérôme JULIEN



Collection des mémoires de l'IFR



Prix IFR 2018 des meilleurs mémoires de Master 2 Recherche



Lucie PAULIN

Master 2 Droit privé fondamental

Année universitaire 2017/2018

SUJET DU MÉMOIRE

L'unilatéralisme dans le contrat

DIRECTEUR DU MÉMOIRE :

Monsieur Jérôme JULIEN
Professeur des Universités

UNIVERSITE TOULOUSE 1 CAPITOLE

2 rue du Doyen-Gabriel-Marty - 31042 Toulouse cedex 9 - France - Tél. : 05 61 63 35 00 - Fax : 05 61 63 37 98 - www.ut-capitole.fr

REMERCIEMENTS

Je tiens à remercier vivement Monsieur le Professeur Jérôme Julien, pour sa bienveillance, sa disponibilité et ses précieux conseils qui, à la fois, m'ont permis de réaliser ce mémoire dans les meilleures conditions et m'ont conforté dans la volonté de poursuivre en doctorat.

Mes plus sincères remerciements vont également à Madame Hélène Perrault et à l'ensemble des enseignants du Master 2 droit privé fondamental qui participent directement à notre progression et nous soutiennent dans nos projets professionnels de par leur dévouement et la qualité de leurs enseignements.

PRÉFACE

La rédaction d'un mémoire de recherche constitue, dans le parcours d'un jeune chercheur, une étape à la fois délicate et importante. Délicate en ce que l'exercice est souvent quelque peu contraint, devant être réalisé dans un temps court et alors qu'il s'agit souvent d'un tout premier travail d'écriture. L'étudiant doit, alors qu'il suit toujours une scolarité, apprendre à apprendre, et intégrer rapidement les canons d'un exercice inhabituel pour lui. Plus encore, il doit rapidement s'initier à la recherche juridique et réaliser, presque immédiatement, un ouvrage complet et achevé. Cette étape est également importante puisque c'est au travers de ce travail que le chercheur novice fait ses premières armes, et découvre – ou non – ses aptitudes à mener une réflexion structurée et construite. La difficulté s'en trouve sans doute accrue lorsque le mémoire porte sur sujet tel que celui auquel s'est attaquée Madame PAULIN : *l'unilatéralisme dans le contrat*. À l'heure où la réforme du droit des contrats était juste portée sur les fonts baptismaux, il fallait sans doute beaucoup de courage pour s'atteler à pareille tâche. Il fallait bien entendu intégrer la réforme dans son ensemble et, au-delà, percevoir et étudier les lignes de force qui la traverse, et qui ne sont exemptes de paradoxes. La place, et le rôle, à la fois du juge et des parties ne sont assurément pas aisés à saisir. Si le juge s'en trouve renforcé, il s'en trouve également, à certains égards, affaibli par la part importante donnée aux parties, et à chaque partie. Ce fragile équilibre est parfaitement restitué dans le mémoire de Madame PAULIN, dont la construction témoigne de la démarche suivie : révéler l'unilatéralisme, puis le tempérer. La tâche n'était assurément pas aisée, car la conception traditionnelle du contrat renferme en elle-même un de ces paradoxes dont elle a le secret : le contrat se forme par la concorde de deux volontés unilatérales qui, s'unissant, forment un tout. La singularité cède alors le pas à la dualité, la volonté de chacune des parties semblant s'effacer devant leur volonté commune. Pourtant, la volonté unilatérale ne s'éteint pas pour autant, et l'auteur la révèle ici avec talent.

Il s'agit bien entendu d'une première œuvre, perfectible ne serait-ce que parce que la pensée d'un auteur a besoin de temps pour se développer et mûrir. Pourtant, elle révèle d'incontestables qualités de chercheur, qui ne demandent qu'à s'épanouir à l'occasion d'un travail de plus grande ampleur. Gageons que le chemin emprunté sera fructueux, et nul doute qu'il confirme les grandes qualités déjà présentes dans ce travail.

Jérôme JULIEN

Professeur à l'Université Toulouse – Capitole

LISTE DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

AJCA : Actualité juridique contrats d'affaires, concurrence, distribution

AJ Contrat : Actualité juridique contrat

AJDI : Actualité juridique de droit immobilier

Al. : Alinéa

Art. : Article

Ass. plé. : Assemblée plénière

Bull. civ. : Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, chambres civiles

CA : Cour d'appel

C. civ. : Code civil

C. com. : Code de commerce

C. conso. : Code de la consommation

Ch. mixte : Cour de cassation, chambre mixte

Ch. réunies : Cour de cassation, chambres réunies

Chron. : Chronique

Civ. 1^{ère} : Cour de cassation, première chambre civile

Civ. 2^{ème} : Cour de cassation, deuxième chambre civile

Civ. 3^{ème} : Cour de cassation troisième chambre civile

Coll. : Collection

Com. : Cour de cassation, chambre commerciale

Dir. : direction

Ex. : Exemple

Gaz. Pal : Gazette du Palais

In : Dans

Infra : Ci-dessous

JCP G : La semaine juridique édition générale

LPA : Les petites affiches

N° : Numéro

Obs. : Observations

Op. cit. : Ouvrage cité

Préc. : précité

Puf : Presses Universitaires de France

RDC : Revue des contrats

RTD civ. : Revue trimestrielle de droit civil

RTD com. : Revue trimestrielle de droit commercial

Supra : Ci-dessus

V. : Voir

Cons. Constit. : Conseil constitutionnel

Contra : en sens contraire

Cour cass. : Cour de cassation

D. : Recueil Dalloz

SOMMAIRE

PARTIE 1 – RÉVÉLER L'UNILATÉRALISME

CHAPITRE 1 – LE CONSTAT DE L'UNILATÉRALISME AU STADE DE LA FORMATION DU CONTRAT

Section 1 – L'unilatéralité lors de la construction du contrat

Section 2 – L'unilatéralité lors de la conclusion du contrat

CHAPITRE 2 – LE CONSTAT DE L'UNILATÉRALISME AU STADE DE L'EXÉCUTION DU CONTRAT

Section 1 – L'unilatéralité, instrument de sauvegarde du contrat

Section 2 – L'unilatéralité, instrument d'anéantissement du contrat

PARTIE 2 – TEMPÉRER L'UNILATÉRALISME

CHAPITRE 1 – LA CONTRIBUTION DE L'UNILATÉRALISME AU RENOUVELLEMENT DE LA CONCEPTION DU CONTRAT

Section 1 – L'influence de l'unilatéralisme sur l'analyse contractuelle

Section 2 – L'influence de l'unilatéralisme sur l'équilibre contractuel

CHAPITRE 2 – LA CONTRIBUTION DE L'UNILATÉRALISME AU RENOUVELLEMENT DE L'OFFICE DU JUGE

Section 1 – Le contrôle judiciaire de l'unilatéralité : le juge censeur de l'unilatéralisme

Section 2 – Le pouvoir créateur du juge en matière d'unilatéralité : le juge auteur de l'unilatéralisme

INTRODUCTION

1. Contrat et Unilatéralisme : un paradoxe apparent - Le contrat n'a pas, en principe, vocation à subir le pouvoir d'un seul. Désormais défini à l'article 1101 du Code civil comme l'accord de volonté entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations, le contrat est un acte juridique bilatéral. Il suppose la coopération d'au moins deux volontés au stade de son élaboration, comme lors de son exécution¹. Cette collaboration n'a de sens qu'en vertu de la fin pratique recherchée. Chaque contractant cherche à atteindre un objectif précisément égoïste et individuel, par l'intermédiaire du mécanisme contractuel. Après s'être entendues sur le contenu du contrat, sur les modalités de son exécution, les parties s'engagent à réaliser ce qui a été convenu afin d'obtenir une satisfaction personnelle. Le contrat se doit d'être un outil de prévision² en vue de maintenir la sécurité juridique et de garantir l'obtention du résultat. Doté de la force obligatoire, le contrat, tel qu'il a été décidé par les parties, est impératif et immuable. Dès lors, celui qui ne respectera pas la parole donnée pourra y être contraint et celui qui tentera de modifier ou d'anéantir le contrat seul sera voué à l'échec.

Le droit des contrats est depuis longtemps familier à l'idée que l'une des parties puisse réagir aux manquements de l'autre. Toutefois les possibilités d'agir seul sont réduites. Ce n'est qu'en utilisant un moyen de pression temporaire³ ou en réclamant son dû devant la justice que la partie lésée peut véritablement intervenir. L'intérêt du rapport d'obligation est double, d'une part la possibilité de prévoir à deux les conséquences d'une inexécution ou d'une mauvaise exécution, d'autre part la possibilité d'avoir recours à un tiers, le juge, afin de réparer le préjudice subi, exiger l'exécution de l'obligation ou sanctionner l'inexécution. En vertu de l'adage *nul ne peut se faire justice à soi-même*, en l'absence d'accord entre les parties ou d'intervention judiciaire, il n'existe pas de pouvoir unilatéral⁴ accordé à l'une des parties au détriment de l'autre.

2. Contrat et Unilatéralisme : une réalité juridique - Néanmoins, cette absence d'intervention unilatérale ne reflète pas la réalité de la pratique contractuelle. La réforme du droit des contrats et la jurisprudence bien avant elle, semblent remettre en cause cette conception traditionnelle de l'équilibre contractuel. Le postulat d'égalité des contractants, posé par le Code civil en 1804 et

¹ Les contrats unilatéraux ne produisent d'effet qu'à l'égard d'une partie. Toutefois leur formation reste bilatérale et leur exécution soumise au principe de la bonne foi.

² H. LÉCUYER, « *le contrat acte de prévision* », in *L'avenir du droit*, Mélanges en hommage à F. TERRÉ, Dalloz, juriscasseur 1999, p. 643.

³ Comme l'exception d'inexécution, mécanisme classique prévu à l'article 1219 du Code civil.

⁴ V. *Unilatéral*, adj. : Formé du préfixe d'origine latine uni et du mot lateralis : un seul côté. « *Qui ne concerne qu'un seul côté, qui est pris par une seule des parties en présence, qui ne porte que sur un côté des choses* », In *Dictionnaire Encyclopédie Langue Française et Culture Générale*, Larousse, 2012, p.1727.

menant à la consécration du fruit de leur accord est erroné. Notre droit positif consacre, pour ne citer que quelques exemples, la pratique des contrats d'adhésion⁵ où une seule partie est à l'origine de la pré-rédaction des clauses ; la détermination unilatérale du prix dans les contrats-cadres⁶ qui offre à l'un des contractants la faculté de déterminer l'un des éléments essentiels de la validité du contrat ; la théorie de l'imprévision qui permet la modification de l'acte en cas de changement des circonstances économiques ; la réduction proportionnelle du prix, l'exception d'inexécution par anticipation et même la résolution unilatérale par notification.

En se fondant sur cette multitude de prérogatives, certains auteurs considèrent que la réforme du droit des contrats, du régime général des obligations et de la preuve survenue par voie d'ordonnance, le 10 février 2016 et ratifiée par la loi du 20 avril 2018, témoigne d'une montée en puissance de *l'unilatéralisme dans le contrat*⁷.

3. Unilatéralisme et Unilatéralité : une confusion regrettable - Le terme *d'unilatéralisme* n'est pas défini par les dictionnaires de la langue française, ni par le vocabulaire juridique. Il n'a fait son apparition dans les index des traités et des manuels de droit des obligations qu'à partir des années 2000. La plupart des auteurs utilisent *l'unilatéralisme* pour présenter les manifestations unilatérales dans le contrat. D'autres lui préfèrent le terme *d'unilatéralité*, également issu de l'imagination de ses rédacteurs⁸. De structure moins originale, *l'unilatéralité* est un substantif employé pour désigner « *le caractère de ce qui est unilatéral* ». Le suffixe « *-ité* » désigne une qualité. Afin de recenser les prérogatives unilatérales dans le contrat, ne peut-on pas à juste titre parler de l'unilatéralité dans le contrat : « *de ce qui est unilatéral dans le contrat* » ?

L'unilatéralisme est communément défini comme l'aptitude d'une personne à créer des effets de droit par l'expression de sa seule volonté⁹. Pour autant, la création ne semble pas être l'unique potentiel de la volonté d'un cocontractant au sein du contrat. Celle-ci tend à modifier¹⁰, transférer et même détruire¹¹ le lien d'obligation. À l'instar du droit des contrats antérieurs à la réforme qui distinguait la convention accord de volonté destiné à produire un quelconque effet de droit, du contrat

⁵ L'article 1110 du Code civil dispose que le contrat d'adhésion est celui dont les conditions générales, soustraites à la négociation, sont déterminées à l'avance par l'une des parties.

⁶ L'article 1164 du Code civil dispose que « *dans les contrats cadre, il peut être convenu que le prix sera fixé unilatéralement par l'une des parties* [...] ».

⁷ V. en ce sens : B. MALLET-BRICOUT, « *2016, ou l'année de la réforme du droit des contrats* », *RTD civ.* 2016 p.463 : « *l'observation d'une montée en puissance de l'unilatéralisme [...] signes d'un assouplissement de la gestion contractuelle* [...] ».

⁸ V. T. REVET, *La structure du contrat, entre unilatéralité et bilatéralité*, RDC 2013, n°1, p.327 et V. M. FRISON ROCHE, *Unilatéralité et consentement in L'unilatéralisme et le droit des obligations*, actes du colloque annuel de 1998 du centre de recherche européen de droit des obligations de l'Université Paris XII et du Centre de droit des contrats de l'Université de Lille 2, sous la direction de C. JAMIN et D. MAZEAUD, *Economica*, 1999.

⁹ L. AYNÈS, *rapport introductif in L'unilatéralisme et le droit des obligations op. cit.*, p. 3.

¹⁰ R. DEMOGUE, *Des modifications aux contrats par volonté unilatérale*, Dalloz, coll. Tiré à part, 2013.

¹¹ PH. DELEBECQUE, *L'anéantissement unilatéral du contrat in l'unilatéralisme et le droit des obligations op. cit.*, p. 61.

destiné à créer un lien d'obligation ; l'unilatéralisme ne serait-il pas cantonné à la création unilatérale là où l'unilatéralité témoignerait du caractère unilatéral d'un pouvoir quelconque.

Il sera préférable d'utiliser ici l'expression « *d'unilatéralité dans le contrat* » pour désigner les divers droits unilatéraux accordés aux cocontractants indépendamment de leur fonction. Quant au terme « *unilatéralisme* », il conviendra de le replacer dans un contexte plus approprié.

4. Unilatéralisme : une analyse nécessaire - Se pose naturellement la question de l'intérêt du suffixe employé et de son sens. Davantage qu'une aptitude, l'unilatéralisme serait un courant de pensée comme le suggère la dérivation suffixale utilisée : le « *-isme* » qui désigne une doctrine, une idéologie. La langue française regorge d'exemples et ce dans divers domaines. Pour n'en citer que quelques uns, l'impressionnisme est un courant artistique, l'idéalisme, le positivisme et le stoïcisme sont propres à la philosophie. Le vocabulaire juridique est également friand de l'utilisation de ce suffixe dans la formation d'un nouveau nom : le consensualisme, le dirigisme, le solidarisme sont peut-être les plus connus. En droit, cette terminologie identifie les principes, les grandes tendances du droit et les théories avancées par les auteurs en doctrine.

Attentive au moindre mouvement en droit des contrats, la doctrine a longtemps cherché à expliquer et analyser le droit positif en la matière en mettant en avant des théories juridiques.

L'autonomie de la volonté - La première et sans doute la plus connue est celle de l'autonomie de la volonté, mise en avant afin de justifier le caractère contraignant de l'obligation, la dépendance juridique dans laquelle se trouve le débiteur¹². En 1804, les idéaux de la période révolutionnaire ont un impact sur la codification en cours : la primauté des individus, la liberté et l'égalité qui leurs sont propres, servent de fondement à la construction d'un droit essentiellement subjectif. Le droit des contrats gravite autour de l'individu et fait de la volonté du citoyen la principale source de ses obligations. En vertu de l'autonomie de la volonté, la soumission du débiteur est tolérable et tolérée car celui-ci y a volontairement consenti. De cette philosophie découlent des conséquences juridiques fondamentales sur lesquelles repose, encore aujourd'hui, le droit français des contrats : notamment le principe de la liberté contractuelle¹³, du consensualisme, de la force obligatoire et de l'effet relatif des contrats.

Toutefois dès le milieu du XIX^e siècle, des auteurs contestent cette théorie, cette utopie. Le XIX^e siècle fût marqué par les excès du libéralisme contractuel. En affirmant l'égalité entre les contractants, le Code civil a permis à certains de profiter de leur supériorité économique, hiérarchique ou juridique et d'imposer leurs conditions aux plus faibles. Pour combattre la théorie de l'autonomie de la volonté, Léon Duguit affirme notamment que la société a un rôle à jouer dans la création d'obligations, que la volonté seule est impuissante. Il prend comme exemple le développement de l'ordre public, principale

¹² H. MAZEAUD, L. MAZEAUD, J. MAZEAUD ET F. CHABAS, *Leçons de droit civil, Tome II premier volume : Obligations théorie générale*, Montchrestien, 8^e édition, 1991, p. 23, n°28.

¹³ Désormais consacrée à l'Art. 1102 du Code civil.

limite à la liberté contractuelle¹⁴. Effectivement, pour parer aux inégalités constatées dans les contrats de l'époque, l'Etat fut contraint d'intervenir.

Le dirigisme contractuel - C'est à partir de cet interventionnisme étatique que Louis Josserand évoquera le contrat dirigé¹⁵. Le dirigisme contractuel témoignant de l'emprise des pouvoirs publics sur le contrat qui se manifeste tant dans sa formation que dans ses effets. Certains contrats seront imposés par le législateur, comme le contrat d'assurance automobile obligatoire. Certains contrats ou clauses seront interdits. Le contrat s'avère ainsi forcé ou prohibé. Ce constat marque un tournant dans le droit des contrats, une conception à l'encontre de celle qui fut avancée en 1804.

En parallèle de la critique de cet interventionnisme étatique, un petit groupe d'auteurs révèle une tendance contractuelle au caractère moins pessimiste. Le fondement de ce nouveau phénomène se trouve dans la relation entre les parties elles-mêmes et non plus dans la relation entre le contrat et l'État. C'est au sein de cette « *petite société* » que naît progressivement l'idée d'une solidarité.

*Le solidarisme contractuel*¹⁶ – Le Solidarisme est une doctrine de philosophie politique et sociale du XIX^e siècle, née sous l'influence de Léon Bourgeois et Célestin Bouglé. De nombreux professeurs de droit de l'époque se sont penchés sur cette doctrine, particulièrement politique et expressive d'un courant radical. Deux auteurs en particulier, Léon Duguit¹⁷ et Raymond Saleilles, s'intéressent à l'idée d'un solidarisme transposé dans le domaine juridique. Il faudra toutefois attendre les années 1930 avec René Demogue pour parler véritablement du solidarisme contractuel¹⁸, en avançant l'idée d'une « *solidarité naturelle en société* », d'un but social incombant à l'acte juridique. Les auteurs partisans du solidarisme contractuel cherchent à rompre avec la conception libérale de 1804 selon laquelle le contrat n'est que la convergence d'intérêts divergents : c'est l'idée d'une véritable « *socialisation du rapport contractuel* »¹⁹ qui est avancée par cette petite partie de la doctrine française. Le solidarisme contractuel, doctrine qui érige en principe du droit des contrats les exigences de loyauté, de solidarité ou de bonne foi et qui impose aux contractants l'obligation de collaborer, connaît un nouveau succès auprès d'auteurs contemporains²⁰.

¹⁴ V. Art. 6 et Art. 1102 al. 2 du Code civil.

¹⁵ L. JOSSERAND, *Le contrat dirigé*, Dalloz, Recueil Hebdomadaire 1933, n°32 – chron. p. 89 et *Les dernières étapes du dirigisme contractuel : le contrat forcé et le contrat légal*, Dalloz, Recueil Hebdomadaire 1940, n°2, chron. p. 5.

¹⁶ V. *Le solidarisme contractuel*, actes du colloque organisé en 2002 par la Faculté de droit de La Rochelle, sous la direction de L. GRYNBAUM ET M. NICOD, Economica, 2004.

¹⁷ L. DUGUIT, *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, Paris, 1912.

¹⁸ R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général, Tome 1*, Paris, 1923 p. 19

¹⁹ L. GRYNBAUM ET M. NICOD, *Avants propos in Le Solidarisme contractuel op. cit.*, p. VI.

²⁰ V. D. MAZEAUD, *Loyauté, Solidarité, Fraternité la nouvelle devise contractuelle in L'avenir du droit*, Mélanges en hommage à F. TERRÉ, 1999, p. 603, et V. C. JAMIN, *plaidoyer pour le solidarisme contractuel in Le contrat au XXI^{ème} siècle*, Etudes offertes à J. GHESTIN, LGDJ, 2001, p. 441.

Le consumérisme – Le droit des contrats n’a cessé d’évoluer en même temps que son objet et bien souvent en dehors de la lettre du Code civil. C’est une loi du 1^{er} août 1905 relative à la répression des fraudes dans la vente de marchandises qui pose les jalons d’un nouveau droit spécial : le droit de la consommation. Un constat a frappé les pouvoirs publics, le contrat, au sein de certains secteurs d’activité, est devenu le lieu d’inégalités de faits en raison de la suprématie d’une partie sur l’autre et plus précisément du professionnel par rapport au consommateur. Le premier ayant une compétence spécifique, une connaissance de son métier, place le second dans une situation où il n’a aucune maîtrise matérielle ou intellectuelle sur la convention²¹. Bien loin de la conception égalitaire promulguée par le Code civil, les outils proposés pour répondre à ces difficultés paraissaient inadaptés. Plusieurs lois furent promulguées jusqu’à une codification en 1993, parmi elles, la loi du 10 janvier 1978 relative à la lutte contre les clauses abusives. Toujours au cœur de l’actualité, le code de la consommation a fait l’objet d’une recodification en 2016. L’objectif du droit de la consommation est principalement protecteur, l’intérêt étant de protéger un contractant considéré comme faible, ce que le droit civil n’avait pu réaliser. Depuis la réforme du droit des contrats, les clauses abusives au sein des contrats d’adhésion sont réputées non écrites conformément à l’article 1171 du Code civil. Le contrat du Code civil prend désormais en compte la possibilité d’un déséquilibre factuel et juridique entre les parties et ce en partie grâce au développement du droit de la consommation. Certains auteurs mentionnent alors le tournant protecteur et consumériste envisagé par le droit civil.

5. L’unilatéralisme : un courant doctrinal - Il est d’ores et déjà possible de constater des similitudes entre ces courants et la façon dont les auteurs abordent aujourd’hui l’unilatéralisme.

En premier lieu, le choix du mot est représentatif de la signification que l’on cherche à lui donner. Néologisme au même titre que le dirigisme et le consumérisme, l’unilatéralisme a été, à l’instar du solidarisme, emprunté à une autre discipline. Il existe en droit international privé une véritable doctrine de l’unilatéralisme²², notamment soutenue par Niboyet et Gothot, qui prétend que le rôle de la règle de conflit de lois devrait être réduit à la détermination des sujets soumis au for. Traditionnellement, la règle de conflit de lois est plutôt bilatérale comme l’ont souligné Savigny et Martin, c’est-à-dire qu’elle désigne de manière neutre et abstraite une des lois impliquées. L’intérêt d’une telle doctrine en la matière est de préserver la souveraineté de l’État.

Le terme d’unilatéralisme aurait donc été emprunté au droit international privé et transposé en droit des contrats afin de témoigner de la multitude de prérogatives unilatérales au sein du contrat.

Le deuxième point commun est l’utilisation d’un tel terme pour identifier et analyser une nouvelle tendance en droit des contrats, celle du développement des prérogatives unilatérales.

²¹ V. pour une définition des notions de professionnel et de consommateur, J. JULIEN, *Droit de la consommation*, LGDJ, Précis Domat de droit privé, 2^e édition, 2017, p. 42 et s., n°19 et s.

²² V. pour un exposé complet de la doctrine de l’unilatéralisme en droit international privé, Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL ET P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *Droit international privé*, Dalloz, Précis de droit international privé, 10^e édition, 2013, p.127, n°146 et s.

L'unilatéralité serait désormais omniprésente de la formation du contrat à sa fin, en passant par ses effets. L'évolution du contrat fût lente, marquée par les idées morales, les conditions sociales et économiques de chaque époque. La multiplication de ces prérogatives donnant le pouvoir à une seule des parties témoigne-t-elle d'une évolution de notre société ? Serait-ce le gage d'une confiance réattribuée aux contractants à la suite d'un mouvement particulièrement protecteur des parties faibles ? Un retour au libéralisme compensé par une protection du droit spécial et la consécration de devoir de loyauté et de bonne foi²³ au sein du droit commun ?

Enfin, le rôle de la doctrine est de prendre du recul sur ses propres constats, d'exprimer une opinion, un avis sur la question. Les partisans du solidarisme contractuel cherchent à faire transparaître l'idée d'une collaboration positive et effective à la base du contrat. En revanche, Louis Josserand utilise le dirigisme contractuel pour dénoncer l'affaiblissement conventionnel du contrat. Il semblerait que la crainte des auteurs soit sous-jacente à l'unilatéralisme. Il y a dans l'affirmation d'une montée en puissance de l'unilatéralité dans le contrat, la peur d'un nouvel affaiblissement contractuel. Les auteurs expriment leurs inquiétudes : celle de constater un juge évincé du contrat²⁴ devant ces dispositions du nouveau Code civil dont l'objet est de se passer de celui-ci²⁵, celle de laisser place à l'arbitraire d'une partie au détriment de l'autre, à de nouveaux excès. Cette fois-ci, ce ne sont pas des excès du libéralisme ou du dirigisme dont la doctrine se méfie, mais de ceux de l'unilatéralisme...

L'unilatéralisme apparaît à l'issue d'un examen comparatif entre les différentes tendances, comme étant une doctrine juridique qui constate et appréhende l'évolution à tendance unilatérale prise par le contrat.

6. Brève présentation du raisonnement - Ce mémoire suivra le raisonnement suivant : dans un premier temps nous procéderons à l'examen approfondi du droit positif et plus précisément des manifestations unilatérales au sein du contrat, sous l'influence de la réforme du droit des contrats. Cet examen nous permettra de révéler les positions doctrinales des auteurs et de mettre à jour un courant doctrinal, prônant l'importance de cette unilatéralité dans le contrat et se méfiant de ses répercussions. Nous distinguerons ainsi l'unilatéralité qui n'est que la notion englobant les prérogatives au caractère unilatéral, de l'unilatéralisme courant doctrinal qui en étudie l'avancée spectaculaire. Il conviendra par la suite de vérifier le bien-fondé de l'importance accordée à l'unilatéralité dans le contrat et ainsi, de relativiser les craintes que suscite l'unilatéralisme. À ce titre, il sera également nécessaire de souligner le rôle du législateur ainsi que celui du juge, lorsqu'il s'agit de fixer le régime ou de contrôler l'exercice des prérogatives unilatérales.

²³ Désormais consacré à l'article 1104 du Code civil.

²⁴ F. ANCEL, *Quel juge pour le contrat au XXI^e siècle*, D. 2017.721.

²⁵ Notamment par le biais des actions interrogatoires.

7. Annonce et justification du plan – Nous cherchons à reproduire ici le schéma intellectuel des auteurs qui, à partir du droit positif, ont contribué à l'émergence d'une théorie censée justifier ou analyser celui-ci.

I – Révéler l'unilatéralisme : Dans une première partie, il conviendra de mettre au jour le courant doctrinal avancé. Cette partie traitera ainsi de la tendance unilatéraliste prise par le droit des contrats. Relative à l'examen du droit positif, elle se doit d'être davantage qu'une énumération purement technique des prérogatives individuelles accordées au contractant. Il s'agira, en s'appuyant sur les travaux doctrinaux et en s'interrogeant sur l'originalité des prérogatives unilatérales dans le contrat, d'établir le bien-fondé de cette doctrine, qu'est l'unilatéralisme. Cette partie pourra également être l'occasion de faire un constat des nouveautés apportées par la réforme en matière d'unilatéralité.

II – Tempérer l'unilatéralisme : La reconnaissance de la tendance unilatéraliste dans le contrat s'accompagne de craintes. Le contrat n'est pas le lieu habituel de ce qui est unilatéral, certains redoutent qu'il ne soit peu à peu rongé par la volonté d'un seul. Ces craintes paraissent excessives. L'unilatéralisme renouvelle la conception traditionnelle du contrat mais respecte ses idéaux. Il convient donc de tempérer l'unilatéralisme.

8. L'unanimité en doctrine - Rares sont les sujets sur lesquels les auteurs s'entendent. Le droit des contrats est un des terrains de prédilection des divergences, voire des querelles doctrinales²⁶. Il est un constat qui semble pourtant, aujourd'hui, faire l'unanimité en doctrine²⁷, celui de « *l'essor des prérogatives unilatérales dans le contrat* »²⁸. « *La consécration de l'unilatéralisme dans le contrat est particulièrement emblématique de la réforme* »²⁹, beaucoup d'auteurs témoignent de son « *incontestable présence dans le droit contemporain* »³⁰. Cette tendance du contrat à tolérer en son sein le pouvoir d'un contractant au détriment de l'autre a été baptisée par ses partisans, l'unilatéralisme³¹. Comme pour beaucoup d'autres notions juridiques, le nom donné à cette tendance sera le meilleur agent de sa diffusion³².

9. L'unilatéralisme dans le contrat – L'unilatéralisme exprime la tendance du droit des contrats à intégrer de l'unilatéralité³³. Le développement des prérogatives unilatérales tant au stade de la formation (*chapitre 1*) que de l'exécution (*chapitre 2*) du contrat, révèle l'unilatéralisme en son sein.

CHAPITRE 1 – LE CONSTAT DE L'UNILATÉRALISME AU STADE DE LA FORMATION DU CONTRAT

10. La formation du contrat, de sa construction à sa conclusion - « *Le contrat renferme le concours des volontés de deux personnes, dont l'une promet quelque chose à l'autre et l'autre accepte la promesse qui lui est faite. La pollicitation est la promesse qui n'est pas encore acceptée par celui à qui elle est faite* »³⁴. Il existe ainsi un laps de temps pendant lequel le contrat n'existe pas encore, où se manifestent les prérogatives unilatérales : de la construction (*section 1*) à la conclusion (*section 2*) du contrat.

²⁶ Y. GUENZOU, *Les querelles doctrinales*, RTD civ. 2013 p. 47.

²⁷ V. également en ce sens : C. JAMIN ET D. MAZEAUD, (sous la direction de) *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, actes du colloque annuel de 1998 du centre de recherche européen de droit des obligations de l'Université Paris XII et du Centre de droit des contrats de l'Université de Lille 2, *Economica*, 1999.

²⁸ H. BARBIER, *La traque judiciaire des abus de prérogatives unilatérales, jusqu'aux plus dissimulés*, RTD civ. 2015 p. 123.

²⁹ H. BARBIER, *Les grands mouvements du droit commun des contrats après l'ordonnance*, RTD civ, 2016 p. 247.

³⁰ C. AUBERT DE VINCELLES, *La fixation unilatérale du prix*, RDC 2015, n°3, p. 752.

³¹ V. en ce sens : G. LARDEUX, *droit positif et droit prospectif de l'unilatéralisme dans le contrat*, In *L'efficacité du contrat, actes du colloque du 11 juin 2010 organisé par le centre de recherches en droit privé Pierre Kayser de l'Université Paul Cézanne (Aix-Marseille III) sous la direction de G. Lardeux*, Dalloz, 2011.

³² V. cette remarque à propos de l'abus de droit in H. MAZEAUD, L. MAZEAUD, J. MAZEAUD ET F. CHABAS, *Leçons de droit civil, Tome II premier volume : Obligations théorie générale*, Montchrestien, 8^{ème} édition, 1991, p. 468, n°457.

³³ V. *supra*, n°3 à propos de distinction entre unilatéralisme et unilatéralité.

³⁴ POTHIER, *Traité des obligations*, Dalloz, 2011, p. 6.

11. Les variations de la construction contractuelle - La période précédant la conclusion du contrat est marquée du sceau de la liberté. Chaque relation contractuelle étant en principe spécifique, le rôle et la durée de cette période varient en fonction des besoins des parties. L'article 1110 du Code civil consacre une nouvelle classification du droit des contrats en opposant le contrat de gré à gré ou librement négocié, au contrat d'adhésion, non négocié. Cette distinction constituerait désormais la *summa divisio* du droit commun des contrats³⁵.

12. La place croissante de l'unilatéralité dans la construction du contrat - L'espace accordé à la volonté unilatérale est croissant du contrat négocié au contrat d'adhésion. Le premier permet une réelle discussion entre les parties autour du contrat futur, ce qui suggère une unilatéralité moindre (§1), tandis que l'unilatéralité fait partie intégrante du processus de construction du second (§2).

§1 – LA CONSTRUCTION NÉGOCIÉE DU CADRE CONTRACTUEL

13. Le contrat du Code civil, un contrat négocié - Le Code civil de 1804, construit en contemplation d'un postulat d'égalité entre les contractants, n'avait pas pris la peine de définir le contrat de gré à gré puisqu'il constituait « *l'expression même du contrat* »³⁶. La négociation semblait inhérente à la figure contractuelle. Les règles encadrant la négociation précontractuelle furent essentiellement d'œuvre jurisprudentielle. Désormais le Code civil consacre cette phase fondamentale, permettant à l'article 1110 de définir le contrat de gré à gré comme « *celui dont les stipulations sont librement négociées entre les parties* ». Si la bilatéralité semble à l'honneur dans cette figure contractuelle, les étapes de sa construction témoignent d'une unilatéralité embryonnaire.

14. La construction par étape du contrat – Si la conclusion du contrat, en vertu du principe du consensualisme, est supposée s'effectuer en un instant lors de l'échange des consentements, bien souvent, en amont, le contrat fait l'objet d'une « *maturation progressive* »³⁷. Cette élaboration peut s'accompagner d'une période de négociations (A) et, ou bien, d'avant-contrats véritables contrats préparatoires du contrat futur (B).

³⁵ V. en ce sens, T. REVET, *Les critères du contrat d'adhésion*, D. 2016.1771.

³⁶ T. REVET, *Les critères du contrat d'adhésion, article préc.*

³⁷ F. TERRÉ, PH. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil : les obligations*, Dalloz, Précis de droit privé, 11^e édition, 2013, p. 200, n°183.

15. Un pouvoir unilatéral naturel - La négociation du contrat est la période pendant laquelle les parties discutent et échangent autour du contenu de l'acte qu'elles projettent de conclure. Se situant par définition, avant le contrat, cette période précontractuelle ne lie pas les parties qui restent libres de conclure le contrat, ou de ne pas le conclure. La liberté contractuelle garantie la possibilité de refuser de contracter, malgré des négociations entamées.

En principe, « *la négociation n'est ni une condition d'existence, ni une condition de validité du contrat* »³⁸. Lorsqu'un passager monte à bord d'un train après avoir acheté un titre de transport, il n'a pas eu l'occasion de discuter les éléments essentiels du contrat conclu avec le transporteur. La liberté contractuelle prescrit en effet la possibilité de se passer de négociations lors de la construction du contrat³⁹. Il existe des exceptions à ce principe, notamment en droit du travail, où l'employeur est débiteur d'une obligation de négocier avec les représentants syndicaux de son entreprise, à propos des conditions de travail des salariés. Cette négociation obligatoire n'engendre pas pour autant l'obligation de conclure un accord collectif.

Les négociations constituent ainsi le cadre d'un pouvoir unilatéral naturel et réciproque, où chaque partie décide de participer aux pourparlers, de s'y exprimer ou d'y mettre un terme.

16. L'encadrement du pouvoir unilatéral - Si la négociation en elle-même est facultative, il existe des obligations relatives à son déroulement. « *Le seul fait de la négociation oblige les partenaires à un certain comportement* »⁴⁰, car cette période ne peut rester sans incidence sur le contrat futur. Pendant l'élaboration d'un projet de contrat, un « *climat de confiance* »⁴¹ s'instaure entre les futurs contractants. Ainsi, le nouvel article 1112 du Code civil dispose que si, « *l'initiative, le déroulement et la rupture des négociations précontractuelles sont libres. Ils doivent impérativement satisfaire aux exigences de la bonne foi* ». La loyauté est donc un principe directeur du droit des contrats au même titre que la liberté. Les parties à la négociation doivent avoir l'intention sérieuse d'arriver à un accord même si cette fin n'est pas obligatoire. C'est un véritable devoir de bonne foi qui incombe aux parties à la négociation dont la reconnaissance en droit positif n'a pas été immédiate. La jurisprudence s'est longtemps fondée sur l'alinéa 3 de l'ancien article 1134 pour affirmer un principe général de bonne foi dans la conduite des pourparlers. Cet alinéa précisait pourtant que les contrats « *doivent être exécutés de bonne foi* » et non pas négociés comme tel. Dans un premier temps, la Cour de cassation a refusé une

³⁸ M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations, Tome 1 – Contrat et engagement unilatéral*, Puf, coll. Thémis droit privé, 4^e édition, 2016, p. 275, n°229.

³⁹ V. *infra*, n°24, rel. à la construction unilatérale du cadre contractuel.

⁴⁰ M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations, Tome 1 – Contrat et engagement unilatéral*, Puf, coll. Thémis droit privé, 1^{ère} édition, 2004, p. 209, n°83.

⁴¹ J. JULIEN, *Droit des obligations*, Bruylant, coll. Paradigme, 3^e édition, 2017, p. 72, n°64.

interprétation extensive de l'exigence de bonne foi au profit d'une lecture littérale de l'article. L'obligation de bonne foi supposait alors l'existence de liens contractuels⁴². Il a fallu attendre un arrêt du 18 décembre 2012 pour que la troisième chambre civile de la Cour de cassation admette qu'il n'est pas nécessaire « *d'indiquer le fondement textuel d'une obligation relevant du principe de bonne foi dans les relations précontractuelles* »⁴³. Désormais, l'article 1104 du Code civil consacre la bonne foi en tant que principe directeur du contrat et l'article 1112 du même code en rappelle l'existence au sein de la période précontractuelle.

17. La rupture des négociations - Les conséquences de ce principe sont importantes s'agissant, notamment, de la rupture de la négociation. Celle-ci est en principe libre, mais comme en matière de fiançailles, les circonstances de cette rupture peuvent s'avérer abusives et entraîner la responsabilité délictuelle de leur auteur.

Le droit de rompre les négociations est une prérogative unilatérale accordée à chacune des parties à la discussion. L'unilatéralité est naturelle à ce stade, simple conséquence du règne de la liberté. Elle subsiste même lorsque les parties ont décidé d'encadrer leur négociation par un processus de contractualisation. Il peut s'agir notamment de préciser les éléments sur lesquels les parties à la négociation s'entendent, par le biais du protocole d'accord. Ou encore de prévenir de fuite d'informations confidentielles par un contrat de précaution. Ces accords ont pour objet la négociation en elle-même, ils l'aménagent en fonction des nécessités des parties. Pour autant, la volonté individuelle de chaque contractant conserve sa force pleine et entière jusqu'à la conclusion du contrat final

Toutefois, une telle prérogative ne doit pas être exercée de manière abusive. L'application de la théorie de l'abus de droit semble être privilégiée lorsqu'il s'agit de contrôler l'exercice de prérogatives unilatérales⁴⁴. Le critère de l'abus laisse une grande place à l'appréciation du juge. Plus les négociations sont avancées, plus la confiance instaurée est solide, légitime. Une rupture brutale engendrera potentiellement un préjudice et la responsabilité délictuelle de son auteur. Plusieurs critères ont été envisagés pour définir la notion de négociations avancées. Le premier réflexe est celui de la temporalité, la chronologie. Or, il arrive très souvent que les parties s'entendent sur la plupart des clauses contractuelles, mais que certains détails soient à régler dans le cadre de la négociation. Celle-ci pourra être plus courte dans le temps, mais plus avancée quant à l'organisation du contrat futur. C'est donc l'avancée dans les négociations, non pas temporelle mais matérielle, relative à la construction du contrat qu'il convient de prendre en considération.

La liberté précontractuelle autorise également les négociations multiples, engagées avec plusieurs partenaires dans le même temps. Celles-ci relèvent des exigences de la vie des affaires et chaque partenaire est conscient que des négociations sont entamées avec d'autres. La transparence de

⁴² V. Cour cass., civ. 3^e, 14 septembre 2005, n°04-10.856, *D.* 2006 p.761, note D. MAZEAUD.

⁴³ V. Cour cass., civ. 3^e, 18 décembre 2012, n°11-28.251, *RTD civ.* 2013 p. 109, obs. B. FAGES.

⁴⁴ V. *infra*, n°141 et s., à propos du contrôle de l'exercice abusif d'un pouvoir unilatéral.

ce mécanisme prouve la bonne foi des parties aux négociations multiples et justifie leur licéité. A l'inverse, des négociations parallèles menées afin de faire pression sur un premier partenaire pour obtenir de meilleures conditions ou de meilleurs prix seront considérées comme une manifestation de mauvaise foi. En effet, il n'y a pas d'intention réelle de contracter avec le deuxième partenaire, celui-ci se trouvant dans l'équation seulement pour concurrencer le premier. La chambre commerciale de la Cour de cassation le 26 novembre 2003⁴⁵ avait considéré que « *le simple fait de contracter, même en connaissance de cause, avec une personne ayant engagé des pourparlers avec un tiers ne constitue pas, en lui-même et sauf s'il est dicté par l'intention de nuire ou s'accompagne de manœuvres frauduleuses, une faute de nature à engager la responsabilité de son auteur* ».

Ce n'est pas l'unique apport de cet arrêt célèbre dont la deuxième solution a été consacrée par l'article 1112 alinéa 2 du Code civil. Celui-ci dispose qu'en « *cas de faute commise dans les négociations, la réparation du préjudice qui en résulte ne peut avoir pour objet de compenser ni la perte des avantages attendus du contrat non conclu, ni la perte de chance d'obtenir ces avantages* »⁴⁶. En effet le même arrêt avait précisé que « *les circonstances constitutives d'une faute commise dans l'exercice du droit de rupture unilatérale des pourparlers précontractuels ne sont pas la cause du préjudice consistant dans la perte d'une chance de réaliser les gains que permettait d'espérer la conclusion du contrat* ». La doctrine avait pris l'habitude de décomposer le dommage consécutif à la rupture des négociations en distinguant la perte subie du gain manqué⁴⁷. La première pouvait constituer en l'atteinte à l'image, la réputation, le crédit, ainsi que les frais engagés pendant la négociation en vue de la conclusion du contrat ou en conséquence de la rupture. Aujourd'hui, les auteurs et la jurisprudence sont en faveur de l'indemnisation indifférenciée des pertes subies. Cette position libérale peut sembler surprenante eu égard à la liberté inhérente à la négociation. Le risque de toute négociation est de ne pas conclure le contrat projeté, pour autant, exposer des frais semble une activité nécessaire à l'évolution de la phase de discussion, les parties devraient l'accepter en connaissance de cause. Quant au gain manqué, se distingue la perte de chance de voir le contrat projeté se conclure, de celle de conclure un autre contrat avec un tiers. S'agissant de la perte de chance de conclure un contrat avec un tiers, il sera aisé d'opposer à la victime sa propre négligence. Rappelons qu'il est licite d'entamer des négociations multiples. Quant à dédommager la perte de chance de conclure le contrat projeté, cela reviendrait à consacrer une forme d'exécution par équivalent de ce contrat, ce qui est parfaitement contraire à la liberté proclamée pendant la période précontractuelle.

⁴⁵ V. Cour cass., com., 26 novembre 2003, n° 00-10243 00-10949, *Bull. civ. IV*, n°186, p. 206, *Manoukian*.

⁴⁶ Version en vigueur à partir du 1^{er} octobre 2018. La version de l'article en vigueur entre le 1^{er} octobre 2016 et le 1^{er} octobre 2018 disposait « *En cas de faute commise dans les négociations, la réparation du préjudice qui en résulte ne peut avoir pour objet de compenser la perte des avantages attendus du contrat non conclu* ».

⁴⁷ O. DESHAYE, *Le dommage précontractuel*, *RTD Com*, 2004, p. 187.

18. Les prémices du nouveau discours contractuel - Dès le stade précontractuel se dessinent les prémices du « *nouveau discours contractuel* »⁴⁸. Le caractère unilatéral des prérogatives n'est pas encore controversé car antérieur à la formation du contrat là où règne la liberté. Cependant, l'apparition d'un encadrement, d'abord jurisprudentiel puis consacré légalement témoigne de la volonté d'exposer des valeurs morales à la fois individuelles et collectives dans l'ordre contractuel. La liberté, valeur individuelle, est particulièrement garantie au stade de la négociation, ainsi que la confiance, valeur collective. La période des négociations détermine indéniablement le déroulement de la vie du contrat entre les parties. Lorsque le législateur souhaite imprégner le contrat d'un devoir moral, le mieux qu'il puisse faire est de débiter par les négociations. D'ailleurs, la prise en compte de l'intérêt de l'autre débute tôt. La réforme introduit au sein du Code les articles 1112-1 et 1112-2 qui organisent une obligation précontractuelle d'information en vertu de laquelle « *celle des parties qui connaît une information dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre doit l'en informer, dès lors que légitimement, cette dernière ignore cette information ou fait confiance à son contractant* ». L'objectif est de lutter en faveur de l'équilibre contractuel⁴⁹ dès la période précédant la conclusion d'un contrat, ici dans le cadre d'un déséquilibre informationnel. En pratique, il arrive également que les parties concluent des avant-contrats, destinés à encadrer la période précontractuelle.

B – LES AVANT-CONTRATS

19. Contracter pour mieux conclure – Certaines personnes préfèrent contracter pour mieux conclure. La construction du contrat peut s'effectuer par le biais de la contractualisation des pourparlers, ou bien, par celui d'avant-contrats, véritables contrats préparatoires. Cependant, il convient de ne pas confondre les deux notions. La contractualisation des négociations s'effectue par des accords portant sur la négociation elle-même⁵⁰. Les avant-contrats en revanche portent sur l'opération contractuelle projetée. On les distingue traditionnellement en fonction du lien plus ou moins fort qu'ils entretiennent avec le contrat futur⁵¹. Ils sont certes provisoires mais n'en sont pas moins obligatoires.

Plus le lien avec le contrat final est solide, plus la nature contractuelle justifie le refus d'une unilatéralité. La présence d'unilatéralité est, ici, inversement proportionnelle à la force du lien entre l'avant-contrat et le contrat futur. Dès lors, il conviendra d'étudier le caractère unilatéral dans un ordre croissant, avec la promesse synallagmatique de contrat, la promesse unilatérale de contrat et enfin le pacte de préférence.

⁴⁸ G. CHANTEPIE ET N. DISSAUX (sous la direction de), *Le nouveau discours contractuel*, RDC 2016, n°3, p. 517.

⁴⁹ V. *infra*, n°108 et s., à propos de l'équilibre contractuel.

⁵⁰ V. *supra*, n°16, à propos de l'encadrement des prérogatives unilatérales dans la négociation.

⁵¹ J. JULIEN, *Droit des obligations*, Bruylant, coll. Paradigme, 3^e édition, 2017, p. 76, n°68.

20. La promesse synallagmatique de contrat - L'avant-contrat dont le lien avec le contrat projeté est le plus achevé et qui, dès lors, laisse une place quasi-inexistante à l'unilatéralité est la promesse synallagmatique de contrat. À une époque où on « *lie les bœufs par les cornes et les hommes par les paroles* »⁵², la promesse de contrat vaut contrat. La promesse synallagmatique est le contrat par lequel les deux parties s'engagent réciproquement à conclure l'acte juridique projeté⁵³. Il s'agit d'un accord définitif ayant force obligatoire et portant sur le principe et les modalités du contrat futur.

La distinction entre la promesse de contrat et le contrat projeté paraît délicate lorsque ce dernier est un contrat consensuel dont la formation relève de l'échange des consentements. D'ailleurs, l'article 1589 du Code civil dispose que « *la promesse de vente vaut vente, lorsqu'il y a consentement réciproque des deux parties sur la chose et le prix* » et la jurisprudence a eu l'occasion d'étendre cette disposition à d'autres contrats⁵⁴. En cas de violation ou d'inexécution de la promesse, l'exécution forcée peut être réclamée devant le juge.

L'intérêt du mécanisme de la promesse synallagmatique joue lorsque le contrat projeté ne peut être conclu dans l'immédiat en raison de l'absence d'une formalité nécessaire⁵⁵. « *L'accord des volontés constaté par la promesse donne alors naissance, non au contrat définitif mais à une obligation de faire, celle d'accomplir les formalités requises. Et ce n'est qu'après la réalisation de celles-ci que le contrat définitif sera formé* »⁵⁶. Le mécanisme de la promesse synallagmatique de contrat précédant la conclusion d'un contrat solennel se rapproche de celui de la condition suspensive. L'article 1304 du Code civil dispose que « *l'obligation est conditionnelle lorsqu'elle dépend d'un événement futur et incertain, la condition est suspensive lorsqu'on accomplissement rend l'obligation pure et simple* ». En revanche la condition est une modalité de l'obligation susceptible de nullité dès lors qu'elle repose sur un événement dont la réalisation dépend de la seule volonté du débiteur. Une telle condition est qualifiée de potestative conformément à l'article 1304-2 du Code civil. La prohibition traditionnelle des conditions potestatives témoigne du rejet de l'unilatéralité au sein du contrat, et ainsi, au sein de l'avant-contrat en question. Le lien avec le contrat final de la promesse unilatérale étant moins puissant, l'unilatéralité y disposerait de davantage d'espace.

