

L'efficacité de la sanction contractuelle civile

Par

Jean-Claude TAHITA, Docteur en droit privé, enseignant à l'Université de Ouaga II

Traiter de l'efficacité de la sanction contractuelle suppose d'entrée de jeu de « clarifier » ce qu'il faut entendre par l'expression « sanction contractuelle ». La difficulté est d'autant plus grande qu'on a affaire ici à l'accolement de deux mots dont la polysémie entraîne diverses interprétations. De prime abord, la notion de sanction renvoie à l'idée de peine destinée à réparer une infraction. Il s'agit là du sens courant qu'en donnent le dictionnaire Robert, le Lexique des termes juridiques et le Petit Larousse Illustré. C'est également cette connotation punitive, négative que lui donne le droit pénal. Mais cette définition étroite ne va pas de soi puisqu'il existe des sanctions destinées à approuver, consacrer ou ratifier¹. Il y aurait donc des sanctions positives (récompense) et des sanctions négatives (peine). Pour A. Benabent, la difficulté de distinguer sanction et réparation tient « à l'ambivalence » de la notion de sanction qui, d'un même mot, renvoie à deux types de mesures différentes : « réprimer un comportement ou simplement en tirer les conséquences »². Pour Mme M. Jaouen, la sanction juridique s'entend de « toute mesure prononcée en réaction à la violation d'une norme »³. En tout état de cause, il paraît difficile, voire impossible d'arrêter une définition unique de la sanction, même s'il est possible selon certains auteurs de dégager « l'unité essentielle » des différentes définitions à travers « certains caractères invariables ». Ces auteurs ne recensent pourtant pas moins de six différentes définitions⁴. Une telle diversité des sens n'en est pour autant pas réduit si on accole au mot « sanction » celui de « contractuelle ». L'expression « sanction contractuelle » introduit, de prime abord, l'idée qu'il existe des sanctions qui ne seraient pas contractuelles, notamment les sanctions délictuelles. Ensuite, si on s'en tient aux seules sanctions contractuelles, la diversité des domaines ou des matières dans lesquels

¹ Ex. de la force obligatoire du contrat telle que l'exprime l'article 1134 C.civ. qui sanctionne un contrat valide.

² Cf. A. Benabent, « Sanction et réparation », in La sanction, justice et cassation, Revue annuelle des Avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, D. 2005 p. 95 et s.

³ Cf. M. Jaouen « La sanction prononcée par les parties au contrat » Etude sur la justice privée dans les rapports contractuels de droit privé, Economica, p.4

⁴ Dans ce sens, F. OST et M. van de Kerchove, De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit. Publication des Facultés universitaires de Saint Louis, Bruxelles, Bruylant, 2002 p. 221 et s. Comp. Ch- A. Morand, « La sanction » in Vocabulaire fondamental du droit, APD T. XXXV, Sirey 1990 p. 293 et s. spéc. . 312 : l'auteur aboutit à la conclusion selon laquelle « le terme de sanction est ambigu, inutile et nocif »

interviennent des contrats donne lieu à une kyrielle possible de sanctions (contrats administratifs, civils. et commerciaux, contrats du travail, contrats internationaux). En outre, les sanctions contractuelles se différencient en fonction de leur objet ; on parle ainsi des sanctions de l'illicéité du contrat, des sanctions de l'inexécution du contrat, des sanctions de l'invalidité du contrat. Elles se distinguent par ailleurs, par rapport à leurs finalités ; on parle alors de sanctions tantôt civiles tantôt pénales, tantôt disciplinaires, etc...⁵.

Même dans le domaine des sanctions contractuelles civiles qui intéressent nos propos⁶, la diversité reste de mise (résolution judiciaire, résolution unilatérale, résolution amiable, annulation totale ou partielle, responsabilité...).

Quant à se prononcer sur l'efficacité de ces sanctions contractuelles, on peut se demander de quelle efficacité, il s'agit. L'efficacité est la qualité d'une chose qui produit l'effet attendu. Pour évaluer l'efficacité des sanctions, sur quel plan faut-il se placer ? Sur le plan purement juridique, idéologique ou sur le plan économique ? Ou bien encore sur les deux plans ? Si on se place sur le terrain purement idéologique, mener une réflexion sur l'efficacité des sanctions et donc sur « l'efficacité » du contrat⁷ revient nécessairement à s'interroger sur la portée et les limites de la force obligatoire du contrat ; en effet, qu'est-ce que évaluer l'efficacité du contrat sinon se prononcer sur la force du lien entre les parties ? Encourager la faute lucrative, affirmer l'idée selon laquelle la rupture irrégulière du contrat ne peut être sanctionnée que par l'octroi de dommages et intérêts est immoral même si « économiquement, c'est peut-être bien pensé »⁸. Se placer sur le terrain économique, c'est dire que la force obligatoire n'est d'aucun secours et que seule l'efficacité économique peut servir de critère pour dégager la sanction adéquate, adaptée⁹.

⁵ Il convient d'ores et déjà de faire observer que les éléments de distinction des sanctions ne sont pas exclusifs les uns des autres de sorte que les distinctions établies ne sauraient être étanches ; la nature ; les finalités de la sanction peuvent s'imbriquer les uns dans les autres.

⁶ Les présentes réflexions qui concernent le droit français des contrats civils concernent, à titre de raison écrite le droit du Burkina Faso, pays dont nous sommes ressortissant puisqu'il n'existe pas suffisamment de doctrine et de jurisprudence en la matière et que notre droit des contrats reste fondé sur le code civil français de 1804, dans sa rédaction antérieure à 1960, année de l'accession du pays à la souveraineté internationale. Dans l'attente de l'avènement prochain d'un acte uniforme relatif au droit OHADA des contrats, la même observation que ci-dessus peut être faite.

⁷ Le rapport elliptique aussi établi entre la sanction et le contrat tout entier est fait par Y-M. Laithier, in Etude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat, L.G.D.J. Bibliothèque de droit privé, T.CD XIX 2004.

⁸ Selon Ph. Stoffel-Munck, « Le contrôle a posteriori de la résiliation unilatérale in Rupture unilatérale du contrat : vers un nouveau pouvoir ? », Droit et patrimoine, 2004 n°126, spéc. . 75.

⁹ Cette proposition conduit en réalité à substituer une idéologie à une autre : « la théorie libérale du contrat n'a pas pour objet, au 1^{er} chef, de défendre les volontés exprimées contre l'interventionnisme étatique, législatif ou

L'efficacité des sanctions contractuelles doit pouvoir relever aujourd'hui des deux plans, eu égard aux évolutions actuelles des sanctions à travers lesquelles certains auteurs ont cru percevoir un « certain renouveau » des sanctions¹⁰. Toujours est-il que, pour qu'elles soient efficaces, les sanctions doivent produire des effets leur permettant d'atteindre leurs objectifs. Il en résulte donc deux principaux critères de mesure de leur efficacité, les finalités poursuivies par les sanctions et les conditions nécessaires à leur adéquation avec ces finalités ; à ces critères, il faut ajouter un troisième, non moins nécessaire, l'effectivité des sanctions¹¹. Les sanctions ont en effet, des fonctions multiples qui leur sont tantôt spécifiques, tantôt communes. Elles sont toutes prononcées pour favoriser le respect des normes¹². Les sanctions spécifiques sont elles-mêmes fonction de leur nature et de la branche concernée. C'est le cas des sanctions civiles qui visent au rétablissement de la légalité transgressée par la réparation des conséquences de la violation. Quant à leur fonction commune (il n'y en a qu'une en réalité), elle est une fonction de prévention, de dissuasion en amont. S'agissant des conditions nécessaires à l'adéquation des sanctions contractuelles avec leurs finalités, leur examen revient à mesurer le degré d'adéquation entre la finalité poursuivie et les effets du moyen choisi pour y parvenir. Comment le faire et avec quels outils? C'est là toute la difficulté de l'évaluation de l'efficacité des sanctions contractuelles. La problématique de cette violation ne saurait trouver sa solution dans une approche quantitative qui demanderait de procéder au décompte des sanctions effectivement prononcées (ce qui est impensable mais plutôt dans une approche qualitative, permettant alors, d'apprécier la pertinence de la sanction par rapport à la finalité poursuivie. S'agissant des sanctions contractuelles civiles, on observe que cette pertinence est largement tributaire de l'imprécision de la notion de sanction, issue de la

judiciaire mais de montrer pourquoi et comment le droit des contrats doit assumer le libre jeu des mécanismes du marché dans le fonctionnement de l'économie « selon Y-M. Laithier ? Etude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat, op. cit. spéc. N°12 p. 31

¹⁰ C'est le cas notamment de Ch. Jamin, « Le renouveau des sanctions contractuelles : pot-pourri introductif in « le renouveau des sanctions contractuelles » sous la direction de F.C. Dutilleul et C. Coulou, coll. Etudes juridiques, Economica, n° 28 p. 3 et s à propos notamment de l'évolution jurisprudentielle en matière de résolution et du débat doctrinal sur le concept même de responsabilité contractuelle.

Bien qu'étant une condition non-suffisante à l'efficacité, l'effectivité est nécessaire à l'efficacité. Pour être efficace en effet, une sanction doit pouvoir produire certains effets en adéquation avec sa finalité ; encore faut-il qu'elle soit effectivement prononcée !