21. La promesse unilatérale de contrat – La promesse unilatérale est définie par l'article 1124 du Code civil comme « *le contrat par lequel une partie, le promettant, accorde à l'autre, le bénéficiaire, le droit d'opter pour la conclusion d'un contrat dont les éléments essentiels sont déterminés et pour la formation duquel ne manque que le consentement du bénéficiaire* ». Le mécanisme de cet avant-contrat

⁵² A. LOISEL, *Institutes coutumières*, Liv. III, tit. I, max. 2, 1607.

⁵³ PH. MALAURIE, *Droit civil, théorie générale des obligations, fascicule II contrats et quasi-contrats, D.E.U.G 2^e année*, Les cours de droits, Paris, 1981, p. 225.

⁵⁴ V. Cour cass., civ. 3^e, 28 mai 1997, *contrats, conc., consom.* 1997, n°131, obs. L. LEVENEUR : à propos d'une promesse de bail valant bail lorsque les parties se sont mises d'accord sur les éléments essentiels du contrat.

⁵⁵ Par exemple la rédaction d'un acte notarié, l'attente d'une autorisation administrative ou d'un prêt bancaire.

⁵⁶ F. TERRÉ, PH. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil : les obligations*, Dalloz, Précis de droit civil, 11^{ème} édition, 2013, p. 214, n°194.

s'opère en deux temps. Dans un premier temps le contrat de promesse est conclu, avec lequel le promettant s'engage définitivement. S'en suit un délai pendant lequel le bénéficiaire dispose d'une option. Il est titulaire de la possibilité de contracter en levant l'option, ou de ne pas contracter. Le contrat promis ne se forme que si le bénéficiaire lève l'option.

Ce dernier dispose donc d'une véritable prérogative unilatérale fondée sur la liberté contractuelle. Le sort du contrat promis ne dépend que de la volonté du bénéficiaire, ce qui semble s'analyser en un caractère potestatif. En effet, la formation du contrat promis échappe au pouvoir du promettant. D'ailleurs, la réforme confirme l'unilatéralité inhérente à ce mécanisme en consacrant la potestativité attribuée au bénéficiaire, faisant de la promesse unilatérale de contrat un « *haut lieu de l'unilatéralisme* »⁵⁷. L'article 1124 alinéa 2 du Code civil prend le contrepied de la jurisprudence à propos de la révocation du promettant. Si le promettant se rétracte postérieurement à la levée de l'option, la force obligatoire du contrat formé l'empêche de se défaire des liens contractuels. Il pourra donc être sanctionné ou soumis à une exécution forcée. En revanche, si le promettant se rétracte dans le délai précédant la levée de l'option, la Cour de cassation considèrerait que « *la levée de l'option par le bénéficiaire postérieurement à la rétractation du promettant exclut toute rencontre des volontés* »⁵⁸. Cette solution laissait une marge de manœuvre au promettant. Ce n'est plus le cas depuis que le Code civil considère que « *la révocation de la promesse pendant le temps laissé au bénéficiaire pour opter n'empêche pas la formation du contrat promis* »⁵⁹.

Le caractère unilatéral de cette promesse en est renforcé. Le promettant s'engage définitivement lors de la formation de la promesse et accepte le risque de placer l'avenir de sa situation juridique entre les mains du bénéficiaire. Le risque d'un abus dans la levée de l'option est écarté en raison du caractère alternatif de l'obligation. Celui-ci justifie que le bénéficiaire reste dans son droit dès lors qu'il exerce l'option peu importe dans quel sens. En revanche, le risque d'incertitude dans laquelle le promettant se trouve est indéniable⁶⁰. Ce risque est toutefois justifié selon certains auteurs, par l'économie du contrat⁶¹. En effet, dans le cadre d'une promesse unilatérale de vente, le promettant est supposé conserver le bien pour le bénéficiaire. Il reçoit en échange une indemnité d'immobilisation dont la nature suscite encore des débats en doctrine⁶². Cette somme d'argent est versée par le bénéficiaire au promettant dès la

⁵⁷ T. REVET, *Réflexions sur l'unilatéralisme dans le droit rénové des contrats*, In *Le juriste dans la cité*, Études en la mémoire de PH. NEAU-LEDUC, LGDJ., 2018, p. 889, n°2.

⁵⁸ V. Cour cass., civ. 3^e, 15 décembre 1993, *Consorts cruz*, n°91-10.199, *JCP G* 1995, II, p. 22366, note D. MAZEAUD.

⁵⁹ V. Art. 1124 al. 2 C. civ.

⁶⁰ V. *infra*, n°114, rel. au risque d'incertitude lié au caractère potestatif.

⁶¹ V. en ce sens, M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations, Tome 1 – Contrat et engagement unilatéral*, Puf, coll. Thémis droit privé, 4^{ème} édition, 2016, p. 279, n°248 : « *Le bénéficiaire de l'offre [est] tenu de verser une indemnité considérable au cas où le contrat ne se ferait pas.* »

⁶² V. en ce sens, J. JULIEN, *Droit des obligations*, Bruylant, coll. Paradigme, 3^e édition, 2017, p. 80, n°72, et F. TERRÉ, PH. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil : les obligations*, Dalloz, Précis de droit civil, 11^e édition, 2013, p. 211, n°192.

conclusion de la promesse. Elle est censée indemniser le promettant dans le cas où le bénéficiaire ne lèverait pas l'option ou bien, constituer un acompte sur le prix de vente si l'option est levée.

22. Le pacte de préférence – Le pacte de préférence est l'avant-contrat par lequel « *une partie s'engage à proposer prioritairement à son bénéficiaire de traiter avec lui pour le cas où elle déciderait de contracter* »⁶³. Le lien avec le contrat final est le plus distendu, il s'agit de l'avant-contrat le moins contraignant et dont la préparation du contrat final n'est pas véritablement l'objet. Le pacte de préférence n'offre pas de droit d'option au bénéficiaire, simplement la possibilité d'être prioritaire au cas où le promettant déciderait de conclure le contrat. Dès lors, seul l'objet du contrat éventuel doit être déterminé, il n'est pas nécessaire pour que le pacte de préférence soit valable que les autres éléments du contrat soient définis. En revanche, il instaure à la charge du promettant une réelle obligation d'entamer les négociations ou de proposer le contrat au bénéficiaire. En cas de violation du pacte de préférence le promettant peut engager sa responsabilité contractuelle.

S'agissant de la possibilité pour le bénéficiaire de se substituer au tiers avec lequel le promettant a contracté en violation du pacte, la question a connu une évolution jurisprudentielle. Consacrer la substitution garantirait la possibilité d'une exécution forcée. Le contrat conclu en violation du pacte de préférence serait nul et le bénéficiaire pourrait acquérir la qualité de contractant. La difficulté était de préserver la sécurité juridique, le tiers de bonne foi ayant contracté malgré lui en violation d'un pacte de préférence devait être préservé. La Cour de cassation avait d'abord considéré que seuls des dommages intérêts pouvaient indemniser le bénéficiaire⁶⁴. Par la suite la Cour de cassation a opéré un revirement de jurisprudence en admettant l'exécution forcée du pacte de préférence par la substitution du bénéficiaire au tiers de mauvaise foi⁶⁵. La mauvaise foi du tiers suppose qu'il ait contracté en connaissance du pacte de préférence et de l'intention de son bénéficiaire de s'en prévaloir. La réforme consacre cette solution à l'article 1123 alinéa 3 du Code civil. Le même article prévoit un mécanisme original garantissant la sécurité juridique. Il s'agit des nouvelles actions interrogatoires. Il est possible de demander par écrit au bénéficiaire d'un pacte de préférence s'il souhaite s'en prévaloir. S'il ne répond pas dans un délai raisonnable, le bénéficiaire ne pourra pas, par la suite, s'opposer à la conclusion du contrat en violation du pacte.

23. La liberté, fondement théorique de l'unilatéralité - Une prérogative trouve aisément sa place dans une phase où la liberté domine. La liberté contractuelle est le fondement théorique de nombreux pouvoirs unilatéraux voir discrétionnaires, comme la possibilité de lever l'option de la promesse unilatérale de contrat. Ces prérogatives érigent un individu en seul détenteur du pouvoir de faire évoluer une situation juridique. La période précontractuelle peut ainsi manifester une unilatéralité

⁶³ V. Art. 1123 C. civ.

⁶⁴ V. Cour cass. civ. 3^e, 30 avril 1997, *Bull. civ. III*, n°96, p. 63, *Deffrénois*, 1998 p. 1007, obs. PH. DELEBECQUE.

⁶⁵ V. Cour cass., ch. Mixte, 26 mai 2006, n°03-19.376, *RTD civ.* 2006 p. 550, obs. J. MESTRE ET B. FAGES.

remarquable, en raison de la liberté qui lui est inhérente. Il est fréquent, désormais, qu'un contractant ait la possibilité de construire seul et préalablement, l'édifice contractuel et son contenu.

§2 – LA CONSTRUCTION UNILATÉRALE DU CADRE CONTRACTUEL

24. Construire seul le contrat– L'unilatéralité peut se manifester sous la forme d'un simple pouvoir de fait. La détermination unilatérale dans le cadre des contrats d'adhésion ne constitue pas une prérogative juridique en elle-même (A), à l'inverse de la détermination unilatérale du prix (B). Qu'elle soit le fruit d'un pouvoir factuel ou d'une prérogative juridique, l'unilatéralité imprègne la construction du contrat.

A – LE CONTRAT D'ADHÉSION

25. L'émergence d'un nouveau modèle contractuel – La réforme du droit des contrats introduit la notion de contrat d'adhésion, au sein de l'article 1110 du Code civil. Si le Code civil de 1804 n'avait pas cru nécessaire de souligner la notion de contrat de gré à gré car il constituait le modèle contractuel, il n'a pas non plus mentionné le contrat d'adhésion, pour la raison inverse. Sous l'empire des idéaux de l'époque, ce type d'acte juridique est si éloigné de la notion de contrat qu'il n'apparaît pas au sein du Code. Pour autant, le contrat d'adhésion a su se faire une place dans la pratique contractuelle. La seconde moitié du XIX^e siècle fût marquée par de profondes mutations économiques et la vie des affaires exigeait davantage de célérité dans le monde contractuel. Dans les contrats de travail, les contrats de distribution, le caractère individuel de chaque relation contractuelle laissait place à un véritable mouvement de standardisation des contrats. Certains individus profitant de leur supériorité économique, financière et technique élaborèrent des contrats types susceptibles de convenir à plusieurs relations contractuelles. Or, « *établies en contemplation des contrats librement négociés entre les parties de force économique et sociale équivalente, les règles du Code civil se sont révélées insuffisantes pour prévenir et sanctionner les abus susceptibles de se nicher dans les clauses accessoires des nouveaux contrats unilatéralement rédigés par des parties en position de force* »⁶⁶.

26. La notion de contrat d'adhésion – La particularité de ce type de contrat est l'omniprésence de l'unilatéralité, de la puissance d'une seule partie. Cette unilatéralité se manifeste spécifiquement au stade de la construction du contrat, de la détermination de son contenu. Le critère de la distinction entre les contrats de gré à gré et les contrats d'adhésion est le caractère unilatéral et préalable de la détermination du contenu contractuel. Le contrat d'adhésion est ainsi caractérisé par la « *prédominance*

⁶⁶ F. CHÉNEDÉ, *Le nouveau droit des obligations et des contrats, consolidation – innovation – perspectives*, Dalloz, 2016, p. 25.

exclusive d'une volonté, agissant comme volonté unilatérale, qui dicte sa loi, non plus à un individu, mais à une collectivité indéterminé, et qui s'engage déjà, par avance, unilatéralement, sauf adhésion de ceux qui voudront accepter la loi du contrat et s'emparer de cet engagement déjà créé sur soi-même »⁶⁷. Pendant la période précédant l'acceptation, ou plutôt l'adhésion de la partie, son contractant a construit lui-même le contrat, indépendamment de tout processus de discussion. La partie ne disposant pas du pouvoir unilatéral n'a plus qu'à se soumettre à la loi contractuelle⁶⁸.

C'est à Raymond Saleilles que l'on doit la notion de contrat d'adhésion, ces « *prétendus contrats qui n'ont de contrat que le nom* »⁶⁹. La reconnaissance de cet acte juridique particulier engendra des réflexions doctrinales relatives à sa nature. Deux thèses principales se sont opposées, l'une en faveur de la nature contractuelle du contrat d'adhésion, l'autre niant celle-ci. Les auteurs partisans de la thèse anti-contractualiste se fondent sur le postulat d'une égalité entre les parties au contrat. Le pouvoir attribué à l'un d'entre eux de rédiger de manière individuelle la majorité de l'acte témoigne d'un déséquilibre dans la relation contractuelle, d'une inégalité.

Le nouvel article 1110 du Code civil définit les contrats d'adhésions comme comportant « *un ensemble de clauses non négociables, déterminées à l'avance par l'une des parties* »⁷⁰. Cet article a attiré l'attention des auteurs et des praticiens et fût remodelé plusieurs fois. Dès la consultation publique, certains se sont interrogés sur la rédaction proposée⁷¹. L'ordonnance du 10 février 2016 envisageait le contrat d'adhésion comme celui « *dont les conditions générales, soustraites à la négociation, sont déterminées à l'avance par l'une des parties* »⁷². Les auteurs dénonçaient le recours maladroit⁷³ à l'expression de « *condition générales* »⁷⁴. Certains ont proposé un angle d'approche en précisant que les conditions générales s'entendent du contenu du contrat pris dans son ensemble. En s'appuyant sur l'étymologie du terme, condition signifiant clause, « *les conditions générales sont donc les clauses générales, autrement dit, la plupart des clauses* »⁷⁵. La réforme s'attache ainsi à un critère quantitatif, « *Le contrat d'adhésion est celui dont le contenu est, dans sa totalité ou sa grande majorité, déterminé*

⁶⁷ R. SALEILLES, *De la déclaration de volonté*, Dalloz, 1901, p. 229.

⁶⁸ V. *infra*, n°113 et s., à propos du risque d'une partie soumise à un pouvoir unilatéral potestatif.

⁶⁹ R. SALEILLES, *op. cit.*

⁷⁰ V. Art. 1110 C. civ. dans sa version issue de la Loi n°2018-287 du 20 avril 2018 applicable à partir du 1^{er} octobre 2018.

⁷¹ T. REVET, *Le projet de réforme et les contrats structurellement déséquilibrés*, D. 2015.1217 ; et F. CHÉNEDÉ, *Les contrats d'adhésion dans le projet de réforme*, D. 2015.1226.

⁷² V. Art. 1110 C. civ. dans sa version issue de l'ordonnance n° du 10 février 2018, applicable du 1^{er} octobre 2016 au 1^{er} octobre 2018.

⁷³ A. CAYOL, *Le contrat d'adhésion, un contrat spécial ?*, Revue Lamy Droit civil, 2018, n°160 qui souligne également que l'alinéa 1^{er} de l'article 1110 relatif aux contrats de gré à gré mentionnait non pas les conditions générales mais les *stipulations* négociées, dès lors les deux alinéas ne s'opposaient pas parfaitement.

⁷⁴ L'article 1119 du Code civil dispose que « *les conditions générales invoquées par une partie n'ont d'effet qu'à l'égard de l'autre que si elles ont été portées à la connaissance de celle-ci et si elle les a acceptées. En cas de discordance entre les conditions générales invoquées par l'une et l'autre des parties, les clauses incompatibles sont sans effet. En cas de discordance entre les conditions générales et des conditions particulières, les secondes l'emportent sur les premières* », ce qui n'éclaire en rien sur la notion de conditions générales.

⁷⁵ T. REVET, *Les critères du contrat d'adhésion*, D. 2016.1771.

unilatéralement par l'un des contractant et soustrait, par le même, à toute négociation »⁷⁶. Lors des discussions relatives au projet de loi ratifiant l'ordonnance par l'Assemblée Nationale, les députés songèrent à introduire un alinéa supplémentaire à l'article 1119 tendant à définir les conditions générales comme « *l'ensemble des stipulations non négociables, déterminées à l'avance par l'une des parties et destiné à s'appliquer à une multitude de personnes et de contrats* »⁷⁷. Cette formule aurait pour effet de réduire considérablement le champ d'application des contrats d'adhésion. À ce sujet, un auteur dénonce « *l'incohérent cantonnement du domaine du contrat d'adhésion aux contrats de masse* »⁷⁸ autrement dits, aux contrats destinés à une collectivité d'individus. Il souligne que certains contrats seraient de nature à être qualifiés d'adhésion, en raison de la détermination unilatérale et préalable de leur contenu, alors même qu'ils seraient individuels. Par une telle précision, l'Assemblée Nationale soustrait des contrats déséquilibrés à un régime nécessaire⁷⁹. Le Sénat quant à lui précisait que le contrat d'adhésion est celui qui comporte « *un ensemble de clauses non négociables, déterminées à l'avance par l'une des parties* »⁸⁰, formule que la loi de ratification de l'ordonnance retiendra finalement.

Les clauses non négociables, au lieu de non négociées, renvoient au moment de la formation du contrat. Les clauses non négociables sont les clauses qui, au moment de la construction du contrat, ont été soustraites à la négociation et ont été directement imposées par le contractant qui les a unilatéralement et préalablement rédigées. Souligner le caractère non négociable des clauses témoigne de l'impuissance dans laquelle se trouve la partie passive. La négociation a été effectivement empêchée, « *matériellement impossible* » et non comme l'aurait suggérée la formule « *non négociées* » offerte à l'autre partie qui n'aurait pas saisi l'opportunité.

La rédaction unilatérale et préalable suscite d'autres interrogations qui ne pourront ici, qu'être soulignées. La partie supposée rédiger *l'instrumentum* doit-elle en être l'auteur intellectuel ? La qualification de contrat d'adhésion reste elle opportune si c'est un tiers qui a élaboré des formules types que le contractant s'est contenté de reprendre ? D'un point de vue pratique, la rédaction par un tiers du contrat n'empêche pas l'insertion de clauses rédigées au profit d'un des contractant. Il serait alors étonnant d'écarter la qualification de contrat d'adhésion pour une telle raison alors que son régime serait tout aussi utile. Bien loin d'être une « *notion sans régime* »⁸¹, le contrat d'adhésion se soumet à des règles particulières⁸².

27. Le régime du contrat d'adhésion - L'article 1190 du Code civil précise que « *dans le doute, [...] le contrat d'adhésion s'interprète contre celui qui l'a proposé* ». Cet article ajoute une règle

⁷⁶ T. REVET, *Les critères du contrat d'adhésion, op. cit.*

⁷⁷ V. Projet de loi Assemblée Nationale, n°46, 2017-2018, art. 3 bis.

⁷⁸ T. REVET, *L'incohérent cantonnement, par l'Assemblée Nationale, du domaine du contrat d'adhésion aux contrats de masse, D.* 2018.124.

⁷⁹ V. *infra*, n°27 rel. au régime du contrat d'adhésion.

⁸⁰ V. Projet de loi Sénat, n°54, 2017-2018.

⁸¹ PH. MALAURIE, L. AYNÈS ET PH. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, LGDJ, 9^e édition, 2017, p. 223, n°427.

⁸² A. CAYOL, *Le contrat d'adhésion, un contrat spécial*, *Revue Lamy Droit civil*, 2018, n°160.

spéciale au domaine restreint, l'interprétation *in favorem*. Cette solution n'est pas neuve, elle fut d'abord jurisprudentielle⁸³ puis consacrée dans le Code de consommation à l'article L.211-1. L'article du Code civil en généralise l'application à tous les contrats d'adhésion.

Au sein des contrats d'adhésion s'organise la traque contre les clauses abusives. Ces clauses qui créent « *un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat* »⁸⁴. La sanction la plus appropriée est le réputé non écrit, permettant de paralyser la clause tout en laissant le contrat survivre. La lutte contre les clauses abusives répond au besoin de préserver le contractant en position de faiblesse, envers l'exercice abusif du pouvoir de détermination unilatérale du contenu du contrat⁸⁵.

L'insertion dans le Code civil du contrat d'adhésion témoigne, si ce n'est du tournant unilatéraliste du droit des contrats, au moins de la réception par la lettre du Code, de la réalité de la pratique contractuelle. La réforme du droit des contrats ne se contente pas de consacrer la notion de contrat d'adhésion, elle entérine également la jurisprudence concernant la détermination unilatérale du prix dans certains contrats.

B – LA DÉTERMINATION UNILATÉRALE DU PRIX

28. La détermination du prix - Le prix est la somme d'argent constituant l'objet de l'obligation d'un contrat à titre onéreux⁸⁶. L'article 1123 du Code civil précise que l'objet de l'obligation⁸⁷ doit être déterminé ou déterminable afin que le contrat soit valable. Le Code civil ne prévoit pas de principe général de détermination du prix⁸⁸ et se contente de règles particulières. Plusieurs modèles ont été successivement envisagés par la jurisprudence. L'un d'entre eux fit l'objet de davantage de controverses, la possibilité pour un contractant de déterminer seul le prix, élément pourtant essentiel du contrat. Désormais, les articles 1164 et 1165 du Code civil, consacrent la détermination unilatérale du prix⁸⁹ dans les contrats cadre et les contrats de prestations de service. Les auteurs envisagent ces prérogatives comme l'illustration de « *l'unilatéralisme [...] dérogeant au bilatéralisme consensuel dominant dans le contrat* »⁹⁰. Cette solution est le fruit d'une longue saga jurisprudentielle, où la Cour de cassation a d'abord tenté de se conformer aux règles traditionnelles en matière de détermination de l'objet de

⁸³ V. Cour cass. civ. 1^{ère}, 22 octobre 1974, n°73-13.482, *Bull. civ. I*, n°271.

⁸⁴ V. Art. 1171 C. civ.

⁸⁵ V. *infra*, n°118, à propos du risque d'abus d'un pouvoir unilatéral.

⁸⁶ L'appellation de cette somme d'argent varie en fonction des contrats : prix dans la vente et dans le contrat d'entreprise, loyer dans le bail, salaire dans le contrat de travail...

⁸⁷ L'objet était une condition de validité du contrat sous l'empire de l'ancien art. 1108 du C. civ. désormais l'article 1128 ne mentionne que le contenu du contrat. Toutefois le vocable d'objet se retrouve dans les articles suivants ce qui témoigne du maintien officiel de la notion.

⁸⁸ F. LABARTHE, *La fixation unilatérale du prix dans les contrats cadre et prestations de service*, *JCP G* 2016, n°23, p. 642.

⁸⁹ V. *infra*, n°30 et 31, à propos de la détermination unilatérale du prix dans les contrats cadre et de prestation de service.

⁹⁰ F. LABARTHE, *La fixation unilatérale du prix dans les contrats cadre et prestations de service*, *JCP G* 2016, n°23, p. 642.

l'obligation, notamment en prenant exemple sur le modèle de la vente où la détermination est strictement bilatérale.

29. La détermination du prix dans la vente – Dans une première conception, le prix est une condition de validité du contrat et doit être déterminé lors de la construction du contrat. A ce titre, « *le prix doit être le fruit du libre accord des volontés individuelles* »⁹¹. C'est d'ailleurs la solution consacrée depuis 1804 en matière de vente⁹², par l'article 1591 qui précise que « *le prix doit être déterminé et désigné par les parties* ». On est bien éloigné du modèle décrié de détermination unilatérale du prix. Pour autant, l'exigence d'un prix déterminé était trop rigoureuse pour des figures contractuelles où la prestation due devait être réalisée dans un temps futur. Les parties étaient dans l'impossibilité souvent matérielle de prévoir l'évolution de la valeur du bien objet de la prestation, ou de la prestation en elle-même.

Par un arrêt du 7 janvier 1925, la Chambre des requêtes de la Cour de cassation entreprit d'assouplir la règle en affirmant la possibilité d'un prix déterminable au moment de la conclusion du contrat. Il suffit désormais que la fixation du prix puisse s'effectuer postérieurement à la conclusion du contrat en vertu de ses clauses et par des « *éléments qui ne dépendent plus de la volonté ni de l'une ni de l'autre partie* »⁹³. Si les parties ne peuvent s'accorder sur le prix, alors aucune d'entre elles ne doit disposer seule du pouvoir de le fixer. Le mode de calcul du prix doit être purement objectif ou réalisé par un tiers impartial. Lorsqu'il est question d'exclure un élément essentiel au contrat de la rencontre des volontés, il faut ainsi s'assurer qu'aucune partie ne dispose d'un pouvoir unilatéral.

La solution est pourtant différente en matière de détermination du prix dans les contrats d'entreprise, de mandat et dans les contrats cadre où le caractère unilatéral est révélé.

30. La détermination unilatérale du prix dans les contrats d'entreprise et de mandat – Bien que le Code civil ne le mentionnait pas, le contrat d'entreprise constitue une exception en matière de détermination du prix. Le prix n'y est pas envisagé comme un élément de validité du contrat⁹⁴. Les parties sont donc libres de le déterminer lors de la construction du contrat, ou postérieurement à sa conclusion par un accord entre elles. À défaut d'accord entre les parties, deux possibilités sont envisageables. Le juge lui-même peut fixer le prix, ou, comme le prévoit désormais l'article 1165, « *le prix peut être fixé par le créancier, à charge pour lui d'en motiver le montant en cas de contestation* ». Cet article accorde une véritable prérogative unilatérale de détermination du prix au créancier,

⁹¹ F. TERRÉ, PH. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil : les obligations*, Dalloz, Précis de droit civil, 11^e édition, 2013, p. 313, n°284.

⁹² Pour une application récente, V. Cour cass. civ. 3^e, 7 juin 2018, n°17-17779, *publié au bulletin*.

⁹³ V. Cour cass., req., 7 janvier 1925, D. H. 1925, p. 57, et V. H. CAPITANT, F. TERRÉ, Y. LEQUETTE et F. CHÉNEDÉ, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile, Tome 2*, Dalloz, 13^e édition, 2015 p. 623, n°262.

⁹⁴ V. Cour cass. civ. 3^e, 18 janvier 1977, n°74-15237, *Bull. civ. III*, n°25, p. 21.

postérieurement à l'exécution du contrat, à charge pour le juge d'en contrôler l'abus en cas de contestation⁹⁵. Cet article s'applique aux contrats de prestation de service, formule qui rend « *le domaine d'application de l'article bien incertain* »⁹⁶. Il est vrai que la définition traditionnelle issue du Vocabulaire Juridique précise qu'il s'agit « *d'une notion générique englobant la fourniture de tout avantage appréciable en argent en vertu des contrats les plus divers* »⁹⁷. Les contrats de mandat, mais aussi de travail, de bail, d'assurance peuvent être visés par la notion plus large de prestation de service. L'application de cet article pourrait conduire à une généralisation de la détermination unilatérale du prix dans certains contrats innommés.

Il existe un autre domaine dans lequel a été consacrée la détermination unilatérale du prix, celui des contrats de distributions.

31. La détermination unilatérale du prix dans les contrats cadres – Il existe en matière de distribution, des relations contractuelles exclusives entre un fournisseur et un distributeur dont la construction est particulière. Ces relations contractuelles s'organisent sur de longues périodes, par deux types de contrats définis à l'article 1111. Le contrat cadre est « *celui par lequel les parties conviennent des caractéristiques générales de leurs relations contractuelles futures* ». Les contrats d'application sont ceux qui en précisent les modalités d'exécution, dont la détermination du prix des opérations. Les contrats cadres se contentaient de fixer une méthode de calcul du prix.

Dans les années 1970, la Cour de cassation a déclenché une « *chasse à la nullité* »⁹⁸ des contrats de concession comprenant une clause d'approvisionnement exclusif entre les compagnies de pétrole et les pompistes de marque⁹⁹, pour indétermination du prix. Ce dernier était pourtant déterminable puisque les contrats cadres en précisaient le procédé de calcul. Cependant, au sein de ces relations contractuelles exclusives, il arrivait fréquemment qu'un contractant soit dans une situation de dépendance économique vis-à-vis de l'autre. Les procédés permettant de déterminer le prix dépendaient de la volonté du contractant en position de supériorité, souvent le fournisseur. Certains auteurs ont analysé la question sous l'angle de la condition purement potestative prohibée par l'article 1304-2 du Code civil¹⁰⁰. La « *chasse* » à la nullité poursuivie par la Cour de cassation avait pour finalité la protection de l'une des parties contre l'arbitraire de l'autre, contre la fixation unilatérale du prix. Pour rejeter toute détermination unilatérale du prix, la Cour de cassation s'est fondée dans un premier temps sur l'article

⁹⁵ V. Cour cass, ciV. 1^{ère}, 29 juin 2016, n°15-11392.

⁹⁶ F. LABARTHE, *La fixation unilatérale du prix dans les contrats cadre et prestations de service*, JCP G 2016, n°23, p. 642.

⁹⁷ V. *prestation de service* In G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Puf, 10^e édition, 2014, p. 796.

⁹⁸ F. TERRÉ, PH. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil : les obligations*, Dalloz, Précis de droit civil, p. 318, n°288.

⁹⁹ Cette série d'arrêts est connue comme l'affaire des pompistes de marque.

¹⁰⁰ V. en ce sens : J. GHESTIN, *L'indétermination du prix de vente et la condition potestative*, D. 1973.61 et M.-A. RAKOTOVAHINY, *La condition potestative dans l'indétermination du prix de vente*, LPA, 2007, n°241, p. 4.

1591 du Code civil relatif à la vente¹⁰¹. Or, seuls les contrats d'application sont des contrats de vente, le contrat cadre ne répondant pas à la qualification ne devait pas se voir appliquer le régime de la vente, rigoureux en matière de prix et prohibant tout pouvoir unilatéral. Par la suite, la Cour de cassation s'est fondée sur l'article 1129 du Code civil¹⁰² du droit commun des contrats pour opérer la distinction entre les contrats engendrant des obligations de faire et des obligations de donner. L'obligation de faire des contrats cadres, s'assimilait à celle des contrats d'entreprise dont le prix n'avait pas à être déterminé. A l'inverse, l'obligation de donner¹⁰³ des contrats d'application s'analysait en une vente où le prix devait être fixé.

Dans deux arrêts du 29 novembre 1994¹⁰⁴ où le prix avait été déterminé par référence à un tarif propre au fournisseur, la Cour de cassation change radicalement de raisonnement en déplaçant la sanction « *du terrain de la formation du contrat sur celui de son exécution* »¹⁰⁵. Elle considère qu'il n'est pas nécessaire d'annuler un contrat pour indétermination du prix dès lors que le fournisseur l'a fixé de bonne foi, sans abuser de son pouvoir pour en tirer un profit illégitime. Certains auteurs plaidaient déjà en faveur d'un tel contrôle *a posteriori* en considérant la nullité comme une sanction inappropriée.¹⁰⁶

L'Assemblée plénière de la Cour de cassation, par quatre arrêts du 1^{er} décembre 1995¹⁰⁷ clôture la discussion. Elle précise que l'article 1129 du Code civil ne s'applique pas en matière de détermination du prix. Dès lors, l'indétermination du prix dans les contrats cadres n'affecte pas leur validité et seul l'abus¹⁰⁸ dans la fixation unilatérale du prix sera sanctionné. L'article 1164 du Code civil consacre cette solution, en affirmant l'existence d'un réel pouvoir de détermination unilatérale du prix dans les contrats cadres. Cet article a fait l'objet de nombreux commentaires en doctrine¹⁰⁹, cette détermination unilatérale du prix dans les contrats cadre témoignerait d'un « *net infléchissement de la conception traditionnelle* »¹¹⁰. Les auteurs se fondent principalement sur cette consécration pour parler de manifestation de l'unilatéralisme dans le contrat. Certes, « *l'unilatéralisme est tempéré par*

¹⁰¹ V. Cour cass., com., 27 avril 1971, *Bull. civ. IV*, n°107, p. 101, et v. *supra*, n°20.

¹⁰² V. Cour cass., com., 11 octobre 1978, *RTD civ.* 1980, p. 364, obs. Y. LOUSSOUARN.

¹⁰³ V. à ce sujet : D. TALON, *Le surprenant réveil de l'obligation de donner*, D. 1992, chron. 67 et M. FABRE-MAGNAN, *Le mythe de l'obligation de donner*, *RTD civ.* 1996 p. 85.

¹⁰⁴ V. Cour cass., civ. 1^{ère}, 29 novembre 1994, *Bull. civ. I*, n°348, D. 1995.122, note L. AYNÈS, *RTD civ.* 1995, p. 358, obs. J. MESTRE.

¹⁰⁵ J. MOURY, *La fixation unilatérale du prix dans les contrats cadre*, *AJ Contrats d'affaire, concurrence, distribution*, 2016, p. 123

¹⁰⁶ L. AYNÈS, *Indétermination du prix dans les contrats de distribution, comment sortir de l'impasse ?* D. 1993.25.

¹⁰⁷ V. Cour cass., Ass. plé., 1^{er} décembre 1995, *Bull. Ass. plé.*, n°9, D. 1995.13, note L. AYNÈS ; *RTD civ.* 1996, p. 153, obs. J. MESTRE.

¹⁰⁸ V. *infra*, n°118, à propos du risque d'abus d'une prérogative unilatérale.

¹⁰⁹ V. notamment, C. AUBERT DE VINCELLES, *La fixation unilatérale du prix*, *RDC* 2015, n°3, p. 755 et F. LABARTHE, *La fixation unilatérale du prix dans les contrats cadre et prestations de service*, *JCP G* 2016, n°23, p. 642.

¹¹⁰ J. MOURY, *La fixation unilatérale du prix dans les contrats cadre*, *AJCA* 2016, p. 123.

l'intervention du juge dans l'exécution »¹¹¹ et par le contrôle de l'abus dans l'exercice de cette prérogative¹¹².

32. La construction du contrat révèle ainsi une réelle unilatéralité. Antérieure à la conclusion du contrat celle-ci n'est pas encore controversée. Les prérogatives unilatérales intervenant lors de la conclusion du contrat font l'objet d'une appréciation plus nuancée.

SECTION 2 – L'UNILATÉRALITÉ LORS DE LA CONCLUSION DU CONTRAT

33. Les conséquences de la conclusion du contrat en matière d'unilatéralisme - Lors de la conclusion du contrat, la situation juridique des parties évolue. Elles deviennent débitrices, créancières et plus largement contractantes. Cette qualification n'est pas sans conséquences. La conclusion du contrat marque la rupture entre une période de liberté et une période de contrainte, justifiée par l'existence d'un rapport d'obligations. Le caractère unilatéral d'une prérogative ne sera pas appréhendé de la même manière en fonction des différentes périodes. Il existe ainsi un instant unique qui permet de basculer d'une phase qui envisage l'unilatéralité comme un outil de technique juridique au service de la liberté contractuelle, à une autre où l'unilatéralité deviendrait paradoxale, inappropriée voire dangereuse. C'est au sein de cette deuxième phase, postérieure à la conclusion du contrat, que les auteurs parlent de l'unilatéralisme qui, « *brise ou prolonge le contrat, freine ou accélère sa marche, parfois en corrige la direction, le perturbe en tout cas...* »¹¹³.

L'unilatéralisme, courant doctrinal constatant l'essor des prérogatives unilatérales dans le contrat, met en avant leur caractère récent en se fondant sur les articles issus de la réforme. Pour autant, dès les années 1970, le législateur a prévu la possibilité d'aménager le moment de la conclusion du contrat en la retardant ou en permettant à un contractant de revenir sur son consentement. Postérieures à la rencontre de l'offre et de l'acceptation, manifestations de volontés unilatérales formant le contrat (§1) ces prérogatives témoignent de la prédominance d'une seule volonté une fois le contrat formé (§2).

§1 – LA RENCONTRE DE DEUX VOLONTÉS UNILATÉRALES

34. Le rôle de la volonté individuelle dans la conclusion du contrat - Le Code civil de 1804 a fait de la volonté individuelle la principale source d'obligations¹¹⁴. Le contrat se forme par la rencontre

¹¹¹ L. GRYNBAUM, *De l'unilatéralisme tempéré par l'intervention du juge dans l'exécution*, RDC 2007, n°3, p. 976.

¹¹² V. *infra*, n°140.

¹¹³ PH. JESTAZ, *rapport de synthèse*, in *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, actes du colloque annuel de 1998 du centre de recherche européen de droit des obligations de l'Université Paris XII et du Centre de droit des contrats de l'Université de Lille 2, *Economica*, 1999, sous la direction de C. JAMIN et D. MAZEAUD, p. 99.

¹¹⁴ V. *supra*, n°4, à propos de la réception par le Code civil de la théorie de l'autonomie de la volonté.

des volontés des parties en vertu du principe du consensualisme¹¹⁵. La volonté s'analyse en une faculté de vouloir « *qui comprend un élément psychologique (volonté interne) et un élément d'extériorisation (volonté déclarée)* »¹¹⁶.

35. L'élément psychologique de la volonté - L'élément psychologique, inhérent à l'individu, renvoie à la réflexion intellectuelle. Cette dernière « *implique la conscience des éléments de l'opération envisagée et l'intention de réaliser celle-ci en concluant le contrat* »¹¹⁷. La formule n'est pas sans rappeler la notion de dol général du droit pénal, composante de l'élément moral de l'infraction. Afin qu'un individu soit pénalement responsable d'un acte qu'il a commis, il doit avoir agi avec une intelligence lucide et une volonté libre¹¹⁸. Le raisonnement est le même en droit civil. Seul un individu conscient de la réalité du contrat qu'il s'apprête à conclure, de ses conséquences pratiques, et qui, en toute connaissance de cause à tout de même l'intention de l'accepter ou de le proposer, peut se voir soumis à sa loi contractuelle. « *Nous sommes ici dans un domaine où la volonté des particuliers règne en souveraine maîtresse. C'est elle qui dit le droit.* »¹¹⁹. Il y a un caractère individuel et unilatéral inhérent à la volonté contractante. Certains auteurs ont distingué le consentement de la volonté en avançant que par cette dernière « *la personne manifeste sa puissance* »¹²⁰. Le consentement est une simple conséquence de la force des volontés, l'objet de celle-ci. C'est la raison pour laquelle sa réalité et son sérieux font l'objet d'une vérification, notamment par l'intermédiaire de la théorie des vices du consentement. La sanction, la nullité du contrat pour défaut dans sa formation, témoigne de l'importance accordée à la volonté dans l'acte juridique. L'élément psychologique est nécessaire mais insuffisant pour caractériser la volonté de contracter.

36. L'extériorisation de la volonté - C'est l'extériorisation de cette volonté qui lui attribue sa valeur juridique¹²¹, son efficacité. La volonté interne doit être portée à la connaissance des tiers par une déclaration de volonté ou manifestation de volonté, sans quoi elle reste insaisissable. La manifestation de volonté est traditionnellement définie comme « *tout comportement, actif ou passif, qui permet de conclure à l'existence d'une certaine volonté* »¹²². Par ce comportement, la volonté cesse d'être une

¹¹⁵ Le principe du consensualisme, en vertu duquel le contrat est parfait dès la rencontre des volontés a été consacré par l'article 1172 du Code civil qui dispose que « *les contrats sont par principe consensuels* » ; les principes Unidroit dans l'article 1.2 qui précisent que « *ces principes n'imposent pas que le contrat, la déclaration ou tout autre acte soit conclu ou constaté sous une forme particulière* » ; et enfin, l'article 2 : 101 des Principes du droit européen des contrats qui dispose qu'« *un contrat est conclu dès lors que les parties entendaient être liées juridiquement et sont parvenues à un accord suffisant, sans qu'aucune autre condition soit requise* ».

¹¹⁶ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Puf, 10^e édition, 2014, p. 1082.

¹¹⁷ G. MARTY ET P. RAYNAUD, *Droit civil, tome II, premier volume, les obligations*, Sirey, 1962, p. 75, n°95.

¹¹⁸ V. R. MERLE ET A. VITU, *Traité de droit criminel, Tome 1*, Cujas, 4^e édition, 1981, p. 657, n°527.

¹¹⁹ H. CAPITANT ET A. COLIN, *Cours élémentaire de droit civil français, Tome 2*, Dalloz, 4^e édition, 1924, p. 257.

¹²⁰ M.-A. FRISON-ROCHE, *Remarques sur la distinction de la volonté et du consentement en droit des contrats*, *RTD civ.* 1995, p. 573.

¹²¹ G. MARTY ET P. RAYNAUD, *Droit civil, tome II, premier volume, les obligations*, Sirey, 1962, p. 76, n°96.

¹²² A. RIEG, *Rapport sur les modes non formels d'expression de la volonté en droit civil français*, *Trav. assoc.* H. CAPITANT, 1968, p. 43, n°3.

simple démarche de l'esprit pour pénétrer sur le plan social¹²³. La rencontre de deux volontés unilatérales extériorisées marque le moment de la conclusion du contrat.

37. Le concours des volontés - « *Dans tout contrat, le concours des volontés se réalise par la rencontre d'une offre et d'une acceptation* »¹²⁴. L'article 1113 du Code civil définit ces mécanismes comme des manifestations de volontés unilatérales, résultant d'une déclaration ou d'un comportement non équivoque de leur auteur et qui témoigne de sa volonté d'être juridiquement lié. L'unilatéralité est manifestement à la base de la conclusion du contrat, comme il conviendra de l'observer en abordant l'offre (A) dans un premier temps, suivi de l'acceptation (B).

A – L'OFFRE, MANIFESTATION DE VOLONTÉ UNILATÉRALE DU POLLICITANT

38. La notion d'offre - L'offre constitue la première étape de la formation du contrat. Le nouvel article 1114 du Code civil précise les conditions requises pour son efficacité et se contente de la qualifier de manifestation de volonté, s'accordant ainsi avec l'avant-projet de réforme rédigé par le groupe dirigé par le Professeur Terré. L'offre est la manifestation de volonté destinée, par le seul fait de son acceptation à la conclusion d'un contrat¹²⁵. Si l'acceptation est nécessaire et suffisante pour former le contrat lorsqu'elle épouse la proposition faite, l'offre en question doit revêtir certaines caractéristiques.

39. Les caractéristiques de l'offre – Toute proposition de contracter ne constitue pas une offre. L'acceptation pure et simple de l'offre doit suffire à conclure le contrat. Les éléments essentiels de ce dernier doivent être précisés dans l'offre, peu importe qu'ils aient été négociés en amont ou simplement présentés pour adhésion¹²⁶. L'efficacité de l'offre est subordonnée à sa précision et à sa fermeté, sans quoi elle pourra se voir qualifiée de simple invitation à négocier.

L'offre doit être précise – La précision de l'offre renvoie à la détermination des éléments essentiels du contrat. En vertu de la liberté contractuelle, les parties disposent d'une marge de manœuvre assez large pour définir ce qu'elles entendent par « *éléments essentiels* ». En effet, certaines considérations peuvent être subjectivement fondamentales. La jurisprudence s'est tout de même attachée à fixer les contours de cette exigence. Le législateur également, pour certains contrats spéciaux, comme la vente dont l'article 1583 exige la détermination du prix et de la chose.

¹²³ H. MAZEAUD, L. MAZEAUD, J. MAZEAUD ET F. CHABAS, *Leçons de droit civil, Tome II premier volume : Obligations théorie générale*, Montchrestien, 8^e édition, 1991, p. 118, n°129.

¹²⁴ G. MARTY ET P. RAYNAUD, *Droit civil, tome II, premier volume, les obligations*, Sirey, 1962, p. 81, n°98.

¹²⁵ J. GHESTIN, G. LOISEAU ET Y.-M. SERINET, *Traité de droit civil, La formation du contrat*, LGDJ, 4^e édition, 2013, p. 617, n°840.

¹²⁶ V. Art. 1114 C. civ. : « *L'offre faite à personne déterminée ou indéterminée, comprend les éléments essentiels du contrat envisagé et exprime la volonté de son auteur d'être lié en cas d'acceptation.* »

L'offre doit être ferme - L'offre de contracter doit exprimer l'intention réelle de son auteur d'être juridiquement lié en cas d'acceptation. La Cour de cassation l'a expressément rappelé entre commerçants¹²⁷. Lorsque l'offrant conserve la possibilité de refuser son contractant, il s'agit une restriction apportée à son engagement. L'offre faite avec réserve n'est pas ferme, ni définitive. Elle est justifiée dans certains cas, comme lorsque le contrat est de nature *intuitu personae*, et licite si elle présente un caractère objectif indépendant de la seule volonté de l'offrant. Malgré la période antérieure à la formation effective du contrat (qui rappelons le, exige l'acceptation) l'offre est particulièrement encadrée. Est refusée à l'offrant une part d'unilatéralité et de liberté pour les besoins de la sécurité juridique.

40. La rétractation de l'offre – La rétractation est l'acte juridique unilatéral par lequel le pollicitant révoque son offre. En l'absence de dispositions législatives dans le Code civil à cet égard jusqu'à la réforme, la jurisprudence a mis en place un régime complexe.

Lorsque l'offre n'est pas parvenue à son destinataire - L'offre est en principe librement révocable tant qu'elle n'est pas parvenue à son destinataire ou qu'elle n'a pas été acceptée¹²⁸. L'article 1115 du Code civil consacre désormais cette solution. La manifestation de volonté n'ayant pas été portée à la connaissance de l'autre, elle n'a aucune valeur juridique et ne risque en aucun cas de léser le destinataire, du moins dans la conception française de l'offre¹²⁹. A ce principe de libre révocation de l'offre non acceptée, il existe quelques tempéraments issus de la loi ou de la jurisprudence. La loi peut imposer au pollicitant de maintenir son offre pendant un certain délai, notamment dans le cadre d'offre de prêt pour l'achat d'un immeuble¹³⁰ et la révocation de celle-ci n'empêche pas la formation du contrat. La jurisprudence a également distingué en fonction du délai fixé par le pollicitant. Si l'offre est faite avec délai elle doit être maintenue jusqu'à expiration de celui-ci, en revanche, en l'absence de délai, elle est librement révocable. Ce dernier point est à nuancer, la jurisprudence a eu tendance à retenir l'existence d'un « *délai raisonnable* »¹³¹ pendant lequel l'offre devait être maintenue. Certaines décisions ont retenu que l'acceptation de l'offre intervenue postérieurement à la révocation forme le contrat en dépit de celle-ci¹³². Une fois parvenue à son destinataire et acceptée, l'offre ne peut être révoquée en raison de la force obligatoire du contrat, valablement formé.

Lorsque l'offre est parvenue à son destinataire - L'article 1116 du Code civil consacre la jurisprudence lorsque l'offre est déjà parvenue à son destinataire. Elle doit être maintenue pendant le délai prévu par l'offrant, ou à défaut, pendant un délai raisonnable. La rétractation de l'offre, en violation

¹²⁷ V. Cour cass. com., 6 mars 1990, *Bull. civ.* IV, n°74 ; *RTD civ.* 1990, p. 463, obs. J. MESTRE.

¹²⁸ V. Cour cass. civ. 3 février 1919, *D. P.* 1923. 1. 126.

¹²⁹ La comparaison est fréquente avec le système allemand qui considère qu'un individu proposant de conclure un contrat est lié par sa propre offre, sauf précision contraire.

¹³⁰ V. Art. 313-34 C. conso. « *L'envoi de l'offre oblige le prêteur à maintenir les conditions qu'elle indique pendant une durée minimale de trente jours à compter de sa réception par l'emprunteur* ».

¹³¹ V. Cour cass., civ. 3^e, 20 mai 2009, *RDC* 2009, p. 1325, obs. Y.-M LAITHIER.

¹³² V. Cour cass., civ. 3^e, 25 mai 2005, *RTD civ.* 2005, p. 775, obs. J. MESTRE ET B. FAGES.

de cette obligation de maintien, est sanctionnée par des dommages-intérêts et éventuellement, par la responsabilité extracontractuelle de son auteur. Pour autant, le destinataire de l'offre ne peut, à ce titre, réclamer l'exécution forcée du contrat ou la réparation des avantages attendus de celui-ci¹³³. Le comportement de l'offrant est certes sanctionné, mais il n'en est pas moins efficace. La rétractation de l'offre empêche la conclusion du contrat.

Antérieurement à la formation du contrat subsiste la liberté de l'offrant, ce dernier n'est donc pas contraint par sa propre volonté unilatérale ce qui interdit de voir dans l'offre, un engagement unilatéral. Cette affirmation est confirmée par les dispositions de la réforme relatives à la caducité de l'offre.

41. La caducité de l'offre – L'article 1117 du Code civil précise que « *l'offre est caduque à l'expiration du délai fixé par son auteur ou, à défaut, à l'issue d'un délai raisonnable. Elle l'est également en cas d'incapacité ou de décès de son auteur* ». Un contrat devient caduc lorsqu'un de ses éléments essentiels disparaît postérieurement à sa formation¹³⁴. La jurisprudence avait distingué de manière complexe entre les offres faites avec délai et sans délai. En unifiant les règles en la matière, la réforme rompt avec plusieurs tentatives de réflexions théoriques quant à la nature juridique de l'offre.

42. La nature juridique de l'offre – Des auteurs ont tenté de justifier les anciennes solutions jurisprudentielles imposant à l'offrant de maintenir son offre. Demolombe fût parmi les premiers à avancer une théorie relative à la nature juridique de l'offre en l'envisageant comme un avant-contrat¹³⁵. D'autres ont qualifié l'offre d'engagement unilatéral¹³⁶, acte juridique créant une obligation à la charge de son débiteur par le jeu de sa seule volonté. Le projet de réforme du groupe de travail mené par le professeur Catala qualifiait l'offre d'acte juridique unilatéral voire, d'engagement unilatéral. Cette qualification n'aurait pas été sans conséquences. En effet, la théorie de l'engagement unilatéral en tant que source d'obligation reviendrait à considérer qu'une fois émise, l'offre aurait une existence autonome et qu'elle subsisterait indépendamment du maintien réel de la volonté de son auteur. Cette théorie aurait pu justifier l'obligation de maintien de l'offre et en matière de caducité, elle aurait pu aboutir au maintien de l'offre en cas de décès du pollicitant. Plus récemment, c'est la notion de bonne foi, également consacrée par la réforme qui a été envisagée comme fondement de l'obligation de maintien de l'offre¹³⁷. En réfutant la qualification d'engagement unilatéral de l'offre, le législateur souhaite conserver la liberté

¹³³ Y.-E LE BOS, *Le retrait anticipé de l'offre de contracter dans les projets français de réforme du droit des obligations*, LPA 2010, n°139, p. 4.

¹³⁴ V. Art. 1186 C. civ.

¹³⁵ G. MARTY ET P. RAYNAUD, *Droit civil, tome II, premier volume, les obligations*, Sirey, 1962, p. 85, n°103.

¹³⁶ La théorie de l'engagement unilatérale fût avancée en 1876 par un juriste autrichien nommé Siegel.

¹³⁷ J. ANTIPPAS, *De la bonne foi précontractuelle comme fondement de l'obligation de maintien de l'offre durant le délai indiqué*, RTD civ. 2013, p. 27.

du contractant inhérente à la période précontractuelle. Bien qu'il ne consacre pas la force obligatoire de la seule manifestation unilatérale de volonté, l'efficacité attribuée à la révocation de l'offre témoigne tout de même d'un pouvoir unilatéral.

L'offre reste une manifestation de volonté unilatérale dont l'acceptation formera le contrat.

B - L'ACCEPTATION, MANIFESTATION DE VOLONTÉ UNILATÉRALE FORMANT LE CONTRAT

43. La notion d'acceptation – Conformément à l'article 1118 du Code civil, l'acceptation est une manifestation de volonté unilatérale émanant soit du destinataire de l'offre, soit de la première personne y répondant lorsque l'offre est faite à personne indéterminée.

44. Les formes de l'acceptation – L'acceptant dispose d'une grande liberté dans la manière d'exprimer sa volonté d'accepter une offre de contrat. L'acceptation peut être expresse et résulter d'un écrit, d'une parole ou d'une mention manuscrite¹³⁸. Elle peut également être tacite et relever du comportement, par exemple, de l'exécution du contrat en question. S'est toutefois posée la question de la valeur juridique du silence de l'acceptant.

Le silence - L'adage propre à la matière juridique, « *qui ne dit mot ne consent pas* » laisse présumer la règle en la matière. L'acceptation ne peut pas se déduire d'un silence. La Cour de cassation avait déjà affirmé ce principe dans un arrêt du 25 mai 1870 en précisant que « *le silence de celui qu'on prétend obligé ne peut suffire, en l'absence de toute autre circonstance, pour faire preuve contre lui de l'obligation alléguée* »¹³⁹. Aujourd'hui, l'article 1120 du Code civil consacre cette solution. Pour autant, il existe certaines situations dans lesquelles le silence de l'acceptant sera efficace, « *tout risque d'équivoque disparaît lorsque la loi elle-même détermine la valeur à reconnaître au silence* »¹⁴⁰. Il arrive également qu'en vertu des usages ou simplement de l'intention des parties, le contrat soit considéré comme conclu même lorsque l'acceptant reste silencieux à cet égard. Enfin, il existe des cas particuliers dans lesquels l'offre est considérée comme faite dans l'intérêt exclusif de son destinataire et où l'on va simplement présumer l'acceptation.

L'adhésion - Indépendamment de la question du silence en tant qu'acceptation, c'est la notion d'adhésion qu'il convient de développer. La pratique des contrats d'adhésion est de plus en plus courante¹⁴¹. La conclusion du contrat résulte ainsi d'une adhésion du destinataire à l'ensemble du document contractuel, unilatéralement et préalablement rédigé. L'adhésion n'est autre que l'acceptation en bonne et due forme d'un contenu sur lequel l'adhérent n'a eu aucun pouvoir et aucun droit de regard.

¹³⁸ On trouve souvent, en pratique, la mention « *Lu et approuvé* » précédant la signature de l'acceptant.

¹³⁹ V. Cour cass. civ. 25 mai 1870, *D. P.* 1870, n°1, p. 257.

¹⁴⁰ J. GHESTIN, G. LOISEAU ET Y.-M. SERINET, *Traité de droit civil, La formation du contrat*, LGDJ, 4^e édition, 2013, p. 642, n°875.

¹⁴¹ V. *supra*, n°25 rel. au contrat d'adhésion.

45. Les caractéristiques de l'acceptation - Malgré une grande liberté dans le mode d'expression de l'acceptation, elle doit présenter certaines caractéristiques. L'acceptation doit être pure et simple. Elle doit, à ce titre, épouser parfaitement les termes de l'offre sans avoir à y apporter de modifications ou de précisions. La concordance entre l'offre et l'acceptation prouve l'accord de volontés sur les éléments essentiels à la validité du contrat. D'ailleurs, seul ce qui a été accepté par le bénéficiaire de l'offre sera juridiquement contraignant comme le précise le nouvel article 1119 du Code civil¹⁴² à propos des conditions générales.

46. La formation du contrat - L'acceptation forme le contrat. Au moment de la réception de celle-ci par l'offrant, les parties basculent dans l'ordre contractuel conformément à l'article 1121 du Code civil¹⁴³. Certains auteurs n'ont pas manqué de souligner que la distinction entre la formation et l'exécution du contrat n'est pas nette et que les « *frontières conceptuelles et temporelles du contrat sont relatives* »¹⁴⁴. Toujours est-il que postérieurement à sa conclusion, ce sont les règles de l'exécution du contrat qui prennent le relais. En principe il n'est pas possible de revenir sur son acceptation puisque le contrat est formé. Il faudrait pour cela « *admettre dans les relations contractuelles qu'un contractant puisse ne pas respecter sa parole et revenir ainsi sur son engagement initial* »¹⁴⁵. La loi et les parties ont aménagé la conclusion du contrat, en octroyant dans certains cas la possibilité pour une partie de revenir sur son consentement, témoignant, ainsi, de la prédominance d'une volonté unilatérale dans le contrat.

§2 – LA PRÉDOMINANCE D'UNE VOLONTÉ UNILATÉRALE

47. Les premières manifestations de l'unilatéralisme – La doctrine constatant l'essor des prérogatives unilatérales l'envisage sous l'angle de la nouveauté de la réforme. Au sein du « *nouveau monde contractuel* » se trouverait « *toujours plus d'unilatéralisme* »¹⁴⁶. Pourtant le contrat ne se cantonne pas à la lettre du Code civil. Les législations spéciales ont développé des solutions spécifiques ayant pour finalité la protection d'une partie faible. Ainsi, c'est très tôt que la possibilité de revenir unilatéralement sur son engagement a été consacrée, avec un champ d'application restreint. Le caractère neuf de l'unilatéralisme avancé par les auteurs en doctrine, concerne ainsi la théorie générale du contrat contenue dans le Code, qui, seulement depuis 2016, prendrait acte des évolutions de la matière.

¹⁴² Art. 1191 al. 1 C. civ. : « *Les conditions générales invoquées par une partie n'ont effet à l'égard de l'autre que si elles ont été portées à la connaissance de celle-ci et si elle les a acceptées* ».

¹⁴³ Art. 1121 C. civ. : « *Le contrat est conclu dès que l'acceptation parvient à l'offrant. Il est réputé l'être au lieu où l'acceptation est parvenue* ».

¹⁴⁴ D. MAZEAUD, *Regards positifs et prospectifs sur le nouveau monde contractuel*, LPA 2004, n°92, p. 47.

¹⁴⁵ E. BAZIN, *Le droit de repentir en droit de la consommation*, D. 2008.3028.

¹⁴⁶ D. MAZEAUD, *Regards positifs et prospectifs sur le nouveau monde contractuel*, LPA 2004, n°92, p. 47.

C'est aux droits spéciaux d'inspiration consumériste que l'on doit certainement les premières manifestations de l'unilatéralisme dans le contrat.

48. L'insertion dans le droit commun – L'avant-projet de réforme Catala et le projet de réforme du droit des contrats de la Chancellerie souhaitaient intégrer au sein du Code civil ces mécanismes propres aux législations spéciales. Le nouvel article 1122 du Code civil dispose que « *la loi ou le contrat peuvent prévoir un délai de réflexion, qui est le délai avant l'expiration duquel le destinataire de l'offre ne peut manifester son acceptation ou un délai de rétractation qui est le délai avant l'expiration duquel son bénéficiaire peut rétracter son consentement.* » Si pour certains auteurs, l'intégration « *mérite d'être saluée* » car elle permet de redorer le blason du droit commun en renforçant « *sa fonction de matrice des concepts contractuels* »¹⁴⁷, il convient de constater qu'il ne s'agit que d'une définition des mécanismes. Il prend acte de l'existence de ceux-ci, sans préciser leur domaine d'application ou renvoyer à des dispositions spéciales. Il conviendra d'envisager successivement les prérogatives unilatérales accordées par la loi (A) puis celles attribuées par le contrat (B).

A – LES DROITS DE RÉTRACTATION UNILATÉRALE D'ORIGINE LÉGALE

49. L'apport des droits spéciaux – Le droit de la consommation a institué des délais de réflexion¹⁴⁸ et de rétractation pour les consommateurs. La loi du 12 juillet 1971¹⁴⁹ relative à l'enseignement à distance fût la première à permettre au consommateur de revenir sur son consentement, postérieurement à la formation du contrat pendant un certain délai. Par la suite, la loi du 3 janvier 1972 relative au démarchage financier¹⁵⁰ puis celle du 22 décembre de la même année relative au démarchage à domicile¹⁵¹ ont repris ce mécanisme. Celui-ci fut ensuite étendu aux crédits à la consommation avec la loi du 10 janvier 1978¹⁵². Le droit de la consommation reste en quelque sorte le domaine de prédilection de ce « *droit de repentir* », suivi par des droits spéciaux d'inspiration consumériste comme le droit de l'immobilier¹⁵³ ou le droit du travail.

¹⁴⁷ J. GHESTIN, G. LOISEAU ET Y.-M. SERINET, *Traité de droit civil, La formation du contrat*, LGDJ, 4^e édition, 2013, p. 654, n°889.

¹⁴⁸ Le mécanisme du délai de réflexion n'est pas à proprement parler une manifestation de l'unilatéralité. En effet, il s'agit simplement d'un délai imposé suivant l'offre de contrat, pendant lequel le destinataire de celle-ci ne peut l'accepter. Le contrat n'est pas encore formé, il est simplement question de laisser du temps à l'acceptant pour faire son choix.

¹⁴⁹ Loi n°71-556 du 12 juillet 1971 relative à l'enseignement à distance dont les dispositions ont été intégrées aux Art. L.444-1 et s. du Code de l'éducation.

¹⁵⁰ Loi n°72-6 du 3 janvier 1972 dont les dispositions ont été intégrées aux Art. L.341-1 et s. du Code monétaire et financier.

¹⁵¹ Loi n°72-1137 du 22 décembre 1972 dont les dispositions ont été intégrées aux Art. L.221-18 et s. du Code de la consommation.

¹⁵² Loi n°78-22 du 10 janvier 1978 relative à l'information et à la protection des consommateurs dans le domaine de certaines opérations de crédit.

¹⁵³ V. Art. L.271-1 CCH relatif à l'acquisition ou la construction d'un immeuble à usage d'habitation.

50. Le caractère unilatéral du droit de rétractation – L'unilatéralité innerve le mécanisme du droit de rétractation. Le contrat est valablement formé par la rencontre de l'offre et de l'acceptation, des volontés de chaque contractant. L'impossibilité pour une partie de revenir seule sur la parole donnée est de principe¹⁵⁴. Pourtant, par l'intermédiaire de ce délai de rétractation, c'est un véritable droit unilatéral et arbitraire dans son exercice qui est octroyé à un contractant. Ce droit a pour fonction la possibilité de revenir sur son consentement. Le maintien du contrat est subordonné à la volonté unilatérale du titulaire de la faculté de rétractation. C'est comme si « *le consentement n'avait pas été coupé de sa source de la volonté, comme si la constitution du contrat n'en avait pas brisé le lien* »¹⁵⁵. L'exercice de ce droit est discrétionnaire, le consommateur n'a pas à motiver sa décision. Les auteurs ont longtemps discuté la nature juridique des droits de repentir ou de rétractation. Celui-ci peut être analysé comme une technique de formation successive du contrat ou comme une technique permettant au consommateur de revenir sur un contrat déjà valablement formé¹⁵⁶. C'est naturellement dans cette seconde analyse que le caractère unilatéraliste du droit de rétractation est le plus marqué. Il en est de même pour la clause de dédit.

B – LE DROIT DE RÉTRACTATION UNILATÉRALE D'ORIGINE CONVENTIONNELLE

51. La source conventionnelle de la clause de dédit - En vertu du principe de la liberté contractuelle, les parties à l'acte peuvent décider d'y insérer une clause, communément appelée clause de dédit, leur permettant de « *se dédire, [...] d'effacer par volonté unilatérale le contrat* »¹⁵⁷. Le caractère unilatéral évoqué par la définition d'une telle clause est indéniable, bien qu'il semble compensé par son origine contractuelle. Issu de l'accord des volontés, ce mécanisme apparaît aux yeux de la doctrine moins contradictoire que son voisin d'origine légale. Il s'agit pourtant d'une des plus significatives manifestations de la tendance unilatéraliste du droit des contrats et, fondée sur le principe de la liberté contractuelle, certainement l'une des plus anciennes. Le Code civil de 1804 restait muet à ce sujet, plus rebuté par la nature unilatérale du droit accordé que par sa nature contractuelle. Toutefois, à

¹⁵⁴ L'adage *pacta sunt servanda* devenu un principe juridique fondamental, pierre angulaire du droit des contrats, est issu du remaniement du droit romain par les canonistes. Ils ont imprégné le droit de valeurs morales chrétiennes en cherchant à préserver la fidélité contractuelle. V. en ce sens, E. BAZIN, *Le droit de repentir en droit de la consommation*, D.2008.3028.

¹⁵⁵ M.-A FRISON-ROCHE, *Unilatéralité et consentement*, in *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, op. cit., p.25.

¹⁵⁶ V. contre l'idée d'une formation successive du contrat : J. CARBONNIER, *Droit civil, Tome 2 : Les biens, les obligations*, Puf, Quadrige Manuels, 2017, p. 2121, n°1030 : « *Une question théorique, quelle est la nature du mécanisme ? Il ne faut surtout pas essayer de le faire entrer dans le processus de formation du contrat : c'est à l'intérieur d'un contrat déjà conclu que vient jouer le repentir contractuel* ». V. pour un résumé des positions doctrinales sur le sujet : F. TERRÉ, PH. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil : les obligations*, Dalloz, Précis de droit civil, 11^e édition, 2013, p. 298, n°263.

¹⁵⁷ L. BOYER, *La clause de dédit*, In *Mélanges offerts à P. RAYNAUD*, Dalloz-Sirey, 1985, p. 41.

une époque où les excès de l'autonomie de la volonté furent dénoncés, le droit en question pouvait n'être conventionnel que par sa forme.

L'origine conventionnelle d'une prérogative n'était qu'une façade derrière laquelle s'abritait l'unilatéralité parfaite du contractant le plus fort.

52. Le régime de la clause de dédit – Par définition, le droit de se dédire de son engagement précède l'exécution de celui-ci. Ainsi, un commencement d'exécution constitue une renonciation tacite à se prévaloir de son droit de dédit¹⁵⁸. Une fois exercé, il est irrévocable¹⁵⁹. Le droit de dédit conventionnel était, jusqu'à un arrêt rendu par la Cour de cassation en 1976¹⁶⁰, un droit discrétionnaire. Les auteurs affirmaient que le contractant bénéficiaire de la clause de dédit n'avait pas à motiver sa décision, ni à se préoccuper des dommages qu'elle causerait¹⁶¹. La mise en œuvre de la faculté de dédit n'est en réalité pas différente de celle des autres prérogatives unilatérales, comme on pourra le constater. Mais ces prérogatives ne se cantonnent pas à la formation du contrat, elles affectent également son exécution.

53. Conclusion du chapitre 1 – La formation du contrat est dominée par l'unilatéralité. Sa conclusion résulte, en effet, de la manifestation de deux volontés unilatérales. Avant qu'elles ne se rencontrent, elles sont arbitraires et libres. Cette liberté se manifeste également, parfois, postérieurement à la conclusion du contrat par l'exercice d'un droit de rétractation. Souvent, la construction même du contrat est unilatérale.

Toutefois cette unilatéralité n'est pas absolue, l'exigence de bonne foi accompagne déjà l'exercice de la prérogative unilatérale, par exemple en cas de rupture des négociations. L'unilatéralité, naturelle au stade de la formation du contrat, peut être encadrée par convention par exemple, au moyen de la promesse de contrat.

L'unilatéralisme se révèle ainsi dès le stade de la formation du contrat où se manifestent autant les prérogatives unilatérales, que les risques qui les accompagnent. C'est principalement au stade de l'exécution du contrat, où les prérogatives unilatérales se confrontent à la force obligatoire de l'accord de volonté, que les auteurs soulignent l'unilatéralisme dans le contrat.

¹⁵⁸ V. Cour cass. Com, 30 oct. 2000, n°98-11.224, D. 2001.3241, obs. D. MAZEAUD : *le paiement par l'acheteur d'une partie du prix était analysé comme une renonciation implicite à sa faculté de dédit.*

¹⁵⁹ V. Cour cass. civ. 3^e, 13 mars 2012, n°11-12.232.

¹⁶⁰ V. Cour cass. civ. 3^e, 11 mai 1976, *Bull. civ. III*, n°199, p. 255, où la Cour a considéré qu'un droit de dédit exercé de mauvaise foi peut être privé d'effet.

¹⁶¹ J. GRANOTIER, *Le droit unilatéral de rompre le contrat, de la faculté de dédit à la clause de break up fees*, D.2014.1960.

54. L’exécution du contrat – L’existence du contrat ne s’étudie qu’après sa naissance. Les ouvrages abordent fréquemment la formation du contrat, puis son exécution. Certains d’entre eux préfèrent nommer cette seconde étape, les effets du contrat¹⁶². Il s’agit de traiter des notions qui organisent la vie du contrat, permettent son exécution ou sanctionnent son inexécution. Parmi ces notions phares, la force obligatoire, pierre angulaire du droit des contrats¹⁶³, est le principe par lequel « *les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits* »¹⁶⁴.

55. La force obligatoire du contrat – La force obligatoire du contrat justifie la nature contraignante du lien d’obligation. Une fois le contrat valablement formé, « *les parties doivent s’y soumettre aussi bien qu’à la règle légale et le juge doit en imposer le respect aussi bien que celui de la loi* »¹⁶⁵. Si l’unilatéralité fait indéniablement partie du processus d’élaboration du contrat¹⁶⁶, il semblerait qu’en raison de la force obligatoire de celui-ci, elle ne dispose d’aucun espace au stade de son exécution. L’unilatéralisme est considéré par une large partie de la doctrine comme inconciliable avec le principe de la force obligatoire du contrat¹⁶⁷ qui fait de celui-ci un acte impératif et immuable. Le contrat s’impose aux parties qui ne peuvent le modifier ou le révoquer que par consentement mutuel.¹⁶⁸ Cependant, il existe des prérogatives unilatérales dans le contrat dont la présence semble bousculer la conception traditionnelle du principe de la force obligatoire et qu’il conviendra de mettre au jour. Elles se distinguent par leur finalité¹⁶⁹, certaines ont pour objectif la sauvegarde du contrat (*Section 1*), d’autres son anéantissement (*Section 2*).

¹⁶² V. F. TERRÉ, PH. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil : les obligations*, Dalloz, Précis de droit civil, 11^e édition, 2013, p. 483, n°437, et G. MARTY ET P. RAYNAUD, *Droit civil, tome II, premier volume, les obligations*, Sirey, 1962, p. 203, n°221.

¹⁶³ J. JULIEN, *Droit des obligations*, Bruylant, coll. Paradigme, 3^e édition, 2017, p. 136, n°141.

¹⁶⁴ V. Art. 1103 C. civ.

¹⁶⁵ G. MARTY ET P. RAYNAUD, *Droit civil, tome II, premier volume, les obligations*, Sirey, 1962, p. 204, n°222.

¹⁶⁶ V. *supra*, n°12 et s.

¹⁶⁷ *Contra* : P. LEMAY, *Le principe de la force obligatoire à l’épreuve du développement de l’unilatéralisme*, Mare & Martin, Bibliothèque des thèses, 2014, où l’auteur avance l’idée d’un renouvellement du principe de la force obligatoire par le développement de l’unilatéralisme.

¹⁶⁸ V. art. 1193 C. civ.

¹⁶⁹ V. pour une classification des manifestations de l’unilatéralisme : P. LEMAY, *Le principe de la force obligatoire à l’épreuve du développement de l’unilatéralisme*, *op. cit.*, l’auteur distingue l’unilatéralisme sanction de l’unilatéralisme adaptation, suivant le pouvoir d’influencer la relation contractuelle alors qu’aucune faute n’a été commise ou au contraire, en cas d’inexécution.

56. L'intérêt de sauver le contrat – Il est parfois préférable de sauver le contrat en cours, malgré quelques imperfections relatives à son exécution, plutôt que de le réduire à néant. Certaines situations commandent l'évolution de l'acte juridique plutôt que sa destruction. Sauver le contrat ne signifie pas le maintenir tel quel dans un environnement inapproprié à son exécution.

Sauver le contrat, c'est lui permettre de s'adapter à la transformation du contexte économique dans lequel il est né, quand bien même son intangibilité théorique ne le lui autoriserait pas. C'est également lui permettre de s'adapter à l'évolution des besoins de ses propres contractants ou bien, dans la mesure du possible, de survivre à une inexécution. Toutes ces adaptations, ces modifications doivent en principe se faire à deux. Pourtant, l'unilatéralité peut être un instrument économique et juridique efficace en la matière¹⁷⁰.

57. Le succès du pragmatisme – L'unilatéralité est déjà utilisée dans la période précontractuelle où elle est fondée sur le principe de liberté¹⁷¹. Accorder des prérogatives unilatérales afin de débloquer une situation paraît être une solution pragmatique mais qui contrevient à la conception française du contrat et aux principes qui en découlent. Pourtant, très tôt, certains auteurs ont considéré que « *la règle de droit conventionnelle [...] est destinée à se modifier dans certains cas, sans le consentement de tous les signataires* »¹⁷². La réforme du Code civil, « *moins inspirée par une pulsion idéologique que par une volonté pragmatique de trouver des accommodements* »¹⁷³ consacre à ce sujet une certaine part d'unilatéralité. Celle-ci se situe principalement au stade de l'initiative de la prérogative qui se solde souvent par une décision conventionnelle ou judiciaire¹⁷⁴. C'est donc frileusement que le Code civil accorde une place à l'unilatéralité dans la modification du contrat (§1). Toujours en quête de pragmatisme et d'attractivité du modèle juridique français, les avants projets de réforme employaient, à l'article 1217 relatif à l'inexécution du contrat, le terme significatif de « remèdes » à l'inexécution¹⁷⁵. Cette formule, d'inspiration anglo-saxonne, tranche avec la conception française où l'inexécution d'un contrat entraîne systématiquement la sanction. La réforme n'a pas consacré l'expression, lui préférant de manière plus classique celle de *sanction*. Cependant, la finalité des mécanismes listés à l'article 1217

¹⁷⁰ V. M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations, Tome 1 – Contrat et engagement unilatéral*, Puf, coll. Thémis droit privé, 4^e édition, 2016, p. 571, n°505 : « *Il faut laisser un certain pouvoir unilatéral à chaque contractant pour assurer l'adaptation du contrat aux changements de circonstances et donc permettre la survie de celui-ci* ».

¹⁷¹ V. *supra*, n°23, à propos de la liberté, fondement de l'unilatéralité précontractuelle.

¹⁷² R. DEMOGUE, *Des modifications aux contrats par volonté unilatérale*, collection tiré à part, Dalloz 2013, p. 2.

¹⁷³ PH. STOFFEL-MUNCK, *L'imprévision et la réforme des effets du contrat*, RDC 2016, n°112z5, p. 30.

¹⁷⁴ V. *infra*, n°159 et s., rel. au pouvoir décisionnel du juge en matière d'unilatéralité.

¹⁷⁵ V. M. MEKKI, *Les remèdes à l'inexécution dans le projet d'ordonnance portant réforme du droit des obligations*, *Gaz. Pal.* 2015, n°120, p. 37.

semble être de préserver le contrat, plutôt que de le détruire. Le terme de « *remèdes* » à l'inexécution du contrat semble encore d'actualité (§2).

§1 – L'UNILATÉRALITÉ DANS LA MODIFICATION DU CONTRAT

58. La modification unilatérale du contrat – « *De ces trois termes, modification, unilatérale et contrat, le juriste pense connaître le troisième* »¹⁷⁶, qui lui semble incompatible avec les deux premiers. « *Admettre la modification d'une convention sans le consentement de tous, n'est-ce pas détruire la sécurité sociale que crée le contrat ?* »¹⁷⁷. La modification d'un acte juridique se définit comme un changement partiel¹⁷⁸ ou plus précisément comme l'opération qui institue un changement dans un élément du contrat au cours de son exécution¹⁷⁹. Le contrat étant par principe immuable, un tel changement s'effectue d'un commun accord, notamment par le biais d'un avenant au contrat. La modification unilatérale peut aussi bien désigner une modification affectant l'obligation d'une seule partie, qu'une modification dont une seule partie serait à l'origine. C'est dans ce deuxième sens que sera envisagée la modification unilatérale du contrat.

59. La modification à la rescousse du contrat – Permettre la modification unilatérale du contrat c'est accepter que, par l'action d'un seul, le contrat soit atteint dans sa substance. Certains auteurs considéreront qu'un contrat modifié unilatéralement est un autre contrat que celui conclu à l'origine, les nouveautés ou modifications effectuées ayant échappées à l'accord de volonté initial¹⁸⁰. Dès lors, parler de modification unilatérale permettant la sauvegarde du contrat peut paraître étonnant. En pratique, une modification du contrat peut être la raison de sa survie et témoigner, ainsi, de sa faculté d'adaptation. L'intérêt d'une marge de manœuvre unilatérale se révèle lorsque tous les contractants ne sont pas attentifs de la même manière à l'exécution du contrat ou à l'évolution de son environnement économique. Celui dont les intérêts seront lésés réagira plus rapidement afin de permettre à la situation d'évoluer et non point de stagner. Pouvoir modifier unilatéralement le contrat accorde une possibilité réelle de veiller à ses intérêts. Bien que pour certains auteurs « *le droit peut n'être pas nécessairement et systématiquement hostile à la modification unilatérale* »¹⁸¹, le cap reste à franchir. Les exemples de

¹⁷⁶ H. LÉCUYER, *La modification unilatérale du contrat*, in *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, op. cit., p. 47.

¹⁷⁷ R. DEMOGUE, *Des modifications aux contrats par volonté unilatérale*, collection tiré à part, Dalloz 2013, p. 3.

¹⁷⁸ V. *modification*, in G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Puf, 10^e édition, 2014, p. 664.

¹⁷⁹ A. GHOZI, *La modification de l'obligation par la volonté des parties*, Thèse, LGDJ., 1980.

¹⁸⁰ V. M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations, Tome 1 – Contrat et engagement unilatéral*, Puf, coll. Thémis droit privé, 4^e édition, 2016, p. 554, n°495.

¹⁸¹ H. LÉCUYER, *La modification unilatérale du contrat*, in *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, op. cit., p. 50.

modification du contrat décidées unilatéralement demeurent marginales¹⁸². Toutefois, le Code civil accorde une place importante à l'impulsion unilatérale, initiative efficace lorsqu'il s'agit de modifier le contenu du contrat.

60. L'initiative unilatérale de modification du contrat - L'initiative unilatérale peut prendre deux formes. La forme d'une offre faite au contractant qui sera éventuellement suivie d'une décision conventionnelle de modification, ou bien celle d'une demande faite au juge dont la décision fondera la modification¹⁸³. Il est vrai que la période contractuelle est contraignante, toutefois, demeure la possibilité de demander quelque chose à son contractant voire au juge. La portée juridique d'une initiative unilatérale est minime. En revanche, sa portée pratique est considérable. Le Code civil consacre la possibilité pour une seule partie d'être à l'origine d'une modification contractuelle, avec la consécration de la théorie de l'imprévision.

A – LA CONSÉCRATION DE LA THÉORIE DE L'IMPRÉVISION

61. Le changement dans l'environnement du contrat - Lorsque la durée d'un contrat s'échelonne dans le temps, l'environnement dans lequel il a été conclu est susceptible d'évoluer au cours de son exécution. Certains changements de circonstances sont imprévisibles et peuvent rendre l'exécution d'une partie excessivement onéreuse, sans que celle-ci ne l'ait envisagé et accepté. Jusqu'à la réforme, le droit des contrats, souffrant du « *syndrome de Craponne* »¹⁸⁴ refusait d'accorder au juge la possibilité de réviser le contrat pour imprévision.

62. Le rejet jurisprudentiel de la théorie de l'imprévision – Depuis son célèbre arrêt *Canal de Craponne* du 6 mars 1876¹⁸⁵, la Cour de cassation a fermement refusé la révision judiciaire du contrat pour imprévision. Cette fameuse affaire concernait un contrat de fourniture d'eau destinée à alimenter des canaux d'irrigation. Ce contrat, conclu en 1567 fixait une redevance financière. Près de deux siècles plus tard, les circonstances économiques évoluent pour laisser les parties au contrat dans une situation délicate, la valeur de la monnaie baisse tandis que le coût de la main d'œuvre augmente¹⁸⁶. La Cour de cassation casse l'arrêt de la Cour d'appel d'Aix en Provence par lequel les juges décident de mettre en adéquation le montant de la redevance avec nouveaux frais d'entretien du canal. La Haute juridiction,

¹⁸² Il est possible de citer l'article 34 du Décret du 30 septembre 1953 modifié par la loi du 12 mai 1965 qui autorise le locataire à imposer la modification des activités prévues par le bail, au bailleur, qui ne pourra que contester le caractère connexe ou complémentaire de l'activité.

¹⁸³ H. LÉCUYER, *La modification unilatérale du contrat*, in *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, op. cit., p. 50.

¹⁸⁴ L. THIBIERGE, *Le contrat face à l'imprévu*, Thèse, recherches juridiques, *Economica*, 2011, n°5, p. 5.

¹⁸⁵ V. Cour cass. civ. 6 mars 1876, *D.P.* 1816.1.195 note GIBOULOT, et V. H. CAPITANT, F. TERRÉ, Y. LEQUETTE et F. CHÉNÉDÉ, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, Tome 2, Dalloz, 13^{ème} édition, 2015, p. 172, n°16.

¹⁸⁶ F. TERRÉ, PH. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil : les obligations*, Dalloz, Précis de droit civil, 11^e édition, 2013, p. 515, n°466.

en se fondant sur l'ancien article 1134 du Code civil en affirme la portée générale et absolue. Elle précise qu'il ne relève pas du pouvoir judiciaire de « *prendre en considération le temps et les circonstances pour modifier les conventions des parties et substituer des clauses nouvelles à celles qui ont été librement acceptées par les contractants* »¹⁸⁷. Certains auteurs considèrent que c'est par un « choix délibéré » que la Cour de cassation refuse de consacrer une telle révision du contrat¹⁸⁸. Les raisons de cette solution sont à la fois juridiques et économiques¹⁸⁹. Si de nos jours, le développement de l'unilatéralisme¹⁹⁰ incite les auteurs à craindre l'arbitraire d'une partie¹⁹¹, à l'époque, consacrer la révision judiciaire pour imprévision favorisait le risque d'arbitraire du juge. Confrontés à une telle interdiction, les parties aménagèrent des solutions alternatives en se fondant notamment sur le principe de la liberté contractuelle. Les clauses d'indexation fixent le prix à payer par référence à la valeur du produit, tandis que les clauses de révision¹⁹² font naître une obligation de renégociation à la charge des parties. La plus connue parmi ces dernières est la clause de *hardship*, issue de la pratique du commerce international. Par l'intermédiaire de cette clause, les parties conviennent d'engager des discussions sérieuses dès lors qu'un changement intervient dans l'équilibre initial du contrat et que celui-ci a pour conséquence de faire subir à l'un d'entre eux une rigueur injustifiée. Cette clause engendre une double obligation, celle d'entamer les négociations et de les mener de bonne foi. Ces conditions ont amené un auteur à fonder l'obligation de négocier la révision du contrat en cas d'imprévision sur la loyauté contractuelle¹⁹³. Ces solutions mettent en avant le contrat en tant qu'acte de prévision¹⁹⁴. Les parties sont tenues de prendre en considération la possibilité d'un imprévu. Par définition, l'imprévu est pourtant ce qui n'a pas été prévu, considéré ou envisagé. Et ce à la différence de l'incertain, prévu mais supposant un aléa. Dans ce dernier cas, le contrat a été construit en considération de ce risque aléatoire contrairement au premier, où « *l'aléa prend le contrat au dépourvu* »¹⁹⁵.

Cette conception refusant au juge le pouvoir de réviser le contrat et incitant les parties à prévoir l'imprévisible ne laissait aucune place à l'unilatéralisme. La réforme du droit des contrats en revanche, lui ouvre une fenêtre en garantissant l'effectivité de l'initiative d'un seul.

¹⁸⁷ V. Cour cass. civ. 6 mars 1876, D.P. 1816.1.195 note GIBOULOT, préc.

¹⁸⁸ V. en ce sens, J. CARBONNIER, *Droit civil, Tome 2 : Les biens, les obligations*, Puf, Quadrige Manuels, 2017, p. 2179, n°1066 : « *Si la Cour de cassation avait jugé de bonne politique d'admettre cette théorie, elle n'aurait eu que l'embaras du choix quant aux moyens ; ces moyens ont suffi aux jurisprudences étrangères* ».

¹⁸⁹ F. TERRÉ, PH. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil : les obligations, op. cit.*, p. 521, n°470.

¹⁹⁰ V. en ce sens, P. LEMAY, *Le principe de la force obligatoire à l'épreuve du développement de l'unilatéralisme*, Mare & Martin, Bibliothèque des thèses, 2014.

¹⁹¹ V. *infra*, n°112 et s., rel. au risque d'une partie soumise au pouvoir de l'autre.

¹⁹² V. pour une classification de ces clauses : J.-M MOUSSERON, *La gestion des risques par le contrat, RTD civ.* 1988, p. 481.

¹⁹³ V. en ce sens, Y. PICOD, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, LGDJ, 1989, p. 212.

¹⁹⁴ H. LÉCUYER, *Le contrat acte de prévision, in L'avenir du droit, Mélanges en hommage à F. TERRÉ*, Dalloz, Jurisclasseur, 1999, p. 643.

¹⁹⁵ L. THIBIERGE, *Le contrat face à l'imprévu*, Thèse, *Economica*, Coll. Recherches juridiques, 2011, p. 29, n°46.

63. La consécration de la théorie de l'imprévision par la réforme – Par un article unique, la réforme consacre la révision du contrat pour imprévision. L'article 1195 du Code civil présente une véritable procédure en disposant que « *si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation. En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent convenir de la résolution du contrat, à la date et aux conditions qu'elles déterminent, ou demander d'un commun accord au juge de procéder à son adaptation. À défaut d'accord dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe* ».

Cet article précise à la fois les conditions et les effets de l'imprévision.

B – LE RÉGIME DE LA RÉVISION DU CONTRAT POUR IMPRÉVISION

64. Les conditions de l'imprévision – L'application de l'article 1195 du Code civil est subordonnée à l'existence d'un changement de circonstances imprévisibles lors de la conclusion du contrat ayant pour effet de rendre l'exécution de l'obligation d'une partie excessivement onéreuse sans que celle-ci n'en ait accepté le risque.

L'existence d'un changement de circonstances imprévisibles – La formule employée est générale, le changement n'est pas nécessairement brusque ou d'envergure sans quoi le terme « *bouleversement* » aurait pu être choisi¹⁹⁶. La nature des circonstances n'est pas précisée, celles-ci pourront être économiques, factuelles ou même juridiques. En revanche, elles doivent impérativement être imprévisibles lors de la conclusion du contrat. Le changement ne doit pas être seulement imprévu, c'est-à-dire ayant échappé à la vigilance des parties. Ici, le critère de l'imprévisible est plus exigeant que celui de l'imprévu. Cette première condition laisse d'ores et déjà une latitude considérable au juge, chargé d'apprécier l'existence de ce changement et l'effet qu'il induit sur l'obligation de la partie lésée.

L'exécution excessivement onéreuse d'une obligation – Une partie doit subir ce changement imprévisible de circonstances. Pour se faire, celle-ci ne doit pas avoir accepté d'en assumer les conséquences. Certains auteurs ont envisagé cette dernière précision comme l'antidote¹⁹⁷ à l'article 1195. Il suffirait qu'au sein de *l'instrumentum*, une partie ait accepté de courir le risque d'imprévisibilité. À cela certains auteurs objectent qu'il est étonnant qu'un risque « *par hypothèse imprévisible* » puisse être assumé en toute connaissance de cause par la partie victime¹⁹⁸. Ces mêmes auteurs avancent la crainte de voir apparaître en pratique des clauses de styles à ce sujet. L'effet de ce changement de

¹⁹⁶ PH. STOFFEL-MUNCK, *L'imprévision et la réforme des effets du contrat*, RDC 2016, n°112z5, p. 30.

¹⁹⁷ V. en ce sens, H. PÉRINET-MARQUET, *Droit des contrats : le changement c'est demain*, Constr.-urb. avr. 2015, repère 4.

¹⁹⁸ J.-D PELLIER, *Réflexions sur l'imprévision dans le projet de réforme du droit des contrats*, LPA 2015, n°228, p. 8.

circonstance se traduit ainsi par une exécution excessivement onéreuse d'une obligation. La doctrine s'interroge déjà sur le choix d'une appréciation objective ou subjective de cette notion afin de déterminer si la Cour de cassation exercera un contrôle du caractère « *excessivement onéreux* ». À première vue il s'agira de déterminer « *la différence entre la valeur de ce que l'on fournit et la valeur de ce que l'on reçoit* »¹⁹⁹. Encore faut-il distinguer le critère d'onérosité excessive eu égard à celui du coût manifestement disproportionné évoqué en matière d'exécution forcée en nature²⁰⁰. La réforme laisse au juge le soin d'apprécier ces critères, relativement généraux²⁰¹. Cependant, le juge n'intervient qu'en dernier recours. C'est une véritable procédure mise en place par l'article 1195, dont chaque étape peut conduire à la sauvegarde du contrat comme à sa fin.

65. La survie du contrat – Dans un premier temps, la partie lésée « *peut demander une renégociation du contrat à son contractant* »²⁰².

La renégociation du contrat - Certains auteurs se sont interrogés sur l'intérêt d'intégrer une telle possibilité au sein du Code civil tant elle semble dépourvue de portée juridique voire d'utilité²⁰³. Un contractant n'a pas besoin de fondement juridique pour simplement demander quelque chose à l'autre, il s'agit d'une offre spontanée de modification²⁰⁴. L'initiative unilatérale est pourtant à souligner, bien qu'elle soit garantie par un principe de liberté et qu'elle n'est en aucun cas en contradiction avec la force obligatoire du contrat. En effet, cette offre est destinée à rencontrer une acceptation. La renégociation du contrat se matérialise par une discussion entre les parties qui peut mener aussi bien à un règlement amiable de la difficulté, qu'à un échec. Le destinataire de l'offre dispose de la liberté de refuser la renégociation²⁰⁵. Ce n'est qu'en cas d'échec de la tentative de renégociation que le juge intervient, sur demande conjointe des parties. Celles-ci peuvent « *demandeur d'un commun accord au juge de procéder à son adaptation* »²⁰⁶.

L'adaptation judiciaire du contrat - En pratique, il est peu probable que les parties dont la renégociation a échoué saisissent le juge d'un commun accord. Afin de débloquent une telle situation, l'article 1195 dans un dernier alinéa controversé, précise qu'à « *défaut d'accord dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat* »²⁰⁷.

¹⁹⁹ PH. STOFFEL-MUNCK, *L'imprévision et la réforme des effets du contrat*, RDC 2016, n°112z5, p. 30.

²⁰⁰ V. Art. 1221 C. civ.

²⁰¹ V. *infra*, n°155 et s., rel. à l'appréciation des standards et critères par le juge.

²⁰² V. Art. 1195 C. civ.

²⁰³ J.-D PELLIER, *Réflexions sur l'imprévision dans le projet de réforme du droit des contrats*, LPA, 2015, n°228, p. 8.

²⁰⁴ Que certains auteurs distinguent de l'offre obligée de modification qui est imposée au contractant. Ce dernier doit impérativement proposer à l'autre de modifier le contrat. V. en ce sens, H. LÉCUYER, *La modification unilatérale du contrat*, in *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, *op. cit.*, p. 52.

²⁰⁵ V. Cour cass., com., 18 septembre 2012, n°11-21.790 « *le seul refus d'une partie de renégocier un contrat ou le refus de contracter ne peuvent constituer une faute* ».

²⁰⁶ V. Art. 1195 C. civ.

²⁰⁷ V. Art. 1195 C. civ.

La révision judiciaire du contrat – C'est au sein de ce dernier alinéa que semble se condenser la portée juridique et pratique de l'article 1195 du Code civil. Il consacre la théorie de l'imprévision en accordant au juge un pouvoir de révision du contrat²⁰⁸. C'est ici véritablement une partie sur les deux qui demande unilatéralement au juge d'intervenir. En autorisant le juge à modifier le contrat « à la demande d'une seule partie et contre la volonté de l'autre »²⁰⁹, cet article garantit l'effectivité d'une initiative unilatérale. « Lorsque le juge est sollicité, l'unilatéralisme ne caractérise parfaitement que l'initiative de la modification »²¹⁰, ainsi, l'introduction légale de cette possibilité pour un seul contractant de prendre en main la relation contractuelle ne constitue pas une entorse à la force obligatoire.

La révision pour imprévision illustre remarquablement l'unilatéralisme dans l'exécution du contrat puisque si elle n'est pas suivie d'acceptation, la volonté unilatérale d'un contractant déclenche un processus qui peut aboutir à la modification ou à la résiliation du contrat par le juge sans accord de volontés.

66. Alternatives à la fin du contrat – Envisager la sauvegarde du contrat dans le cadre de l'imprévision paraît approprié dès lorsqu'aucun contractant n'est responsable de l'évolution de la situation. A l'inverse, lorsqu'il s'agit d'aborder la mauvaise exécution d'une obligation voire son inexécution, préserver le contrat semble plus délicat. Dans une conception classique, un contractant qui n'exécute pas correctement ses obligations doit être sanctionné. L'inexécution est classiquement envisagée du point de vue du débiteur défaillant méritant une punition. Une grande partie de la doctrine moderne propose de renverser, à l'image de nos voisins anglo-saxon, cette vision pessimiste de l'imperfection contractuelle²¹¹. S'intéresser à l'inexécution du point de vue du créancier, et ainsi, envisager les remèdes à l'inexécution.

§2 – L'UNILATÉRALITÉ DANS LES REMÈDES À L'INEXÉCUTION DU CONTRAT

67. Des sanctions aux remèdes – Le contrat peut survivre à l'exécution imparfaite voire l'inexécution d'une des obligations qui en découle. C'est la raison pour laquelle le projet de réforme du 25 février 2015 avait retenu l'expression de remède. Plusieurs auteurs considèrent que c'est « à bon escient »²¹² que le législateur a conservé le terme de sanction au sein de l'article 1217 du Code civil.

²⁰⁸ V. *infra*, n°160 rel. à la révision judiciaire du contrat.

²⁰⁹ H. LÉCUYER, *La modification unilatérale du contrat*, in *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, op. cit., p. 54.

²¹⁰ H. LÉCUYER, *La modification unilatérale du contrat*, in *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, op. cit., p. 54.

²¹¹ S. LE GAC-PECH, *Vers un droit des remèdes*, LPA 2007 n°242.7.

²¹² M. MEKKI, *Le juge et les remèdes à l'inexécution du contrat*, RDC 2016, n°2, p. 400 qui précise que « cette notion de « remède » était une traduction maladroite des « remedies » de common law et une référence inopportune à un droit avec lequel, quoiqu'on en dise, le droit continental se trouve en concurrence ».

Toutefois, si cet article énumère les sanctions de l'inexécution contractuelle, les trois premiers mécanismes cités ont pour finalité l'exécution du contrat²¹³.

68. Classification des remèdes – L'article 1217 du Code civil précise que « *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 [...]* »²¹⁴. Il conviendra d'étudier dans un premier temps l'exception d'inexécution (A), suivie de l'exécution forcée en nature (B) et de la réduction du prix (C).

A – L'EXCEPTION D'INEXÉCUTION

69. L'entrée dans le Code – L'exception d'inexécution, mécanisme par lequel une partie peut refuser d'exécuter son obligation tant que l'autre n'a pas exécuté la sienne, fait son entrée dans le Code civil. Alors qu'en 1804 il la prévoyait seulement dans des textes relatifs aux contrats spéciaux²¹⁵, il l'intègre désormais dans le régime général des obligations au moyen de deux articles. L'article 1219 consacre le mécanisme classique de l'exception d'inexécution tandis que l'article 1220 introduit une nouveauté, l'exception d'inexécution par anticipation.

70. L'exception d'inexécution, un moyen de pression – En réponse à une inexécution suffisamment grave, le contractant lésé dispose d'un moyen de défense tiré du contrat²¹⁶ : la possibilité de refuser d'exécuter sa propre obligation. Simple suspension d'exécution d'une obligation exigible, le mécanisme n'a pas pour finalité de mettre fin à l'obligation. L'exception d'inexécution est une mesure provisoire tendant à inciter l'autre à s'exécuter de son plein gré. Ce mécanisme est traditionnellement présenté comme une règle propre à l'inexécution des contrats synallagmatiques²¹⁷ où « *les contractants s'obligent réciproquement les uns envers les autres* »²¹⁸. Pour cette raison, les obligations doivent être interdépendantes et simultanées.

²¹³ C'est la raison pour laquelle certains auteurs trouvent plus approprié de fait de nuancer l'expression de sanction, et de parler de moyen de défense, remède ou correction à l'inexécution. V. en ce sens, *Débats conclusifs in Le renouveau des sanctions contractuelles*, actes du colloque organisé en 2005 par l'Institut de recherche en droit privé de l'Université de Nantes et le centre de recherche juridiques de l'ouest à la faculté de Rennes, sous la direction de F. COLLART DUTILLEUL ET C. COULON, *Economica*, 2007.

²¹⁴ V. Art. 1217 C. civ dans sa version à venir du 1^{er} octobre 2018. La version en vigueur entre le 1^{er} octobre 2016 et le 1^{er} octobre 2018 précisant : « *solliciter la réduction du prix* ».

²¹⁵ Ex., pour la vente, l'art. 1612 du C. civ : « *Le vendeur n'est pas tenu de délivrer la chose, si l'acheteur n'en paye pas le prix [...]* ».

²¹⁶ M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations, Tome 1 – Contrat et engagement unilatéral*, Puf, coll. Thémis droit privé, 4^e édition, 2016, p. 722, n°671.

²¹⁷ V. PH. MALAURIE, *Droit civil, théorie générale des obligations, fascicule II contrats et quasi-contrats, D.E.U.G 2^{ème} année*, Les cours de droits, Paris, 1981, p. 487, n°274 et G. MARTY ET P. RAYNAUD, *Droit civil, tome II, premier volume, les obligations*, éditions Sirey, 1962, p. 261, n°294.

²¹⁸ V. Art. 1106 C. civ.

71. Une mise en œuvre unilatérale – La mise en œuvre de l'exception d'inexécution est parfaitement unilatérale²¹⁹ en ce qu'elle ne nécessite ni la décision du juge, ni l'avis du contractant défaillant. Pour autant, le caractère unilatéral de cette mesure n'a jamais heurté la doctrine française, bien que quelques auteurs l'aient qualifié de « *forme de résolution unilatérale du contrat synallagmatique* »²²⁰ où lui attribuent des « *rappports incestueux* »²²¹ avec cette sanction. Les conditions de sa mise en œuvre sont d'abord encadrées par le caractère nécessairement temporaire de la mesure. Le contractant lésé a beau suspendre sa propre exécution, si le moyen de pression ne fonctionne pas, une autre voie devra être empruntée pour débloquer la situation²²². L'exception d'inexécution aura pour finalité la sauvegarde du contrat uniquement si la mesure fonctionne et que le débiteur s'exécute. Enfin, l'exception d'inexécution classique est conditionnée par l'exigence d'une inexécution avérée contrairement à la nouveauté envisagée par l'article 1220 du Code civil.

72. L'exception d'inexécution, une mesure d'anticipation – Le nouvel article 1220 du Code civil fait partie de ces articles de la réforme consacrant l'expansion des remèdes à caractère unilatéral²²³. Qualifiée de « *variante inédite en droit français* »²²⁴ et de « *d'innovation substantielle* »²²⁵, l'exception d'inexécution par anticipation permet à une partie de 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 elles* »²²⁶. Il s'agit effectivement pour le créancier d'anticiper la défaillance de son débiteur, alors qu'aucune inexécution n'a encore eu lieu. Certains auteurs étaient favorables à l'insertion dans le Code d'une telle mesure²²⁷ permettant d'accroître l'attractivité du modèle français. En effet, des droits étrangers consacraient déjà cette possibilité, ainsi que certaines sources internationales comme la convention de Vienne²²⁸, les principes Unidroit ou les

²¹⁹ A. PINNA, *L'exception pour risque d'inexécution*, RTD civ. 2003, p. 31 : « *Il est vrai que l'exception d'inexécution classique est unilatérale et que celui qui l'invoque le fait à ses risques et périls* »

²²⁰ J. ROCHE-DAHAN, *L'exception d'inexécution, une forme de résolution unilatérale du contrat synallagmatique*, D. S. 1994, p. 255.

²²¹ C. JAMIN, *Les sanctions unilatérales de l'inexécution du contrat, trois idéologies en concurrence*, In *L'unilatéralisme dans le contrat*, op. cit., p. 79, n°9.

²²² Comme l'exécution forcée ou la résolution.