¹¹ Bien qu'étant une condition non-suffisante à l'efficacité, l'effectivité est souvent nécessaire à l'efficacité. Pour être efficace en effet, une sanction doit pouvoir produire certains effets en adéquation avec sa finalité ; encore faut-il qu'elle soit effectivement prononcée !

¹² Le recours à la notion de « norme » permet d'englober, outre les hypothèses de violation d'une obligation contractuelle elle-même, les cas dans lesquels, c'est la norme elle-même qui est sanctionnée de même que les cas de violation d'une norme « légale » lato sensu (cas de la nullité notamment).

diversité des sanctions **(I)** et de l'étendue des pouvoirs exercés par les différents acteurs du processus des sanctions **(II)**.

I- Une efficacité affectée par l'imprécision de la notion de sanction contractuelle

A l'issue d'un colloque réuni à la faculté de droit de Rennes le 30 septembre 2005 autour du thème suivant « le renouveau des sanctions contractuelles », l'un des principaux organisateurs¹³ tirait la conclusion « qu'il n'existe et ne saurait exister une conception unique de la sanction contractuelle ». C'était reconnaître la grande imprécision d'une notion que les juristes tant théoriciens que praticiens s'ingéniaient sans cesse à utiliser, le plus souvent, en déclinant simplement les modèles de sanctions fournis par le Code civil en des sanctions, jugées plus efficaces ou, à tout le moins, plus adaptées aux relations économiques et sociales du monde moderne¹⁴. Une telle imprécision affecte encore aujourd'hui l'efficacité de la sanction tant à travers le contenu **(A)** qu'à celui de la nature juridique **(B)**.

A- La sanction contractuelle : une notion au contenu diversifié...

Au regard aux observations faites ci-dessus, il est impossible de s'en tenir à une conception unique de la sanction contractuelle. C'est dire que la notion connaît plusieurs acceptions, voire plusieurs conceptions (1). On a pu également faire observer l'indétermination de la nature juridique de la sanction contractuelle (2), toutes choses qui lui donnent un contenu très diversifié.

1) ... de par les différentes facettes de la sanction contractuelle

Plusieurs critères¹⁵ permettent d'appréhender quelque peu la diversité des conceptions de la sanction contractuelle : l'origine du droit et la matière concernée, le titulaire de la prérogative de sanction, la philosophie qui le guide, les effets de la sanction etc.

Ainsi, en droit français, on distingue d'emblée :

¹³ Il s'agit de M. Christophe JAMIN : voir son article « le renouveau des sanctions contractuelles, Etudes juridiques, sous-direction de F.C. Dutilleul et C. Coulou, Paris, Economica, p.3 et s. Le « pot-pourri » suggère bien la diversité des sanctions contractuelles.

¹⁴ N'est-ce pas un peu à cause de toutes ces évolutions que le thème du colloque était « le renouveau » des sanctions contractuelles ?

¹⁵ Il faut indiquer ici qu'ils ne sont pas exclusifs les uns des autres.

- les sanctions positives qui ont pour but d'approuver, de consacrer ou de ratifier ; la force obligatoire du contrat en est un simple exemple illustratif ; elles apparaissent comme des récompenses ;
- et les sanctions négatives, destinées à punir ou à réparer et apparaissant ainsi comme de véritables peines. Dans le cadre de la présente étude, c'est l'approche négative qui présente un intérêt certain dans la mesure où l'approche positive conduirait à étudier tout le droit des contrats puisqu'on peut admettre que le droit se caractérise en général par un certain type de sanction. L'approche négative à retenir recouvre un domaine bien vaste. C'est ainsi qu'en matière contractuelle et de façon classique, on oppose :
 - les sanctions propres à la formation du contrat, à savoir la nullité, et la responsabilité délictuelle ; dans presque tous les traités et manuels de théorie générale des obligations ou de droit des contrats, il est fait cas des conditions de formation du contrat¹⁶ ;
 - et les sanctions relatives à l'exécution du contrat telles que l'exception d'inexécution, la résolution pour inexécution, la responsabilité contractuelle. Des évolutions récentes tant doctrinales que jurisprudentielles autorisent aujourd'hui d'y ajouter la résolution par notification¹⁷, le maintien judiciaire du contrat résilié¹⁸, la sanction de la violation de la promesse unilatérale de vente par le promettant¹⁹, la sanction de la fausseté partielle de la cause, à savoir la réduction de l'obligation à la mesure de sa fraction existante²⁰ la réfaction du

¹⁶Voir par ex. P. Malinvaud, D. Fenouillet et M. Mekkei, Droit des obligations, Lexis Nexis 13^e éd. 2014 n°387 et s. ; aussi Y. Buffelan-Lanore et V. Larribeau-Terneyre, Droit civil. Les obligations, Sirey 13^e ed. 2012 n°979 et s.