²²³ S. LE GAC-PECH, *Vers un droit des remèdes*, LPA 2007, n°242, p. 7 et J.-D BRETZNER, *Les conditions de l'exception d'inexécution par anticipation*, JCP G 2016, n°39, p.999 qui précise « *elle procède d'une logique qui consiste à renforcer les droits unilatéraux offerts aux contractants* ».

²²⁴ N. DISSAUX, *Les nouvelles sanctions en matière contractuelle*, AJ Contrat 2017, p. 10.

²²⁵ J.-D BRETZNER, *Les conditions de l'exception d'inexécution par anticipation*, op. cit.

²²⁶ V. Art. 1220 C. civ.

²²⁷ V. en ce sens, Y.-M LAITHIER, *Etude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, Thèse, LGDJ, 2004 et A. PINNA, *L'exception pour risque d'inexécution*, art. préc.

²²⁸ V. Art. 71 § 1 : « *une partie peut différer l'exécution de ses obligations lorsqu'il apparaît, après la conclusion du contrat, que l'autre partie n'exécutera pas une partie essentielle de ses obligations du fait : a) d'une grave insuffisance dans la capacité d'exécution de cette partie ou sa solvabilité ; ou b) de la manière dont elle s'apprête à exécuter ou exécute le contrat* »

principes du droit européen des contrats²²⁹. Le droit français connaissait déjà une forme d'exception d'inexécution par anticipation au sein des règles spécifiques au contrat de vente, l'article 1613 du Code civil dispose que le vendeur a la faculté de suspendre la livraison de la chose vendue en cas de « *faillite ou de déconfiture* [de l'acheteur] *en sorte que le vendeur se trouve en danger imminent de perdre le prix* ». De la même manière, l'acheteur peut, conformément à l'article 1653 du même Code, suspendre le paiement du prix lorsqu'il peut « *craindre d'être troublé* » dans la jouissance de la chose vendue. Dans le cadre du nouveau droit commun, le caractère unilatéral de la mesure est renforcé au stade des conditions de l'exception d'inexécution, comme lors de sa mise en œuvre.

73. Les conditions de l'exception d'inexécution par anticipation – Ce mécanisme s'inscrit dans une logique innovante d'anticipation de la future défaillance du débiteur, du risque d'inexécution. En l'absence d'inexécution avérée, seule les conséquences de celles-ci seront envisagées.

Une inexécution future manifeste – L'exception d'inexécution par anticipation semble accorder au créancier la possibilité de suspendre l'exécution de sa propre obligation lorsqu'il existe un doute quant à l'exécution de celle de son contractant. La première idée serait celle d'une exception pour risque d'inexécution²³⁰. Le caractère unilatéral de la suspension d'exécution de sa propre obligation n'est plus justifié ici, comme précédemment, par l'existence d'une inexécution avérée. Douter de la défaillance de l'autre ne semble pas suffisant pour fonder l'exercice d'une telle prérogative. À ce titre, l'article 1220 se souhaite plus précis en précisant qu'une partie pourra suspendre l'exécution de sa propre obligation s'il est « *manifeste que son cocontractant ne s'exécutera pas à l'échéance* ». La condition d'une inexécution future est bien plus exigeante que celle d'un risque d'inexécution. Le créancier doit avoir la certitude que son débiteur ne s'exécutera pas. Il ne doute plus, il anticipe. Loin d'une exception pour risque d'inexécution, le Code civil a choisi de nommer le mécanisme exception d'inexécution par anticipation. L'inexécution future est manifeste²³¹ lorsque sa « *réalité s'impose avec évidence* »²³². C'est donc la situation désespérée dans laquelle se trouve le créancier qui justifie l'octroi d'une telle prérogative. En pratique, cette situation est envisageable dans la mesure où le débiteur confesserait lui-même son inexécution future. Toutefois, c'est à ses risques et périls que le créancier suspend son exécution. Pour certains auteurs, le terme « *manifeste* » attaché à l'exigence probatoire est particulièrement sévère, étant donné qu'ils considèrent l'inexécution future comme un événement hypothétique. Ils préféreraient à ce titre « *exiger du créancier qu'il démontre, plus modestement,*

²²⁹ V. Art. 9.201 (2) « *Une partie peut de même suspendre l'exécution de sa prestation dès lors qu'il est manifeste qu'il y aura inexécution de la part du co-contractant à l'échéance* ».

²³⁰ A. PINNA, *L'exception pour risque d'inexécution*, RTD civ. 2003, p. 31.

²³¹ Syn. de *flagrant, évident, incontestable, indéniable*... V. *Dictionnaire encyclopédie de la langue française et de la culture générale*, Larousse, 2012, p. 1033.

²³² V. *Manifeste*, *Dictionnaire encyclopédie de la langue française et de la culture générale*, Larousse, 2012, p. 1033.

l'existence d'un risque manifeste et élevé de défaillance à terme de la part du débiteur »²³³. Il conviendra à ce titre de souligner le rôle du juge qui, en la matière, déterminera l'effectivité d'un tel texte²³⁴.

Des conséquences suffisamment graves – Contrairement à l'article 1219 du Code civil qui s'attache à une inexécution suffisamment grave, seules les conséquences de celle-ci sont prises en compte au titre de l'article 1220. Les conséquences de l'inexécution à venir doivent être suffisamment grave pour confirmer la nécessité d'agir au plus vite et surtout, d'agir seul. C'est autant la certitude d'une inexécution que la gravité de ses conséquences qui justifient le besoin pour le créancier de suspendre son exécution. Les conséquences en elle-même peuvent être diverses, l'exposition à des sanctions, le gain manqué ou l'impossibilité d'honorer d'autres engagements. De la même manière qu'on l'encourage en droit anglo-saxon, il s'agit ici en quelque sorte d'autoriser le créancier à minimiser le dommage à venir. Le caractère unilatéral paraît ainsi justifié par la volonté de responsabiliser les parties.

74. La mise en œuvre de l'exception d'inexécution par anticipation – La mise en œuvre de l'exception d'inexécution classique est d'ores et déjà unilatérale. Fondée sur le même principe, l'exception d'inexécution par anticipation renforce ce caractère. C'est d'abord avant l'inexécution que le débiteur prend la décision, seul, de suspendre son exécution et il doit par la suite notifier cette suspension dans les meilleurs délais. La notification laisse une grande liberté au créancier en matière de formalisme²³⁵. L'article 1220 ne précise pas d'obligation de motivation, le créancier doit simplement informer son contractant de son geste. L'exception d'inexécution par anticipation n'exige pas de mise en demeure préalable, contrairement à l'exécution forcée en nature.

B – L'EXÉCUTION FORCÉE EN NATURE

75. Les nouveaux articles – L'exécution forcée, mesure destinée à contraindre le contractant à exécuter ses obligations avait sa place au sein du Code civil aux articles 1142 et suivants. Désormais, les articles 1221 et 1222 modifient les anciennes rédactions. Le premier modernise l'exécution forcée du contrat par le débiteur lui-même, tandis que le second, « *frappé du sceau de l'unilatéralisme* »²³⁶ renforce la possibilité pour le créancier de faire exécuter l'obligation par un tiers.

76. L'exécution forcée du contrat aux dépens du débiteur – Si l'article 1221 rappelle seulement les principes de l'exécution forcée, l'article 1222 constitue une véritable innovation en

²³³ J.-D BRETZNER, *Les conditions de l'exception d'inexécution par anticipation*, op. cit.

²³⁴ V. *infra*, n°155 et s., rel. au pouvoir d'appréciation du juge.

²³⁵ V. *infra*, n°135, à propos de la notification.

²³⁶ D. MAZEAUD, *L'exécution forcée en nature dans la réforme du droit des contrats*, D. 2016.2477.

permettant au créancier de faire exécuter unilatéralement l'obligation par un tiers. Le législateur a ici fait « *le choix de l'unilatéralisme* »²³⁷.

Les anciens articles 1143 et 1144 du Code civil prévoyaient la possibilité pour le créancier de faire exécuter lui-même l'obligation par un tiers, aux dépens du débiteur, aussi appelée faculté de remplacement²³⁸. Pour se faire, le créancier devait impérativement recueillir l'autorisation du juge, sauf en cas d'urgence²³⁹ et en matière commerciale.

Désormais, le nouvel article précise qu'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* ». Cette nouvelle rédaction suppose que l'autorisation préalable est seulement réclamée lorsqu'il s'agit de détruire, non pas pour obtenir l'exécution d'un tiers. Véritable remède extra-judiciaire, cette faculté pour le créancier de « *conclure un contrat de substitution* »²⁴⁰ sans l'accord ni du juge, ni du débiteur a fait couler beaucoup d'encre en doctrine. L'exécution forcée de l'article 1222 serait le témoin de la « *montée en puissance de l'unilatéralisme* »²⁴¹, tout autant que la réduction du prix consacrée par l'ordonnance.

C – LA RÉDUCTION DU PRIX

77. La réduction unilatérale du prix dans sa rédaction issue de l'ordonnance – Dans la conception traditionnelle du contrat, le prix convenu est intangible, conformément au principe de la force obligatoire des conventions. Même en cas d'inexécution, le créancier de l'obligation inexécutée ne peut modifier le prix, qu'il peut seulement refuser de payer.

C'est donc un apport remarquable de la réforme que d'établir dans l'article 1223 du Code civil une prérogative de réduction unilatérale du prix. Profondément originale, cette règle été l'objet de nombreuses critiques et l'article 1223 du Code civil a été remanié par la loi de ratification du 20 avril 2018. Les deux rédactions devront être étudiées, étant donné que celle qui est issue de l'ordonnance reste en vigueur pour les contrats conclus entre le 1^{er} octobre 2016 et le 1^{er} octobre 2018.

Dans sa rédaction issue de l'ordonnance, l'article 1223 précisait que « *le créancier peut, 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 ». Ainsi, si le créancier de l'obligation inexécutée qui a déjà versé le prix doit s'adresser au juge pour

²³⁷ P. GROSSER, *L'exécution forcée en nature, art. préc.*

²³⁸ F. TERRÉ, PH. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil : les obligations*, Dalloz, Précis de droit civil, 11^e édition, 2013, p. 1160, n°1116.

²³⁹ V. Cour cass. civ. 7 déc. 1951, D. 1952.144.

²⁴⁰ D. MAZEAUD, *L'exécution forcée en nature dans la réforme du droit des contrats*, D. 2016.2477.

²⁴¹ D. MAZEAUD, *L'exécution forcée en nature dans la réforme du droit des contrats, art. préc.*

obtenir restitution, celui qui n'a pas encore payé peut, unilatéralement, réduire le prix²⁴². Le créancier disposait d'une prérogative unilatérale lui permettant de modifier le prix du contrat, sans l'accord de son cocontractant, ni autorisation judiciaire préalable, et ce ; par une simple notification. Pourtant, la rédaction maladroite de l'article fit douter la doctrine. Le mécanisme présenté était considéré comme obscur, les termes choisis porteurs d'incohérence et d'imprécision²⁴³. « *Ce texte ouvrirait-il bel et bien droit à une faculté de réduction unilatérale du prix du contrat par le créancier, sans accord du débiteur ?* »²⁴⁴. Et si tel était le cas, alors « *quelle était exactement la place laissée à la réduction judiciaire du prix du contrat ?* » Sous la pression des critiques et des interrogations, l'article 1223 a fait l'objet d'une réécriture.

78. La réduction du prix dans sa rédaction issue de la loi de ratification – Le nouvel article 1223 dispose désormais 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.*

Si le créancier a déjà payé, à défaut d'accord entre les parties, il peut demander au juge la réduction de prix ». En exigeant l'acceptation par le débiteur de la réduction du prix, l'article 1223 dans sa nouvelle rédaction réfute l'unilatéralité du mécanisme. L'acceptation du débiteur solde l'initiative unilatérale d'une décision conventionnelle, l'unilatéralité s'anéantit alors, dans la bilatéralité²⁴⁵. L'initiative de la décision de réduire de prix reste unilatérale, cependant elle peut se heurter au refus du débiteur. Si le créancier a également la possibilité de choisir le montant de la réduction du prix, celle-ci doit être proportionnelle. Une exigence qui peut apparaître délicate dans le cas d'une exécution imparfaite, non pas pour des raisons quantitatives mais qualitatives²⁴⁶. S'il convient de saluer l'effort de précision réalisé, celui-ci n'est peut-être pas suffisant.

79. Tandis que l'ordonnance avait fait un pas en avant en matière d'unilatéralisme, la loi de ratification rebrousse chemin. Il sera possible de souligner l'étrangeté du conditionnement de

²⁴² M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations, Tome 1 – Contrat et engagement unilatéral*, Puf, coll. Thémis droit privé, 4^e édition, 2016, p. 735, n°683 : « *En revanche, s'il n'a pas encore payé, il pourra se contenter de notifier au débiteur (« dans les meilleurs délais », dit le texte, c'est-à-dire aussitôt après qu'il aura pris sa décision) sa décision de réduire le prix. En cas de litige, ce sera alors au débiteur de saisir le juge, notamment pour contester qu'il y ait eu exécution imparfaite* ».

²⁴³ P.-Y. GAUTIER, *La réduction proportionnelle du prix, exercices critiques de vocabulaire et de cohérence*, JCP G 2016, n°37, p. 947.

²⁴⁴ H. BARBIER, *L'exécution et la sortie du contrat*, RDC 2018, n° Hors-série, *Le nouveau droit des obligations après la loi de ratification du 20 avril 2018*, p. 40.

²⁴⁵ V. M.-A FRISON-ROCHE, *Unilatéralité et consentement*, In *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, op. cit., p. 22.

²⁴⁶ L. THIBIERGE, *Les effets du contrat*, AJ Contrat 2018, p. 266.

l'unilatéralité lors d'une modification du contrat lorsque la réforme consacre la possibilité unilatérale d'anéantir le contrat.

SECTION 2 – L'UNILATÉRALITÉ, INSTRUMENT D'ANÉANTISSEMENT DU CONTRAT

80. La résiliation unilatérale des contrats à durée indéterminée – La faculté de résiliation unilatérale des contrats à durée indéterminée est l'exemple le plus connu des prérogatives unilatérales dans le contrat. Elle repose sur la prohibition des engagements perpétuels imposant de donner à chacun des contractants la faculté de se libérer d'un contrat conclu sans détermination de durée. Aussi, dès 1879, la Cour de cassation a admis que les contrats de louage de services à durée indéterminée pouvaient être anéantis par la volonté d'une seule partie²⁴⁷. Par une loi du 28 décembre 1890, l'article 1780 du Code civil consacre cette solution en précisant que « *le louage de service, fait sans détermination de durée, peut toujours cesser par la volonté d'une des parties contractantes. Néanmoins, la résiliation du contrat par la volonté d'un seul des contractants peut donner lieu à des dommages-intérêts* ». Cette règle concerne tous les contrats à durée indéterminée comme le précise désormais l'article 1211 du Code civil. La résiliation unilatérale des contrats à durée indéterminée doit être distinguée de la résolution ou résiliation des contrats pour inexécution qui, elle, concerne tous les contrats quelle que soit leur durée.

81. La résolution du contrat pour inexécution - Il n'est guère de meilleur exemple pour illustrer la « *méfiance dont fait [...] l'objet l'unilatéralisme* »²⁴⁸ que la résolution du contrat pour inexécution. Loin de la conception anglo-saxonne et des remèdes, la destruction du contrat en cas d'inexécution est une traditionnellement envisagé comme une sanction. L'unilatéralité sera plus aisément tolérée en doctrine, lorsqu'elle servira docilement le respect de la parole donnée en préservant le contrat, sous réserve de quelques modifications. En revanche, il ne semble pas exister d'atteinte aussi grave au principe de la force obligatoire du contrat que son anéantissement. Aussi, l'ancien article 1184 était catégorique en précisant que « *la résolution doit être demandée en justice* ». L'évolution de la lettre du Code civil témoigne de la tendance du droit des contrats à davantage de tolérance envers l'unilatéralité. Le nouvel article 1227 assouplit l'exigence du recours au juge. Désormais, « *la résolution peut [...] être demandée en justice* ». Comme le précise le nouvel article 1224 du Code civil la résolution judiciaire n'est qu'une des voies de la résolution pour inexécution. Celle-ci peut résulter de l'application d'une clause résolutoire (§1) ou, « *en cas d'inexécution suffisamment grave d'une notification du créancier au débiteur* » (§2). Deux voies de résolution pour inexécution sur trois sont désormais unilatérales.

²⁴⁷ V. Cour cass. civ. 4 août 1879, D.P. 1880.1.272.

²⁴⁸ C. JAMIN, *Les sanctions unilatérales de l'inexécution du contrat : trois idéologies en concurrence, In L'unilatéralisme et le droit des obligations, op. cit.*, p. 71.

82. La notion de clause résolutoire – Dès 1860, la Cour de cassation a eu l'occasion de préciser qu'il n'était « *pas défendu aux parties d'attacher à l'inexécution, constatée dans une certaine forme, les effets d'une condition résolutoire précise, absolue et opérant de plein droit ; qu'une pareille convention n'a rien d'illicite, qu'elle tient de loi à ceux qui les ont faites [...]* »²⁴⁹. Faisant suite à cet arrêt, la jurisprudence a forgé le régime des clauses résolutoires encore appelées pactes commissoires²⁵⁰. Désormais consacrée à l'article 1225 du Code civil, « *la clause résolutoire précise les engagements dont l'inexécution entraînera la résolution du contrat* ». La clause résolutoire, insérée dans le contrat et donc résultant de l'accord des volontés²⁵¹, « *institue un lien de cause à effet entre l'inexécution et la résolution* »²⁵². Elle permet une résolution de plein droit en cas d'inexécution ou de manquement aux stipulations prévues par cette clause²⁵³. Automatique et déjudiciarisée, la résolution conventionnelle a des avantages indéniables en matière de coût et de célérité. Elle a suscité l'intérêt et la crainte en doctrine en raison d'une unilatéralité inhérente à son mécanisme (A) comme à sa mise en œuvre (B).

A – UN MÉCANISME UNILATÉRAL

83. La source conventionnelle de la clause résolutoire - De la même manière que pour la clause de dédit²⁵⁴, la nature conventionnelle de la clause résolutoire a longtemps légitimé l'unilatéralité du mécanisme²⁵⁵. Les parties ont-elles-même choisi de confier à une seule d'entre elles la possibilité de résoudre le contrat. La volonté commune, source du droit unilatéral, a fait dire à certains auteurs qu'il ne s'agissait pas d'une exception au principe de l'ancien article 1184 du Code civil mais davantage d'une « *résiliation amiable* »²⁵⁶. Depuis la fin du XIX^{ème} siècle, théâtre des excès engendrés par le culte de l'autonomie de la volonté²⁵⁷, la source conventionnelle d'une prérogative unilatérale permet tout de même de craindre qu'une partie en position dominante impose à l'autre des clauses qui seraient dans

²⁴⁹ V. Cour cass., 2 juill. 1860, *D. P.* 1860.1.284.

²⁵⁰ H. MAZEAUD, L. MAZEAUD, J. MAZEAUD ET F. CHABAS, *Leçons de droit civil, Tome II premier volume : Obligations théorie générale*, Montchrestien, 8^e édition, 1991, p. 1163, n°1104.

²⁵¹ L'article R.212-1 du Code conso. précise le caractère irréfragablement abusif d'une telle clause dans les contrats conclus entre des professionnels et des consommateurs.

²⁵² C. PAULIN, *La clause résolutoire*, Thèse, LGDJ, 1996, p. 13, n°8.

²⁵³ V. Cour cass. civ. 2 juill. 1860, *D.P.* 1860.1.284.

²⁵⁴ V. *supra*, n°51, à propos de la source conventionnelle de la faculté de dédit.

²⁵⁵ V. J. ROCHFELD, *Les droits potestatifs accordés par le contrat*, in *Le contrat au XXI^e siècle*, Études offertes à J. GHESTIN, LGDJ, 2001, p. 754 : « *cette origine contractuelle, dans une vision classique de l'autonomie de la volonté, les purgerait de tous les attributs négatifs ordinairement attachés à l'unilatéralisme : la volonté des parties ayant accepté le jeu du pouvoir unilatéral de l'une d'elles, ce dernier en deviendrait immédiatement légitime.* »

²⁵⁶ H. MAZEAUD, L. MAZEAUD, J. MAZEAUD ET F. CHABAS, *Leçons de droit civil, op. cit.*, p. 860, n°727.

²⁵⁷ V. *supra*, n°4, rel. à l'autonomie de la volonté.

son intérêt exclusif²⁵⁸. C'est la raison pour laquelle le législateur est intervenu pour interdire ou réduire la portée des clauses résolutoires dans des domaines sensibles au déséquilibre entre les parties²⁵⁹. Les rôles respectifs du législateur et du juge témoignent du fait que la source conventionnelle n'ôte en rien le caractère unilatéral du mécanisme de la clause résolutoire.

84. Le créancier de l'obligation inexécutée, seul bénéficiaire du droit – L'unilatéralité de la clause résolutoire se manifeste, dans un premier temps, par le fait qu'il n'existe qu'un seul bénéficiaire, un seul titulaire du droit. En effet, seul le créancier de l'obligation inexécutée bénéficie du droit de mettre fin au contrat. En amont de toute inexécution, le contrat ne désigne pas un contractant en particulier, c'est en cela que certains auteurs ont affirmé qu'il accordait ce droit aux deux parties en réalité²⁶⁰. Il est vrai que le créancier de l'obligation inexécutée peut être n'importe lequel des deux contractants, le premier ne s'exécutant pas rendant l'autre bénéficiaire du droit. Pour autant, une fois l'inexécution avérée, le sort du contrat ne va plus dépendre que d'un seul des contractants.

85. L'octroi d'un droit unilatéral potestatif – Tant que le contrat s'exécute correctement, la clause résolutoire est en sommeil. Sa mise en œuvre est conditionnée, de la même manière que les autres remèdes ou sanctions, à une inexécution contractuelle. Le nouvel article 1225 du Code civil précise l'exigence d'une mise en demeure infructueuse qui doit, pour être efficace, mentionner expressément la clause résolutoire²⁶¹.

L'inexécution confère au créancier le droit de résoudre le contrat²⁶². Le mécanisme de la clause résolutoire donne la possibilité effective pour le créancier d'influer sur le sort du contrat, soit en exerçant son droit permettant la résolution automatique de l'acte, soit en y renonçant, soit enfin, en optant pour une autre voie d'anéantissement du contrat²⁶³.

²⁵⁸ V. J. ROCHFELD, *Les droits potestatifs accordés par le contrat*, in *Le contrat au XXIème siècle*, Études offertes à J. GHESTIN, LGDJ, 2001, p. 755 : « L'objection tenant à l'origine contractuelle de ces droits n'est alors pas dirimante »

²⁵⁹ Ex., Art. L.411-31 du C. rur. rel. au statut du fermage et du métayage et, Art. L.326-5 du même Code rel. à la nullité des clauses résolutoires dans des contrats types d'exploitation agricole.

²⁶⁰ V. PH. DELEBECQUE, *L'anéantissement unilatéral du contrat*, In *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, op. cit., p. 63 : « Y a-t-il une bilatéralité dans l'unilatéralité ? La réponse devrait être positive pour respecter l'équilibre contractuel et plus fondamentalement le principe de la force obligatoire du contrat. La logique contractuelle veut que si le contrat doit être anéanti, il puisse l'être par chacune des parties ».

²⁶¹ V. *infra*, n°133 rel. au contrôle judiciaire de la mise en demeure.

²⁶² C. PAULIN, *La clause résolutoire*, Thèse, LGDJ, 1996, p. 164, n°150.

²⁶³ V. Cour cass. civ. 3^e, 4 mai 1994, n°92-11.196 : « Mais attendu que la délivrance, par le propriétaire, d'un commandement visant la clause résolutoire du bail ne le privant pas de la faculté de demander ultérieurement le prononcé de la résiliation de cette convention, même en invoquant les manquements, objet de cette mise en demeure ».

B – UNE MISE EN ŒUVRE UNILATÉRALE

86. L'exigence d'une manifestation unilatérale de volonté – De la même manière que pour l'offre²⁶⁴ ou l'acceptation²⁶⁵, le créancier de l'obligation inexécutée doit manifester sa volonté d'exercer la clause. Cette manifestation de volonté produira, seule, l'effet de droit escompté. C'est par un acte juridique unilatéral que le créancier manifeste sa décision de résoudre le contrat par le biais de la clause. Le débiteur ne peut pas refuser le jeu de la clause sans s'adresser au juge et n'a pas à exprimer son acceptation pour qu'elle produise ses effets. Le juge, évincé du mécanisme, n'a plus qu'un rôle limité en cas de contestation de la partie défaillante. Il doit simplement vérifier que les conditions imposées par la clause soient réunies²⁶⁶ et, dès lors, constater la résolution. Cependant, la jurisprudence s'est progressivement fait une place en interprétant restrictivement les clauses résolutoires par le jeu de la bonne foi ou de la théorie des clauses abusives²⁶⁷.

Jusqu'à la réforme, la clause résolutoire était seule à conférer véritablement au créancier de l'obligation inexécutée, le droit de résoudre le contrat. Désormais, l'article 1226 du Code civil institue également une telle prérogative.

§2 – LA RÉOLUTION UNILATÉRALE PAR NOTIFICATION

87. Vers un principe de résolution unilatérale du contrat pour inexécution – Depuis la réforme, « *le cœur même du contrat s'ouvre à l'unilatéralisme* »²⁶⁸. Si l'engouement suscité en doctrine par l'unilatéralisme peut et doit être nuancé²⁶⁹, il est un domaine particulier où la réforme a franchi le pas en consacrant la possibilité pour le créancier de résoudre le contrat en cas d'inexécution par simple notification. L'article 1226 du Code civil est l'un des plus commentés de la réforme du droit des obligations. Il introduit au sein du Code la faculté pour le créancier de « *résoudre le contrat par voie de notification* ». Beaucoup d'auteurs y ont vu le succès de l'unilatéralisme sur le contrat. Cette solution n'est peut-être pas neuve, mais sa consécration par la loi supprime toute discussion sur sa portée.

²⁶⁴ V. *supra*, n°38 et s., à propos de l'offre, manifestation unilatérale de volonté.

²⁶⁵ V. *supra*, n°43 et s., rel. à l'acceptation, manifestation unilatérale de volonté.

²⁶⁶ V. Cour cass. civ. 3^e, 17 février 2010, RDC 2010, p.818, obs. T. GENICON, où la Cour de cassation confirme que les conditions de la clause résolutoire ne sont pas réunies lorsqu'un cas de force majeure est à l'origine de l'inexécution.

²⁶⁷ V. F. TERRÉ, PH. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil : les obligations*, Dalloz, Précis de droit civil, 11^e édition, 2013, p. 717, n°664.

²⁶⁸ T. REVET, *Réflexions sur l'unilatéralisme dans le droit rénové des contrats*, In *Le juriste dans la cité*, Études en la mémoire de PH. NEAU-LEDUC, LGDJ, 2018, p. 891, n°3.

²⁶⁹ V. *infra*, n°92 et s., à propos de la nécessité de tempérer l'unilatéralisme.

88. La résolution unilatérale, une œuvre jurisprudentielle - La Cour de cassation dans son célèbre arrêt Tocqueville, du 13 octobre 1998 a admis la possibilité d'une rupture unilatérale du contrat pour inexécution. Dans cet arrêt, la Cour de cassation précise 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* »²⁷⁰. À l'époque, l'ancien article 1184 du Code civil précisait que « *le contrat n'est point résolu de plein droit [...] la résolution doit être demandée en justice* ». Certains auteurs ont vu dans la solution de la Cour de cassation un véritable choix de politique juridique²⁷¹. L'intervention exigée du juge lors de l'anéantissement du contrat était un moyen efficace d'assurer la prédominance de la force obligatoire. En effet, « *si la résolution du contrat se produisait automatiquement, comme par l'effet d'une condition, dans le cas où l'une des parties se serait mise hors d'état d'exécuter son obligation, le lien contractuel deviendrait illusoire. Il dépendrait de chaque partie de le briser en se refusant à exécuter son obligation* »²⁷². Afin de préserver la force obligatoire du contrat, les auteurs, contemplant cette solution étonnante, s'attendaient à un régime beaucoup plus rigoureux que celui de la résolution judiciaire. Pourtant, l'arrêt n'exige qu'un comportement grave de la part du débiteur et ne justifie sa solution en l'espèce, ni en vertu de l'urgence de la situation²⁷³, ni d'un éventuel état de nécessité²⁷⁴. Se faisant, il place la résolution unilatérale en concurrence de la résolution judiciaire pourtant supposée constituer « *le prolongement naturel du principe de la force obligatoire* »²⁷⁵.

L'arrêt rendu par la Cour de cassation en 1998 a été confirmé en 2001. La première chambre civile de la Cour de cassation a eu l'occasion de statuer sur un « *nouvel épisode* » en matière de résolution unilatérale du contrat²⁷⁶ en distinguant expressément la résolution unilatérale pour inexécution de la résiliation des contrats à durée indéterminée²⁷⁷. Plus récemment, c'est la chambre commerciale de la Cour de cassation, dans un arrêt du 3 juin 2014 qui a précisé les conditions de la résolution unilatérale du contrat²⁷⁸. La chambre commerciale a préféré l'expression de « violation grave » des obligations du débiteur, plutôt que celui du comportement grave. Toutefois, dans ce dernier arrêt la chambre commerciale souligne que le contrat, bien que résilié, s'était poursuivi entre les parties. Ce qui paraît difficilement compatible avec une résiliation du contrat par la seule volonté du créancier²⁷⁹.

²⁷⁰ V. Cour cass. civ.1^{ère}, 13 oct. 1998, n°96-21.485, D. 1999.197 obs. C. JAMIN, et V. H. CAPITANT, F. TERRÉ, Y. LEQUETTE et F. CHÉNÉDÉ, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, Tome 2, Dalloz, 13^e édition, 2015, p. 250, n°181.

²⁷¹ C. JAMIN, *Vers la résolution unilatérale du contrat*, D. 1999.197, n°3.

²⁷² H. CAPITANT ET A. COLIN, *Cours élémentaire de droit civil français*, Tome 2, Dalloz, 4^e édition, 1924, p. 346.

²⁷³ V. Cour cass. civ. 1^{ère}, 24 sept. 2009, n°08-14.524 et com., 31 mars 2009, n°07-20.991.

²⁷⁴ Il était déjà admis qu'en cas d'urgence ou d'état de nécessité, l'entorse au droit commun des contrats soit tolérée pour des raisons exceptionnelles.

²⁷⁵ D. MAZEAUD, *L'unilatéralisme en matière de résolution du contrat, nouvel épisode*, D.2001.3239.

²⁷⁶ V. Cour cass. civ. 1^{ère}, 20 fév. 2001, n°99-15.170, D. 2001.3239, obs. D. MAZEAUD, *RTD civ.* 2001, p. 363, obs. J. MESTRE ET B. FAGES.

²⁷⁷ « *Attendu que la gravité du comportement d'une partie à un contrat peut justifier que l'autre partie y mette fin de façon unilatérale à ses risques et périls, peu important que le contrat soit à durée déterminée ou non* ».

²⁷⁸ V. Cour cass. com., 3 juin 2014, n°13-18.423, *AJCA*, 2014, p. 227, obs. S. BROS.

²⁷⁹ S. BROS, note sous Cour cass. com., 3 juin 2014, n°13-18.423, *AJCA*, 2014, p. 227.

89. La résolution unilatérale, une consécration légale – Désormais, le doute n'est plus permis. L'article 1226 du Code civil consacre expressément le droit du créancier de mettre unilatéralement un terme au contrat en cas d'inexécution en disposant « *le créancier peut à ses risques et périls résoudre le contrat par voie de notification* ». En entérinant dans le marbre du Code civil la résolution unilatérale, l'article 1226 en précise les conditions et les modalités d'exercice.

Une inexécution suffisamment grave – Le nouvel article 1224 du Code civil se contente du même degré de gravité dans l'inexécution pour la résolution unilatérale que pour la résolution judiciaire : il suffit d'une inexécution *suffisamment grave*. L'imprécision de cette condition était compensée, dans le cadre de la résolution judiciaire, par l'appréciation du juge. Lors de la résolution unilatérale, le créancier « *devra apprécier à l'aveugle [...] sans l'aide de critères légaux, si les manquements qu'il impute à son débiteur sont suffisamment graves pour justifier le choix d'une résolution unilatérale* »²⁸⁰. Le créancier agit à ses risques et périls. En effet, si le créancier évite le recours au juge en amont, le débiteur quant à lui, peut « *à tout moment saisir le juge pour contester la résolution* »²⁸¹. L'intervention du juge étant simplement différée²⁸², certains contestent le fait que « *le système de la résolution unilatérale réduise le nombre et le coût des procès* »²⁸³.

*La mise en demeure*²⁸⁴ – Sauf urgence, le créancier est contraint de laisser une dernière chance à son débiteur de s'exécuter correctement. Une procédure en trois étapes, préalable à la résolution est organisée par l'article afin de garantir dans un souci d'humanité²⁸⁵, la force obligatoire du contrat, comme l'opérait à sa manière la résolution judiciaire. Il est nécessaire d'encadrer la possibilité pour le créancier de mettre fin au contrat unilatéralement. C'est classiquement que l'article reprend le triptyque, mise en demeure, délai raisonnable, notification. La mise en demeure que le créancier adresse à son débiteur doit être précise et mentionner expressément qu'à défaut d'exécution, il pourra légitimement résoudre le contrat sans son accord. Un délai raisonnable doit être accordé au débiteur pour lui laisser la possibilité de s'exécuter. Le rôle du juge apparaît encore ici en contrebas, dans l'appréciation du délai raisonnable²⁸⁶.

La notification – La dernière étape qui n'est pas moindre, est celle de la notification²⁸⁷ au débiteur de la décision motivée du créancier de résoudre le contrat. La notification n'est qu'un acte unilatéral réceptice portant à la connaissance d'une personne un fait, ou un acte, qui la concerne

²⁸⁰ P. GROSSER, *La résolution unilatérale : conditions et régimes*, *op. cit.*

²⁸¹ V. Art. 1226 C. civ.

²⁸² V. *infra*, n°124 rel. au moment du contrôle du juge.

²⁸³ C. JAMIN, *Vers la résolution unilatérale du contrat*, D.1999.197, l'auteur effectue le parallèle avec le contentieux en matière de clause résolutoire.

²⁸⁴ V. *infra*, n°133 et s., à propos du contrôle judiciaire de la mise en demeure.

²⁸⁵ V. pour un rappel des raisons du principe de la résolution judiciaire : C. JAMIN, *Les sanctions unilatérales de l'inexécution du contrat : trois idéologies en concurrence*, In *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, *op. cit.*, p. 71.

²⁸⁶ V. *infra*, n°155 et s.

²⁸⁷ V. *infra*, n°135 à propos du contrôle de la notification.

individuellement²⁸⁸. C'est de la présence et de la nature de cet acte à l'origine de la résolution que les auteurs ont déduit le caractère éminemment unilatéral de celle-ci.

90. Conclusion du chapitre 2 – Au stade de l'exécution du contrat, l'unilatéralisme se révèle plus nettement pourrait-on dire, qu'à celui de sa formation. Il est aisé d'opposer l'unilatéralité des prérogatives d'un contractant à la force obligatoire et à la bilatéralité qui animent le contrat. L'origine de ces prérogatives, souvent imposées à un contractant voire purement jurisprudentielles, la gravité de leurs conséquences, alimentent une crainte naturelle. Le constat et l'appréhension de la tendance unilatéraliste se rejoignent ainsi, dans l'unilatéralisme au stade de l'exécution du contrat.

²⁸⁸ V. *Notification*, In G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Puf, 10^e édition, 2014, p. 691.

91. Conclusion de la partie 1 – L'unilatéralisme peut être défini comme une doctrine juridique qui constate et appréhende l'évolution à tendance unilatérale prise par le contrat²⁸⁹. Révéler l'unilatéralisme suppose donc de mettre en évidence tant cette tendance, que l'appréhension dont elle fait l'objet.

Au stade de la formation du contrat, l'unilatéralité est naturelle. Néanmoins une tendance au développement de celle-ci se dessine, accompagnée de craintes, qu'il s'agisse du contrat d'adhésion, des droits de rétractation ou de la détermination unilatérale du contenu du contrat.

L'unilatéralisme est plus évident encore au stade de l'exécution où les prérogatives unilatérales semblent contrarier les dogmes contractuels.

A l'instar d'autres courants doctrinaux, l'unilatéralisme constitue une analyse réaliste du contrat, mais peut être une analyse pessimiste.

L'unilatéralisme n'est pas la seule doctrine qui alimente le contrat, la bonne foi, la solidarité, la protection d'un contractant, constituent autant de gages du solidarisme, du dirigisme. De nombreuses prérogatives unilatérales ont pour objet de protéger un contractant, de sauvegarder le contrat. Ainsi, si le constat de la tendance unilatéraliste du contrat ne peut être nié, il convient, en relativisant les craintes qui l'accompagnent, de tempérer l'unilatéralisme.

²⁸⁹ V. *infra*, n°5.

92. Au-delà de la technique juridique - « Réfléchir sur la technique conduit à dépasser l'affirmation simpliste selon laquelle la technique se réduit à l'adéquation des moyens à une fin. La technique est plus que cela : elle est à l'origine de transformations matérielles et sociales »²⁹⁰. Le constat de la multiplication des prérogatives dans le contrat n'est pas sans conséquences. L'unilatéralisme qui s'en dégage se confronte, comme tout mouvement qui anime le contrat, aux analyses de la doctrine, aux interventions du législateur et du juge.

L'unilatéralisme est un phénomène menaçant, facteur de dangers d'ores et déjà dénoncés. Consacrer un pouvoir unilatéral dans le contrat sans l'encadrer serait inconcevable. La promotion de l'unilatéralité technique bouleverse la conception du contrat et affecte son régime juridique. A ces deux égards, les craintes sont à nuancer. L'unilatéralisme s'inscrit dans une vision contemporaine du contrat et contribue tant au renouvellement de sa conception (*chapitre 1*) que du rôle du juge (*chapitre 2*).

CHAPITRE 1 – LA CONTRIBUTION DE L'UNILATÉRALISME AU RENOUVELLEMENT DE LA
CONCEPTION DU CONTRAT

93. L'inquiétude des auteurs - Les prérogatives unilatérales ne constituent pas seulement des outils juridiques, d'ordre technique. Permettant à un contractant d'influencer l'existence ou l'exécution du contrat, elles suscitent la crainte. Les auteurs reconnaissant l'existence de l'unilatéralisme s'inquiètent de ses conséquences, tant pratiques qu'au regard de la théorie générale du contrat. « L'unilatéralisme [...] a mauvaise presse. Le terme lui-même comporte une connotation légèrement péjorative »²⁹¹. Le tournant unilatéraliste pris par le droit des obligations porterait en lui-même « les germes de la destruction du contrat »²⁹².

94. Une évolution contractuelle - La multiplication des prérogatives unilatérales dans le contrat n'engendre ni une destruction ou un affaiblissement contractuels mais participe à l'évolution du contrat. L'unilatéralisme influence autant l'analyse contractuelle, la conception théorique et traditionnelle du contrat (*section 1*), que l'équilibre contractuel, la réalité concrète du contrat (*section 2*).

²⁹⁰ R. ENCINAS DE MUNAGORRI, *Qu'est-ce que la technique juridique ?* D. 2004.711.

²⁹¹ L. AYNÈS, *rapport introductif*, in *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, actes du colloque annuel de 1998 du centre de recherche européen de droit des obligations de l'Université Paris XII et du Centre de droit des contrats de l'Université de Lille 2, sous la direction de C. JAMIN et D. MAZEAUD, Economica, 1999, p. 3.

²⁹² L. AYNÈS, *rapport introductif*, in *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, *op. cit.*, p. 3.

95. Un bouleversement de l'analyse traditionnelle du contrat - L'unilatéralisme serait la source d'un bouleversement profond du droit des contrats²⁹³ et suscite, à ce titre, de vives critiques doctrinales. Certains regrettent une remise en cause du mythe²⁹⁴, de l'ordre²⁹⁵, du discours²⁹⁶ ou encore du monde contractuel²⁹⁷. Sous couvert de divers termes, c'est en réalité l'analyse traditionnelle du contrat qui serait malmenée. L'unilatéralisme constituerait une « *indéniable prise de distance avec la conception qui a longtemps dominé le droit français* »²⁹⁸. Indépendamment de son appellation, cette conception du contrat a contribué à ralentir l'évolution de son objet et à observer d'un œil noir la moindre originalité en la matière.

L'immixtion de l'unilatéralité dans le contrat est perçue comme celle « *d'accrocs désagréables aux gardiens du temple* »²⁹⁹. Le contrat est toujours envisagé comme l'instrument permettant l'épanouissement de la liberté, le correctif de l'inégalité voire l'illustration de la fraternité³⁰⁰. Il est pourtant certain que le contrat du Code civil demeurera parmi les outils économiques les plus adaptés au sein de notre société, quand bien même nous aurions appris à accepter sa mutation. Certains auteurs, citant Demogue, rappellent que « *le contrat qui est chose vivante ne peut être absolument rigide* »³⁰¹. Le contrat du droit français est un contrat qui se doit d'évoluer pour survivre à une sélection non pas naturelle, mais humaine et sociale.

96. Une législation souhaitée immortelle - Cette nécessaire évolution s'est heurtée pendant plusieurs décennies à la crainte de mettre en péril un système juridique fonctionnel au profit d'un système tâtonnant à la recherche d'effectivité et d'attractivité. C'est 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, qui marque une évolution légale particulièrement attendue dans la matière. Les mots du Doyen Gérard Cornu témoignent, davantage aujourd'hui, de l'intérêt porté à une

²⁹³ V. nota., G. CHANTEPIE, *Rapport introductif in Le nouveau discours contractuel*, RDC 2016, n°3, p. 517 : « *L'ordonnance pourrait-elle être la source d'un changement profond ?* ».

²⁹⁴ PH. JESTAZ, *Rapport de synthèse, in L'unilatéralisme et le droit des obligations, op. cit.*, p. 89.

²⁹⁵ D. MAZEAUD, *Le nouvel ordre contractuel*, RDC 2003, n°1, p. 29.

²⁹⁶ G. CHANTEPIE ET N. DISSAUX (sous la direction de), *Le nouveau discours contractuel*, RDC 2016, n°3, p. 517.

²⁹⁷ D. MAZEAUD, *Regards positifs et prospectifs sur le nouveau monde contractuel*, LPA 2004, n°92, p. 47.

²⁹⁸ T. REVET, *Réflexions sur l'unilatéralisme dans le droit rénové des contrats, In Le juriste dans la cité, Études en la mémoire de PH. NEAU-LEDUC, LGDJ, 2018, p. 891, n°4.*

²⁹⁹ PH. JESTAZ, *Rapport de synthèse, in L'unilatéralisme et le droit des obligations, op. cit.*, p. 89.

³⁰⁰ Et ce, en fonction des différentes techniques auxquelles les parties ont recours, au sein de leur propre acte juridique.

³⁰¹ C. THIBIERGE-GUELFUCCI, *Libres propos sur la transformation du droit des contrats, RTD civ. 1997, p. 357.*

réforme du droit des contrats. « *Cela est à peine croyable : en 1976, ce code est encore là tel qu'il était pour l'essentiel en 1804* » et jusqu'en 2016 « *le titre III du livre III est demeuré presque intact, dans sa lettre, semblable à ce qu'il était dans le Code Napoléon* »³⁰². Cette réforme tardive constitue à la fois la preuve de la méfiance générale du législateur dans le remaniement d'un tel pan du droit français, mais également celle de l'optimisme irrationnel des rédacteurs du Code civil et de la volonté postérieure à la rédaction de celui-ci d'en faire la consécration immuable du droit des contrats. Bigot de Préameneu écrivait, persuadé, qu'il « *serait difficile d'espérer que l'on pût encore faire des progrès dans cette partie de la science législative* »³⁰³. L'héritage du droit romain en matière contractuelle est considérable et les auteurs de l'époque se félicitent d'avoir recensé une législation immortelle³⁰⁴.

Pourtant, plus de deux cents ans plus tard, force est de constater que le Code civil n'a pas su « *dans son splendide isolement* » narguer les évolutions « *par une inébranlable stabilité, par son inaltérable pérennité* »³⁰⁵. C'est un véritable décalage entre la forme et le fond qu'a eu à subir jusqu'à présent la théorie générale du contrat. L'abondance des solutions jurisprudentielles et des législations spéciales en la matière a contribué au débordement de la lettre du code. Il convient toutefois de saluer la prudence du législateur, à une époque où les réformes se succèdent, oubliant au passage leur cohérence et leur efficacité. La réforme du droit des contrats s'inscrit dans la lignée d'avant-projets³⁰⁶ vivement analysés et commentés³⁰⁷, ainsi que d'une consultation publique inédite³⁰⁸. Bien que la voie d'ordonnance fût choisie pour sa célérité, le Sénat et l'Assemblée Nationale se sont attachés à passer celle-ci au peigne fin, jusqu'à ce que la loi de ratification présente le nouveau visage du droit des contrats français. Un visage controversé mais néanmoins objet d'un compromis inédit entre l'acceptation d'une approche économique (§1) et le renouveau d'une conception individualiste du contrat (§2).

³⁰² 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 de Code*, Les cours de droit, Paris 1976, p. 4.

³⁰³ V. G. CORNU, *Regards sur le titre III du Livre III du Code civil « des contrats ou des obligations conventionnelles en général »*, *op. cit.*, p. 6.

³⁰⁴ LOCRÉ, *Législation*, T.1., n°81 à 87 p. 301.

³⁰⁵ G. CORNU, « *Regards sur le titre III...* » *op. cit.* p. 4.

³⁰⁶ En 2005, un premier avant-projet rédigé par un groupe de travail sous la direction du professeur P. Catala fut remis au garde des Sceaux. Celui-ci a été publié sur le site internet de la Documentation Française, où il peut être consulté en fichier pdf., V. www.ladocumentationfrancaise.fr. Puis, en 2008, un groupe de travail dirigé par le professeur F. Terré entama de nouveaux travaux. Ceux-ci furent publiés aux éditions Dalloz, V. *Pour une réforme du droit des contrats*, Réflexions et propositions d'un groupe de travail sous la direction de F. TERRÉ, Dalloz, 2009.

³⁰⁷ V. nota., D. MAZEAUD, *Présentation de la réforme du droit des contrats*, *Gaz. Pal.* 2016, n°8 ; C. GRIMALDI, *En attendant la loi de ratification*, D. 2016.606. ; D. MAZEAUD, *Le nouveau droit des obligations : observations conclusives*, *RDC*, 29 juin 2018, n° Hors-Série, p. 65.

³⁰⁸ V. au sujet du processus de la réforme, M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations, Tome 1 – Contrat et engagement unilatéral*, Puf, coll. Thémis droit privé, 4^e édition, 2016, p. 42, n°38 et s.

97. La double approche de l'efficacité du contrat – Le droit français des contrats perd de sa superbe face aux droits voisins. Depuis plusieurs années, la doctrine est à la recherche d'inspiration pour contrer la baisse d'attractivité du droit national. La notion d'efficacité du contrat est, à ce titre, en expansion³⁰⁹. L'efficacité est communément définie comme « *ce qui produit l'effet attendu* »³¹⁰.

L'efficacité juridique - Conformément à cette définition, un contrat est efficace dès lors qu'il produit l'effet de droit escompté et recherché par les parties lors de sa conclusion³¹¹. Cette efficacité du contrat est garantie par la contrainte émanant du lien d'obligation, en vertu de laquelle le juge peut ordonner l'exécution forcée du contrat. L'efficacité dont il est question ici, purement juridique, n'est pas l'unique versant de la notion d'efficacité au contrat.

L'efficacité économique - Cette dernière peut aussi être « *considérée dans son acception économique* »³¹². Lorsque « *l'efficacité juridique commande de sauver le contrat, l'efficacité économique exige de sauver le bénéfice* »³¹³. Dans cette dernière acception de l'efficacité, le respect de la parole donnée n'est plus un impératif. Le contrat efficace est celui qui peut facilement être mis de côté pour une solution plus appropriée et financièrement moins importante, probablement au moyen de prérogatives unilatérales.

98. L'analyse économique du contrat – Dès les années 1970 s'est développé, aux États-Unis, un phénomène tendant à envisager le droit sous son aspect économique. Celui-ci incite à observer la règle juridique « *par le prisme de l'économiste* », afin « *de mettre en accord le droit avec les réalités économiques de son temps* »³¹⁴. Le droit des contrats fut rapidement perçu comme le terrain privilégié³¹⁵ d'une telle analyse. L'intérêt étant de s'interroger sur l'opportunité de l'échange des prestations que représente le contrat, l'idée émergea selon laquelle ses bénéfices devaient être supérieurs à son coût. Une telle approche s'explique aisément dans un système de *Common Law*, où le juge occupe une place de choix et où le contrat est conçu comme un échange nécessairement synallagmatique, à titre onéreux

³⁰⁹ M. MEKKE, *Les doctrines sur l'efficacité du contrat en période de crise*, RDC 2010, n°1, p. 383.

³¹⁰ V. efficace, efficacité, in *Dictionnaire encyclopédie langue française et culture générale*, Larousse, 2012, p. 553.

³¹¹ G. LARDEUX, *droit positif et droit prospectif de l'unilatéralisme dans le contrat*, In *L'efficacité du contrat, actes du colloque du 11 juin 2010 organisé par le centre de recherches en droit privé Pierre Kayser de l'Université Paul Cézanne (Aix-Marseille III) sous la direction de G. Lardeux*, Dalloz, 2011, p. 1.

³¹² L. GRYNBAUM, *Le développement de l'analyse économique du droit : vers un « néo-positivisme »*, RDC 2005, n°4, p. 1265.

³¹³ G. LARDEUX, *droit positif et droit prospectif de l'unilatéralisme dans le contrat*, In *L'efficacité du contrat, actes du colloque du 11 juin 2010 organisé par le centre de recherches en droit privé Pierre Kayser de l'Université Paul Cézanne (Aix-Marseille III) sous la direction de G. Lardeux*, Dalloz, 2011, p. 3.

³¹⁴ R. ENCINAS DE MUNAGORRI, *L'analyse économique est-elle une source du droit*, RTD civ. 2006, p. 505.

³¹⁵ G. CHANTEPIE, *L'efficacité attendue du contrat*, RDC 2010, n°1, p. 347.

et commutatif. Il n'y a « *rien de sacré* » dans le contrat de la *Common Law*, qui n'est qu'un instrument économique parmi d'autres³¹⁶.

Cependant, tout semble opposer la conception française du contrat de sa voisine anglo-saxonne. Cette différence s'illustre notamment par le recours à l'exécution forcée, qui n'intervient que subsidiairement en droit anglo-saxon, alors qu'elle constitue la sanction de l'inexécution par excellence en droit français³¹⁷. Le contrat français est un accord de volonté avant d'être un échange économique et le respect de la parole donnée prévaut sur son intérêt économique. Il semblerait que « *mesurer le souci d'efficacité économique (c'est-à-dire d'augmentation de la richesse globale) [ne soit] pas conciliable avec un droit qui prend en considération le contractant, c'est-à-dire l'individu* »³¹⁸.

99. L'unilatéralisme et l'analyse économique du contrat – Pourtant, l'analyse économique du contrat a récemment fait l'objet d'un « *un vif engouement* »³¹⁹. Elle jouerait désormais « *un rôle non négligeable dans le processus de formation de la loi* »³²⁰ et représenterait un nouvel apport à la méthode jurisprudentielle. « *L'analyse économique du droit fournit au juge une méthode qui lui permet d'apprécier l'efficacité des règles juridiques qu'il met en œuvre* »³²¹. En employant des standards juridiques et des qualificatifs tels que le « *raisonnable* », ou le « *manifestement excessif* », le législateur a entendu laisser une marge d'appréciation au juge. Chacun sait que « *l'interprétation des règles de droit a toujours inclus, à des degrés variables, les données économiques* »³²², permettant au juge de contrôler l'opportunité de l'exercice de certaines prérogatives. Les prérogatives unilatérales consacrées par la réforme s'accompagnent de plusieurs critères abstraits destinés à l'interprétation du juge³²³. Le développement de l'unilatéralisme participerait à l'émergence et la consécration d'une conception économique du droit des contrats³²⁴. Les tenants d'une conception objective, envisageant le contrat

³¹⁶ G. LARDEUX, *droit positif et droit prospectif de l'unilatéralisme dans le contrat*, In *L'efficacité du contrat, actes du colloque du 11 juin 2010 organisé par le centre de recherches en droit privé Pierre Kayser de l'Université Paul Cézanne (Aix-Marseille III) sous la direction de G. Lardeux*, Dalloz, 2011, p. 4.

³¹⁷ En vertu du lien d'obligation qui les unit, le contractant victime d'une inexécution contractuelle peut contraindre son cocontractant à s'exécuter par un procédé direct d'exécution, l'exécution forcée en nature. V. H. MAZEAUD, L. MAZEAUD, J. MAZEAUD ET F. CHABAS, *Leçons de droit civil, Tome II premier volume : Obligations théorie générale*, Montchrestien, 8^e édition, 1991, p. 1029, n°931 ; « *L'obligation comporte une contrainte* ».

³¹⁸ L. GRYNBAUM, *Le développement de l'analyse économique du droit : vers un « néo-positivisme »*, RDC 2005, n°4, p. 1265, V. également C. JAMIN, *Les sanctions unilatérales de l'inexécution du contrat*, In *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, op. cit., p. 77, n°6 : « *Moralisme ou efficacité, c'est peut-être ce choix culturel sous-jacent qu'il nous faudra trancher si nous voulons évoluer* ».

³¹⁹ L. GRYNBAUM, *Le développement de l'analyse économique du droit : vers un « néo-positivisme »*, RDC 2005, n°4, p. 1265.

³²⁰ P. LEMAY, *Le principe de la force obligatoire à l'épreuve du développement de l'unilatéralisme*, Mare & Martin, Bibliothèque des thèses, 2014, p. 221, n°149.

³²¹ G. CANIVET, *La pertinence de l'analyse économique du droit : le point de vue du juge*, LPA 2005, n°99, p. 23.

³²² G. CANIVET, *La pertinence de l'analyse économique du droit : le point de vue du juge*, LPA 2005, n°99, p. 23.

³²³ V. *infra*, n°155 et s. à propos de l'interprétation des standards et critères abstraits par le juge.

³²⁴ L. THIBIERGE, *Les effets du contrat*, AJ Contrat, 2018, p. 266 ; « *L'unilatéralisme [...] c'est aussi la consécration de la théorie de l'efficacité économique* ».

comme un bien davantage que comme un lien, pourront plus aisément justifier cette analyse économique³²⁵, dans laquelle s'inscrit parfaitement l'unilatéralisme. La plupart des prérogatives unilatérales ont pour finalité de préserver l'efficacité du contrat, ou de l'adapter même au détriment du respect de la parole donnée.

100. L'unilatéralité technique d'adaptation du contrat à l'environnement économique - La consécration de la théorie de l'imprévision³²⁶ permettant à une partie de prendre l'initiative de demander la révision du contrat en cas de changement imprévu de son environnement économique, confirme la possibilité pour le contrat de s'adapter pour survivre³²⁷. En l'absence de coopération entre les parties, l'article 1195 du Code civil précise toutefois que le juge devra être saisi pour procéder à la révision pour imprévision. Considérée comme une « *nécessité économique* »³²⁸, la fixation unilatérale du prix dans les contrats cadre et les contrats de prestation de service qui figure aux articles 1164 et 1165, est un mécanisme permettant au contrat d'être économiquement viable sur le long terme, tout en garantissant la rapidité de la détermination du prix. L'unilatéralité est ici envisagée, de la même manière que dans la détermination du contenu des contrats d'adhésion, pour des besoins de célérité, de coût moindre et d'efficacité économique du contrat.

101. Les remèdes à l'inexécution – Dans la conception traditionnelle française, l'inexécution entraîne la sanction et suggère un recours systématique au juge. Certaines prérogatives unilatérales comme l'exception d'inexécution de l'article 1220, s'inscrivent désormais dans une optique d'anticipation. En permettant au contractant de prendre des mesures avant la défaillance effective de son contractant, ce genre de prérogative unilatérale tend à minimiser le dommage du contractant victime de l'inexécution. Il s'agit de « *permettre au créancier de ne pas souffrir économiquement de la défaillance de son débiteur, que celui-ci soit sanctionné ou pas passant au second plan* »³²⁹. En droit anglo-saxon, la *mitigation*, est une condition nécessaire à l'indemnisation du préjudice d'une victime. Cette dernière doit avoir mis en œuvre tout ce qui était en son pouvoir pour limiter l'étendue et l'ampleur du dommage subi.

Dans l'optique de la mitigation, le droit anglo-saxon envisageait déjà depuis plusieurs années le remplacement unilatéral permettant à un créancier lésé par une inexécution, de faire exécuter l'obligation par un tiers. La réforme a consacré l'exécution en nature aux dépens du débiteur à l'article 1222 du Code civil. Le créancier peut désormais faire exécuter lui-même l'obligation sous réserve d'une

³²⁵ H. LÉCUYER, *La modification unilatérale du contrat*, in *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, op. cit., p. 57.

³²⁶ V. *supra*, n°63 et s., rel. à la théorie de l'imprévision.

³²⁷ C. GIJSBERS, *La révision du prix*, RDC 2017, n°3, p. 564.

³²⁸ L. THIBIERGE, *Les effets du contrat*, AJ Contrat, 2018, p. 266, art. préc.

³²⁹ G. LARDEUX, *Plaidoyer pour un droit contractuel efficace*, D. 2006.1406.

procédure préalable comprenant le respect des délais et une mise en demeure. En 2006, la Cour de cassation exigeait toujours une mise en demeure suivie d'une saisine du juge³³⁰, et si certains auteurs plaidaient en faveur d'une solution plus souple, ils soulignaient toutefois que « *l'unilatéralisme dans la mise en œuvre des sanctions contractuelles [...] revient à sacrifier le principe de la force obligatoire du contrat sur l'autel de l'efficacité économique* »³³¹.

102. La place de l'unilatéralité dans l'efficacité économique du contrat – Dès à présent, les prérogatives unilatérales que connaît le contrat contribuent ainsi à son efficacité économique au détriment de son efficacité juridique et de sa conception traditionnelle. La possibilité offerte à l'un des contractants d'agir seul permet d'agir plus vite et à moindre coût³³² et de favoriser une réallocation prompte des ressources. Comme les auteurs le constatent, « *il convient de saisir que l'unilatéralisme sert une vision économique du contrat* »³³³. L'analyse économique est envisagée par certains auteurs comme « *l'assise théorique* »³³⁴ de l'unilatéralisme.

L'unilatéralisme qui s'accompagne d'une modification du rôle du juge pourrait-il conduire le législateur à adopter « *une conception essentiellement économique du contrat où la force obligatoire n'est plus fondée sur le principe moral de la fidélité à la parole donnée mais sur la rationalité économique de l'opération convenue* »³³⁵ ? Un changement de conception du contrat qui s'orienterait, pour les besoins de l'attractivité du droit français, vers une analyse économique de l'efficacité du contrat suscite des craintes en doctrine. Des auteurs craignent un délaissement du juste au profit de l'utile, comme « *en témoigne la mise en concurrence des ordres juridiques fondée, non pas sur leur aptitude à fournir une solution juste, un rapport équilibré entre les individus, mais bien sur leur capacité à faciliter l'activité économique* »³³⁶.

Une prérogative telle que la violation efficace du contrat, procédant d'une analyse purement économique, porterait l'unilatéralisme à son paroxysme.

103. La théorie de la violation efficace – Le droit anglo-saxon est familier du concept d'« *efficient breach of contract* » traduit comme « *théorie de la violation efficace* »³³⁷. En vertu de cette

³³⁰ V. Cour cass. civ. 3^e, 11 janv. 2006, n°04-20.142, *Bull. civ. III*, n°9, p. 8.

³³¹ G. LARDEUX, *Plaidoyer pour un droit contractuel efficace*, D. 2006.1406.

³³² V. également L. BENZONI, A. ATLANI, *Le délai de préavis lors d'une rupture contractuelle : approche économique*, *AJ Contrat*, 2016, p. 475.

³³³ P. LEMAY, *Le principe de la force obligatoire à l'épreuve du développement de l'unilatéralisme*, Mare & Martin, Bibliothèque des thèses, 2014, p. 225, n°150.

³³⁴ P. LEMAY, *Le principe de la force obligatoire à l'épreuve du développement de l'unilatéralisme*, *op. cit.*, p. 227, n°153.

³³⁵ PH. STOFFEL-MUNCK, *Le contrôle a posteriori de la résolution unilatérale*, *Dr. et patr.* mai 2004.70.75, n°126.

³³⁶ G. CHANTEPIE, *L'efficacité attendue du contrat*, *RDC* 2010, n°1, p. 347.

³³⁷ V. pour une étude approfondie de la théorie de la violation efficace : Y.-M. LAITHIER, *Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, Thèse, Paris I, LGDJ, T.419, 2004.

étonnante théorie, un contractant pourrait ne pas s'exécuter dès lors que cette inexécution lui est profitable d'un point de vue économique. Si l'une des parties au contrat découvre un meilleur moyen de placer ses ressources et que « *le profit qu'elle peut obtenir de la rupture du contrat est supérieur au profit attendu par l'autre partie de l'exécution du contrat [...] il y aura une incitation à rompre le contrat* »³³⁸. La réalité juridique anglo-saxonne est un peu plus nuancée en ce qu'une telle violation engage tout de même la responsabilité de son auteur mais sans qu'il ne soit soumis à des *restitutionary damages*³³⁹. Contrairement au droit français, la Common Law place les dommages-intérêts au premier plan et l'exécution forcée du contrat n'est que subsidiaire. Ainsi, « *les sanctions sont tenues pour efficaces si elles permettent une meilleure allocation des ressources* »³⁴⁰.

L'unilatéralité qui se développe au sein du nouveau droit des contrats est sensiblement différente³⁴¹. Par exemple, la résolution unilatérale ou la clause résolutoire répondent à une inexécution contractuelle avérée. Le titulaire de la prérogative unilatérale n'est pas le responsable de l'inexécution contrairement à la violation efficace où, par pur opportunisme, il anéantit unilatéralement le contrat. Même si le droit français connaît des prérogatives unilatérales discrétionnaires³⁴², les deux visions demeurent distinctes. Le contrat du droit français s'ouvre à l'analyse économique mais contrairement au contrat anglo-saxon, il n'est pas exclusivement fondé sur celle-ci. Le respect de la parole donnée reste, en France, bien plus qu'une simple considération morale. Certains auteurs l'envisagent comme la « *condition anthropologique de toute vie en société* »³⁴³. Bien que certaines prérogatives unilatérales consacrées par la réforme soient au service de l'intérêt économique du contrat, celles-ci semblent limitées et encadrées par la conception française du contrat.

L'unilatéralisme, alimentant les discussions autour d'un changement de conception contractuelle, ne semble pas se cantonner à une vision purement économique du contrat. Laisser de l'espace et de la liberté à l'individu, c'est considérer une approche plus souple, plus subjective encore du rapport contractuel. Certains reprochent à d'autres de ne pas suffisamment « *montrer dans quelle mesure l'analyse économique du droit et l'approche libérale du contrat sont liées* »³⁴⁴. Il semblerait en effet que l'unilatéralisme soit également le témoin du renouveau de l'individualisme en droit français.

³³⁸ M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations, Tome 1 – Contrat et engagement unilatéral*, Puf, coll. Thémis droit privé, 4^e édition, 2016, p. 805, n°739.

³³⁹ V. *Breach of contract*, in *Le Lamy Contrats Internationaux*, Étude n°164, section 4, 2016.

³⁴⁰ L. GRYNBAUM, *Le développement de l'analyse économique du droit : vers un « néo-positivisme »*, RDC 2005, n°4, p. 1265.

³⁴¹ P. LEMAY, *Le principe de la force obligatoire à l'épreuve du développement de l'unilatéralisme*, Mare & Martin, Bibliothèque des thèses, 2014, p. 224, n°150.

³⁴² V. *supra*, n°50 rel. aux droits de rétractations d'origine légale et n°52 à propos du régime de la clause de dédit.

³⁴³ M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations, Tome 1 – Contrat et engagement unilatéral*, Puf, coll. Thémis droit privé, 4^e édition, 2016, p. 807, n°739.

³⁴⁴ L. GRYNBAUM, *Le développement de l'analyse économique du droit : vers un « néo-positivisme »*, RDC 2005, n°4, p. 1265.

104. Une conception optimiste de l'individu – La conception du Code civil de 1804, reposant sur l'égalité entre les personnes fut mise à l'épreuve avec succès pendant des décennies. Ce n'est qu'au XIX^{ème} siècle que les excès du libéralisme ont provoqué une dépréciation de la confiance en l'individu. En consacrant la possibilité pour un contractant d'agir unilatéralement et en acceptant l'éventualité d'un déséquilibre dans la relation contractuelle, la réforme du droit des contrats promeut une philosophie plus optimiste que celle du droit la précédant. Le droit des contrats renouvelle le crédit accordé à l'individu en accueillant des prérogatives unilatérales qui témoignent du renforcement de la liberté (A) et de la confiance (B) en celui-ci.

A – L'UNILATÉRALISME AU SERVICE DE LA LIBERTÉ DE L'INDIVIDU

105. L'unilatéralisme, facteur d'accroissement de la liberté de l'individu – Le nouveau droit des contrats se caractérise par l'étendue de la liberté octroyée à l'individu³⁴⁵. Traditionnellement, si la liberté est de principe au sein de la période précontractuelle et dispose d'un espace important lors de la formation du contrat, celui-ci est réduit au stade de son exécution. Le recul de la liberté individuelle une fois le contrat formé a longtemps été justifié par une « *vieille méfiance à l'égard de l'individu* »³⁴⁶. La réforme du droit des contrats, consacrant l'unilatéralisme, prend le contre-pied de ce postulat. Il est de la nature des prérogatives unilatérales de renforcer la liberté de leur titulaire. Désormais, la phase d'exécution du contrat accueille, pour ne citer que quelques exemples dont nous avons déjà traité, l'initiative d'un seul dans la modification du contrat³⁴⁷, la possibilité d'anticiper l'inexécution contractuelle³⁴⁸ ainsi que celle de résoudre unilatéralement le contrat pour inexécution³⁴⁹. « *L'unilatéralisme serait alors un facteur d'accroissement de la liberté au moment de l'exécution du contrat* »³⁵⁰.

Favorisant la libéralisation du droit des contrats en accordant plus de pouvoir aux contractants, l'unilatéralisme leur reconnaît également davantage d'autonomie. Si les parties à un contrat ont toujours bénéficié d'une marge d'autonomie vis-à-vis du législateur ou du juge, en vertu de la liberté contractuelle et des diverses dispositions légales supplétives, une partie seule ne disposait d'aucun

³⁴⁵ V. nota., D. FENOUILLET, *Les valeurs morales du nouveau discours contractuel*, RDC 2016, n°3, p. 589

³⁴⁶ C. JAMIN, *Les sanctions unilatérales de l'inexécution du contrat*, in *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, op. cit., p. 76.

³⁴⁷ V. *supra*, n°60 et s., au sujet de l'initiative unilatérale en matière d'imprévision.

³⁴⁸ V. *supra*, n°72 rel. à l'exception d'inexécution par anticipation.

³⁴⁹ V. *supra*, n°81 et s., à propos de la résolution unilatérale du contrat.

³⁵⁰ P. LEMAY, *Le principe de la force obligatoire à l'épreuve du développement de l'unilatéralisme*, Mare & Martin, Bibliothèque des thèses, 2014, p. 226, n°152.

pouvoir sans autorisation préalable³⁵¹. Désormais, un contractant pourra être autonome dans la détermination du prix de certains contrats³⁵², dans le choix du remède à appliquer à une inexécution comme dans le choix de maintenir ou non le contrat conclu.

Force est de constater que l'accroissement de la liberté d'un seul au sein du contrat s'inscrit aisément dans une vision économique de celui-ci. En effet, une libéralisation du droit des contrats répondra nécessairement à la célérité exigée par l'économie de l'acte juridique. Toutefois, « *l'actuelle idéologie libérale, qui vise à favoriser une philosophie du « tout-contrat»³⁵³ peut surprendre* »³⁵⁴. Le nouveau droit des contrats ne se contente guère d'attribuer une marge de manœuvre plus importante au contractant. La liberté du contractant qui dispose d'un pouvoir unilatéral n'est pas totale³⁵⁵ en ce qu'elle est orientée. Le titulaire devient, par le pouvoir qui lui est octroyé, le garant de la sauvegarde des intérêts du contrat voire de son cocontractant.

L'accroissement de la liberté s'accompagne du renforcement de la confiance en l'individu.

B – L'UNILATÉRALISME AU SERVICE DE LA CONFIANCE EN L'INDIVIDU

106. Une vision de l'individu renouvelée – La réforme s'avère être le fruit d'un compromis entre la libéralisation du rapport contractuel et le besoin de prendre en compte l'intérêt de chaque contractant. La liberté attribuée au titulaire de la prérogative s'accompagne d'une contrepartie : « *assurer la promotion de l'intérêt de toutes les parties* »³⁵⁶. La nécessité de prendre en compte les besoins et l'intérêt de l'autre partie était « *inconcevable dans le schéma contractuel classique, où chacune des parties [assurait] par elle-même la promotion de son intérêt par le truchement de sa*

³⁵¹ V. *supra*, n°1 rel. au lien paradoxal entre le contrat et les prérogatives unilatérales.

³⁵² V. *supra*, n°30 et 31 au sujet de la détermination unilatérale du prix dans les contrats cadre et contrats de prestation de service.

³⁵³ Il est intéressant de souligner cette étonnante expression, le « tout-contrat », que nous analysons ici comme la volonté de voir dans l'acte juridique un compromis efficace entre des diverses approches qu'il a connues depuis 1804. Le contrat se doit d'être un accord de volonté, octroyant à celle-ci une place centrale. Se faisant, il est contraint de s'adapter aux impératifs économiques afin de rendre plus attractif le droit français. Pour autant, le contrat d'aujourd'hui pourrait également être le lieu d'une collaboration entre les contractants. Entre désir d'individualisme, nécessité d'interventionnisme, constat d'unilatéralisme et besoin de solidarisme, le contrat d'aujourd'hui pourrait bien être un acte « tout-en-un ». V. également à ce sujet, C. THIBIERGE-GUELFUCCI, *Libres propos sur la transformation du droit des contrats*, *RTD Civ.* 1997.357, « *Garder le souci de l'individu, de sa liberté, tout en développant le souci de l'autre, du contrat et de l'ordre juridique ; garantir la sécurité du contrat sans pour autant sacrifier la justice contractuelle, c'est dépasser la contradiction pour entrer dans la complémentarité de ces aspirations faites principes* ».

³⁵⁴ C. JAMIN, *Une brève histoire politique des interprétations de l'article 1134 du Code civil*, D.2002.901.

³⁵⁵ V. D. FENOUILLET, *Les valeurs morales du nouveau discours contractuel*, *RDC* 2016, n°3, p. 589 qui précise que « *ce tableau encourageant ne doit pas bercer d'illusion. Trois constats conduisent à tempérer l'idée d'un progrès de la liberté* ».

³⁵⁶ T. REVET, *Réflexions sur l'unilatéralisme dans le droit rénové des contrats*, In *Le juriste dans la cité*, Études en la mémoire de PH. NEAU-LEDUC, LGDJ, 2018, p. 894, n°8.

volonté »³⁵⁷. De nos jours, il eut été inconvenant d'accueillir l'unilatéralisme dans le contrat sans exiger un « *certain civisme* »³⁵⁸ dans la mise en œuvre de ces prérogatives. Il apparaissait nécessaire de dépasser la conception traditionnelle de l'individu, sans quoi l'unilatéralisme aurait contribué à livrer le contrat tout entier à un intérêt égoïste, à l'influence d'un seul. L'insécurité juridique aurait été, à juste titre, fortement dénoncée, ainsi que les risques pesant sur la relation contractuelle.

Portalès soulignait « *qu'il ne faut pas que les hommes puissent se tromper mutuellement en traitant ensemble, mais il faut laisser quelque latitude à la confiance et à la bonne foi* »³⁵⁹. La réforme du droit des contrats semble avoir répondu à cette exigence, notamment au moyen du développement de l'unilatéralisme. Puisqu'il est désormais admis que les rapports contractuels puissent être inégaux, « *le codificateur s'emploie à resserrer les liens sociaux, à colmater une fracture sociale* »³⁶⁰ au moyen de mécanismes laissant place à une confiance en l'individu³⁶¹.

107. L'unilatéralité s'accompagne ainsi d'un contrôle de la motivation³⁶² du titulaire de la prérogative en cas de contestation de son exercice, notamment lors de la fixation unilatérale du prix dans les contrats cadre et contrats de prestation de service ainsi qu'en cas de résolution unilatérale par notification³⁶³. La liberté est octroyée au contractant sous réserve qu'il en use avec bienveillance et modération. Le contrôle judiciaire n'étant subordonné qu'à une contestation de la partie passive, non-titulaire de la prérogative unilatérale, en l'absence de celle-ci, il faudra et il suffira de compter sur la confiance déposée en la personne du contractant³⁶⁴. « *Avec la consécration légale de l'unilatéralisme contractuel, la volonté demeure toujours le véhicule de l'intérêt des parties mais une évolution remarquable ne se produit pas moins, qui tient à ce que la volonté d'un seul peut, et doit, assurer la promotion de l'intérêt de toutes les parties, donc, également, l'intérêt du contractant autre que celui dont elle émane* »³⁶⁵.

³⁵⁷ T. REVET, *Réflexions sur l'unilatéralisme dans le droit rénové des contrats*, In *Le juriste dans la cité*, Études en la mémoire de PH. NEAU-LEDUC, LGDJ, 2018, p. 895, n°9.

³⁵⁸ D. MAZEAUD, *Regards positifs et prospectifs sur le nouveau monde contractuel*, LPA 2004, n°92, p. 47.

³⁵⁹ PORTALIS, *discours préliminaire in Naissance du Code civil*, Flammarion, 1989, p. 83.

³⁶⁰ D. MAZEAUD, *Regards positifs et prospectifs sur le nouveau monde contractuel*, article préc.

³⁶¹ D. FENOUILLET, *Les valeurs morales du nouveau discours contractuel*, RDC 2016, n°3, p. 589 : où l'auteur précise que « *la confiance semble bien à l'honneur* » au sein de la réforme.

³⁶² V. D. MAZEAUD, *Un petit plomb en moins dans l'aile du solidarisme contractuel*, D. 2003.93, pour qui l'obligation de motivation constitue « *l'un des chevaux de bataille de la doctrine solidariste* ».

³⁶³ V. Art. 1164, 1165 et 1226 C. civ. et *infra*, n°137 et s., à propos du contrôle judiciaire des motifs.

³⁶⁴ D. FENOUILLET, *Les valeurs morales du nouveau discours contractuel*, RDC 2016, n°3, p.589 où l'auteur précise à propos d'une prérogative unilatérale, « *or, une telle faveur semble moins procéder de la vertu morale de la parole donnée, que de la valeur sociale de la parole reçue, de la confiance légitime attachée à la promesse* ».

³⁶⁵ T. REVET, *Réflexions sur l'unilatéralisme dans le droit rénové des contrats*, In *Le juriste dans la cité*, Études en la mémoire de PH. NEAU-LEDUC, LGDJ, 2018, p. 895, n°9.

Au-delà du simple civisme contractuel, une « *coopération loyale, une œuvre de mutuelle confiance* »³⁶⁶ serait attendue. Certains auteurs pourraient considérer que se cache, sous le renouveau de l'individualisme par la tendance unilatéraliste du droit des contrats, une petite part de solidarisme.

Ainsi, l'unilatéralisme suscite un véritable débat sur « *l'identité contractuelle française* »³⁶⁷ qui se manifeste par son ascendance sur la conception du contrat, comme par son influence sur l'équilibre contractuel.

SECTION 2 – L'INFLUENCE DE L'UNILATÉRALISME SUR L'ÉQUILIBRE CONTRACTUEL

108. Établissant la primauté³⁶⁸ d'une partie sur l'autre, l'unilatéralisme doit être confronté à la notion (§1) et à l'exigence d'équilibre contractuel (§2).

§ 1 – LA NOTION D'ÉQUILIBRE CONTRACTUEL

109. La notion d'équilibre contractuel – Le contrat se doit de « *préserver l'intérêt individuel des parties, de ne pas léser injustement l'un des contractants* »³⁶⁹. À ce titre, le contrat doit préserver l'équilibre des prestations. Afin de vérifier l'existence d'une contrepartie dans le contrat, le droit antérieur à la réforme utilisait la notion de cause objective³⁷⁰. Les intérêts en présence se devaient d'être équivalents³⁷¹ ou au moins commutatifs³⁷². La réforme du droit des contrats supprime la cause mais d'autres notions prennent le relais. L'équilibre des prestations est notamment garanti dans les contrats à titre onéreux par le nouvel article 1169 du Code civil³⁷³. Cependant l'idée de justice contractuelle ne semble pas se cantonner à l'équilibre des prestations. Un contrat dont les prestations seraient équivalentes mais qui accorderait à l'un des contractant une influence plus importante sur la relation contractuelle pourrait être considéré comme déséquilibré. La notion d'équilibre contractuel reste complexe à appréhender. Deux approches se sont succédées dans le temps.

³⁶⁶ D. MAZEAUD, *Regards positifs et prospectifs sur le nouveau monde contractuel*, LPA 2004, n°92, p. 47.

³⁶⁷ G. LARDEUX, *droit positif et droit prospectif de l'unilatéralisme dans le contrat*, In *L'efficacité du contrat, actes du colloque du 11 juin 2010 organisé par le centre de recherches en droit privé Pierre Kayser de l'Université Paul Cézanne (Aix-Marseille III) sous la direction de G. Lardeux*, Dalloz, 2011, V. également à ce sujet, C. Jamin,

³⁶⁸ T. REVET, *La détermination unilatérale de l'objet dans le contrat*, in *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, *op. cit.*, p. 45.

³⁶⁹ F. CHÉNEDÉ, *l'équilibre contractuel dans le projet de réforme*, RDC 2015, n°3, p. 655.

³⁷⁰ V. ancien Art. 1131 C. civ.

³⁷¹ M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations, Tome 1 – Contrat et engagement unilatéral*, Puf, coll. Thémis droit privé, 4^e édition, 2016, p. 441, n°407 et s.

³⁷² Art. 1108 al. 1 C. civ : « *Le contrat est commutatif lorsque chacune des parties s'engage à procurer à l'autre un avantage qui est regardé comme l'équivalent de celui qu'elle reçoit* ».

³⁷³ Art. 1169 C. civ : « *Un contrat à titre onéreux est nul lorsque, au moment de sa formation, la contrepartie convenue au profit de celui qui s'engage est illusoire ou dérisoire* ».

110. Une conception subjective de l'équilibre contractuel accueillant l'unilatéralité -

Pendant longtemps, l'équilibre contractuel était celui *voulu* par les parties au contrat. Cette conception subjective s'expliquait par le postulat d'égalité des contractants qui, à l'image des citoyens français, naissent et demeurent libres et égaux en droit³⁷⁴. Chacun était donc en mesure de défendre ses propres intérêts et libre de contracter ou non. Portalis soulignait qu'un « *homme qui traite avec un autre homme doit être attentif et sage ; il doit veiller à son intérêt, prendre les informations convenables et ne pas négliger ce qui est utile* »³⁷⁵. L'individu en 1804 est supposé exercer sa liberté de façon rationnelle et intelligente ce qui a engendré la célèbre formule de Fouillée, « *qui dit contractuel dit juste* ». Dans cette conception de l'équilibre contractuel, l'insertion de prérogatives unilatérales dans le contrat ne contrevient pas à celui-ci tant qu'elles sont de source conventionnelle³⁷⁶.

111. Une conception objective de l'équilibre contractuel rejetant l'unilatéralité -

Néanmoins, la révolution industrielle de la fin du XIX^{ème} siècle a marqué la rupture entre la lettre du Code et la réalité³⁷⁷. Les inégalités sociales constatées par les pouvoirs publics ont amené ces derniers à s'immiscer dans la relation contractuelle afin de pallier les déséquilibres rencontrés³⁷⁸. Ce changement radical dans le droit du contrat se constate notamment avec l'extension du domaine de la rescision pour lésion. Le contrat lésionnaire étant injuste pour l'une des parties en raison d'un déséquilibre important, le législateur l'avait réduit au domaine très restreint, d'exception. Il était inenvisageable qu'une partie accepte un jeu déséquilibré de prestations sans que son consentement n'ait été vicié. La jurisprudence a contribué à étendre le domaine de la rescision pour lésion, notamment en précisant que la lésion constitue en soi une cause de rescision et ce indépendamment de tout vice du consentement³⁷⁹. Dans cette nouvelle conception de l'équilibre contractuel, les auteurs décortiquèrent la notion d'acceptation. Là où auparavant, un contrat était nécessairement acceptable car il avait été accepté, les auteurs distinguent le contenu contractuel accepté, de celui qui est objectivement ou subjectivement acceptable³⁸⁰. Ce couple peut désormais fonctionner indépendamment l'un de l'autre. Dissociation faite, un contractant peut accepter quelque chose d'inacceptable. Le développement de l'unilatéralité dans le contrat suscite alors la crainte de la doctrine, qui pourrait considérer que « *qui dit unilatéral, dit injuste* »³⁸¹. L'unilatéralisme est envisagé comme une menace pour l'équilibre contractuel.

³⁷⁴ V. Art. 1^{er} Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, 1789.

³⁷⁵ PORTALIS, *discours préliminaire in Naissance du Code civil*, Flammarion, 1989 p. 82.

³⁷⁶ V. *infra*, n°51 rel. à la clause de dédit et n°83 au sujet de la clause résolutoire.

³⁷⁷ J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, Puf, Coll. Thémis droit, 2011, p. 426, n°7.

³⁷⁸ V. F. TERRÉ, PH. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil : les obligations*, Dalloz, Précis de droit civil, 11^e édition, 2013, p. 42, n°35 et s. rel. au renforcement du cadre contraignant.

³⁷⁹ V. Ch. Req., 28 déc. 1932, in *Grands arrêts de la Jurisprudence civile*, Dalloz, 1994, n°174, p. 173.

³⁸⁰ M.-A. FRISON-ROCHE, *Unilatéralité et consentement, in l'unilatéralisme et le droit des obligations, op. cit.*, p. 21.

³⁸¹ M. BEHAR-TOUCHAIS, *Les sanctions unilatérales dans le droit de la distribution, in L'efficacité du contrat, actes du colloque du 11 juin 2010 organisé par le centre de recherches en droit privé Pierre Kayser de l'Université Paul Cézanne (Aix-Marseille III) sous la direction de G. LARDEUX*, Dalloz, 2011.

§ 2 – L'EXIGENCE D'ÉQUILIBRE CONTRACTUEL

112. Le risque de soumission d'une partie à l'autre – La menace que les prérogatives unilatérales font peser sur l'équilibre contractuel consiste dans le risque de soumission d'une partie à l'arbitraire de l'autre. La partie titulaire de la prérogative unilatérale est considérée comme étant active, tandis que l'autre, passive, est destinée à en subir les conséquences. À titre d'exemple, la partie titulaire du pouvoir de fixer unilatéralement le prix dans un contrat-cadre, conformément à l'article 1164 du Code civil, dispose d'un avantage sur son contractant. Les deux parties peuvent être titulaires au même titre de la prérogative unilatérale³⁸², certains auteurs parlent alors d'unilatéralité bilatéralisée³⁸³. La résiliation unilatérale des contrats à durée indéterminée est indifféremment attribuée aux contractants, cependant, celui qui exerce sa faculté en premier impose sa décision à l'autre. La partie titulaire de la prérogative unilatérale domine le contrat là où la partie passive s'y soumet. Les prérogatives unilatérales confèrent en effet à leur bénéficiaire un droit potestatif (A) voire discrétionnaire (B).

A – LE RISQUE D'UNE PARTIE SOUMISE À UN POUVOIR UNILATÉRAL POTESTATIF

113. Les prérogatives unilatérales : des droits potestatifs – Un droit potestatif est défini comme « *la prérogative qui permet à son titulaire d'influencer sur une situation juridique afin d'en créer une nouvelle, de la modifier ou de l'éteindre au moyen d'un acte unilatéral* »³⁸⁴. Par définition, une prérogative unilatérale attribue à son titulaire un droit potestatif lui permettant de soumettre le contrat à son unique volonté.

Par exemple, le bénéficiaire d'une promesse unilatérale de contrat dispose d'un droit potestatif de lever l'option. Ceci est d'autant plus exact depuis que le nouvel article 1124 précise que la révocation de la promesse par le promettant, avant la levée de l'option n'empêche pas la formation du contrat promis. Les droits de rétractation ou de repentir accordés par la loi, la clause de dédit, soumettent également le contrat à la volonté d'une partie. La résiliation unilatérale des contrats à durée indéterminée, la clause résolutoire et, désormais, la résolution unilatérale pour inexécution abandonnent ainsi le sort du contrat à la volonté d'un seul.

114. Le risque d'incertitude lié au caractère potestatif – Dans tous les cas, la partie passive, non titulaire de la prérogative se trouve dans une situation précaire. L'existence ou la poursuite de la relation contractuelle ne dépend plus que de la volonté de l'autre. Lorsque le législateur octroie au

³⁸² V. *supra*, n°84 à propos de la clause résolutoire.

³⁸³ V. D. MAZEAUD, *Loyauté, solidarité, fraternité, la nouvelle devise contractuelle*, in *L'avenir du droit*, Mélanges en hommage à F. TERRÉ, Dalloz, Jurisclasseur, 1999, p. 603.

³⁸⁴ I. NAJJAR, *La potestativité, notes de lectures, RTD civ.* 2012, p. 601.

consommateur, confronté au développement de l'internet et des contrats à distance, un droit l'autorisant à regretter son clic, plutôt qu'à y réfléchir³⁸⁵, le professionnel est placé dans la même situation précaire que le promettant de la promesse unilatérale de contrat, dans l'attente de l'exercice ou non de la prérogative permettant de maintenir le contrat comme de l'anéantir.

L'incertitude dans laquelle se trouve la partie non titulaire de la prérogative unilatérale apparaît cependant tolérée. L'acceptation d'un tel risque se justifie à deux égards, d'une part en raison de l'objectif légitime poursuivi par le législateur ou le contrat dans l'attribution de telles prérogatives, et d'autre part en raison de leur nature.

115. L'objectif de rééquilibrer le contrat – Le caractère unilatéral des prérogatives peut d'abord être nécessaire au réajustement de l'équilibre contractuel. L'octroi de prérogatives unilatérales une fois le contrat formé permet notamment de parer à l'acceptation d'un contenu inacceptable en accordant à une partie considérée comme faible, la capacité de revenir sur le consentement donné. La faculté de rétractation a ainsi pour finalité le rééquilibrage du contrat et un objectif de protection du consommateur. L'unilatéralisme peut être envisagé comme correctif d'une inégalité factuelle. À l'utopique collaboration fraternelle souhaitée par les auteurs, se substitue l'unilatéralité d'un contractant puis de l'autre, lors des différents stades du contrat. Tantôt l'un, tantôt l'autre, afin d'avoir l'opportunité de peser à nouveau leurs intérêts en réintégrant leur capacité individuelle dans le contrat. Celui des contractants qui était objectivement menacé aura ainsi la possibilité de prendre en main la relation contractuelle.

116. Un risque toléré en raison de la nature de la prérogative – D'autres prérogatives unilatérales se justifient par leur nature. C'est le cas de la résiliation unilatérale des contrats à durée indéterminée, fondée sur le principe essentiel de la prohibition des engagements perpétuels³⁸⁶. Le droit d'option dans la promesse unilatérale est compensé par l'indemnité d'immobilisation. Les auteurs considèrent que l'économie de la clause de dédit étant commutative, elle ne porte pas atteinte à la bilatéralité en tant que telle³⁸⁷.

De manière plus générale, les prérogatives unilatérales jouent un rôle légitime dans le contrat, leur unilatéralité ne suffisant pas, dès lors, à menacer l'équilibre contractuel. La réforme du droit des contrats consacre la possibilité pour un contractant de confirmer³⁸⁸ la nullité du contrat et de lui permettre

³⁸⁵ M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations, Tome 1 – Contrat et engagement unilatéral*, Puf, coll. Thémis droit privé, 4^e édition, 2016, p. 322, n°289.

³⁸⁶ V. *supra*, n°80.

³⁸⁷ M.-A. FRISON-ROCHE, *Unilatéralité et consentement*, in *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, *op. cit.*, p. 28.

³⁸⁸ V. Art. 1182 C. civ.

de survivre à son défaut de formation et prévoit de nouvelles actions interrogatoires dont la mise en œuvre est censée rassurer ou fixer le contractant sur son sort³⁸⁹.

Le risque d'arbitraire est donc présent en matière d'unilatéralité. Toutefois, si un certain risque de potestativité est toléré, le risque d'une partie lésée par un pouvoir unilatéral discrétionnaire est en revanche, contrôlé.

B – LE RISQUE D'UNE PARTIE LÉSÉE PAR UN POUVOIR UNILATÉRAL DISCRÉTIONNAIRE

117. L'existence de droits discrétionnaires - Il existe des droits absolus ou discrétionnaires dont l'usage ne sera jamais abusif. Ni les motifs de son titulaire, ni les conditions d'exercice de ce droit ne feront l'objet d'un contrôle par le juge. À titre d'exemple, l'article 673 du Code civil dispose du droit absolu pour un propriétaire de couper les racines des arbres du fonds voisin pénétrant sur son fonds. Récemment la jurisprudence a également confirmé le caractère absolu du droit pour un propriétaire d'obtenir la démolition d'un ouvrage empiétant sur son fonds³⁹⁰. Ces droits discrétionnaires se font rares, « *le contrôle de l'exercice des droits est devenu si familier que ces ilots d'absolutisme individuel constitués par les droits discrétionnaires tendent à être submergés les uns après les autres* »³⁹¹. Certains droits ont été considéré comme absolus pendant un temps alors qu'ils font aujourd'hui l'objet d'un contrôle minimal par le juge. Ce fût notamment le cas en matière d'adoption. Le droit de consentir à l'adoption est désormais soumis à un contrôle en vertu de l'article 348-6 du Code civil³⁹². Les auteurs ont longtemps cherché le critère distinguant un droit susceptible d'abus, d'un droit absolu. Josserand considérait que le degré de précision de la règle légale pouvait justifier l'exercice souverain du droit. Plus le droit était encadré, plus il était possible que son titulaire dispose d'une marge de liberté importante. Ripert fondait quant à lui le caractère absolu du droit sur la nécessité d'une appréciation personnelle du titulaire lors de son exercice. Enfin, Rouast³⁹³ distinguait les droits conférant une prérogative individuelle de ceux attribuant une fonction à leur sujet, les premiers étant absolu car ils constituent une manifestation de la personne humaine. Malgré les efforts de la doctrine, la définition du caractère absolu d'un droit reste vague et s'apprécie au cas par cas. La majorité des auteurs se méfient

³⁸⁹ V. Art. 1123, 1158 et 1183 C. ciV. et V. E. JEULAND, *Les actions interrogatoires en question*, JCP G 2016, n°26, p. 737 ; M. DE FONTMICHEL, *Les nouvelles actions interrogatoires*, D.2016.1665

³⁹⁰ V. C. cass. civ. 3^e, 21 décembre 2017, n°16-25.406, publié au bulletin à paraître 2017 : « *Tout propriétaire est en droit d'obtenir la démolition d'un ouvrage empiétant sur son fonds sans que son action ne puisse donner lieu à faute ou à abus* ».

³⁹¹ J. GHESTIN, *Traité de droit civil, Introduction générale au droit civil*, LGDJ, 3^e édition, 1990, p. 687, n°705.

³⁹² V. Art. 348-6 C. civ. « *Le tribunal peut prononcer l'adoption s'il estime abusif le refus de consentement opposé par les parents ou par l'un d'entre eux seulement, lorsqu'ils se sont désintéressés de l'enfant au risque d'en compromettre la santé ou la moralité. Il en est de même en cas de refus abusif de consentement du conseil de famille* ».

³⁹³ ROUAST, *Les droits discrétionnaires et les droits contrôlés*, RTD civ. 1944, p. 1.

d'un pouvoir unilatéral dans le contrat au caractère absolu, certains parlent d'unilatéralité inacceptable³⁹⁴.

118. Le risque d'abus d'un pouvoir unilatéral – Dans la conception classique issue du Code civil de 1804, « *la volonté contractuelle n'a de compte à rendre à quiconque et peut donc faire tout ce qui n'est pas contraire à l'ordre public sans avoir à en justifier* »³⁹⁵. Depuis que le contrat s'accompagne de prérogatives unilatérales, la majorité des auteurs se méfient d'un pouvoir unilatéral abusivement exploité. Si le risque d'incertitude est toléré³⁹⁶, celui d'abus doit faire l'objet d'un contrôle. « *Toute personne ayant un pouvoir est encline à en abuser*³⁹⁷ ».

L'abus n'est autre que la méconnaissance totale de l'équilibre contractuel par les parties³⁹⁸, et grever le contrat d'unilatéralité augmente naturellement les risques d'abus dans l'exercice de ces prérogatives et ainsi les risques de déséquilibre des prestations. Face à de nombreuses illustrations de pouvoir dont l'exercice fut considéré comme abusif, les auteurs s'accordent pour préciser que « *l'unilatéralisme n'est admissible dans l'acte contractuel que s'il ne le dénature pas* »³⁹⁹.

119. Des prérogatives unilatérales exceptionnelles – En matière contractuelle, les droits discrétionnaires demeurent limités. C'est sans doute le cas des prérogatives unilatérales destinées à former le contrat ou à revenir sur sa conclusion⁴⁰⁰, mais, une fois le contrat conclu, le pouvoir unilatéral d'un contractant est en principe subordonné à une cause précise, telle l'inexécution d'une obligation ou fait au moins l'objet d'un contrôle. Dans un arrêt rendu par sa chambre commerciale le 4 novembre 2014, la Cour de cassation a mis à jour l'exercice abusif du droit de fixation unilatérale du prix dans un contrat. Ce dernier prévoyait qu'un prix serait unilatéralement fixé par le fournisseur en fonction du tarif en vigueur au jour de l'enregistrement de la commande et définitivement pour chaque année selon une variation maximale par rapport à l'année précédente. Par ce stratagème, le fournisseur encourageait son client à s'interroger sur le risque d'augmentation des prix au cours du contrat tandis qu'il fixait dès le

³⁹⁴ V. M.-A. FRISON-ROCHE, *Unilatéralité et consentement in L'unilatéralisme et le droit des obligations*, actes du colloque annuel de 1998 du centre de recherche européen de droit des obligations de l'Université Paris XII et du Centre de droit des contrats de l'Université de Lille 2, sous la direction de C. JAMIN et D. MAZEAUD, *Economica*, 1999, p. 21 ; et V. T. REVET, *Réflexions sur l'unilatéralisme dans le droit rénové des contrats*, In *Le juriste dans la cité*, Études en la mémoire de PH. NEAU-LEDUC, LGDJ, 2018, p. 893, n°7 « *Un tel pouvoir n'est acceptable que s'il n'est pas discrétionnaire* ».

³⁹⁵ T. REVET, *Réflexions sur l'unilatéralisme dans le droit rénové des contrats*, In *Le juriste dans la cité*, Études en la mémoire de PH. NEAU-LEDUC, LGDJ, 2018, p. 894, n°7.

³⁹⁶ V. *supra*, n°114 et s., rel. au risque d'incertitude lié à un pouvoir unilatéral.

³⁹⁷ T. REVET, *La détermination unilatérale de l'objet dans le contrat*, in *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, *op. cit.*, p. 45.

³⁹⁸ T. REVET, *La détermination unilatérale de l'objet dans le contrat*, in *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, *op. cit.*, p. 45

³⁹⁹ T. REVET, *Réflexions sur l'unilatéralisme dans le droit rénové des contrats*, In *Le juriste dans la cité*, Études en la mémoire de PH. NEAU-LEDUC, LGDJ, 2018, p. 894, n°7.

⁴⁰⁰ V. *supra*, n°50 à propos du droit de rétractation et n°52 au sujet de la clause de dédit. V. également, J. GHESTIN, *Traité de droit civil, Introduction générale au droit civil*, LGDJ, 3^e édition, 1990, p. 146, n°189.

premier jour, un prix trop élevé⁴⁰¹. La Cour de cassation a relevé « *que les prix unilatéralement fixés par la société Camargo, excessifs dès l'origine, ne permettaient pas à la société Larzul de faire face à la concurrence* »⁴⁰² et a ainsi retenu l'abus dans la fixation unilatérale du prix de vente.

120. Conclusion du chapitre 1 – Afin que cette figure fondamentale de la vie des affaires puisse s'adapter aux évolutions sociales, le contrat du Code civil de 1804 est peu à peu réécrit, notamment, par l'unilatéralisme. Cependant, il convient de constater que le renouvellement de l'analyse contractuelle s'accompagne d'un renouveau de l'individualisme et plus précisément, de la confiance à accorder aux cocontractants. La liberté attribuée au sein du contrat est tempérée par la nécessité de prendre en compte les intérêts de chaque partie. Le titulaire des prérogatives unilatérales dispose ainsi d'une latitude, d'une marge de manœuvre, mais ce dans un objectif défini et souvent légitime. Par ailleurs, cette liberté et la bienveillance dont son bénéficiaire fera preuve, sont garantis par le rôle du juge. Dans le même temps que le contrat accueille l'unilatéralisme, le juge voit son office évoluer.

⁴⁰¹ V. H. BARBIER, *La traque judiciaire des abus de prérogatives unilatérales, jusqu'aux plus dissimulés*, RTD civ. 2015 p. 123 ; « *Le fournisseur vendait en effet au fabricant la chair d'escargot à un prix moyen 25% plus cher qu'à ses autres clients* ».

⁴⁰² V. Cour cass. com., 4 nov. 2014, n°11-14.026, D. 2015.183 note J. GHESTIN.

CHAPITRE 2 – LA CONTRIBUTION DE L’UNILATÉRALISME
AU RENOUVELLEMENT DE L’OFFICE DU JUGE

121. L'évolution de la place du juge en matière contractuelle - La jurisprudence est à l'origine de nombreuses prérogatives unilatérales consacrées par le législateur dans le cadre de la réforme du droit des contrats. Pendant longtemps, le juge était, aux côtés des parties, créateur de l'unilatéralisme⁴⁰³. Désormais, son office évolue tandis qu'il est amené à réceptionner l'unilatéralité envisagée par le nouveau Code civil. La doctrine civiliste s'accorde pour témoigner du bouleversement du rôle du juge, face à l'unilatéralisme : « *La première impression est celle d'un recul du juge qui se heurte à une forte montée de l'unilatéralisme dans le contrat* »⁴⁰⁴. En réalité, ce n'est pas la première fois que la place du juge dans la relation contractuelle s'adapte au contexte politique et juridique environnant. En 1804, le juge n'a qu'un rôle réduit dans la relation contractuelle, chose des parties, et chose des deux parties. Simple arbitre il ne doit influencer d'aucune manière sur la relation convenue par les contractants en vertu d'un principe de non-ingérence. La défiance vis-à-vis du juge se manifeste par la crainte de son pouvoir arbitraire. Peu à peu, afin de combler les lacunes de la loi, le juge s'est immiscé dans la relation contractuelle en réalisant une interprétation « active ».⁴⁰⁵ Ce « *forçage du contrat* »⁴⁰⁶ dénoncé, témoigne de l'importance de son pouvoir normatif. Ce dernier pourrait s'avérer utile et efficace, dans le cadre du développement de l'unilatéralisme, pour contrer le pouvoir de l'un et protéger la partie en position de faiblesse.

122. La tendance actuelle à l'évitement du juge - « *Paradoxalement, la justice du XXI^e siècle semble vouloir s'affranchir du juge* »⁴⁰⁷. Le contexte actuel témoigne d'une tendance à l'évitement du juge. Le manque de moyens financiers et l'engorgement auxquels font face les tribunaux ont incité le législateur à privilégier les modes alternatifs de règlements des litiges. L'individu en conflit est encouragé à faire preuve de maturité et de compassion en engageant en priorité des procédures de conciliation, de médiation⁴⁰⁸. Pour plusieurs auteurs, la réforme du droit des contrats s'inscrit dans la

⁴⁰³ V. nota., *supra*, n°88 rel. à la résolution unilatérale par notification que l'arrêt Tocqueville, rendu par la Cour de cassation le 13 octobre 1998 (n°96-21.485) avait admis.

⁴⁰⁴ M. MEKKI, *Le juge et les remèdes à l'inexécution du contrat*, RDC 2016, n°2, p. 400.

⁴⁰⁵ Le juge a dérogé les obligations de sécurité et d'information notamment.

⁴⁰⁶ V. L. JOSSERAND, *Le contrat dirigé*, Dalloz, Recueil Hebdomadaire 1933, n°32 – chronique p. 89 et *Les dernières étapes du dirigisme contractuel : le contrat forcé et le contrat légal*, Dalloz, Recueil Hebdomadaire 1940, n°2, chronique p. 5.

⁴⁰⁷ A. CHATAIN et S. LATASTE, *Le rôle du juge dans la réforme du droit des contrats*, *Gaz. Pal.* 2016, n°41, p. 12.

⁴⁰⁸ Ces modes alternatifs de règlement des litiges sont également promus par les magistrats eux-mêmes : V. nota., www.beatricebrenneur.com : « *Béatrice Blohorn-Brenneur s'est appuyée sur des associations de juges, d'avocats et de médiateurs qu'elle a créées. Le mouvement, parti de France, s'est propagé en Europe ; il est aujourd'hui international. Elle a ainsi créé, en 2003, le Groupement Européen des Magistrats pour la Médiation – GEMME* ».

continuité des réformes récentes⁴⁰⁹. En consacrant l'unilatéralité dans le contrat au stade de sa formation comme à celui de son exécution, elle favoriserait le recul de l'intervention du juge⁴¹⁰. L'unilatéralisme, « *tendance à faire l'économie du juge* »⁴¹¹ témoignerait d'une confiance renouvelée en l'individu et son corolaire, une certaine méfiance envers le pouvoir judiciaire. Par la codification du droit positif et plus particulièrement des hypothèses unilatérales garantissant l'autonomie des parties, le rôle du juge semble confiné. La doctrine considère que « *sa marge d'initiative sera à l'avenir sensiblement réduite* »⁴¹². Il convient cependant de nuancer l'idée d'un affaiblissement du pouvoir du juge ou d'un recul de son intervention.

123. L'encadrement de l'unilatéralité par le juge – La réforme du droit des contrats n'octroie pas au juge un simple rôle de spectateur et il sera aisé de constater que son effacement n'est qu'un mirage. L'intervention du juge est graduée. En bas de l'échelle, il se contente de vérifier le respect par les parties des conditions exigées par le législateur. Sa marge de manœuvre augmente lorsqu'il est chargé d'interpréter les dispositions légales ou les stipulations contractuelles obscures ou lacunaires. Enfin, lorsque le juge use de son pouvoir décisionnel, de l'*imperium* propre à son autorité, il a le dernier mot même en matière d'unilatéralité. Il convient donc de distinguer selon que le juge se limite à un contrôle judiciaire de l'unilatéralité (*Section 1*) ou exerce son pouvoir créateur (*Section 2*). Le juge renouvelle son rôle et conserve une place de choix dans l'espace contractuel.

SECTION 1 – LE CONTRÔLE JUDICIAIRE DE L'UNILATÉRALITÉ DANS LE CONTRAT :

LE JUGE, CENSEUR DE L'UNILATÉRALISME

124. Le moment du contrôle judiciaire – L'unilatéralisme s'inscrit dans une approche libérale du droit des contrats⁴¹³. Afin que la confiance attribuée aux contractants soit efficace, le recours au juge doit être subsidiaire⁴¹⁴. Certains auteurs ont ainsi soulevé le caractère infantilisant pour les parties d'un

⁴⁰⁹ L. AYNÈS, *Le juge et le contrat, nouveaux rôles ? RDC*, 1^{er} avr. 2016, n° hors-série, p. 14 : « *Les auteurs de l'ordonnance ont affiché leur volonté de prévenir le contentieux ou le résoudre sans nécessairement recourir au juge* »

⁴¹⁰ V. nota., Art. 1123 C. civ. rel. au pacte de préférence introduit un mécanisme d'action interrogatoire permettant à un tiers de demander par écrit « *au bénéficiaire de confirmer dans un délai qu'il fixe et qui doit être raisonnable, l'existence d'un pacte de préférence et s'il entend s'en prévaloir. [...] à défaut de réponse dans ce délai, le bénéficiaire du pacte ne pourra plus solliciter sa substitution au contrat conclu avec le tiers ou la nullité du contrat* ». Le Code civil prévoit également ce mécanisme à l'Art. 1158 au sujet de la représentation et enfin, à l'Art.1183 rel. à la confirmation de la nullité. V. pour une étude plus approfondie, E. JEULAND, *Les actions interrogatoires en question*, JCP G 2016, n°26, p.737 ; M. DE FONTMICHEL, *Les nouvelles actions interrogatoires*, D.2016.1665 et F. ANCEL, *Quel juge pour le contrat au XXIème siècle*, D.2017.721 où l'auteur précise « *Éviter d'avoir à saisir le juge en mettant en œuvre des dispositifs préventifs pour purger le contrat de ses vices, tel est l'objet des actions dites interrogatoires* ».

⁴¹¹ F. ANCEL, *Quel juge pour le contrat au XXIème siècle*, D. 2017.721.

⁴¹² D. MAZEAUD, *La place du juge en droit des contrats*, RDC 2016, n°2, p. 353.

⁴¹³ V. *supra*, n°104 au sujet du renouveau de l'individualisme en droit des contrats.

⁴¹⁴ B. MALLET-BRICOUT, 2016, *ou l'année de la réforme du droit des contrats*, RTD civ. 2016 p. 463.

recours systématique au juge⁴¹⁵. La conception d'un juge, refuge pour les parties au contrat, les dispense de trouver elles-mêmes des solutions alternatives, à l'amiable, ou encore de prendre des décisions en faveur de l'avenir de la relation contractuelle. Une intervention préventive du juge, qui le placerait en amont de l'exécution du pouvoir unilatéral, viendrait contrer l'objectif attendu d'émancipation des parties. Donner une chance à l'individu titulaire d'une prérogative unilatérale implique nécessairement un « déplacement du curseur par l'instauration d'un contrôle a posteriori »⁴¹⁶. C'est en opérant un « remarquable glissement temporel »⁴¹⁷, que la réforme confirme la fonction curative de l'intervention du juge⁴¹⁸. Sans remettre en cause l'existence ou la nécessité d'un contrôle du juge, la réforme l'encadre. Le contrôle du juge est désormais subordonné à l'exercice préalable de la prérogative unilatérale, ainsi qu'à l'action la contestant. « On assiste à une véritable inversion de l'initiative judiciaire »⁴¹⁹ suivie du renversement corolaire de la charge de la preuve. Les missions du juge se diversifient, il passe d'un juge, refuge pour le créancier d'une obligation inexécutée incapable d'agir seul, à un juge en renfort du débiteur dont les droits auraient été lésés. En réceptionnant l'unilatéralité, le juge opère un repli stratégique vers un contrôle a posteriori et étoffe, par la même occasion, l'objet de son contrôle.

125. L'objet du contrôle judiciaire – En consacrant les prérogatives unilatérales au sein du Code civil, le législateur en a précisé les contours. Le régime, le formalisme spécifique et la publicité exigés sont désormais inscrits dans le marbre du Code civil. Afin de garantir l'efficacité d'un pouvoir unilatéral, son titulaire doit respecter les conditions qui l'encadrent. « L'objet du contrôle exercé par le juge porte surtout sur les conditions substantielles de mise en œuvre de ces prérogatives unilatérales »⁴²⁰. Le juge est alors seul compétent pour vérifier le respect de ces conditions par les parties (§1). En parallèle de cette simple vérification a priori objective, le juge dispose d'un pouvoir de contrôle portant sur l'exercice même de la prérogative unilatérale (§2).

⁴¹⁵ V. PH. MALAURIE, L. AYNÈS et PH. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, LGDJ, 9^e édition, 2017, p. 221, n°424.

⁴¹⁶ M. MEKKI, *Le juge et les remèdes à l'inexécution du contrat*, art. préc. V. également, Y.-M LAITHIER, *La validité réaffirmée de la dispense conventionnelle de mise en demeure du débiteur*, RDC 2015, n°4, p. 836. « Mais l'unilatéralisme n'est ni démission de l'État, ni déni de justice, simplement une justice différée, dans laquelle le contrôle n'intervient pas a priori, pour autoriser, mais a posteriori, pour sanctionner les abus de cette liberté nouvelle ».

⁴¹⁷ D. MAZEAUD, *Regards positifs et prospectifs sur le nouveau monde contractuel*, LPA 2004, n°92, p. 47.

⁴¹⁸ F. JULIENNE, *L'office du juge en droit des contrats*, art. préc.

⁴¹⁹ G. LARDEUX, *droit positif et droit prospectif de l'unilatéralisme dans le contrat*, In *L'efficacité du contrat, actes du colloque du 11 juin 2010 organisé par le centre de recherches en droit privé Pierre Kayser de l'Université Paul Cézanne (Aix-Marseille III) sous la direction de G. Lardeux*, Dalloz, 2011.

⁴²⁰ M. MEKKI, *Le juge et les remèdes à l'inexécution du contrat*, art. préc.

126. La marge d’appréciation du juge - Le législateur a mis en place un régime contraignant auquel la partie titulaire d’un pouvoir unilatéral doit se soumettre avant de l’exercer. Se faisant, il encadre spontanément l’unilatéralité qu’il consacre. Conformément à sa mission traditionnelle de bouche de la loi, le juge se contentera, parfois, de dire le droit⁴²¹. Néanmoins, le législateur semble avoir pris soin d’ajuster la sémantique des textes afin de laisser une place à l’appréciation subjective du juge. Certaines conditions n’exigeront du juge qu’une simple vérification, tel est le cas notamment du formalisme imposé, là où d’autres lui accordent une marge d’appréciation incitant les auteurs à redouter « *sa potentielle prise de pouvoir dans le contrat* »⁴²².

127. L’encadrement de l’unilatéralité par le formalisme – L’unilatéralité fait partie du processus contractuel, depuis la formation du contrat jusqu’à son exécution où elle trouve principalement son fondement dans la liberté contractuelle⁴²³ ou dans législation. Chaque nouvel article du Code civil consacrant cette unilatéralité se manifestant sous la forme d’une prérogative, d’un droit voire même d’une simple initiative, s’accompagne d’un régime formaliste. La présence de cet encadrement légal permet de nuancer l’ampleur de l’unilatéralisme, et en particulier, des craintes qui en découlent. « *Derrière cet encadrement se cache une réelle volonté, pour le juge, de concourir à la maîtrise du contrat mais surtout de ne pas laisser libre cours aux pouvoirs des contractants* »⁴²⁴. L’exercice d’un pouvoir unilatéral, laissant l’autre partie dans une situation d’incertitude quant à l’avenir de sa relation contractuelle, doit être limité dans le temps (A) et précédé d’une information (B).

A – LE CONTRÔLE JUDICIAIRE DU TEMPS DE L’UNILATÉRALITÉ

128. Limiter l’unilatéralité dans le temps – L’unilatéralité s’avère utile lorsqu’elle est entourée de garde-fous. Lorsqu’un contractant dispose d’un pouvoir unilatéral lui permettant d’agir seul

⁴²¹ G. LARDEUX, *droit positif et droit prospectif de l’unilatéralisme dans le contrat*, In *L’efficacité du contrat, actes du colloque du 11 juin 2010 organisé par le centre de recherches en droit privé Pierre Kayser de l’Université Paul Cézanne (Aix-Marseille III) sous la direction de G. Lardeux*, Dalloz, 2011, p. 12, à propos de la clause résolutoire, « *le rôle du juge en est profondément modifié puisqu’il [...] doit seulement vérifier que les conditions d’application de la clause ont été respectées* ».

⁴²² B. MALLEY-BRICOUT, 2016, *ou l’année de la réforme du droit des contrats*, art. préc., V. aussi, *infra*, n°150 à propos de l’interprétation du juge.

⁴²³ V. *supra*, n°23 au sujet de l’unilatéralité dans le contrat, constat et fondement.

⁴²⁴ P. LEMAY, *Le principe de la force obligatoire à l’épreuve du développement de l’unilatéralisme*, Mare & Martin, Bibliothèque des thèses, 2014, n°284, p. 393 où l’auteur propose d’instaurer un formalisme accru propre aux prérogatives, pouvoirs et droits unilatéraux.

et d'influencer la relation contractuelle, celui-ci doit être limité dans le temps⁴²⁵. La prérogative unilatérale peut n'être accordée que temporairement à un contractant, ou son exercice être subordonné à un laps de temps offert à celui contre qui elle est exercée. Cet encadrement temporel s'effectue par le biais de délais imposés par le législateur ou les parties elles-mêmes, et qu'il impose au juge de contrôler. Certains auteurs ont souligné l'opportunité d'une généralisation de tels délais à toutes les prérogatives unilatérales⁴²⁶. Ce laps de temps serait favorable à la réflexion⁴²⁷ et participe d'un devoir de coopération se manifestant par la patience attendue⁴²⁸. Le régime de ces délais se révèle complexe, accroissant d'autant le pouvoir de contrôle du juge.

129. La nature du délai – Plusieurs types de délais peuvent être mis en place pour encadrer un pouvoir unilatéral. Il existe ainsi des délais pendant lesquels le contractant ne peut pas agir, la prérogative unilatérale dont il est titulaire ne pourra être exercée qu'une fois le temps écoulé⁴²⁹. Par exemple, dans de nombreux contrats, un délai de préavis est exigé pour leur résiliation unilatérale. Le juge contrôlera le respect de ce délai et avec lui, l'exercice du droit unilatéral. Un exemple particulièrement important de ce contrôle est donné par la prohibition de la rupture brutale des relations commerciales où le juge sanctionne régulièrement l'auteur de la rupture qui n'a pas respecté le préavis suffisant exigé par la loi⁴³⁰.

D'autres délais encadrent l'exercice d'un pouvoir unilatéral dans un laps de temps défini. Le titulaire ne peut mettre en œuvre sa prérogative qu'une fois le point de départ du délai enclenché et avant son expiration, c'est le cas, notamment des facultés de rétractations prévues par le Code de la consommation.

130. Le point de départ du délai – Le juge contrôlera également le respect du point de départ du délai. Certains délais encadrant l'exercice d'une prérogative unilatérale courent à compter de la conclusion du contrat. C'est notamment le cas de la possibilité pour le bénéficiaire de la promesse

⁴²⁵ Certaines prérogatives accordées aux contractants ne sont pas encadrées dans un laps de temps aussi rigoureux. L'exception d'inexécution n'entre pas dans un délai à durée déterminée. Pour autant, il s'agit d'une mesure temporaire, par sa nature comme sa finalité. Moyen de pression amenant l'autre contractant à s'exécuter, l'exception d'inexécution n'a pas vocation à durer. V. *supra*, n°70 et s.

⁴²⁶ P. LEMAY, *Le principe de la force obligatoire à l'épreuve du développement de l'unilatéralisme*, Mare & Martin, Bibliothèque des thèses 2014, p.411, n°297 et G. CHANTEPIE et N. DISSAUX, *rapport introductif In, Le nouveau discours contractuel* (sous la dir. de) G. CHANTEPIE et N. DISSAUX, *RDC* 2016, n°3, p. 517, « Faudra-t-il redonner toute leur force aux clauses de préavis dans les relations commerciales établies ? ».

⁴²⁷ En droit de la consommation ont été mis en place des délais de réflexion précédant l'acceptation de l'offre par le consommateur. Certains auteurs considèrent à l'inverse qu'il est plus fréquent que les consommateurs se ravisent après avoir signé (notamment par le biais d'une faculté de rétractation). V. à ce sujet, *supra*, n°49 et s.

⁴²⁸ D. MAZEAUD, *Le nouvel ordre contractuel*, *RDC* 2003, n°1, p. 29, n°35.

⁴²⁹ M. BEHAR-TOUCHAIS, *Les remèdes unilatéraux à l'inexécution dans les contrats de distribution*, In *L'efficacité du contrat, actes du colloque du 11 juin 2010 organisé par le centre de recherches en droit privé Pierre Kayser de l'Université Paul Cézanne (Aix-Marseille III) sous la direction de G. Lardeux*, Dalloz, 2011, p. 25 à propos du contrôle du délai de préavis.

⁴³⁰ V. art. L.441-6 C. com.

unilatérale de vente de lever l'option⁴³¹. De la même manière, le titulaire d'un droit de rétractation ou le bénéficiaire d'une clause de dédit ne peut exercer son droit, permettant de revenir sur le consentement donné, qu'une fois le contrat conclu.

Au stade de l'exécution du contrat, la chronologie des événements s'inscrit dans une logique différente, la plupart des prérogatives unilatérales sont conditionnées par l'inexécution d'une obligation contractuelle. L'exception d'inexécution peut être mise en œuvre instantanément lorsqu'une inexécution contractuelle est avérée. La plupart du temps, comme pour l'exécution forcée aux dépens du débiteur le point de départ du délai ne s'envisage qu'« *après mise en demeure* ». La résolution unilatérale est également subordonnée à une mise en demeure infructueuse⁴³² à compter de laquelle découle un délai. Une fois ce délai écoulé, le créancier de l'obligation toujours inexécutée pourra notifier la résolution. En cas de recours au juge, non seulement ce dernier va contrôler le respect des conditions temporelles indiquées, mais surtout il pourra accorder un délai supplémentaire⁴³³ dont il fixera le point de départ ainsi que la durée.

131. La durée du délai – Les délais de nature à encadrer l'exercice d'un pouvoir unilatéral sont souvent déterminés expressément, tantôt par le législateur, tantôt par la jurisprudence ou l'acte juridique. Le bénéficiaire de la promesse unilatérale de contrat ne dispose que d'un délai d'un mois pour lever l'option, à l'issue duquel la promesse devient caduque. La question des délais a longtemps été au cœur du régime de l'offre de contrat. Le pollicitant peut fixer lui-même un délai à son offre ou laisser le soin au juge de le déterminer.

L'importance du délai se manifeste également lors de la rétractation de l'offre⁴³⁴. En vertu de la liberté contractuelle, le pollicitant peut fixer un délai, faisant de sa pollicitation une offre à durée déterminée. À défaut de celle-ci, c'est au juge de déterminer quel sera le délai à appliquer sous la forme d'un délai « raisonnable »⁴³⁵. La faculté de rétractation ou de dédit s'encadre également dans des délais rigoureux⁴³⁶. La chronologie dans laquelle s'inscrivent les prérogatives unilatérales relatives à la formation du contrat se justifie par la nécessité de ne pas laisser le contractant passif dans l'incertitude de son avenir pendant une durée qui lui serait préjudiciable⁴³⁷.

En raison de la nécessité de limiter le pouvoir unilatéral dans le temps, mais de la difficulté de sélectionner la durée adéquate, le législateur a choisi de laisser une marge à l'appréciation du juge. L'exécution forcée aux dépens du débiteur, la résolution unilatérale ou l'offre sont enfermées dans un « *délai raisonnable* », à charge pour le juge de déterminer ce qu'il convient d'entendre par ce

⁴³¹ V. *supra*, n°21 à propos de l'unilatéralité dans la promesse unilatérale de contrat.

⁴³² V. *supra*, n°76, 78, 89, et *infra*, n°133 au sujet de la mise en demeure.

⁴³³ V. *infra*, n°159 et s., rel. au pouvoir décisionnel du juge.

⁴³⁴ V. *supra*, n°38 et s. rel. à l'offre.

⁴³⁵ V. *infra*, n°150 et s. à propos de l'interprétation du juge.

⁴³⁶ V. *supra*, n°49 et s., rel. au droit de rétractation.

⁴³⁷ V. *supra*, n°114 rel. au risque d'incertitude dans laquelle se trouve la partie soumise à un pouvoir unilatéral.

qualificatif. Ici, non seulement le juge va contrôler le respect du délai imposé mais surtout il appréciera la réalité du laps de temps choisi par la partie titulaire du pouvoir.

Le pouvoir du juge est encore plus remarquable lorsqu'il peut lui-même accorder un délai au contractant à l'encontre duquel la prérogative est mise en œuvre. Par exemple, en matière de bail commercial le juge peut suspendre le jeu de la clause résolutoire et accorder au locataire un délai pour exécuter son obligation au-delà de celui imparti par la mise en demeure⁴³⁸.

B – LE CONTRÔLE JUDICIAIRE DE L'INFORMATION DU CONTRACTANT

132. Une mise en œuvre formelle – La mise en œuvre d'un pouvoir unilatéral ne peut être tacite. Lorsqu'elle s'apprête à exercer une prérogative unilatérale, la partie qui en est titulaire devra informer son contractant, qui la subit. Le titulaire d'un pouvoir unilatéral doit agir ouvertement et user expressément de son droit. Le juge contrôlera si l'exercice de la prérogative unilatérale a été précédée d'une mise en demeure lorsque celle-ci est requise.

133. L'exigence d'une mise en demeure - « *Jean Carbonnier estimait, pour justifier sous cet angle la nécessité d'une mise en demeure, qu'un Code civil, à la différence d'un Code de commerce, « doit prêcher la morale de l'infinie patience » ; en somme le respect de la parole donnée mais sans la ponctualité* »⁴³⁹. La mise en demeure est une sommation, un acte portant interpellation destinée à un contractant. Le Code civil prévoit deux catégories de mise en demeure, l'une émanant du créancier en faveur du débiteur, l'autre émanant du débiteur⁴⁴⁰. Seule la première, fréquente en matière d'inexécution contractuelle intéresse les développements relatifs à l'unilatéralité dans le contrat. En effet, chaque créancier titulaire d'une prérogative unilatérale sanctionnant une inexécution ne peut l'exercer qu'après avoir mis en demeure son débiteur de s'exécuter.

Les articles 1221 à 1223 du Code civil relatifs à l'exécution forcée en nature et la réduction du prix précisent que ce n'est qu'« *après mise en demeure* » que le créancier pourra exercer son droit. Quant à la résolution, qu'elle soit de source conventionnelle en application d'une clause résolutoire ou déclenchée unilatéralement en cas d'inexécution suffisamment grave, elle est subordonnée à une mise en demeure infructueuse. Cette dernière comprend des mentions obligatoires, elle doit expressément mentionner la clause résolutoire conformément à l'article 1225 et l'article 1226 dispose qu'elle doit préciser qu'à « *défaut pour le débiteur de satisfaire à son obligation, le créancier sera en droit de résoudre le contrat* ».

⁴³⁸ V. Art. L.145-41 C. com.

⁴³⁹ Y.-M. LAITHIER, *La validité réaffirmée de la dispense conventionnelle de mise en demeure du débiteur*, RDC 2015, n°4, p. 836.

⁴⁴⁰ V. Art. 1344 et s. C. civ.

134. Un regain d'intérêt du mécanisme dû au développement de l'unilatéralisme – Certains auteurs ont souligné le déclin du recours à la mise en demeure. Le législateur avait en effet assoupli les conditions de formes auxquelles elle était soumise, en considérant qu'une « *lettre missive* »⁴⁴¹ suffisait à mettre en demeure le débiteur de s'exécuter. La possibilité de se passer de mise en demeure par le jeu de la convention ayant également été consacrée en jurisprudence⁴⁴², cette formalité n'apparaissait plus que comme une « *politesse contractuelle* »⁴⁴³. Aujourd'hui, force est de constater que l'unilatéralisme s'accompagne d'un regain d'intérêt pour cette formalité traditionnelle. L'intérêt de la mise en demeure est non seulement d'informer le contractant de l'éventuelle sanction à laquelle il s'exposer, mais également de lui donner une seconde chance de s'exécuter de son plein gré. La mise en demeure permet de temporiser l'emploi de la prérogative unilatérale. « *En outre, elle le met [le créancier] à l'abri du reproche d'avoir surpris déloyalement son débiteur et de lui avoir ôté une chance de s'exécuter* »⁴⁴⁴. L'unilatéralité n'intervient qu'en dernier recours, le débiteur doit avoir eu la possibilité de se ressaisir. Lors de l'exercice d'une prérogative unilatérale, le juge devra vérifier, outre l'existence d'une mise en demeure conforme, l'envoi d'une notification⁴⁴⁵.

135. Acte unilatéral réceptice – La mise en demeure est distincte de la notification de l'exercice de la prérogative, qui concerne toutes les prérogatives unilatérales. La notification, acte unilatéral réceptice, permet par une manifestation de volonté, de porter à la connaissance de l'intéressé un acte, ou une action. Contrairement à la mise en demeure qui n'est qu'un avertissement, la notification informe de « *la mise en œuvre immédiate d'une prérogative contractuelle unilatérale* »⁴⁴⁶. La notification est le facteur d'autres exigences relatives à l'exercice des prérogatives unilatérales qui doivent elle-aussi, faire l'objet d'un contrôle judiciaire.

§2 – LE CONTRÔLE DE L'EXERCICE DES PRÉROGATIVES UNILATÉRALES

136. Motifs et abus - Les risques qu'engendrent l'exercice d'un pouvoir unilatéral sur la partie passive doivent être contrôlés⁴⁴⁷. Ce contrôle a posteriori aurait une « *vertu incitative. Les parties sont*

⁴⁴¹ V. Loi du 9 juill. 1991 dont l'art. 84 est venue modifier l'ancien art. 1139 C. civ. en précisant « *le débiteur est constitué en demeure, soit par une sommation ou par autre acte équivalent, telle une lettre missive lorsqu'il ressort de ses termes une interpellation suffisante, soit par l'effet de la convention lorsqu'elle porte que, sans qu'il soit besoin d'acte et par la seule échéance du terme, le débiteur sera en demeure* ».

⁴⁴² V. Cour cass. civ. 1^{ère}, 3 juin 2015, n°14-15.655, RDC 2015, n°4, p. 836 obs. Y.-M. LAITHIER.

⁴⁴³ X. LAGARDE, *Remarques sur l'actualité de la mise en demeure*, JCP G 1996, n°46 p. 3974.

⁴⁴⁴ C. PELLETIER, *Le rôle de la mise en demeure dans le mécanisme de la résolution unilatérale aux risques et périls du créancier*, RDC 2010, n°2, p. 690.

⁴⁴⁵ V. nota., Art. 1226 C. civ. rel. à la résolution unilatérale par notification, Art. 1223 C. civ. rel. à la réduction du prix qui exigent tous deux une notification.

⁴⁴⁶ P. LEMAY, *Le principe de la force obligatoire à l'épreuve du développement de l'unilatéralisme*, Mare & Martin, Bibliothèque des thèses, 2014, p. 409.

⁴⁴⁷ V. *supra*, n°118 à propos du risque d'abus d'un pouvoir unilatéral.

invitées soit à user avec modération de leurs prérogatives contractuelles afin de ne pas subir la foudre d'une décision judiciaire dont elles ne peuvent par avance anticiper le résultat, soit à opter directement pour la voie judiciaire pour purger intégralement la source et les effets du conflit »⁴⁴⁸. Lorsqu'une partie subissant un pouvoir unilatéral s'estime lésée et saisit le juge afin de contester la légitimité de son exercice, celui-ci va vérifier si la prérogative n'a pas été exercée de façon abusive. La partie titulaire de la prérogative unilatérale est chargée de prendre en considération l'intérêt de son contractant lors de la mise en œuvre. L'extériorisation de cette exigence se manifeste notamment par le contrôle des motifs de l'exercice de la prérogative (A) et de l'abus dans l'exercice de celle-ci (B).

A – LE CONTRÔLE JUDICIAIRE DES MOTIFS

137. Un contrôle tardif - Avec le développement de l'unilatéralisme, l'obligation de motivation se découvre une fonction correctrice⁴⁴⁹ du pouvoir unilatéral. « *Motiver, c'est parler, expliquer ; partant permettre au destinataire d'accéder à la compréhension [...] et, de ce fait, échapper à la brutalité de l'arbitraire* »⁴⁵⁰. L'exigence d'une obligation de motivation au sein de l'acte contractuel détonne avec la conception traditionnelle de celui-ci⁴⁵¹. Il n'y aurait nul besoin de motiver ce que l'on choisit en vertu d'un accord de volonté, d'autant que les décisions unilatérales restaient exceptionnelles.

138. Un contrôle restreint - Imposer une obligation de motivation au contractant semblait constituer un frein et une atteinte considérable à la liberté contractuelle. Exiger d'un individu une motivation « *réduit l'espace de souveraineté du sujet* »⁴⁵². Pourtant, motiver n'est pas justifier⁴⁵³ et cette première action peut se faire sans contrevenir à l'efficacité de la vie des affaires, qui implique, bien souvent que « *les agents puissent doser ce qu'ils entendent révéler ou cacher, dans une démarche stratégique dont ils ont la maîtrise* »⁴⁵⁴. La motivation n'est qu'un effort d'explication⁴⁵⁵, un discours rhétorique⁴⁵⁶ destiné à faire comprendre (sans requérir ni sa conviction, ni son approbation) au destinataire de la décision les raisons ayant engendré celle-ci. S'il s'agit d'exposer les causes d'une

⁴⁴⁸ M. MEKKI, *Le juge et les remèdes à l'inexécution du contrat*, RDC 2016, n°2, p. 400.

⁴⁴⁹ M. FABRE-MAGNAN, *Pour la reconnaissance d'une obligation de motiver la rupture des contrats de dépendance économique*, RDC 2004, n°2, p. 573.

⁴⁵⁰ L. AYNÈS, *Motivation et justification*, RDC 2004, n°2, p. 555.

⁴⁵¹ M. FABRE-MAGNAN, *L'obligation de motivation en droit des contrats*, in Études J. GHESTIN, LGDJ 2001, p. 301 s. et D. FERRIER, *Une obligation de motiver ?* RDC 2004, n°2, p. 558.

⁴⁵² 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 2004, n°2, p. 579 « *puisque, révélation des éléments sur lesquels celui-ci s'est fondé pour arrêter une décision, elle [la motivation] extériorise une partie du processus interne de délibération, et en dépossède donc, dans cette mesure, son auteur* ».

⁴⁵³ L. AYNÈS, *Motivation et justification*, RDC 2004, n°2, p. 555.

⁴⁵⁴ L. AYNÈS, *Motivation et justification*, art. préc.

⁴⁵⁵ L. AYNÈS, *Motivation et justification*, art. préc.

⁴⁵⁶ 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*, art. préc.

décision le destinataire des motifs doit avoir un intérêt à ce qu'on les lui communique. Le domaine d'une obligation de motivation sera relativement restreint.

139. La rupture du contrat – La rupture unilatérale du contrat peut être accompagnée d'une obligation de motivation, technique permettant de limiter le pouvoir unilatéral⁴⁵⁷. L'article 1226 du Code civil prévoit la nécessité d'une motivation en avançant que « *le créancier notifie au débiteur la résolution du contrat et les raisons qui la motivent* ». On trouve également une telle obligation en droit du travail, incombant à l'employeur licenciant son salarié. La validité du licenciement est subordonnée à l'existence de motifs réels et sérieux⁴⁵⁸. La motivation est d'ailleurs envisagée comme une « *technique de base* » du droit du travail. En effet, le contrat de travail étant caractérisé par une relation de subordination, les parties ne sont pas sur un pied d'égalité. La partie en position de force va devoir motiver ses décisions unilatérales affectant l'autre, afin de réguler le pouvoir dont il dispose⁴⁵⁹.

En revanche, la majorité des prérogatives unilatérales ne sont pas soumises à l'obligation de motivation, quand bien même elles conduiraient à l'extinction du contrat. La résiliation unilatérale des contrats à durée déterminée, l'exercice d'une faculté de dédit ou d'un droit de rétractation constituent des prérogatives discrétionnaires dont le titulaire n'a pas à motiver l'exercice.

Le juge pourra en revanche contrôler l'abus dans l'exercice de ces prérogatives.

B – LE CONTRÔLE JUDICIAIRE DE L'ABUS

140. Abus de droit et clauses abusives - Grever le contrat d'unilatéralité augmente naturellement les risques d'abus dans l'exercice de ces prérogatives. Ce risque se situe du reste dès la conclusion du contrat, le pouvoir unilatéral d'un contractant permettant d'intégrer au contrat des clauses ayant pour objet lui d'accorder un avantage excessif par rapport à l'autre partie. En amont de la sanction par le biais de la théorie de l'abus de droit de l'usage abusif d'une prérogative unilatérale (1) se situe la lutte contre les clauses abusives (2).

⁴⁵⁷ F. GAUDU, *L'exigence de motivation en droit du travail*, RDC 2004, n°2, p. 566.

⁴⁵⁸ V. Art. L.1232-1 C. trav. « *Tout licenciement pour motif personnel est motivé dans les conditions définies par le présent chapitre. Il est justifié par une cause réelle et sérieuse* », également Art. L.1232-6 du même Code : « *Lorsque l'employeur décide de licencier un salarié, il lui notifie sa décision par lettre recommandée avec avis de réception. Cette lettre comporte l'énoncé du ou des motifs invoqués par l'employeur* », et Art. L.1232-3 relatif à l'entretien préalable précise « *Au cours de l'entretien préalable, l'employeur indique les motifs de la décision envisagée et recueille les explications du salarié* ».

⁴⁵⁹ V. pour une application récente, Cour cass. soc., 22 mars 2018, n°17-10.127, « *Vu les articles L. 1232-6 et L. 1226-9 du code du travail ; Attendu qu'il résulte de la combinaison de ces textes que la lettre de licenciement d'un salarié dont le contrat de travail est suspendu consécutivement à un accident du travail ou une maladie professionnelle doit énoncer le ou les motifs qui rendent impossible le maintien du contrat de travail* ».

141. La théorie de l'abus de droit - « *La reconnaissance d'un droit positif subjectif paraît valoir attribution à son titulaire d'une sphère de pleine et entière liberté* »⁴⁶⁰. Cette liberté se manifeste par la possibilité d'opter pour l'exercice ou le non exercice du droit subjectif⁴⁶¹. Pour autant, un droit exercé dans des conditions normales pourrait conférer à son titulaire le pouvoir de nuire à autrui, même délibérément. Après tout, « *l'avantage qu'un droit confère à son titulaire ne s'obtient qu'au prix d'une limitation de la liberté d'autrui ; parfois même, l'exercice d'un droit cause à d'autres personnes un préjudice important* ».⁴⁶² Malgré la liberté accordée au titulaire d'un droit, son exercice doit parfois faire l'objet d'un contrôle. « *L'instrument majeur de ce contrôle est la théorie de l'abus des droits* ». Cette théorie a fait l'objet de vives critiques en doctrine. Planiol, parmi l'un des plus grands adversaires de cette idée, souligne qu'un acte ne peut être à la fois conforme et contraire au droit. Il avance, à travers sa célèbre formule « *le droit cesse où l'abus commence* », une contradiction évidente entre les termes. Pour autant, cette contre-proposition n'a pas nui au succès de la théorie, sans doute avantagée par la puissance évocatrice du terme employé⁴⁶³. En réponse à Planiol, Josserand avance la distinction entre les droits subjectifs et le Droit Objectif. Il affirme qu'un acte peut être accompli dans les limites internes du droit subjectif, sans pour autant correspondre au droit objectif. Starck suggéra à son tour qu'un droit subjectif exigeait d'être justifié par le droit objectif. La difficulté soulevée par la théorie de l'abus de droit revient à poser la question de la détermination des limites du droit. L'acte abusif ne serait pas du tout conforme au droit, Pirovano parle des limites franchies à l'intérieur même du droit. Rechercher les limites dans l'exercice d'un droit subjectif équivaut à en découvrir les critères

Le premier fût fondé sur le droit de la responsabilité civile en exigeant une faute dans l'exercice du droit afin que celui-ci puisse être qualifié d'abusif. Le titulaire d'un droit qui commet une faute dans son exercice est celui qui n'agit pas comme le ferait un individu normalement prudent et raisonnable. La jurisprudence a d'ailleurs sanctionné l'abus de droit en se fondant sur l'ancien article 1382⁴⁶⁴ devenu 1240 du Code civil.

Le deuxième critère est l'intention de nuire à autrui en exerçant son droit. Les droits seraient absolus par principe mais subiraient un tempérament d'ordre moral. En principe, le droit subjectif

⁴⁶⁰ F. TERRÉ, PH. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil : les obligations*, Dalloz, Précis de droit civil, 11^e édition, 2013, p. 796, n°740.

⁴⁶¹ V. *supra*, n°116 rel. à la nature de certaines prérogatives unilatérales.

⁴⁶² J. GHESTIN, *Traité de droit civil, Introduction générale au droit civil*, LGDJ, 3^e édition, 1990, p. 674, n°693.

⁴⁶³ H. MAZEAUD, L. MAZEAUD, J. MAZEAUD ET F. CHABAS, *Leçons de droit civil, Tome II premier volume : Obligations théorie générale*, Montchrestien, 8^e édition, 1991, p. 468, n°457.

⁴⁶⁴ V. C. cass. civ. 2^e, 11 janvier 2018, n°16-26.168, publié au bulletin à paraître 2018 : la Cour de cassation casse l'arrêt rendu par la Cour d'appel au visa de l'ancien article 1382 devenu 1240 du Code civil en retenant que « *l'exercice d'une action en justice ne peut constituer un abus de droit que dans des circonstances particulières le rendant fautif* ».

accorde une certaine liberté dans l'action et donc une immunité pour son titulaire au cas éventuel où cette action gênerait autrui. Le Doyen Ripert considérait que l'intention changeait le caractère de l'acte, l'exercice d'un droit avec une intention malicieuse ou dolosive serait abusif. L'abus lève l'immunité attribuée initialement au titulaire.

Le troisième est la méconnaissance de la fonction sociale du droit par son titulaire. L'abus serait constitué lorsque l'exercice du droit le détourne de sa finalité initiale. Ce dernier critère semble abstrait, il se concrétise par le contrôle de la motivation du titulaire du droit.

Quant à la jurisprudence, elle ne semble pas préférer un critère par rapport à un autre. En fonction des différentes applications de la théorie de l'abus de droit, les juges comparent les intérêts en présence et utiliseront le critère qui semble le plus approprié en l'espèce. « *A l'équité s'ajoutent des considérations de politique juridique, le soucis de moraliser l'exercice des droits, de l'orienter parfois*⁴⁶⁵ ». Il est possible de constater, à titre d'exemple, que l'abus du droit d'agir en justice est souvent conditionné par la faute⁴⁶⁶.

142. L'application de la théorie de l'abus de droit aux prérogatives unilatérales – « *L'essor des prérogatives unilatérales dans le contrat n'a pas manqué de provoquer une réaction du juge s'empressant de mobiliser la théorie de l'abus de droit*⁴⁶⁷ ». Il s'agit donc du principal outil permettant au juge de contrôler les prérogatives unilatérales du contrat postérieurement à leur mise en œuvre⁴⁶⁸. La confiance est donc accordée au titulaire sous condition du contrôle de l'abus.

La possibilité de déterminer unilatéralement le prix en cours d'exécution dans les contrats cadre ou dans les contrats de distribution, consacrée par les articles 1164 et 1165 du Code civil est particulièrement encadrée. Le juge doit contrôler que le titulaire de cette prérogative n'a pas commis d'abus lors de sa mise en œuvre, c'est-à-dire qu'il n'a pas fixé de prix manifestement disproportionné eu égard au bien ou au service dont il est la contrepartie, ou eu égard au contexte particulier de la relation contractuelle. Le contractant n'a pas à user de son pouvoir de fixation du prix afin de recueillir un profit illégitime. Certains auteurs regrettent que la réforme n'ait pas consacrée, comme pour la résolution par notification, d'obligation de motivation dans la détermination unilatérale du prix tant celle-ci lui serait inhérente. Le prix fixé doit refléter la prise en compte réelle et suffisante de l'intérêt de l'autre partie et satisfaire ses

⁴⁶⁵ J. GHESTIN, *Traité de droit civil, Introduction générale au droit civil*, LGDJ, 3^e édition, 1990, p. 720, n°736.

⁴⁶⁶ V. C. cass. com., 20 septembre 2017, n°16-15.829, publié au bulletin à paraître 2017 : la Cour de cassation casse l'arrêt rendu par la Cour d'appel au visa de l'ancien article 1382 devenu 1240 du Code civil en retenant que les motifs de la Cour d'appel sont « *impropres à caractériser une faute de nature à faire dégénérer en abus leur droit d'agir en justice* ». Les chambres de la Cour de cassation sont alignées sur cette question, v. également, C. cass., soc., 17 mai 2017, n°15-20.094, publié au bulletin à paraître 2017 : cassation pour « *motifs impropres à caractériser une faute de nature à faire dégénérer en abus le droit d'ester en justice* ».

⁴⁶⁷ H. BARBIER, *La traque judiciaire des abus de prérogatives unilatérales, jusqu'aux plus dissimulés*, RTD civ. 2015 p. 123.

⁴⁶⁸ L'abus peut constituer aussi bien en l'exercice du droit qu'en l'abstention du titulaire lorsqu'il fallait l'exercer.

attentes raisonnables et légitimes. Par exemple, le prix du fournisseur doit permettre au distributeur de rester concurrentiel⁴⁶⁹.

La théorie de l'abus de droit s'applique également à la résiliation unilatérale des contrats à durée indéterminée. Dans un premier temps, la Cour de cassation avait admis le caractère libre et consensuel de la rupture unilatérale au sein de ces contrats⁴⁷⁰ puis, ayant constaté des solutions injustes, elle a progressivement utilisé la théorie pour sanctionner le contractant qui abuse de sa faculté de résiliation unilatérale⁴⁷¹. Ainsi, l'abus de droit concerne également les prérogatives discrétionnaires : si leur titulaire n'a pas à justifier de leur exercice, au moins faut-il qu'il ne commette pas de faute accompagnant celui-ci.

143. Le critère de l'abus de prérogative unilatérale - Si en matière d'abus de droit d'agir en justice, la jurisprudence s'accorde pour exiger une faute dans l'exercice de ce droit, l'abus de prérogative unilatérale serait-il lui aussi conditionné par un critère plutôt qu'un autre ?

En matière de détermination unilatérale du prix, « *l'abus s'établit par la démonstration de la non-conformité du prix à l'intérêt de l'autre*⁴⁷² ». Le refus de prendre en compte l'intérêt de l'autre peut s'apparenter à l'intention de nuire mais également au détournement du droit de sa finalité. La finalité d'une prérogative unilatérale de source conventionnelle⁴⁷³ ou légale n'est-elle pas d'accorder, pour des raisons souvent inhérentes à la vie des affaires, à un seul la possibilité d'agir, tout en lui ordonnant de garantir l'équilibre contractuel et ainsi, le respect des intérêts de l'autre ? Le titulaire de la prérogative unilatérale supporte une charge, celle de garantir seul la justice contractuelle à ce stade du contrat.

S'agissant de la résiliation unilatérale du contrat à durée indéterminée, la Cour de cassation retient que « *l'abus dans la résiliation d'une convention ne résulte pas exclusivement dans la volonté de nuire de celui qui résilie*⁴⁷⁴ ». Le critère de l'abus est plus large⁴⁷⁵, la rupture brutale peut être qualifiée d'abus, de la même manière qu'en matière de négociation ou de fiançailles, alors même qu'elle n'est pas accompagnée d'intention malicieuse. De la même façon que pour la détermination unilatérale du prix, il s'agit de prendre en compte l'intérêt de l'autre partie, ici, en lui accordant notamment la possibilité de prendre ses dispositions avant d'être congédié. Le droit du travail impose à l'employeur une obligation de reclassement l'obligeant à assister le salarié dans sa reconversion ou la recherche d'un autre poste,

⁴⁶⁹ L. GRYNBAUM, *De l'unilatéralisme tempéré par l'intervention du juge dans l'exécution*, RDC 2007, n°3, p. 976.

⁴⁷⁰ M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations, Tome 1 – Contrat et engagement unilatéral*, Puf, coll. Thémis droit privé, 4^e édition, 2016, p. 655, n°594.

⁴⁷¹ V. C. cass., civ. 1^{ère}, 5 février 1985, *Bull. civ. I*, n°54 : « il résulte de cette disposition [l'art. 1134 al. 2 C. civ.] que, dans les contrats à exécution successive dans lesquels aucun terme n'a été prévu, la résiliation unilatérale est, *sauf abus*, offerte aux deux parties ».

⁴⁷² T. REVET, *La détermination unilatérale de l'objet dans le contrat*, in *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, *op. cit.*, p. 31.

⁴⁷³ V. *supra* n°51 à propos de la source conventionnelle de la clause de dédit et n°83 rel. à la source conventionnelle de la clause résolutoire.

⁴⁷⁴ V. C. cass., com., 3 juin 1997, *Bull. civ. IV*, n°171.

⁴⁷⁵ M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations, Tome 1 – Contrat et engagement unilatéral*, Puf, coll. Thémis droit privé, 4^e édition, 2016, p. 656, n°595.

suite à un licenciement pour motif économique. Toutefois, comme le soulignent les auteurs, cette solidarité n'est pas exigée en droit commun⁴⁷⁶.

Il semblerait qu'en matière d'abus de prérogatives unilatérales, la Cour de cassation ne souhaite pas non plus se contenter d'une conception unitaire du critère de l'abus. Cela témoigne d'une crainte permanente bien que justifiée concernant l'arbitraire d'une partie. En se cantonnant à une appréciation restrictive du critère de l'abus, la Cour de cassation réduirait le domaine de la théorie de l'abus de droit. Or, celle-ci est l'un des outils les plus efficace pour gérer, *a posteriori*, les déséquilibres constatés dans les contrats. Le droit commun lui aussi s'est attaché à protéger le contractant d'un éventuel déséquilibre significatif du contrat, en consacrant au sein du Code civil des articles permettant de lutter contre les clauses abusives.

2 – LA LUTTE CONTRE LES CLAUSES ABUSIVES ET LE DÉSÉQUILIBRE SIGNIFICATIF.

144. Unilatéralité et clauses abusives – L'unilatéralité augmente les risques de clauses abusives. Une partie dominante pourrait, tout d'abord, user de son pouvoir de détermination du contenu contractuel pour y insérer des clauses abusives. D'autre part, une clause prévoyant une prérogative unilatérale pourra, elle-même, être qualifiée d'abusive. L'article R.212-1 établit irréfragablement le caractère abusif des clauses qui ont pour objet ou pour effet de : « 3° Réserver au professionnel le droit de modifier unilatéralement les clauses du contrat relatives à sa durée, aux caractéristiques ou au prix du bien à livrer ou du service à rendre ; [...] 8° Reconnaître au professionnel le droit de résilier discrétionnairement le contrat, sans reconnaître le même droit au consommateur ». Tandis que l'article R.212-2 établit une liste de clauses présumées abusives : « 4° Reconnaître au professionnel la faculté de résilier le contrat sans préavis d'une durée raisonnable ; 5° Permettre au professionnel de procéder à la cession de son contrat sans l'accord du consommateur et lorsque cette cession est susceptible d'engendrer une diminution des droits du consommateur ; 6° Réserver au professionnel le droit de modifier unilatéralement les clauses du contrat relatives aux droits et obligations des parties, autres que celles prévues au 3° de l'article [R.212-1](#) ; ». Tant de clauses qui prévoient, effectivement, des prérogatives unilatérales au profit d'un contractant.

145. La protection du consommateur contre les clauses abusives – La loi Scrivener du 10 janvier 1978 fut la première à mettre en place un système original de protection contre les clauses abusives dans les contrats d'adhésion conclus entre un professionnel et un consommateur. Ces clauses susceptibles de provoquer un déséquilibre dans la relation contractuelle pouvaient être réputées non écrites afin de permettre la survie du contrat, amputé de la clause injuste. Le législateur était à la

⁴⁷⁶ V. Cour cass., com., 6 mai 2002, *Bull. civ. IV*, n°81, *RTD civ.* 2002, p. 810, obs. J. MESTRE et B. FAGES : « *Le concédant n'est pas tenu d'une obligation d'assistance du concessionnaire au vue de sa reconversion.* »

recherche d'un équilibre entre le besoin de justice contractuelle et l'exigence de sécurité juridique. Le domaine de cette protection fut réduit aux contrats imposés par des professionnels à des consommateurs ou non-professionnels, dont la relation contractuelle est inégalitaire en raison de la supériorité technique et financière des premiers sur les seconds. Afin de garantir la sécurité juridique, toute clause susceptible d'avantager l'un ne devait pas pour autant être réputée non écrite. Le titulaire de la prérogative de détermination unilatérale du contenu contractuel doit disposer d'une latitude pour mener à bien sa mission. Comme en matière de prix, tout déséquilibre n'est pas un abus et la définition générale donnée par la loi laissait une part d'appréciation trop importante au juge. Le Gouvernement fut chargé de fixer par décret en Conseil d'État une liste concrète de clauses pouvant être retenues comme abusives. Seulement deux décrets furent adoptés, l'un d'entre eux fut annulé⁴⁷⁷.

146. Le contrôle judiciaire des clauses abusives – Depuis un arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation du 14 mai 1991 le juge est compétent pour qualifier une clause d'abusives dès lors qu'elle correspond à la définition générale donnée par la loi et ce, même en l'absence de décret d'application. La loi du 1^{er} février 1995 entérine cette solution en transposant la directive européenne du 5 avril 1993 relative à l'harmonisation de la réglementation des clauses abusive au sein de l'Union Européenne.

Désormais, l'article L.212-1 du Code de la consommation répute non écrites les clauses qui, dans les contrats conclus entre professionnels et consommateurs, ont « *pour objet ou pour effet de créer, au détriment du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat* ».

L'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des obligations introduit dans le Code civil un article 1171 qui dispose 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.* » Au-delà des questionnements techniques que suscite cet article, notamment en ce qui concerne son articulation avec les autres textes spéciaux du Code de la consommation et du Code de commerce, il consacre de façon générale l'appréciation judiciaire des clauses abusives.

147. Le critère de la clause abusive – La notion de clause abusive permet alors au juge de contrôler l'abus des prérogatives unilatérales dans le contrat. Son office est d'autant plus important que le critère lui offre un large pouvoir d'appréciation. L'illicéité de la clause ne détermine pas son caractère abusif. « *C'est parce que la clause est qualifiée d'abusive qu'elle devient illicite, qu'elle va être retirée du contrat* »⁴⁷⁸. C'est d'ailleurs car une clause présente les conditions requises à sa validité alors qu'elle

⁴⁷⁷ V. nota., D. LEGEAIS, *Clauses abusives, décret portant application de l'article L.132-1 du Code de la consommation*, RTD com. 2009, p. 424.

⁴⁷⁸ J. JULIEN, *Droit de la consommation*, LGDJ, Précis Domat de droit privé, 2^e édition, 2017, p. 284, n°216.

est susceptible de provoquer un déséquilibre significatif du contrat que la notion de clause abusive est pertinente. Depuis la loi de 1995, le déséquilibre significatif est l'unique critère de l'abus.

Le déséquilibre doit être important, eu égard à l'exigence de prévisibilité contractuelle et de sécurité juridique, et doit se faire au détriment du consommateur, partie faible autour de laquelle est organisée la protection. Là encore, l'égoïsme du contractant est combattu, l'abus n'est autre que son refus de prendre en compte de l'intérêt de l'autre partie pour s'attribuer un avantage individuel excessif.

148. Le rôle du juge tempère ainsi les craintes liées au développement des prérogatives unilatérales dans le contrat, d'une part en ce qu'il contrôle le respect des conditions d'exercice et l'exercice en lui-même et, d'autre part, en ce qu'il conserve son pouvoir décisionnel, ainsi qu'une marge d'appréciation importante en la matière.

SECTION 2 – LE POUVOIR CRÉATEUR DU JUGE EN MATIÈRE D'UNILATÉRALITÉ :

LE JUGE AUTEUR DE L'UNILATÉRALISME

149. Le juge, auteur de l'unilatéralisme - Les commentateurs de l'unilatéralisme hésitent à envisager le juge comme un auteur, à part entière, de cette tendance. « *Plutôt que d'être l'auteur de suppléance des normes contractuelles de source unilatérale, en cas d'exercice incorrect du pouvoir unilatéral par son titulaire, le juge est le censeur de cette incorrection* »⁴⁷⁹. Chacun sait, désormais que le contrôle judiciaire de l'exercice d'un pouvoir unilatéral s'est considérablement développé⁴⁸⁰. Toutefois, au lendemain de la réforme, « *l'appréciation de l'office du juge suppose une étude des termes employés par le législateur, la loi pouvant, selon les situations, être prescriptive, prohibitive ou permissive* »⁴⁸¹. L'étendue du pouvoir judiciaire est tributaire de la précision de la loi, et plus généralement des sources de l'unilatéralisme⁴⁸² qu'il sera parfois chargé d'interpréter (§1). C'est également d'un véritable pouvoir décisionnel dont il est titulaire en tant qu'autorité, *l'imperium* du juge en matière d'unilatéralisme permet de nuancer les risques liés à l'arbitraire d'une partie (§2).

⁴⁷⁹ T. REVET, *Réflexions sur l'unilatéralisme dans le droit rénové des contrats*, In *Le juriste dans la cité*, Études en la mémoire de PH. NEAU-LEDUC, LGDJ, 2018, p. 897, n°13.

⁴⁸⁰ V. *supra*, n°124 et s. à propos du contrôle judiciaire des prérogatives unilatérales.

⁴⁸¹ F. JULIENNE, *L'office du juge en droit des contrats*, *RRJ* 2008, n°4, p. 1925.

⁴⁸² Rappelons que les parties peuvent convenir entre elles de décerner à l'une d'elles une prérogative unilatérale, comme par exemple dans le cadre de la clause résolutoire (V. *supra*, n°82 et s.) ou bien de la clause de dédit (V. *supra*, n°51 et s.).

§1 – L'INTERPRÉTATION JUDICIAIRE DES SOURCES DE L'UNILATÉRALISME

150. Les sources du pouvoir unilatéral - « *Unilatéralisme conventionnel aujourd'hui, unilatéralisme légal sans doute demain* »⁴⁸³. Un pouvoir unilatéral ne peut avoir que deux sources, la première et la plus ancienne n'est autre que le contrat, la seconde et la plus redoutée est la loi. Il est fréquent que les parties décident, en vertu de la liberté contractuelle, de conférer à l'une d'elles une prérogative unilatérale, susceptible d'influer sur la relation contractuelle. Tel est le cas de la clause de dédit ou de la clause résolutoire évoquées précédemment. En 2018, force est de constater que l'unilatéralisme d'aujourd'hui est autant légal que conventionnel. La réforme du droit des contrats s'inscrit dans l'avancée du droit prospectif envisagé par les auteurs, « *le droit français est prêt à sauter le pas, en admettant un unilatéralisme véritablement unilatéral si l'on peut dire, c'est-à-dire un unilatéralisme qui ne soit plus d'origine conventionnelle mais reconnu par la loi* »⁴⁸⁴. L'unilatéralisme de source légale n'en est pas plus dangereux, le juge étant chargé d'interpréter aussi bien l'unilatéralité convenue par les parties (A) que les standards et qualificatifs employés par le législateur pour encadrer l'unilatéralité légale (B).

A – L'INTERPRÉTATION DE L'UNILATÉRALITÉ CONVENUE PAR LES PARTIES

151. Le juge n'interprète pas le contrat tel qu'il interprète la loi. L'ingérence du juge dans la relation contractuelle que constitue l'interprétation n'est tolérée que pour « *dissiper les obscurités et résoudre des contradictions dans la rédaction d'un acte* »⁴⁸⁵. La mission traditionnelle du juge en matière d'interprétation des contrats s'accompagne de règles générales (1) et recouvre quelques spécificités en matière d'unilatéralisme (2).

1 – L'INTERPRÉTATION DES CONTRATS, UNE MISSION TRADITIONNELLE DU JUGE

152. L'interprétation d'un contrat obscur et ambigu – Le contrat susceptible d'interprétation judiciaire est celui dont les clauses sont obscures voire ambiguës. Ce n'est que lorsque les termes de l'*instrumentum* ne suffisent pas à déterminer précisément l'étendue de l'exécution contractuelle que le juge peut intervenir. Dans son arrêt *Lubert*, la Cour de cassation a considéré que l'interprétation des stipulations contractuelle relevait du pouvoir souverain des juges du fond⁴⁸⁶. Par la suite, dans son arrêt

⁴⁸³ G. LARDEUX, *droit positif et droit prospectif de l'unilatéralisme dans le contrat*, In *L'efficacité du contrat, actes du colloque du 11 juin 2010 organisé par le centre de recherches en droit privé Pierre Kayser de l'Université Paul Cézanne (Aix-Marseille III) sous la direction de G. Lardeux*, Dalloz, 2011, p. 6.

⁴⁸⁴ G. LARDEUX, *droit positif et droit prospectif de l'unilatéralisme dans le contrat*, art. préc. p. 6.

⁴⁸⁵ J. CARBONNIER, *Droit civil, Tome 2 : Les biens, les obligations*, Puf, Quadrige Manuels, 2017, p. 2169, n°1058.

⁴⁸⁶ V. Cour cass., sect. réunies, 8 février 1808, *Lubert*.

*Foucauld et Coulombe*⁴⁸⁷, la Haute Juridiction s'est octroyé le contrôle de la dénaturation d'un acte clair et précis. Le nouvel article 1192 du Code civil consacre l'interdiction pour les juges du fond de dénaturer un acte juridique en précisant qu'on « *ne peut interpréter les clauses claires et précises à peine de dénaturation* ». Lorsque le juge interprète un acte clair, il « *l'altère dans son essence* »⁴⁸⁸ en ce qu'il substitue son raisonnement à celui des parties à l'origine de l'acte. Le juge est contraint de respecter l'état d'esprit des parties lors de la rédaction de l'acte.

153. L'interprétation d'après la commune intention des parties – Le juge ne peut substituer sa propre volonté à celle des parties. À une époque où le consensualisme et l'autonomie de la volonté règnent, la formule attribuée à Saint-Paul « *c'est la lettre qui tue et l'esprit qui vivifie* » trouve instantanément son utilité en droit. Ainsi, lorsque le juge interprète le contrat, l'intention doit l'emporter sur la formule⁴⁸⁹. Deux conceptions opposent les tenants d'une interprétation objective et ceux d'une interprétation subjective. Pour autant, certains objectivistes comme Ihering prescrivent au juge de rechercher de quelle manière le destinataire de la déclaration de volonté a pu et aurait dû la comprendre. Le juge doit rechercher « *quelle a été la pensée véritable, intime, qui a réuni les contractants* »⁴⁹⁰ et qui, elle-même, peut ne pas avoir été parfaitement retranscrite au sein de *l'instrumentum*. Le Code civil a toujours envisagé cette règle comme fondamentale. Une formule modernisée apparaît désormais en tête d'un chapitre troisième relatif à l'interprétation du contrat : « *le contrat s'interprète d'après la commune intention des parties plutôt qu'en s'arrêtant au sens littéral de ses termes* »⁴⁹¹. Le juge s'aide de conseils prodigués par le Code civil aux articles 1188 et suivants. L'unilatéralisme se développant au sein du contrat, l'intention des parties peut être réellement en faveur d'un pouvoir unilatéral, ou parfois biaisé par l'élaboration du contrat par un seul. Ainsi, certaines spécificités sont à souligner lorsqu'il s'agit pour le juge d'interpréter des stipulations contractuelles touchant, de près ou de loin, à une prérogative unilatérale.

2 – LES SPÉCIFICITÉS D'INTERPRÉTATION EN MATIÈRE D'UNILATÉRALITÉ

154. L'interprétation stricte de l'unilatéralité par le juge - Le juge tend à modérer le pouvoir unilatéral contenu dans le contrat lorsqu'il interprète celui-ci. L'unilatéralité qui en découle est compensée par l'apport nécessairement subjectif de l'interprétation du juge. Celui-ci va pouvoir indirectement influencer sur le spectre d'action du titulaire de la prérogative unilatérale. En effet, il lui sera possible, à titre d'exemple, de tenir comme non avenue une clause de style s'il considère « *qu'elle a été*

⁴⁸⁷ V. Cour cass., civ. 15 avril 1872, D. 1972.1.176, *Foucauld et Coulombe*.

⁴⁸⁸ J. CARBONNIER, *Droit civil, Tome 2 : Les biens, les obligations*, Puf, Quadrige Manuels, 2017, p. 2171, n°1059.

⁴⁸⁹ H. MAZEAUD, L. MAZEAUD, J. MAZEAUD ET F. CHABAS, *Leçons de droit civil, Tome II premier volume : Obligations théorie générale*, Montchrestien, 8^e édition, 1991, p. 316, n°343.

⁴⁹⁰ J. CARBONNIER, *Droit civil, Tome 2 : Les biens, les obligations*, Puf, Quadrige Manuels, 2017, p. 2170, n°1058.

⁴⁹¹ V. Art. 1188 C. civ.

reproduite dans l'acte par imitation purement mécanique, qu'elle n'a pas été réellement pensée ni voulue par les contractants »⁴⁹². Au même titre que des clauses de style, dans le cadre de l'élaboration unilatérale du contenu du contrat, certaines clauses n'auront pas été réellement réfléchies ni voulues par l'autre partie, celle qui ne l'a pas rédigé. Ainsi des règles particulières ont été prévues pour permettre au juge de protéger l'intérêt d'une partie lorsque l'autre dispose d'un pouvoir unilatéral.

L'interprétation in favorem - Le nouvel article 1190 du Code civil précise que dans le doute, le contrat d'adhésion s'interprète contre celui qui l'a proposé. Le juge est amené à prendre en considération le fait qu'une seule des deux parties participe à la rédaction du contrat. Ainsi, en cas de doute, les clauses obscures qu'il contiendra profiteront à celui qui n'y a eu aucun droit de regard. L'interprétation du juge en la matière est un moyen de rétablir l'équilibre contractuel a posteriori. *In fine*, le rédacteur du contrat supporte « le risque d'interprétation, de l'obscurité ou de la lacune »⁴⁹³. L'interprétation doit se faire en faveur du débiteur dans le cadre d'un contrat de gré à gré, en faveur de celui qui n'a pas pu rédiger l'*instrumentum* dans le cadre d'un contrat d'adhésion mais également, de manière plus objective : en faveur du contrat lui-même. Le contrat, ou une clause qu'il contient, doit en principe être interprété dans le sens où il est valable, où il produit un effet de droit efficace. L'interprétation peut ainsi être un remède non seulement au déséquilibre contractuel provoqué par l'unilatéralité lors de la formation du contrat, mais aussi à l'inefficacité contractuelle. Pour autant, certaines clauses ont suscité une interprétation stricte en jurisprudence.

L'interprétation stricte de la clause résolutoire – La clause résolutoire par laquelle les parties décident de résoudre le contrat sans avoir recours au juge⁴⁹⁴ était déjà interprétée de façon restrictive en jurisprudence⁴⁹⁵. Afin de rechercher si les parties ont véritablement souhaité pouvoir résoudre le contrat de plein droit, certaines formulations seront privilégiées par les juges⁴⁹⁶. En effet, un simple rappel de l'ancien principe de la résolution judiciaire ne suffisait pas, il fallait préciser que la résolution surviendra « de plein droit » ou « sans recours au juge ». Désormais la rédaction rigoureuse choisie par la loi confirme une lecture stricte de ce type de clause⁴⁹⁷. Indépendamment des clauses contractuelles, des

⁴⁹² J. CARBONNIER, *Droit civil, Tome 2 : Les biens, les obligations*, Puf, Quadrige Manuels, 2017, p. 2170, n°1058.

⁴⁹³ H. BARBIER, *Les grands mouvements du droit commun des contrats après l'ordonnance*, RTD civ. 2016, p. 247.

⁴⁹⁴ V. *supra*, n°82 et s. rel. à la clause résolutoire.

⁴⁹⁵ C. PAULIN, *La clause résolutoire*, Thèse, LGDJ, 1996, p. 276, n°277 et F. VINCKEL, *Le pouvoir du juge et la volonté des parties*, D. 2000.599.

⁴⁹⁶ V. Cour cass. civ. 3^e, 8 décembre 2010, n°09-16.939, *Bull. civ. III*, n°215 : « [...] La cour d'appel, qui a retenu à bon droit que la mention dans la clause résolutoire insérée au bail d'un délai de quinze jours tenait en échec les dispositions d'ordre public de l'article L. 145-41 du code de commerce aux termes duquel toute clause prévoyant la résiliation de plein droit ne produisait effet qu'un mois après un commandement demeuré infructueux, en a justement déduit que, l'article L. 145-15 du même code édictant la nullité de toute clause ayant pour effet de faire échec aux dispositions de l'article L. 145-41, la clause résolutoire insérée au bail litigieux était nulle » ; V. également M.-P. DUMONT-LEFRAND, *Les conditions de validité d'une clause résolutoire*, note sous *Cour cass. civ. 3^e, 8 décembre 2010*, AJDI 2011, p. 362 : l'auteur précise en commentant cette décision, que « mieux vaut une bonne rédaction en amont qu'une bonne volonté en aval. Insérer une clause résolutoire dans un bail commercial suppose de se conformer au texte de l'article L. 145-41 du code de commerce, car elle ne peut à la fois être et ne pas être valable ».

⁴⁹⁷ M. MEKKI, *Le juge et les remèdes à l'inexécution du contrat*, RDC 2016, n°2, p. 400.

manifestations de volonté seront interprétées par le juge de manière stricte, afin de préserver l'essence de la volonté.

Interprétation stricte de la renonciation – La renonciation est un acte juridique unilatéral. Abdicative, la renonciation a pour effet de priver son titulaire d'un droit par sa seule manifestation de volonté. Acte fort et empreint d'unilatéralité, la renonciation fait l'objet d'une interprétation stricte de la part du juge, rappelée récemment par la Cour de cassation⁴⁹⁸. Ce fut l'occasion pour certains auteurs de rappeler la règle traditionnelle en vertu de laquelle la renonciation ne se présume pas et bien qu'elle ne soit pas soumise à un formalisme particulier, la manifestation de volonté dont elle résulte ne peut être équivoque. Le juge est chargé de vérifier l'existence et la réalité de la volonté pour son auteur de renoncer véritablement à ses droits. Ainsi, « *l'exigence d'une interprétation restrictive de la renonciation a un rôle protecteur décisif. La double unilatéralité de l'acte – unilatéralité de la volonté et du dépouillement – transforme en effet cette règle d'interprétation en un véritable instrument d'évaluation de la consistance de la volonté* »⁴⁹⁹. La volonté des contractants n'est pas la seule à prendre en compte lorsqu'il s'agit d'encadrer l'unilatéralité par un pouvoir d'interprétation voire d'appréciation. Le législateur lors de la consécration des prérogatives unilatérales semble avoir pris soin de laisser au juge une part de subjectivité.

B – L'APPRÉCIATION DES STANDARDS ET QUALIFICATIFS EMPLOYÉS PAR LE LÉGISLATEUR

155. Le renforcement du pouvoir du juge par les termes de la loi - Le législateur renforce le pouvoir d'appréciation du juge en utilisant des « *mots traditionnellement malléables dans leur signification* »⁵⁰⁰. La doctrine constate à l'unanime la multiplication des standards juridiques et des qualificatifs employés par l'ordonnance, consacrant une part d'unilatéralisme⁵⁰¹. Ce nouveau discours contractuel serait « *riche de nouvelles interprétations potentielles* »⁵⁰² et celle qui « *sera retenue par le juge aura une grande incidence pratique* »⁵⁰³. En effet, la souplesse des termes souhaitée par le législateur laisse au juge le soin d'adapter leur sens à chaque relation contractuelle. Ce choix de politique juridique, qui se manifeste par la qualité rédactionnelle de la loi constitue « *une délégation du législateur*

⁴⁹⁸ V. Cour cass., com., 11 juin 2014, n°13-16.252 qui précise que « *le paiement volontaire de la dette établit la renonciation à se prévaloir de la compensation* ».

⁴⁹⁹ D. HOUTCIEFF, *Honni soit qui renonce et ne compense*, *Gaz. Pal.* 2014, n°289, p. 9.

⁵⁰⁰ B. MALLEY-BRICOUT, *2016, ou l'année de la réforme du droit des contrats*, *RTD civ.* 2016 p. 463.

⁵⁰¹ V. en ce sens ; A. CHATAIN ET S. LATASTE, *Le rôle du juge dans la réforme du droit des contrats*, *Gaz. Pal.* 2016, n°41, p. 12 : « *les nouveaux textes font par ailleurs abondamment référence à de nouveaux standards qui appellent une définition judiciaire en cas de litige* » ; M. MEKKI, *Le juge et les remèdes à l'inexécution du contrat*, *RDC* 2016, n°2, p. 400 : « *la multiplication des standards juridiques permet de penser que même si ce contrôle est a posteriori il est plus intense qu'auparavant* » ; L. AYNÈS, *Le juge et le contrat, nouveaux rôles ?* *RDC*, 1^{er} avr. 2016, n° hors-série, p. 14 : « *le texte nouveau multiplie les standards et les qualificatifs* ».

⁵⁰² G. CHANTEPIE, *Rapport introductif*, *In Le nouveau discours contractuel* (sous la direction de G. CHANTEPIE et N. DISSAUX), *RDC* 2016, n°3, p. 572.

⁵⁰³ G. CHANTEPIE, *Rapport introductif*, *In Le nouveau discours contractuel*, art. préc.

au juge pour doter d'une véritable portée normative⁵⁰⁴ les mots de la loi et assurer l'adaptation de celle-ci aux évolutions de l'environnement contractuel »⁵⁰⁵. Dès lors, l'encadrement législatif de l'unilatéralisme l'accompagne nécessairement de l'exigence de standards juridiques (1) ou de critères qualitatifs ou quantitatifs (2) soumis à l'interprétation du juge. En ce sens, le rôle subjectif du juge en fait un véritable auteur de l'unilatéralisme.

1 – LES STANDARDS JURIDIQUES SOUMIS À L'INTERPRÉTATION DU JUGE

156. Loyauté et bonne foi – Le nouvel article 1104 du Code civil consacre la bonne foi en tant que principe directeur du droit des contrats et ce, dès les dispositions liminaires du Code civil. Si aujourd'hui, « *les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi* »⁵⁰⁶, il n'en a pas toujours été ainsi. Sous l'empire du Code civil de 1804, la bonne foi occupait une place réduite au sein du troisième alinéa de l'article 1134. Ce dernier se contentait de préciser que les conventions devaient être exécutées de bonne foi. La jurisprudence a joué le rôle principal dans le développement de la notion de bonne foi, hors du Code⁵⁰⁷. En se fondant sur l'unique alinéa mentionnant la bonne foi, les juges du fond ont fait de cette notion un principe innervant le contrat, de la période précontractuelle⁵⁰⁸ à son exécution, en passant par sa formation. Sous-jacente à un principe plus général de loyauté, la bonne foi suggère d'appliquer le contrat en considération d'un devoir d'honnêteté, de coopération. C'est d'ailleurs en ce sens que les articles 1112-1 et 1112-2 du Code civil consacrent l'obligation d'information précontractuelle. Désormais, la partie qui a connaissance d'une information dont elle sait l'importance déterminante pour le consentement de l'autre doit l'en informer. Pour un auteur, il s'agit de « *l'une des manifestations les plus éclatantes du devoir imposé à chaque contractant de sortir de son intérêt égoïste, et de contribuer, bon gré ou mal gré, à celui de son partenaire* »⁵⁰⁹.

Ainsi, certains auront pu souligner que le « *monde contractuel futur* » se compose de « *toujours plus de loyauté [...] [d']encore plus de bonne foi ! [et] encore plus d'unilatéralisme !* »⁵¹⁰. Effectivement, les références à la bonne foi contractuelles se multiplient avec la réforme du droit des contrats, comme l'indique notamment l'article 1221 du Code civil dont la modification faite par la loi de ratification du 20 avril 2018 ajoute 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*

⁵⁰⁴ L. AYNÈS, *Le juge et le contrat, nouveaux rôles ? art. préc.* confirme que l'emploi de ces termes donne au juge « *un véritable pouvoir normatif* ».

⁵⁰⁵ D. MAZEAUD, *La place du juge en droit des contrats*, RDC 2016, n°2, p. 353.

⁵⁰⁶ V. art. 1104 C. civ.

⁵⁰⁷ V. à ce sujet : P. RÉMY-CORLAY, *Le contrat hors du code*, LPA 2005, n°178, p. 4.

⁵⁰⁸ V. Cour cass., civ. 3^e, 18 déc. 2012, n°11-28.251 qui retient que la Cour d'appel n'est pas tenue d'indiquer le fondement textuel d'une obligation relevant du principe de bonne foi dans les relations précontractuelles ; et M. DÉFOSSEZ, *La bonne foi au cœur de la négociation*, AJCA 2016, p. 327.

⁵⁰⁹ M. FABRE-MAGNAN, *Le devoir d'information dans les contrats, essai de tableau général après la réforme*, JCP G 2016, n°25, p. 706.

⁵¹⁰ D. MAZEAUD, *Regards positifs et prospectifs sur le nouveau monde contractuel*, LPA 2004, n°92, p. 47.

entre son coût pour le débiteur de bonne foi et son intérêt pour le créancier ». À charge pour le juge de déterminer quel comportement du débiteur en question justifiera sa bonne foi. L'article 16 de la loi de ratification de l'ordonnance précisant le caractère interprétatif de cette modification, l'entrée en vigueur de la nouvelle rédaction de l'article ne sera pas retardée au 1^{er} octobre 2018⁵¹¹. « *En étendant l'impératif de bonne foi [...] la réforme renforce le pouvoir d'intervention du juge* »⁵¹². Les auteurs s'interrogent sur les conséquences de ce changement⁵¹³. Cependant, si le nouveau monde contractuel est empreint d'unilatéralité, l'exercice d'un tel pouvoir s'envisage difficilement sans le contreponds d'un impératif de bonne foi et le rôle subsidiaire du juge. Ce dernier est également mis à l'honneur lorsqu'il s'agit d'interpréter les différents critères, qualitatifs et quantitatifs que la loi lui soumet.

2 – LES CRITÈRES SOUMIS À L'INTERPRÉTATION DU JUGE

157. L'emploi de critères abstraits - L'abstraction de la loi encourage le juge à « *doter de portée normative* » les qualificatifs employés. Le risque d'insécurité juridique est soulevé par de nombreux auteurs⁵¹⁴. Cependant la souplesse de l'intervention du juge⁵¹⁵ semble fondamentale pour réguler l'unilatéralisme consacré par la loi. Il apparaît impératif que le juge soit en mesure d'étudier *in concreto*, les conséquences de l'exercice d'une prérogative unilatérale. Pour se faire, le législateur a mis en place des critères abstraits qualitatifs et quantitatifs témoignant d'un véritable dialogue entre le juge et la loi⁵¹⁶. La généralité des termes employés participe de l'élargissement du domaine du juge⁵¹⁷.

L'exécution imparfaite - A titre d'exemple, l'article 1223 du Code civil relatif à la réduction du prix exige au préalable une exécution imparfaite. L'imperfection de l'exécution en question ne pourra être contrôlée qu'a posteriori. Le créancier de cette exécution devra lui-même juger si le critère semble rempli. Toutefois, le juge pourra avoir une autre vision de l'imperfection d'une exécution. Le régime de l'exécution imparfaite requise s'élaborera peu à peu, au fil des jurisprudences.

Le raisonnable – Le raisonnable s'immisce dans le Code civil. D'abord, la personne raisonnable, déjà connue pour avoir pris la place du bon père de famille de 1804 est désormais une référence en matière d'interprétation à l'article 1188. Les soins raisonnables sont mentionnés aux articles 1806 et 1962 du Code civil. En matière d'unilatéralisme, c'est au sein du délai raisonnable que l'on compte le record de référence. Une dizaine d'article en totalité, de l'article 1116 présentant le régime de

⁵¹¹ L. THIBIERGE, *Les effets du contrat*, *AJ Contrat*, 2018, p. 266.

⁵¹² A. CHATAIN ET S. LATASTE, *Le rôle du juge dans la réforme du droit des contrats*, *Gaz. Pal.* 2016, n°41, p. 12.

⁵¹³ D. MAZEAUD, *La place du juge en droit des contrats*, *RDC* 2016, n°2, p. 353 : « *Faut-il redouter ce changement de statut et craindre que les juges exploitent à un point tel ce devoir de bonne foi qu'il en résulte une judiciarisation du contrat ?* ».

⁵¹⁴ A. CHATAIN ET S. LATASTE, *Le rôle du juge dans la réforme du droit des contrats*, *art. préc.*

⁵¹⁵ L. AYNÈS, *Le juge et le contrat, nouveaux rôles ? art. préc.*

⁵¹⁶ B. MALLET-BRICOUT, *2016, ou l'année de la réforme du droit des contrats*, *RTD civ.* 2016 p. 463.

⁵¹⁷ J.-J. FRION, *Le juge et la réforme du droit des contrats*, *Revue Lamy droit civil*, 2015, n°132.

l'offre, à l'article 1307-1 relatif à l'obligation alternative⁵¹⁸. Le délai raisonnable dont le juge détermine seul la teneur s'installe dans le régime de plusieurs prérogatives unilatérales, la révocation de l'offre, la réduction du prix, l'initiative unilatérale pour modification du contrat pour imprévision, la faculté de résiliation des contrats à durée indéterminée, l'exécution forcée aux dépens du débiteur et enfin, la résolution unilatérale. Lorsque le législateur n'exige pas un délai raisonnable, il considère que c'est « *dans les meilleurs délais* » que la partie titulaire du pouvoir unilatéral doit notifier sa décision de l'exercer⁵¹⁹.

Lorsque le législateur précise, notamment à l'article 1169 en précisant la définition du contrat à titre onéreux, que ce dernier est nul « *lorsque la contrepartie convenue est illusoire ou dérisoire* » il renvoie au juge le soin d'apprécier le caractère illusoire ou dérisoire de la contrepartie. De la même manière, le juge devra apprécier la « *disproportion manifeste* » de l'article 1221, ainsi que le « *manifestement excessif* » des articles 1141, 1143 et 1231-5 du Code civil. Enfin, le « *déséquilibre significatif* » du célèbre article 1171 « *confère au juge un pouvoir considérable dans l'application du texte* »⁵²⁰.

158. L'importance du juge - Ainsi, « *la sémantique juridique ouvre donc de nombreuses portes au juge, qui pourra ainsi prendre une part active dans l'avenir du droit des contrats* »⁵²¹. Il convient également de constater que si l'interprétation et l'appréciation du juge amènent l'idée d'un juge au moins co-auteur de l'unilatéralisme, son pouvoir décisionnel lui permettant d'avoir le dernier mot sur la mise en œuvre d'une prérogative unilatérale confirme ce constat.

§2 – LE POUVOIR DÉCISIONNEL DU JUGE EN MATIÈRE D'UNILATÉRALITÉ DANS LE CONTRAT

159. Le juge sanctionnateur – Si l'unilatéralisme participe au renouvellement de l'office du juge, celui-ci conserve son pouvoir décisionnel. Le juge est chargé de prononcer la sanction appropriée, lorsqu'il qualifie d'abusif, l'exercice d'une prérogative unilatérale.

Le développement de l'unilatéralisme semble d'ailleurs favoriser celui de certaines sanctions, telles que le « *réputé non-écrit* » permettant la survie du contrat, amputé d'une clause illicite⁵²². Autrefois cantonnée au droit des libéralités⁵²³, cette sanction « *ne cesse de voir son empire s'étendre*

⁵¹⁸ V. Art. 1116, 1117, 1123, 1195, 1211, 1222, 1226, 1231 et 1307-1 C. civ.

⁵¹⁹ V. Art. 1220 et 1223 C. civ. rel. à l'exception d'inexécution par anticipation et la réduction du prix.

⁵²⁰ D. FENOUILLET, *Le juge et les clauses abusives*, RDC 2016, n°02, p. 358.

⁵²¹ B. MALLET-BRICOUT, 2016, *ou l'année de la réforme du droit des contrats*, RTD civ. 2016 p. 463.

⁵²² Celle-ci est alors « *censée n'avoir jamais existé* », pour un exemple d'une clause réputée non écrite, V. Cour cass., ciV. 3^e, 28 avr. 2011, n°10-20.514, AJDI 2012.275, obs. D. TOMASIN.

⁵²³ V. pour une étude approfondie du réputé non écrit ; R. BAILLOD, *à propos des clauses réputées non écrites*, in Mélanges dédiés à L. BOYER, P.U.S.S, Toulouse, 1996, p. 15 et V. J. KULLMANN, *remarques sur les clauses réputées non écrites*, D. 1993.59.

sous la plume du législateur moderne »⁵²⁴. Le domaine de prédilection du « *réputé non écrit* » que constitue la lutte contre les clauses abusives, vient ainsi de faire son entrée dans le droit commun des contrats⁵²⁵. Désormais, l'article 1184 du Code civil précise que « *lorsque la cause de nullité n'affecte qu'une ou plusieurs clauses du contrat, elle n'emporte nullité de l'acte tout entier que si cette ou ces clauses ont constitué un élément déterminant de l'engagement des parties ou de l'une d'elles. Le contrat est maintenu lorsque la loi réputé la clause non écrite* ». Le juge s'est peu à peu approprié cette sanction, particulièrement opportune face à l'unilatéralisme dans le contrat.

Théoriquement automatique, « *Le réputé non écrit [...] jouerait de plein droit. [...] sitôt couchée sur le papier, la clause [serait] déjà effacée* »⁵²⁶. Fiction législative, la clause serait non avenue dès sa naissance, à la différence de la nullité qui n'est rétroactive que du fait du jugement. Le rôle du juge paraît réduit, voire inexistant. Des auteurs précisent en effet, que le réputé non écrit « *se passe, en théorie, d'une intervention judiciaire* »⁵²⁷. S'il n'est pas nécessaire que le juge prononce le réputé non écrit, peut-être pourra-t-il, tout au plus, le constater.

Pourtant, dans plusieurs arrêts, la Cour de cassation a retenu le jeu du réputé non-écrit pour l'avenir, à partir de la décision la prononçant⁵²⁸. L'étendue du pouvoir du juge se manifesterait également par la possibilité (voire le devoir) de soulever d'office une clause réputée non écrite⁵²⁹. Si certains articles prévoient expressément la sanction du réputé non écrit⁵³⁰, certaines situations nécessiteraient peut être ce genre de sanction sans pour autant que le législateur ne l'ait prévu. S'il n'apparaît pas nécessaire qu'un texte prévoit expressément le réputé non écrit pour que le juge puisse l'appliquer⁵³¹, les opinions divergent quant à son application là où la loi prévoit une cause de nullité. Certains déduisent des arrêts de la Cour de cassation que « *là où le législateur opte clairement pour la nullité [...] le juge ne peut substituer à cette sanction celle de la clause réputée non écrite* »⁵³². D'autres en revanche, considèrent qu'il serait opportun que le juge puisse, dans la mesure où « *le législateur ne semble pas toujours faire preuve d'une grande rigueur technique dans les choix opérés entre clause*

⁵²⁴ G. CATTALANO-CLOAREC, *Pas de réputé non écrit sans texte*, RDC 2018, n°1, p. 130.

⁵²⁵ V. *supra*, n°144 et s., à propos des clauses abusives et de leur contrôle.

⁵²⁶ G. CATTALANO-CLOAREC, *Pas de réputé non écrit sans texte*, art. préc.

⁵²⁷ V. N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, *Le réputé non écrit*, in *Répertoire de droit civil*, Dalloz, actualisé en mars 2018, n°75.

⁵²⁸ V. nota., Cour cass., civ. 3^e, 10 juill. 2013, n°12-14.569, AJDI 2014, p. 44, obs. C. ATIAS.

⁵²⁹ V. Cour cass., civ. 1^{ère}, 10 juill. 2014, n° 13-13.966 ; « *qu'en s'abstenant de relever d'office qu'une telle clause devait être réputée non écrite, la cour d'appel a violé l'article susvisé qui est d'ordre public* ».

⁵³⁰ V. nota., Art. 1170 C. civ. « *Toute clause qui prive de sa substance l'obligation essentielle du débiteur est réputée non écrite* » et Art. 1171 C. civ. « *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* ».

⁵³¹ G. CATTALANO-CLOAREC, *Pas de réputé non écrit sans texte*, art. préc. : « *Qu'on fasse du réputé non écrit une nullité partielle, ou qu'on en postule l'autonomie, pour l'instant du moins, nul besoin de texte !* » et B. FAGES, *Clause nulle ou clause réputée non écrite ?* RTD civ. 2008, p. 292 : « *Naturellement, cet arrêt n'enlève rien au jeu de la clause réputée non écrite dans les nombreuses hypothèses, anciennes ou récentes, où le législateur l'a expressément prévue, ni dans celles, beaucoup plus rares il est vrai, où la jurisprudence y a recours en l'absence de tout texte* ».

⁵³² B. FAGES, *Clause nulle ou clause réputée non écrite ?* art. préc.

nulle et clause réputée non écrite »⁵³³ choisir la sanction la plus appropriée. Ainsi, le juge a su conserver un rôle conséquent au sujet d'une sanction considérée comme automatique. Le rôle sanctionnateur du juge, s'il participe de son pouvoir décisionnel, reste relativement classique à la différence de la mission de révision du contrat que lui octroie la réforme.

160. Le juge modificateur – Le développement de l'unilatéralisme s'accompagne paradoxalement de la possibilité pour le juge d'avoir le dernier mot à la demande d'une partie.

« *Notre droit connaît, premièrement, des hypothèses de parfait unilatéralisme quant à l'initiative [...], unilatéralisme qui disparaît au moment de la décision, soit parce que la décision est purement conventionnelle soit parce qu'elle est judiciaire* »⁵³⁴. La décision finale lors de la mise en œuvre d'un pouvoir unilatéral ne revient pas systématiquement à celui qui l'exerce. Lors de l'exercice d'une prérogative unilatérale, il revient souvent à l'accord de volonté de figer dans le marbre la décision en découlant. C'est notamment le cas du contrat d'adhésion, dont le contenu déterminé unilatéralement et à l'avance est concrétisé et n'acquiert force obligatoire que par l'adhésion du contractant⁵³⁵. Aux côtés des initiatives unilatérales soldées de décisions conventionnelles se trouvent celles qui sont finalisées par la décision du juge. Tel est le cas, notamment, de la révision du contrat pour imprévision⁵³⁶.

« *On ne peut manquer de constater que le juge n'est plus seulement un arbitre, il peut devenir, en matière d'imprévision, créateur d'obligations contractuelles* »⁵³⁷. C'est au dernier alinéa de l'article 1195 du Code civil, que l'on doit la consécration de la révision judiciaire du contrat. Celui-ci précise qu'à « *défaut d'accord dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe* ». Cet alinéa a fait l'objet de débats lors des discussions relatives à la loi de ratification de l'ordonnance, le Sénat souhaitant supprimer cette possibilité⁵³⁸. Finalement, aucune modification n'a été apportée à l'article 1195 du Code civil, ratifié dans sa rédaction issue de l'ordonnance.

Si une limitation a été apportée à l'article L. 211-40-1 du Code monétaire et financier⁵³⁹, l'article 1195 n'en consacre pas moins un pouvoir judiciaire de réécriture du contrat. Les auteurs soulignent néanmoins que celui-ci n'est « *pas considéré comme une solution naturelle* »⁵⁴⁰. En effet, tout un processus amiable doit précéder la saisine du juge qui n'intervient véritablement qu'en dernier recours. En cas d'échec de la renégociation conventionnelle, le juge pourra choisir de réviser le contrat ou d'y mettre fin. « *Le pouvoir de révision qu'offre l'article 1195 au juge n'est assorti d'aucun garde-fou*

⁵³³ G. CATTALANO-CLOAREC, *Pas de réputé non écrit sans texte, art. préc*

⁵³⁴ H. LÉCUYER, *La modification unilatérale du contrat, in L'unilatéralisme et le droit des obligations, op. cit.*, p. 59.

⁵³⁵ V. *supra*, n°25 et s., à propos du contrat d'adhésion.

⁵³⁶ V. *supra*, n°61 et s., rel. à la théorie de l'imprévision.

⁵³⁷ J.-J. FRION, *Le juge et la réforme du droit des contrats, Revue Lamy droit civil*, 2015, n°132.

⁵³⁸ J.-S. BORGHETTI, *Fixation et révision du prix, RDC*, 29 juin 2018, n° hors-série, p. 25.

⁵³⁹ V. Art. L.211-40-1 CMF : « *L'article 1195 du Code civil n'est pas applicable aux obligations qui résultent d'opérations sur les titres et les contrats financiers mentionnés aux I à III de l'article L. 211-1 du présent code* ».

⁵⁴⁰ PH. STOFFEL-MUNCK, *L'imprévision et la réforme des effets du contrat, RDC* 2016, n°112z5, p. 30.

explicite. Tout semble donc possible et l'inventaire de ces possibles fait frissonner»⁵⁴¹. C'est effectivement « *aux conditions qu'il fixe* » que le juge pourra modifier le contrat. Lui qui ne disposait classiquement que d'un pouvoir d'interprétation très réduit, peut désormais manipuler le contenu contractuel comme bon lui semble. Le texte n'oriente pas la mission du juge afin que le contrat réponde à l'intention des parties ou à leurs attentes légitimes. La partie à l'origine de la saisine du juge ne pourra pas non plus guider ce dernier, qui n'est en aucun cas contraint par ses demandes⁵⁴². Si l'unilatéralisme participe au renouvellement du crédit en l'individu, la réforme du droit des contrats, quant à elle, parie sur la confiance à accorder au juge⁵⁴³.

161. Conclusion du chapitre 2 - Ce n'est que tardivement que le juge s'est immiscé dans la relation contractuelle en usant de son pouvoir d'interprétation. Se faisant, il a participé à l'émergence de l'unilatéralisme, en consacrant notamment la possibilité pour une partie à un contrat-cadre d'en déterminer unilatéralement le prix ou bien, en reconnaissant à une partie le droit unilatéral de résoudre le contrat pour inexécution. Lorsque l'unilatéralisme a été adopté en droit des contrats, sous couvert de l'ordonnance du 10 février 2016, ratifiée par la loi du 20 avril 2018, le rôle du juge a évolué en conséquence. Le législateur ayant, en amont, élaboré le régime des prérogatives unilatérales, le juge se devait naturellement d'en contrôler le respect par les parties au contrat. Ce contrôle favorise le recul du moment de son intervention, le juge n'intervenant plus pour autoriser l'exercice d'une prérogative unilatérale mais bien pour le contrôler.

Si ce contrôle tempère nécessairement le risque d'abus d'un pouvoir unilatéral, certains ont affirmé qu'il contribuerait à un affaiblissement du rôle du juge. Néanmoins, la multiplication des standards et des critères abstraits, accompagnant l'appréciation de l'unilatéralité dans le contrat, lui octroie une marge d'appréciation conséquente. L'unilatéralité est ainsi, contrôlée et appréciée par le juge tandis que la réforme du droit des contrats lui accorde, enfin, un pouvoir effectif de révision du contrat pour imprévision.

162. Conclusion de la partie 2 - Si l'unilatéralisme, mouvement contemporain du droit des contrats, ne doit être nié, la vision pessimiste qui l'accompagne peut être tempérée. Son importance ne peut être démentie tant la tendance unilatéraliste du contrat participe au renouvellement de sa conception. L'unilatéralisme promet un droit des contrats plus attractif, en favorisant une analyse économique du contrat au moyen de notions modernes mais néanmoins déjà maîtrisées, telles que l'efficacité ou l'équilibre contractuel.

⁵⁴¹ PH. STOFFEL-MUNCK, *L'imprévision et la réforme des effets du contrat*, article préc.

⁵⁴² PH. STOFFEL-MUNCK, *L'imprévision et la réforme des effets du contrat*, article préc. : « *Les prétentions du demandeur ne lui serviront pas même de boussole, car il ne semble pas dans la logique de la mission conférée au juge de se trouver contraint par le principe dispositif* ».

⁵⁴³ J.-D PELLIER, *Réflexions sur l'imprévision dans le projet de réforme du droit des contrats*, LPA 2015, n°228, p. 8.

À la confiance envers le contractant, l'unilatéralisme ajoute celle envers le juge, dont l'office est doublement renouvelé, tant parce qu'il accepte de contrôler l'action d'une partie davantage que de l'y autoriser, tant parce qu'il est lui-même, à l'origine de nouvelles prérogatives unilatérales et de l'appréciation de leur portée.

CONCLUSION GÉNÉRALE

163. L'unilatéralisme : l'appréciation du bien-fondé d'une doctrine - Le succès de *l'unilatéralisme* n'est plus à prouver, tant il est fréquent de découvrir ce terme au détour d'un article de doctrine. Celui-ci n'est pas toujours utilisé à bon escient, parfois confondu avec son voisin, l'unilatéralité, qui désigne le caractère unilatéral des prérogatives contractuelles. L'unilatéralisme, doctrine juridique constatant et appréhendant le développement de prérogatives unilatérales dans le contrat, devait faire l'objet d'une appréciation. Vérifier le bien-fondé de l'unilatéralisme exigeait de reproduire le schéma intellectuel de la doctrine française contemporaine, dont le raisonnement se décompose en deux phases. La première, empirique, consiste à établir cette tendance unilatéraliste. La seconde consiste à porter un jugement de valeur, essentiellement pessimiste, sur l'essor de l'unilatéralité dans le contrat.

164. L'unilatéralisme : une tendance révélée par le droit positif - Il convenait d'abord de vérifier, par nous-même, si le contrat était « assailli » de prérogatives offrant le pouvoir à un seul des contractants. Le contrat a toujours connu des droits unilatéraux sans que soit évoqué l'unilatéralisme. Il ne suffit pas qu'il existe quelques prérogatives unilatérales afin qu'une tendance se dessine. Bien au contraire, il convient qu'elles soient nombreuses, dérogoires, qu'elles aient une influence notable sur le contrat et qu'elles tendent à s'étoffer. La distinction entre la formation et l'exécution du contrat, dans la recherche de l'unilatéralité, se justifie, d'une part en ce qu'elle correspond à la structure même de celui-ci et d'autre part, parce que les prérogatives unilatérales ne semblent pas perçues de la même façon selon la période où elles interviennent.

D'importantes prérogatives unilatérales se manifestent dès la formation du contrat. L'offre et l'acceptation sont, d'ailleurs, des manifestations unilatérales de volonté à l'origine de sa conclusion. D'abord naturelle, puis étonnante, l'unilatéralité n'en innove pas moins le processus de construction et de conclusion du contrat. Depuis la rédaction unilatérale du contrat, à la possibilité de revenir sur la parole donnée, le contractant d'aujourd'hui dispose de davantage de liberté. Les prérogatives unilatérales tendent, effectivement, à se développer, à exercer une influence concrète sur la formation du contrat, à en faire évoluer le processus.

L'unilatéralité se manifeste également au stade de l'exécution du contrat alors qu'elle devrait se heurter au principe de la force obligatoire. La nécessité de sauver le contrat a incité le législateur à inaugurer la révision du contrat pour imprévision, rendant ainsi effective l'initiative unilatérale d'une partie. Désormais, sur la demande d'un seul contractant, le juge peut modifier le contenu de l'acte contractuel sans l'accord de l'autre partie. L'originalité du caractère unilatéral des prérogatives se révèle aussi dans la possibilité pour une partie d'anticiper l'inexécution contractuelle en refusant d'exécuter sa propre obligation. L'exception d'inexécution classique constituait déjà un mécanisme profondément

unilatéral mais restreint par l'exigence d'une inexécution avérée. D'autres remèdes dont l'exécution forcée aux dépens du débiteur ou la réduction du prix ayant été généralisés par l'ordonnance, le contrat s'oriente effectivement vers davantage d'unilatéralité. La possibilité pour une partie de résoudre unilatéralement le contrat pour inexécution, création jurisprudentielle que la réforme du droit des contrats a choisi de ne point ignorer, en témoigne également.

L'ordonnance portant réforme du droit des obligations en date du 10 février 2016 aurait pu, en effet, interrompre ce mouvement et réfuter toute unilatéralité dans le contrat. Censée opérer une codification à droit constant, la réforme a plutôt fait le choix du réalisme. Il convenait de mettre en adéquation la lettre du Code avec la réalité de la pratique contractuelle. C'est en accompagnant l'évolution du contrat qu'elle consacre des notions structurantes de notre nouveau droit, telles que le contrat d'adhésion et des créations jurisprudentielles à l'instar de la détermination unilatérale du prix dans les contrats cadre ou de la résolution unilatérale par notification. Davantage encore, la loi de ratification de l'ordonnance, du 20 avril 2018 amplifie ce mouvement, en tolérant la création de nouveaux droits unilatéraux malgré des discussions houleuses entre le Sénat et l'Assemblée Nationale. En effet, si la loi de ratification a reculé au sujet de la réduction unilatérale du prix, il s'agit de l'unique réserve énoncée en matière d'unilatéralité.

L'unilatéralisme se révèle comme une tendance du droit positif, correspondant à l'analyse des auteurs qui en établissent l'existence et, généralement, la dénoncent.

165. L'unilatéralisme : une doctrine à tempérer – Les constructions doctrinales ne sont pas neutres et l'étude du droit positif s'accompagne d'un jugement de valeur, d'une analyse critique quant à l'évolution du contrat. À titre d'exemple, la théorie de l'autonomie de la volonté tendait autant à justifier le contrat et sa force obligatoire en s'appuyant sur la rencontre des volontés qu'à défendre la liberté des contractants en refusant l'intervention des autorités.

L'unilatéralisme accueille généralement de façon critique le développement de l'unilatéralité dans le contrat. S'il décrit un phénomène, *a priori*, inverse, l'unilatéralisme va dans le même sens que le solidarisme contractuel. Les auteurs dénoncent les dangers que suscite l'influence d'un contractant sur l'autre partie comme sur le contrat lui-même. Le pouvoir unilatéral, toujours potestatif en ce qu'il permet à un seul contractant d'avoir une influence sur l'avenir ou le maintien de la relation contractuelle, est parfois discrétionnaire. L'abus paraît une pente naturelle de l'unilatéralité dans le contrat.

L'unilatéralisme peut pourtant faire l'objet d'une vision positive en droit des contrats. Si certains auteurs s'inquiètent, leurs craintes sont compensées par un renouvellement de la conception du contrat lui-même, des individus parties à celui-ci et du juge, dont le rôle s'adapte pour répondre efficacement aux dangers dénoncés. Le moment de l'intervention du juge est modifié afin que celui-ci intervienne en aval de l'exercice du pouvoir unilatéral et en cas de contestation par la partie le subissant. Il s'empare de sanctions opportunes en la matière, telle que le réputé non écrit permettant la survie du contrat amputé de la clause illicite, et dispose d'une marge d'appréciation importante. Il devient, non plus seulement le

censeur de l'unilatéralisme, mais véritablement l'auteur de ce phénomène. L'unilatéralisme peut ainsi être perçu sous un angle encourageant, laissant une plus grande place à la liberté et à la confiance en l'individu. Celui-ci gagne en autonomie et peut désormais agir rapidement afin de préserver ses intérêts, notamment face à une inexécution contractuelle. La volonté unilatérale d'un contractant n'est plus seulement le véhicule de son intérêt personnel. Le titulaire de la prérogative unilatérale doit également prendre en considération l'intérêt de chaque partie au contrat. Par exemple, le contractant ayant le pouvoir de fixer unilatéralement le prix dans le contrat, devra veiller à ce qu'aucun contractant ne soit avantagé au détriment d'un autre.

Cette pluralité de visions n'est d'ailleurs pas propre à l'unilatéralisme et s'inscrit dans la logique de nombreux courants doctrinaux.

Le contrat ne se réduit pas non plus à une doctrine.

166. L'unilatéralisme : une théorie juridique parmi d'autres – L'unilatéralisme mis au jour, ce courant doctrinal identifiant un mouvement précis du droit des contrats s'ajoute aux théories juridiques en la matière, mais ne s'y substitue pas. A l'instar de l'autonomie de la volonté, du dirigisme et du solidarisme avant lui, l'unilatéralisme analyse une tendance parmi d'autres, de l'évolution du droit. Si aucune de ces doctrines ne peut prétendre à la vérité totale, elles ne sont pas non plus dans l'erreur.

La théorie de l'autonomie de la volonté, si décriée, correspond pourtant au processus de formation du contrat. Les principes qu'elle justifie, tels que liberté contractuelle ou la force obligatoire du contrat constituent toujours le socle de notre droit des contrats. Et si ses excès ont été néfastes, ils n'ont pas moins participé à l'évolution du droit des contrats, incitant les autorités à intervenir dans le contrat et engendrant un nouveau courant doctrinal.

Certaines prérogatives contractuelles pourront d'ailleurs servir différentes visions du contrat. L'unilatéralité de la détermination du prix correspond à l'unilatéralisme, mais l'exigence de prise en compte de l'intérêt de l'autre qu'elle génère pourra illustrer la solidarité dans le contrat. Chaque pouvoir du contractant participe indifféremment d'une doctrine juridique suivant l'angle d'approche. En effet, ces théories juridiques se juxtaposent en s'attardant sur les prérogatives diverses qu'accueille l'acte contractuel. Le consumérisme surgit dès qu'il est question de protéger une partie en position de faiblesse, le solidarisme intervient là où les parties coopèrent au profit du contrat et le dirigisme lorsque le législateur encadre de manière plus rigoureuse le pouvoir des cocontractants ou restreint la liberté dont ils disposent.

Chaque courant doctrinal décrit un aspect du contrat, sans prétendre l'analyser dans son intégralité. Les auteurs sont conscients de l'extrême diversité de celui-ci, de son caractère malléable et de son potentiel d'adaptabilité à chaque situation concrète. Le droit des contrats accueille des prérogatives dont les finalités s'opposent et ce, afin de satisfaire les besoins spécifiques de chaque partie, de chaque relation contractuelle.

De l'étude de l'unilatéralisme dans le contrat nous retiendrons, ainsi, que la richesse de l'acte juridique réside dans sa diversité.

BIBLIOGRAPHIE

I – TRAITÉS ET MANUELS

- H. CAPITANT ET A. COLIN, *Cours élémentaire de droit civil français, Tome 2*, Dalloz, 4^e édition, 1924.
- J. CARBONNIER, *Droit civil, Tome 2 : Les biens, les obligations*, Puf, Quadrige Manuels, 2017.
- F. CHÉNEDÉ, *Le nouveau droit des obligations et des contrats, consolidation – innovation – perspectives*, Dalloz, 2016.
- 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 de Code*, Les cours de droit, Paris 1976.
- R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général, Tome I*, Paris, 1923
- L. DUGUIT, *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, Paris, 1912
- G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Puf, 10^e édition, 2014.
- M. FABRE-MAGNAN, *Les obligations*, Puf, coll. Thémis droit privé, 1^{ère} édition, 2004.
- M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations, Tome 1 – Contrat et engagement unilatéral*, Puf, coll. Thémis droit privé, 4^e édition, 2016.
- J. GHESTIN, *Traité de droit civil, Introduction générale au droit civil*, LGDJ, 3^e édition, 1990.
- J. GHESTIN, G. LOISEAU ET Y.-M SERINET, *Traité de droit civil, La formation du contrat*, LGDJ, 4^e édition, 2013.
- J. GHESTIN, *Traité de droit civil, Les effets du contrat*, LGDJ, 3^e édition, 1990.
- J. JULIEN, *Droit des obligations*, Bruylant, coll. Paradigme, 3^e édition, 2017.
- J. JULIEN, *Droit de la consommation*, LGDJ, Précis Domat de droit privé, 2^e édition, 2017.
- Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL ET P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *Droit international privé*, Dalloz, Précis de droit international privé, 10^e édition, 2013.
- PH. MALAURIE, *Droit civil, théorie générale des obligations, fascicule II contrats et quasi-contrats, D.E.U.G 2^e année*, Les cours de droits, Paris, 1981.
- PH. MALAURIE, L. AYNÈS ET PH. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, LGDJ, 9^e édition, 2017.
- G. MARTY ET P. RAYNAUD, *Droit civil, tome II, premier volume, les obligations*, Sirey, 1962.
- H. MAZEAUD, L. MAZEAUD, J. MAZEAUD ET F. CHABAS, *Leçons de droit civil, Tome II premier volume : Obligations théorie générale*, Montchrestien, 8^e édition, 1991.
- R.-J POTHIER, *Traité des obligations*, Dalloz, 2011.
- J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, Puf, coll. Thémis droit, 2011.
- F. TERRÉ, PH. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil : les obligations*, Dalloz, Précis de droit civil, 11^e édition, 2013.
- H. CAPITANT, F. TERRÉ, Y. LEQUETTE ET F. CHÉNEDÉ, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile, Tome 2*, Dalloz, 13^e édition, 2015

II – THÈSES ET MONOGRAPHIES

- A. GHOZI, *La modification de l'obligation par la volonté des parties*, Thèse, LGDJ, 1980.
- Y.-M LAITHIER, *Etude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, Thèse, Paris I, LGDJ., T.419, 2004.
- P. LEMAY, *Le principe de la force obligatoire à l'épreuve du développement de l'unilatéralisme*, Mare & Martin, Bibliothèque des thèses, 2014.
- J. MARTIN DE LA MOUTTE, *L'acte juridique unilatéral, essai sur sa notion et sa technique en droit civil*, Thèse, Toulouse, 1949.

I. NAJJAR, *Le droit d'option, contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral*, LGDJ, 1967, préf. P. RAYNAUD.

C. PAULIN, *La clause résolutoire*, Thèse, LGDJ, 1996.

Y. PICOD, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, Thèse, LGDJ, 1989, préf. G. COUTURIER.

L. THIBIERGE, *Le contrat face à l'imprévu*, Thèse, *Economica*, Coll. Recherches juridiques, 2011.

III – ACTES DE COLLOQUES

F. COLLART DUTILLEUL ET C. COULON, (sous la direction de) *Le renouveau des sanctions contractuelles*, actes du colloque organisé en 2005 par l'Institut de recherche en droit privé de l'Université de Nantes et le Centre de recherche juridiques de l'ouest à la faculté de Rennes, *Economica*, 2007.

L. GRYNBAUM ET M. NICOD, (sous la direction de) *Le solidarisme contractuel*, actes du colloque organisé en 2002 par la Faculté de droit de La Rochelle, *Economica*, 2004.

C. JAMIN ET D. MAZEAUD, (sous la direction de) *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, actes du colloque annuel de 1998 du Centre de recherche européen de droit des obligations de l'Université Paris XII et du Centre de droit des contrats de l'Université de Lille 2, *Economica*, 1999.

C. JAMIN ET D. MAZEAUD, (sous la direction de) *La nouvelle crise du contrat*, actes du colloque organisé en 2001 par le Centre René Demogué de l'université de Lille II, Dalloz, 2003.

V. LARRIBAU-TERNEYRE ET S. PELLÉ, (sous la direction de) *Quel renouveau pour le droit des contrats, une réforme entre tradition et modernité*, actes du colloque du 20 mai 2016, Presses Universitaires de Pau et des Pays de l'Adour, 2016.

G. PIGNARRE, (sous la direction de) *Le droit des obligations d'un siècle à l'autre*, Institut Universitaire Varenne, Coll. Colloques & Essais, 2016.

F. TERRÉ (sous la direction de) *Pour une réforme du droit des contrats*, Réflexions et propositions d'un groupe de travail, Dalloz, 2009.

IV – ARTICLES DE MÉLANGES

R. BAILLOD, *à propos des clauses réputées non écrites*, in Mélanges dédiés à L. BOYER, P.U.S.S, Toulouse, 1996, p.15.

L. BOYER, *La clause de dédit*, in Mélanges offerts à P. RAYNAUD, Dalloz-Sirey, 1985, p. 41.

M. FABRE-MAGNAN, *L'obligation de motivation en droit des contrats*, in *Le contrat au XXI^e siècle*, Études offertes à J. GHESTIN, LGDJ, 2001 p. 301.

J. GHESTIN, *L'effet rétroactif de la résolution des contrats à exécution successive*, in Mélanges offerts à P. RAYNAUD, Dalloz-Sirey, 1985, p. 203.

C. JAMIN, *Plaidoyer pour le solidarisme contractuel*, in *Le contrat au XXI^e siècle*, Études offertes à J. GHESTIN, LGDJ, 2001.

H. LÉCUYER, *Le contrat acte de prévision*, in *L'avenir du droit*, Mélanges en hommage à F. TERRÉ, Dalloz, Jurisclasseur 1999, p. 643.

PH. LETOURNEAU, *Quelques aspects de l'évolution des contrats*, in Mélanges offerts à P. RAYNAUD, Dalloz-Sirey, 1985.349.

D. MAZEAUD, *Loyauté, solidarité, fraternité, la nouvelle devise contractuelle ?* in *L'avenir du droit*, Mélanges en hommage à F. TERRÉ, Dalloz, Jurisclasseur, 1999, p. 603.

D. MAZEAUD, *Mystères et paradoxes de la période précontractuelle*, in *Le contrat au début du XXI^e siècle*, Études offertes à J. GHESTIN, LGDJ, 2001, p. 645.

T. REVET, *Réflexions sur l'unilatéralisme dans le droit rénové des contrats*, in *Le juriste dans la cité*, Etudes à la mémoire de PH. NEAU-LEDUC, LGDJ., 2018, p. 887.

J. ROCHFELD, *Les droits potestatifs accordés par le contrat*, in *Le contrat au XXI^e siècle*, Études offertes à J. GHESTIN, LGDJ, 2001, p. 747.

V – ARTICLES ET CHRONIQUES DE REVUES JURIDIQUES

- B. ANCEL, *L'accroissement de la place de l'unilatéralité dans le contrat in La contractualisation de la production normative*, Dalloz, 2008, p. 324.
- F. ANCEL, *Quel juge pour le contrat au XXI^e siècle*, D. 2017.721.
- J. ANTIPPAS, *De la bonne foi précontractuelle comme fondement de l'obligation de maintien de l'offre durant le délai indiqué*, RTD civ. 2013, p. 27.
- J. ANTIPPAS, *L'engagement unilatéral dans les limbes du droit civil*, RDC 2018, n°2, p. 272.
- C. AUBERT DE VINCELLES, *Pour une généralisation encadrée de l'abus dans la fixation du prix*, D. 2006, n°18, p. 2629.
- C. AUBERT DE VINCELLES, *La fixation unilatérale du prix*, RDC 2015 n°3 p. 752.
- C. AUBRY DE MAROMONT, *Les obligations subsidiaires*, RTD civ. 2018, p. 305.
- L. AYNÈS, *Indétermination du prix dans les contrats de distribution, comment sortir de l'impasse ?* D. 1993, chron. p. 25.
- L. AYNÈS, *Motivation et justification*, RDC 2004, n°2, p. 555.
- L. AYNÈS, *Le juge et le contrat, nouveaux rôles ?* RDC, 1^{er} avr. 2016, n°112z2, p. 14.
- H. BARBIER, *La traque judiciaire des abus de prérogatives unilatérales, jusqu'aux plus dissimulés*, RTD civ. 2015 p. 123.
- H. BARBIER, *Les nouveaux ressorts normatifs de l'exigence de détermination du contenu contractuel*, RTD civ. 2016 p.98.
- H. BARBIER, *Les grands mouvements du droit commun des contrats après l'ordonnance*, RTD Civ, 2016, p. 247.
- H. BARBIER, *L'exécution et la sortie du contrat*, RDC 2018, n° hors-série, *Le nouveau droit des obligations après la loi de ratification du 20 avril 2018*, p. 40.
- H. BARBIER, *De l'appréciation souple de l'équilibre contractuel : florilège des contreparties en tout genre*, RTD civ. 2018 p. 102.
- E. BAZIN, *Le droit de repentir en droit de la consommation*, D. 2008.3028.
- M. BEHAR-TOUCHAIS, *Les remèdes unilatéraux à l'inexécution dans les contrats de distribution*, In *L'efficacité du contrat, actes du colloque du 11 juin 2010 organisé par le centre de recherches en droit privé Pierre Kayser de l'Université Paul Cézanne (Aix-Marseille III) sous la direction de G. Lardeux*, Dalloz, 2011, p. 21.
- L. BENTO DE CARVALHO, *Offre de contrat et promesse unilatérale de contrat : la Cour de cassation marque enfin la différence !* Revue de droit du travail 2017 p. 715.
- L. BENZONI, A. ATLANI, *Le délai de préavis lors d'une rupture contractuelle : approche économique*, AJ Contrat, 2016.475.
- I. BEYNEIX ET L.-C LEMMET, *La négociation*, RTD Com, 2016, p. 1.
- N. BLANC, *Contrat d'adhésion et déséquilibre significatif après la loi de ratification*, RDC, 29 juin 2018, n° Hors-Série, p. 20.
- J.-S BORGHETTI, *Fixation et révision du prix*, RDC, 29 juin 2018, n° Hors-Série, p. 25.
- A. BORIES, *La résolution aux risques et périls affranchie de la clause résolutoire de plein droit*, AJCA 2016, p. 2854.
- L. BOYER, *Les promesses synallagmatiques de vente. Contribution à l'étude des avant-contrats*, RTD civ. 1949, p. 1.
- J.-D BRETZNER, *Les conditions de l'exception d'inexécution par anticipation*, JCP G n°39, 26 sept. 2016, p. 999.
- E. BROCHIER, *Le point de vue de l'avocat sur le nouveau droit des obligations après ratification*, RDC, 29 juin 2018, n° Hors-Série, p. 37.
- S. BROS, *La place de l'unilatéralisme : progrès ou danger ?* RDC 2012 n°4 p. 1452.
- E. BROUSSEAU, *La sanction adéquate en matière contractuelle : Une analyse économique*, LPA, 2005, n°99, p. 43.
- A. BURGE, *Le Code civil et son évolution vers un droit imprégné d'individualisme libéral*, RTD civ. 2000, p. 1.
- G. CANIVET, *La pertinence de l'analyse économique du droit : le point de vue du juge*, LPA, 2005, n°99, p. 23.

- G. CATTALANO-CLOAREC, *Pas de réputé non écrit sans texte*, RDC 2018, n°1, p. 130.
- A. CAYOL, *Le contrat d'adhésion, un contrat spécial ?* Revue Lamy Droit civil, n° 160, 1er juin 2018.
- G. CHANTEPIE, *L'efficacité attendue du contrat*, RDC 2010, n°1, p. 347.
- G. CHANTEPIE ET N. DISSAUX (sous la direction de), *Le nouveau discours contractuel*, RDC 2016, n°3, p. 517.
- G. CHANTEPIE, *La contractualisation en droit privé*, RFDA 2018, p. 10.
- A. CHATAIN ET S. LATASTE, *Le rôle du juge dans la réforme du droit des contrats*, Gaz. Pal. 22 nov. 2016, n°41, p. 12.
- J.-P CHAZAL, *G. Ripert et le déclin du contrat*, RDC 2004, n°2, p. 244.
- F. CHÉNEDÉ, *Charles Demolombe et la condition potestative*, 1^{ère} partie, RDC 2013, p. 291.
- F. CHÉNEDÉ, *Charles Demolombe et la condition potestative*, 2^e partie, RDC 2013, p. 1131.
- F. CHÉNEDÉ, *Les contrats d'adhésion dans le projet de réforme*, D. 2015.1226.
- F. CHÉNEDÉ, *L'équilibre contractuel dans le projet de réforme*, RDC 2015, n°3, p. 655.
- F. CHÉNEDÉ, *La réforme du droit des contrats*, AJ Famille, 2016, p. 129.
- F. CHÉNEDÉ, *Le contrat d'adhésion de l'article 1110 du Code civil*, JCP G, 2017, n°27, p. 776.
- J. DE CONINCK, *Propos sur le pouvoir potestatif d'origine conventionnelle sur un ensemble d'obligations synallagmatiques : condition ou droit potestatif ?* in *Contrat et patrimoine*. Droit des contrats, Larcier, 2008, p. 73.
- M. DÉFOSSEZ, *La bonne foi au cœur de la négociation*, AJCA 2016, p. 327.
- PH. DELEBECQUE, *Le droit de rupture unilatérale du contrat, genèse et nature*, Dr. et patr., 2004, n°126.
- X. DELPECH, *Pas de condition potestative en cas d'obligation alternative*, Dalloz actualité, 5 juin 2006.
- R. DEMOGUE, *Des modifications aux contrats par volonté unilatérale*, RTD civ. 1907, p. 261.
- R. DEMOGUE, *Des modifications aux contrats par volonté unilatérale*, Dalloz, coll. Tiré à part, 2013.
- O. DESHAYE, *Le dommage précontractuel*, RTD Com, 2004, p. 187.
- N. DISSAUX, *Les mystères du contrat cadre*, AJ Contrat 2017 p. 104.
- N. DISSAUX, *Les nouvelles sanctions en matière contractuelle*, AJ Contrat 2017, p. 10.
- B. DONDERON, *de la condition potestative licite*, RTD civ. 2007 p. 677.
- W. DROSS, *L'introuvable nullité des conditions potestatives*, RTD civ. 2007 p. 701.
- R. ENCINAS DE MUNAGORRI, *Qu'est-ce que la technique juridique ?* D. 2004.711.
- R. ENCINAS DE MUNAGORRI, *L'analyse économique est-elle une source du droit ?* RTD civ. 2006, p. 505.
- M. FABRE-MAGNAN, *Le mythe de l'obligation de donner*, RTD civ, 1996 p. 85.
- M. FABRE-MAGNAN, *Pour la reconnaissance d'une obligation de motiver la rupture des contrats de dépendance économique*, RDC 2004, n°2 p. 573.
- M. FABRE-MAGNAN, *Le devoir d'information dans les contrats, essai de tableau général après la réforme*, JCP G, 2016, n°25, p.706.
- B. FAGES, *Clause nulle ou clause réputée non écrite ?* RTD civ. 2008, p. 292.
- D. FENOUILLET, *La notion de prérogatives : instrument de défense contre le solidarisme ou technique d'appréhension de l'unilatéralisme ?* RDC 2011, n°2, p. 644.
- D. FENOUILLET, *Le juge et les clauses abusives*, RDC 2016, n°02, p.358.
- D. FENOUILLET, *Les valeurs morales du nouveau discours contractuel*, RDC 2016, n°3, p. 589.
- D. FERRIER, *La détermination du prix, les apports au droit commun des obligations*, RTD com, 1997, p. 49.
- D. FERRIER, *Une obligation de motiver ?* RDC 2004, n°2, p. 558.
- M. DE FONTMICHEL, *Les nouvelles actions interrogatoires*, D. 2016.1665.
- V. FORTI, *La « renonciation » à la condition stipulée dans l'intérêt exclusif d'une partie (observations comparatives sous l'article 1304-4 du Code civil)*, RDC 2017, n° 114t4, p. 102.
- T. FRANCISOT, *Controverse sur la promesse unilatérale de contrat après la réforme du 10 février 2016*, AJ Contrat 2016, p. 479.
- J.-J FRION, *Le juge et la réforme du droit des contrats*, Revue Lamy droit civil, 2015, n°132.

- M.-A. FRISON-ROCHE, *Remarques sur la distinction de la volonté et du consentement en droit des contrats*, *RTD civ.* 1995.573.
- M.-A. FRISON-ROCHE, *L'intérêt pour le système juridique de l'analyse économique du droit*, *LPA*, 2005, n°99, p.15.
- F. GAUDU, *L'exigence de motivation en droit du travail*, *RDC* 2004 n°2, p. 566.
- P.-Y. GAUTIER, *La réduction proportionnelle du prix, exercices critiques de vocabulaire et de cohérence*, *JCP G* 2016, n°37 p. 947.
- T. GENICON, *Résiliation d'une promesse à durée indéterminée, nature des promesses unilatérales croisées, sanction de la rétractation de la promesse, un triple revirement ?* *RDC* 2018, n°01, p. 11.
- J. GHESTIN, *L'indétermination du prix de vente et la condition potestative*, *D.* 1973.61.
- J. GHESTIN, *La notion de contrat*, *D.* 1990.147.
- C. GIJSBERS, *La révision du prix*, *RDC* 2017, n°3, p. 564.
- C. GOLDIE-GENICON, *Clause d'exhérédation et condition potestative*, *RDC* 2017, n°113z2, p. 95
- J. GRANOTIER, *Le droit unilatéral de rompre le contrat, de la faculté de dédit à la clause de break up fees*, *D.* 2014.1960.
- C. GRIMALDI, *Quand une obligation d'information en cache une autre*, *D.* 2016.1009.
- C. GRIMALDI, *En attendant la loi de ratification*, *D.* 2016.606.
- P. GROSSER, *La réforme en pratique, l'exception d'inexécution*, *AJCA* 2014, p. 320.
- P. GROSSER, *La résolution unilatérale : conditions et régimes*, *AJCA* 2014, p. 72.
- P. GROSSER, *L'exécution forcée en nature*, *AJCA* 2016, p. 119.
- L. GRYNBAUM, *Le développement de l'analyse économique du droit : vers un « néo-positivisme » ?* *RDC* 2005, n°4, p. 1265.
- L. GRYNBAUM, *Vers un droit de rétractation généralisé ?* *RDC* 2005, p. 527.
- L. GRYNBAUM, *De l'unilatéralisme tempéré par l'intervention du juge dans l'exécution*, *RDC* 2007, n°3, p. 976.
- Y. GUENZOU, *Les querelles doctrinales*, *RTD civ.* 2013, p. 47.
- D. HOUTCIEFF, *Honni soit qui renonce et ne compense*, *Gaz. Pal.* 2014, n°289, p. 9.
- D. HOUTCIEFF, *L'introuvable notion de condition potestative*, *Gaz. Pal.* 10 avril 2018, n° 319v5, p. 26.
- C. JAMIN, *Vers la résolution unilatérale du contrat*, *D.* 1999.197.
- C. JAMIN, *L'admission d'un principe de résolution unilatérale du contrat indépendant de sa durée*, *D.* 2001.1568.
- C. JAMIN, *Une brève histoire politique des interprétations de l'article 1134 du Code civil*, *D.* 2002.901.
- E. JEULAND, *Les actions interrogatoires en question*, *JCP G*, 2016, n°26, p. 737.
- L. JOSSERAND, *Le contrat dirigé*, *Dalloz, Recueil Hebdomadaire* 1933, n°32 chron. p. 89.
- L. JOSSERAND, *Les dernières étapes du dirigisme contractuel : le contrat forcé et le contrat légal*, *Dalloz, Recueil Hebdomadaire* 1940, n°2, chron. p. 5.
- F. JULIENNE, *L'office du juge en droit des contrats*, *RRJ* 2008, n°4, p. 1925.
- M. JULIENNE, *Obligation naturelle et obligation civile*, *D.* 2009.1709.
- J. KULLMANN, *remarques sur les clauses réputées non écrites*, *D.* 1993.59.
- F. LABARTHE, *La fixation unilatérale du prix dans les contrats cadre et prestations de service*, *JCP G*, 2016, n°23, p. 642.
- X. LAGARDE, *Remarques sur l'actualité de la mise en demeure*, *JCP G*, 1996, n°46, p.3974.
- Y.-M. LAITHIER, *La validité réaffirmée de la dispense conventionnelle de mise en demeure du débiteur*, *RDC*, 2015, n°4, p.836.
- G. LARDEUX, *Plaidoyer pour un droit contractuel efficace*, *D.* 2006.1406.
- G. LARDEUX, *droit positif et droit prospectif de l'unilatéralisme dans le contrat*, *In L'efficacité du contrat, actes du colloque du 11 juin 2010 organisé par le centre de recherches en droit privé Pierre Kayser de l'Université Paul Cézanne (Aix-Marseille III) sous la direction de G. Lardeux*, *Dalloz*, 2011.
- V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Les résultats : une nouvelle conception du contrat ?* *In Quel renouveau pour le droit des contrats, une réforme entre tradition et modernité, actes du colloque du 20 mai 2016 sous la direction de V. LARRIBAU-TERNEYRE et S. PELLÉ.*

- Y.-E LE BOS, *Le retrait anticipé de l'offre de contracter dans les projets français de réforme du droit des obligations*, LPA, 2010, n°140, p. 4.
- H. LECUYER, *Le principe de proportionnalité et l'extinction du contrat*, LPA, 1998, n°117, p. 31.
- D. LEGEAIS, *Clauses abusives, décret portant application de l'article L.132-1 du Code de la consommation*, RTD com., 2009, p. 424.
- F.-X. LICARI, *Du déséquilibre significatif dans les contrats : quelle articulation entre les textes*, Lamyline.
- P. LOKIEC, *La décision et le droit privé*, D. 2008.2293.
- B. MALLET-BRICOUT, *2016, ou l'année de la réforme du droit des contrats*, RTD civ. 2016, p. 463.
- D. MAZEAUD, *Le principe de proportionnalité et la formation du contrat*, LPA, 1998, n°117, p.12.
- D. MAZEAUD, *L'unilatéralisme en matière de résolution du contrat, nouvel épisode*, D. 2001.3239.
- D. MAZEAUD, *Unilatéralisme et motivation en droit des contrats*, D. 2001.3237.
- D. MAZEAUD, *Le nouvel ordre contractuel*, RDC 2003, n°1, p. 29.
- D. MAZEAUD, *Un petit plomb en moins dans l'aile du solidarisme contractuel*, D. 2003.93.
- D. MAZEAUD, *Regards positifs et prospectifs sur le nouveau monde contractuel*, LPA, 2004, n°92, p. 47.
- D. MAZEAUD, *Rupture unilatérale du contrat, encore le contrôle des motifs !* D. 2010.2178.
- D. MAZEAUD, *La place du juge en droit des contrats*, RDC 2016.2.353.
- D. MAZEAUD, *L'exécution forcée en nature dans la réforme du droit des contrats*, D. 2016.2477.
- D. MAZEAUD, *Présentation de la réforme du droit des contrats*, Gaz. Pal., 2016, n°8.
- D. MAZEAUD, *Le nouveau droit des obligations : observations conclusives*, RDC, 29 juin 2018, n° Hors-Série, p. 65.
- M. MEKKI, *Les doctrines sur l'efficacité du contrat en période de crise*, RDC 2010, n°1, p. 383.
- M. MEKKI, *Les remèdes à l'inexécution dans le projet d'ordonnance portant réforme du droit des obligations*, Gaz. Pal. 2015, n°120, p. 37.
- M. MEKKI, *Le juge et les remèdes à l'inexécution du contrat*, RDC 2016, n°2, p. 400.
- J. MESTRE, *De la liberté de ne pas contracter*, RTD civ. 2004, p. 280.
- J. MESTRE ET B. FAGES, *Ou la qualification d'obligation alternative chasse à nouveau le grief de potestativité*, RTD civ. 2006, p. 556.
- N. MOLFESSIS, *Le principe de proportionnalité et l'exécution du contrat*, LPA 1998, n°117, p. 21.
- J. MOULY, *La prise d'acte saisie par le nouvel article 1226 du Code civil ? Droit social*, 2017, p. 1.
- J. MOURY, *La fixation unilatérale du prix dans les contrats cadre*, AJCA 2016, p. 123.
- J.-M MOUSSERON, *La gestion des risques par le contrat*, RTD civ. 1988, p. 481.
- P. MOUSSERON, *La clause de résiliation-débit dans le contrat à durée déterminée : une condition purement potestative nulle* Cass. com., 20 sept. 2011, no 10-30567 : JCP E 2012, n°2, p. 1027.
- I. NAJJAR, *La potestativité, notes de lectures*, RTD civ. 2012, p. 601.
- I. NAJJAR, *La sanction de la promesse de contrat*, D. 2016.848.
- S. PELLET, *La restitution par l'emprunteur, une obligation aléatoire ou arbitraire ?* RDC 2014, n° 110e4, p. 77.
- C. PELLETIER, *Le rôle de la mise en demeure dans le mécanisme de la résolution unilatérale aux risques et périls du créancier*, RDC, 2010, n°2, p.690.
- J.-D. PELLIER, *Réflexions sur l'imprévision dans le projet de réforme du droit des contrats*, LPA, 2015, n°228, p. 8.
- H. PÉRINET-MARQUET, *Droit des contrats : le changement c'est demain*, Constr.-urb. avr. 2015, repère 4.
- T. PIAZZON, *La place de l'unilatéralisme : progrès ou danger ?* RDC 2012, n°4, p. 1459.
- A. PINNA, *L'exception pour risque d'inexécution*, RTD civ. 2003, p. 31.
- C. PIZZARO-WILSON, *Les remèdes à l'inexécution contractuelle dans la réforme du droit des contrats en France : regard d'un juriste chilien*, RDC 2015, n°3, p. 706.

- C. POMART-NOMDEDEO, *Le régime juridique des droits potestatifs en matière contractuelle, entre unité et diversité*, RTD civ. 2010 p. 209.
- M. POUMAREDE, *La place de l'acte juridique dans les projets de réforme du droit des obligations*, in *Les métamorphoses de l'acte juridique* sous la direction de M. NICOD.
- S. PRIGENT, *Le dualisme dans l'obligation*, RTD civ. 2008, p. 401.
- M.-A RAKOTOVAHINY, *La condition potestative dans l'indétermination du prix de vente*, LPA, 2007, n°241, p. 4.
- P. RÉMY-CORLAY, *Le contrat hors du code*, LPA, 2005, n°178, p. 4.
- 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 2004, n°2, p. 579.
- T. REVET, *La structure du contrat, entre unilatéralité et bilatéralité*, RDC 2013, n°1, p. 327.
- T. REVET, *Le projet de réforme et les contrats structurellement déséquilibrés*, D. 2015.1217.
- T. REVET, *Les critères du contrat d'adhésion*, D. 2016.1771.
- T. REVET, *L'achèvement de la réforme du droit commun des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, regard général*, RDC, 29 juin 2018, n° Hors-Série, p. 4.
- T. REVET, *L'incohérent cantonnement, par l'Assemblée Nationale, du domaine du contrat d'adhésion aux contrats de masse*, D. 2018.124.
- A. RIEG, *Rapport sur les modes non formels d'expression de la volonté en droit civil français*, Trav. assoc. H. CAPITANT, 1968, p. 43, n°3.
- J. ROCHE-DAHAN, *L'exception d'inexécution, une forme de résolution unilatérale du contrat synallagmatique*, D. S. 1994, p. 255.
- ROUAST, *Les droits discrétionnaires et les droits contrôlés*, RTD civ. 1944, p. 1.
- O. SABARD, *Le respect d'un certain formalisme pour la mise en œuvre de la clause résolutoire*, L'essentiel droit des contrats, 2017, n°5, p. 3.
- R. SALEILLES, *De la déclaration de volonté*, Dalloz, 1901.
- J. F. SPITZ, *Qui dit contractuel dit juste, quelques remarques sur une formule d'Alfred Fouillée*, RTD civ. 2007, p. 281.
- PH. STOFFEL-MUNCK, *Le contrôle a posteriori de la résolution unilatérale*, Dr. et patr. mai 2004.70.75, n°126.
- PH. STOFFEL-MUNCK, *Exécution et inexécution du contrat*, RDC 2009, n°1, p. 333.
- PH. STOFFEL-MUNCK, *L'imprévision et la réforme des effets du contrat*, RDC 2016, n°112z5, p. 30.
- PH. STOFFEL-MUNCK, *Le nouveau droit des obligations : les questions en suspens*, RDC, 29 juin 2018, n° Hors-Série, p. 52.
- PH. STOFFEL-MUNCK, *Du non usage fautif d'une faculté de modification unilatérale du contrat*, RDC 2018, n°114v5, p. 20.
- D. TALON, *Le surprenant réveil de l'obligation de donner*, D. 1992.67.
- L. THIBIERGE, *Les effets du contrat*, AJ Contrat. 2018, p. 266.
- C. THIBIERGE-GUELFUCCI, *Libres propos sur la transformation du droit des contrats*, RTD civ. 1997, p. 357.
- D. TOMASIN, *Une clause réputée non écrite est censée n'avoir jamais existé*, AJDI 2012, p. 275.
- F. VINCKEL, *Le pouvoir du juge et la volonté des parties*, D. 2000.599.

INDEX ALPHABÉTIQUE DES MATIÈRES

A.

Abus

- Abus de droit : V. Abus de droit
- Clauses abusives : V. Clauses abusives
- Droit discrétionnaire : 117
- Exercice abusif de prérogative unilatérale : 119
- Fixation abusive du prix : 31
- Risque d'abus : 118
- Rupture abusive des négociations : 17

Abus de droit

- Application de la théorie aux prérogatives unilatérales : 142
- Critères : 141, 143
- Théorie de l'abus de droit : 141

Acceptation

- Caractéristiques : 45
- Adhésion : 44
- Liberté : 44
- Manifestation de volonté : 43
- Silence : 44

Acte juridique unilatéral

- Acceptation : 43
- Clause résolutoire : 86
- Engagement unilatéral : 42
- Offre : 38
- Réceptice : 135
- Renonciation : 154 et V. Renonciation
- Rétractation de l'offre : 40

Analyse économique du droit :

- Contrat : 98
- Prérogatives unilatérales : 100 et s.
- Unilatéralisme : 99
- Violation efficace : 103

Autonomie

- de la volonté : V. Autonomie de la volonté
- des parties : 105, 122

Autonomie de la volonté

- Présentation : 4
- Critiques : 4
- Lien entre les doctrines : 165, 166

Avant-contrat

- Caractère obligatoire : 19
- Liberté : 23
- Pacte de préférence : V. Pacte de préférence
- Potestativité : 20, 21
- Promesse synallagmatique : V. Promesse
- Promesse unilatérale : V. Promesse
- Unilatéralité : 19 et s.,

B.

Bonne foi :

Loyauté : 156
Négociations : 16, 17
Offre : 42
Solidarisme : 4

C.

Clause abusive

Contrat d'adhésion : 27
Contrôle : 144 et s.
Déséquilibre significatif : 147
Droit commun : 146
Équilibre contractuel : 144
Notion : 145
Protection du consommateur : 145

Clause de dédit

Origine conventionnelle : 51
Régime : 52

Clause d'indexation : 62**Clause de révision (hardship)** : 62**Clause résolutoire**

Acte juridique unilatéral : 86
Définition : 82
Droit potestatif : 85
Interprétation : 154
Source 83
Unilatéralité : 83, 84

Condition

Conditions générales : 26
Condition potestative : 20, 31

Confiance

Abus : 142
Individualisme : 106, 107
Juge : 122
Négociations : 16 et s.

Consensualisme

Contrat : 14
Interprétation : 153

Consumérisme

Présentation : 4
Lien entre les doctrines : 165, 166

Contrat

Acceptation : 43 et s., V. Acceptation
Adhésion : V. Contrat d'adhésion
Analyse économique : 98
Bonne foi : 156
Clause abusive : V. Clause abusive
Clause de style : 154
Clause résolutoire : V. Clause résolutoire
Construction : 11 et s.
Définition : 1
De gré à gré : V. Négocié
Efficacité du contrat : 97 et s.
Équilibre contractuel : V. Équilibre contractuel
Exception d'inexécution : V. Exception d'inexécution

Exécution en nature : V. Exécution en nature
Force obligatoire : 55
Imprévision : 61 et s.
Interprétation : V. Interprétation
Liberté contractuelle : V. Liberté
Négociations : V. Négociations
Négozié : 13
Obligations : 1
Offre : 38 et s., V. Offre.
Pouvoir unilatéral : V. Pouvoir unilatéral
Réputé non écrit : 159
Réforme : V. Réforme du droit des contrats
Résiliation : 80
Résolution pour inexécution : V. Résolution pour inexécution
Révision judiciaire : 160
Unilatéralisme : V. Unilatéralisme
Unilatéralité : V. Unilatéralité
Volonté unilatérale : 12

Contrat d'adhésion

Adhésion : V. Acceptation
Définition : 26
Interprétation : 27, 154
Clauses abusives : 27, 145

Contrôle judiciaire

Abus : V, Abus de droit
Délais : 128 et s.
Mise en demeure : 133
Motifs : 137 et s.
Subsidiarité : 124

D.

Décision

Judiciaire : V. Juge

Délai raisonnable

Caducité de l'offre : 41
Contrôle judiciaire : 131
Révocation de l'offre : 40

Dirigisme

Présentation : 4
Lien entre les doctrines : 166

Droit discrétionnaire

Caractère discrétionnaire : 117
Clause de dédit : 52
Rétractation : 50
Unilatéralité : 119

Droit potestatif : V°, Potestativité

E.

Equilibre contractuel

Abus : 118
Clause abusive : V°, Clause abusive

Conception objective : 111
Conception subjective : 110
Notion : 109
Potestativité : 113
Unilatéralité : V°, Unilatéralité

Exception d'inexécution

Anticipation : 72 et s.
Code civil : 69
Unilatéralité : 71

Exécution en nature

Code civil : 75
Unilatéralité : 76

I

Incertitude

Risque : 114

Individualisme

Autonomie de la volonté : 4, 166
Renouveau : 106 et s.

Interprétation

Clause résolutoire : 154
Contrat obscur ou ambigu : 152
Dénaturation : 152
Interprétation *in favorem* : 26, 154
Objective : 153
Subjective : 153
Renonciation : 154
Stricte : 154
Unilatéralité : 154

Imprévision

Conditions : 64
Initiative unilatérale : 60, 65
Réforme : 63
Renégociation du contrat : 65
Révision judiciaire : 65, 160
Théorie de l'imprévision : 62

J.

Juge

Clause abusive : V. Clause abusive
Détermination du prix : 29, 30, 31
Dialogue entre le juge et la loi : 157
Imprévision : 65
Interprétation : V. Interprétation
Office du juge : V. Contrôle judiciaire
Renforcement du pouvoir du juge : 155
Réputé non écrit : 159
Révision du contrat : 160
Unilatéralisme : V. Unilatéralisme
Unilatéralité : V. Unilatéralité

L.

Liberté

Acceptation : 44, 45
Contractuelle : 33, 39, 40, 42, 44
Fondement de l'unilatéralité : 23
Levée de l'option : 21
Précontractuelle : 11, 15, 17, 18
Rétractation de l'offre : 40, 42
Rupture des négociations : 17
Unilatéralisme : 105

M.

Mise en demeure

Contrôle : 133
Unilatéralisme : 134

Motivation

Contrôle : 137 et s.

N.

Négociations

Bonne foi : V. Bonne foi
Contrat négocié : 13 et s.
Contractualisation : 17
Équilibre contractuel : 18
Information : 18
Liberté : 15, 17, 18
Loyauté : V. Bonne foi
Multiples : 17
Parallèles : 17
Pouvoir unilatéral : 15, 16, 17
Rupture : 17

O.

Obligations

Rapport : 33
Source : 34

Offre

Bonne foi : 42
Caducité : 41
Engagement unilatéral : 42
Ferme : 39
Maintien : 40, 42
Manifestation de volonté : 38
Nature juridique : 42
Précise : 39
Rétractation : 40

P.

Pacte de préférence, 22**Prix**

Abus dans la détermination : 31
Abus dans la réduction : 143
Accord de volonté : 29
Déterminable : 28, 29
Détermination : 28 et s.,
Déterminé : 28, 29
Détermination unilatérale : 30, 31
Nullité : 31,
Réduction : 77, 78

Promesse

Délais : 130, 131
Promesse synallagmatique : 20
Promesse unilatérale : 21
Violation : 20, 21
Exécution forcée : 20, 21
Option : 21
Unilatéralité : 19 et s.,

Potestativité

Condition potestative : V. Condition
Clause résolutoire : 85
Droits potestatifs : 113
Prix : 31
Promesse synallagmatique de contrat : 20
Promesse unilatérale de contrat : 21
Risque d'incertitude : 115

R.

Raisonnable

Appréciation : 157
Coût : 76
Délai : V. Délai raisonnable

Réforme du droit des contrats

Bonne foi : 16, 156
Clause abusive : 146
Code civil : 96
Contrat cadre : 31
Contrat d'adhésion : 25
Détermination du prix : 28
Exception d'inexécution : 69
Exécution forcée : 75
Imprévision : 63
Interprétation : 152
Négociations : 17
Période précontractuelle : 16
Promesse unilatérale : 21
Réduction du prix : 77, 78
Rétractation : 48
Résolution pour inexécution : 81, 87, 89
Révision judiciaire du contrat : 160
Sanctions de l'inexécution : 67
Unilatéralisme : 47

Remèdes à l'inexécution

Analyse économique : 101
Classification : 68
Exception d'inexécution : 69 et s.
Exécution forcée : 75 et s.
Réduction du prix : 77 et s.
Réforme : 57, 67

Renonciation

Clause de dédit : 52
Interprétation stricte : 154

Réputé non écrit : 159**Résolution unilatérale des contrats à durée déterminée**

Abus : 143
Prohibition des engagements perpétuels : 80

Résolution pour inexécution

Clause résolutoire : V. Clause résolutoire
Notification : V. Résolution unilatérale pour inexécution

Résolution unilatérale pour inexécution

Code civil : 87, 89
Conditions : 89
Jurisprudence : 88
Notification : 89

Rétractation

Clause de dédit : V. Clause de dédit
Droits spéciaux : 49
Droit unilatéral : 50

S.

Silence : V. Acceptation

Solidarisme :

Présentation : 4
Lien entre les doctrines : 165, 166

T.

Théorie juridique

Abus de droit : 141
Autonomie de la volonté : V. Autonomie de la volonté
Consumérisme : V. Consumérisme
Dirigisme : V. Dirigisme
Imprévision : 61 et s.
Unilatéralisme : V. Unilatéralisme
Solidarisme : V. Solidarisme
Violation efficace : 103

U.

Unilatéralisme

Analyse du contrat : 95, 99
Clause abusive : 144
Conclusion du contrat : 33
Constat : 10 et s.
Contrat : 1, 2
 Crainte : 5, 93

Détermination du prix : 28, 31
Doctrines : 4, 5
Évolution contractuelle : 94
Exécution forcée : 75, 76
Individualisme : 104
Manifestation : 47,
Mise en demeure : 134
Office du juge : 121, 149, 155, 160
Réforme du droit des contrats : 47
Résolution pour inexécution : 81, 87
Rôle de la volonté : 34 et s.,
Sources : 150
Unilatéralité : 3
Vocabulaire législatif : 155

Unilatéralité

Acceptation : 43
Clause de dédit : 51
Clause résolutoire : 83
Contrat d'adhésion : 26
Construction du contrat : 13, 32
Détermination du prix : 30, 31,
Droit de rétractation : 50
Doctrines : 4
Efficacité du contrat : 102
Équilibre contractuel : 110, 111
Exception d'inexécution : 71
Exécution en nature : 76
Formalisme : 127
Immixtion dans le contrat : 95
Imprévision : 60
Interprétation stricte : 154
Modification du contrat : 58
Office du juge : 123
Négociations : 15
Offre : 39,
Promesse de contrat : 19, 20, 21,
Réduction du prix : 78
Unilatéralisme : 3

V.

Violation

Efficace : 103
Maintien de l'offre : 40
Pacte de préférence : 22
Promesse synallagmatique : 20
Promesse unilatérale : 21

Volonté

Autonomie de la volonté : V. Autonomie
Conclusion du contrat : 34
Concours des volontés : 37
Contrat : 12
Élément interne : 35

TABLE DES MATIÈRES

Remerciements.....	I
Préface.....	II
Liste des principales abréviations.....	III
Sommaire.....	IV
INTRODUCTION.....	1
PARTIE 1 – RÉVÉLER L’UNILATÉRALISME.....	8
Chapitre 1 – Le constat de l’unilatéralisme au stade de la formation du contrat.....	8
Section 1 – L’unilatéralité lors de la construction du contrat.....	9
§1 – <i>La construction négociée du cadre contractuel.....</i>	9
A – La négociation du contrat.....	10
B – Les avant-contrats.....	13
§2 – <i>La construction unilatérale du cadre contractuel.....</i>	17
A – Le contrat d’adhésion.....	17
B – La détermination unilatérale du prix.....	20
Section 2 – L’unilatéralité lors de la conclusion du contrat.....	24
§1 – <i>La rencontre de deux volontés unilatérales.....</i>	24
A – L’offre, manifestation de volonté unilatérale du pollicitant.....	26
B – L’acceptation, manifestation de volonté unilatérale formant le contrat.....	29
§2 – <i>La prédominance d’une volonté unilatérale.....</i>	30
A – Les droits de rétractation unilatérale d’origine légale.....	31
B – Le droit de rétractation unilatérale d’origine conventionnelle.....	32
Conclusion du chapitre 1.....	33
Chapitre 2 – Le constat de l’unilatéralisme au stade de l’exécution du contrat.....	34
Section 1 – L’unilatéralité, instrument de sauvegarde du contrat.....	35
§1 – <i>L’unilatéralité dans la modification du contrat.....</i>	36
A – La consécration de la théorie de l’imprévision.....	37

B – Le régime de la révision du contrat pour imprévision.....	39
§2 – <i>L’unilatéralité dans les remèdes à l’inexécution du contrat</i>	41
A – L’exception d’inexécution.....	42
B – L’exécution forcée en nature.....	45
C – La réduction du prix.....	46
Section 2 – L’unilatéralité, instrument d’anéantissement du contrat.....	48
§1 – <i>La clause résolutoire</i>	49
A – Un mécanisme unilatéral.....	49
B – Une mise en œuvre unilatérale.....	51
§2 – <i>La résolution unilatérale par notification</i>	51
Conclusion du chapitre 2	54
Conclusion de la partie 1	55
PARTIE 2 – TEMPÉRER L’UNILATÉRALISME	56
Chapitre 1 – La contribution de l’unilatéralisme au renouvellement de la conception du contrat	56
Section 1 – L’influence de l’unilatéralisme sur l’analyse contractuelle.....	57
§1 – <i>L’unilatéralisme, facteur d’une analyse économique du contrat</i>	59
§2 – <i>L’unilatéralisme, facteur du renouveau de l’individualisme dans le contrat</i>	64
A – L’unilatéralisme au service de la liberté de l’individu.....	64
B – L’unilatéralisme au service de la confiance en l’individu.....	65
Section 2 – L’influence de l’unilatéralisme sur l’équilibre contractuel.....	67
§1 – <i>La notion d’équilibre contractuel</i>	67
§2 – <i>L’exigence d’équilibre contractuel</i>	69
A - Le risque d’une partie soumise à un pouvoir unilatéral potestatif.....	69
B – Le risque d’une partie lésée par un pouvoir unilatéral discrétionnaire.....	71
Chapitre 2 – La contribution de l’unilatéralisme au renouvellement de l’office du juge	74

Section 1 – Le contrôle judiciaire de l’unilatéralité : le juge censeur de l’unilatéralisme.....	75
§1 – <i>Le contrôle des conditions d’exercice des prérogatives unilatérales</i>	77
A – Le contrôle judiciaire du temps de l’unilatéralité.....	77
B – Le contrôle judiciaire de l’information du contractant.....	80
§2 – <i>Le contrôle de l’exercice des prérogatives unilatérales</i>	81
A – Le contrôle judiciaire des motifs.....	82
B – Le contrôle judiciaire de l’abus.....	83
1 – Le contrôle de l’exercice abusif d’une prérogative unilatérale.....	84
2 – La lutte contre les clauses abusives et le déséquilibre significatif.....	87
Section 2 – Le pouvoir créateur du juge en matière d’unilatéralité, le juge auteur de l’unilatéralisme.....	89
§1 – <i>L’interprétation judiciaire des sources de l’unilatéralisme</i>	90
A – L’interprétation de l’unilatéralité convenue par les parties.....	90
1 – L’interprétation des contrats, une mission traditionnelle du juge.....	90
2 – Les spécificités d’interprétation en matière d’unilatéralité.....	91
B – L’appréciation des standards et qualificatifs employés par le législateur.....	93
1 – Les standards juridiques soumis à l’interprétation du juge.....	94
2 – Les critères soumis à l’interprétation du juge.....	95
§2 – <i>Le pouvoir décisionnel du juge en matière d’unilatéralité dans le contrat</i>	96
Conclusion du chapitre 2.....	99
Conclusion de la partie 2.....	99
CONCLUSION GÉNÉRALE.....	101
Bibliographie.....	V
Index alphabétique des matières.....	XII



Collection des mémoires de l'IFR

Copyright et diffusion 2018

© IFR

Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole

2 rue du Doyen-Gabriel-Marty, 31042 Toulouse cedex 9

ISSN : 2557-4779

Réalisation de la couverture :
www.corep-impression.com