¹⁷ Il s'agit de la résolution unilatérale, perçue à travers plusieurs arrêts rendus par la 1^{ère} ch. Civile de la C. cass. française, en 1998, 2000 et 2003 et qui trouverait place aux côtés des résolutions judiciaire et conventionnelle.

¹⁸ Cette sanction est tirée de l'idée de Saleilles selon laquelle, la sanction de l'abus de droit ne doit pas seulement se retrouver dans la réparation du préjudice subi, mais aussi dans l'inefficacité de l'acte abusif. La jurisprudence a repris l'idée (encore contestée aujourd'hui) dans un arrêt de la 1^{ère} ch. civile de la C. cass. française, en date du 7 novembre 2000, D.2001 .256, note C. Jamin et M. Billiau (affaire dite du Bog de l'an 2000)

¹⁹ A l'occasion d'une banale violation de promesse unilatérale par le promettant avant la levée d'option, la 3^e ch. Civile de la C. cass. française, le 15 décembre 1993 (D. 1994, p. 507, note F. Benac-Schmidt) allouait des dommages-intérêts au bénéficiaire sur le fondement de l'article 1142 C.civ contrairement à une jurisprudence déjà établie et bien admise par la doctrine, selon laquelle, l'allocation de dommages-intérêts sur ce fondement devrait être très exceptionnelle.

²⁰Voir notamment Cass. Civ. 1^{ère}, 11 mars 2003 ; RDC 2003 . 39, note D. Mazeaud, dont l'attendu de principe est ainsi libellé : « Attendu que la fausseté partielle de la cause n'entraîne pas l'annulation de l'obligation, mais sa réduction à la mesure de la fraction subsistante. » D. Mazeaud en déduit que « l'acte ne doit pas être annulé mais révisé par le juge qui doit réduire l'engagement souscrit par le débiteur à proportion de la dette préexistante, en contemplation de laquelle celui-ci avait consenti une reconnaissance de dette ». L'admission de cette sanction

contrat²¹, l'imprévision²² l'exigence de motivation en matière de résiliation unilatérale des contrats à durée indéterminée²³ et la déchéance d'intérêts²⁴.

Il convient de faire observer que le droit français des sanctions contractuelles, notamment celles de l'invalidité et de l'inexécution se caractérise par un trait saillant, l'intervention du juge²⁵, contrairement à de nombreux droits étrangers²⁶.

Les sanctions contractuelles en France et au Burkina Faso sont essentiellement judiciaires. Seules les sanctions provisoires telles que l'exception d'inexécution, font exception, précisément parce que elles n'emportent pas de conséquences définitives et qu'il apparaît donc tolérable, à ce stade, de se passer de l'intervention judiciaire²⁷. Ceci suggère une distinction d'ensemble entre sanctions définitives et sanctions provisoires.

Si le droit européen des contrats distingue également la formation du contrat et son inexécution, l'idée de sanctions se réfère davantage à l'idée d'inexécution²⁸. On ne sanctionne alors que le débiteur qui n'a pas exécuté ou qui a mal exécuté son engagement. Les sanctions contractuelles sont donc les solutions offertes par le droit dans l'hypothèse d'une inexécution contractuelle. On y trouve alors, dans un sens strict, celles qui expriment la punition du débiteur défaillant et dans un sens plus extensif, l'ensemble des remèdes destinés à corriger

ne consacre-t-elle pas l'intrusion de principe de la proportionnalité en droit français des contrats comme le pense C. Jamin dans son article cité supra.

²¹ Cette sanction n'est pas unanimement admise en doctrine en dépit de sa consécration par l'article 1617 C.civ. à propos de la vente d'un immeuble faite avec indication de sa contenance. La réfaction du contrat ne marque-t-elle pas ici en revanche un certain reflux du principe de proportionnalité ?

²² L'imprévision n'est-elle pas une sanction contractuelle dans la mesure où elle sanctionne la survenance d'un événement imprévu lors de la formation du contrat, qui en bouleverse l'économie générale ? Il est permis de le croire.

²³ L'exigence de motivation, prévue pour « sanctionner » le droit de résilier unilatéralement les contrats à durée indéterminée semble pouvoir entrer dans le champ de la présente étude.

²⁴ La seule déchéance des intérêts a été décidée comme sanction de l'omission des informations prévues par l'art. L 313-22 du code monétaire et financier français, à l'encontre du dispensateur de crédit : voir notamment Cass. 1^{ère} Civ. 10 décembre 2002 et cass. Com. 1^{er} avril 2003, RDC 2003 . 179, obs. D. Houtcieff.

²⁵ Sur la nature et l'importance « controversée » du rôle du juge, en matière de sanctions contractuelles, voir M. Lamoureux, « L'aménagement des pouvoirs du juge par les contractants », Presses universitaires d'Aix-Marseille, t1 et 2. 2006 ; également M. Jaouen, « La sanction prononcée par les parties au contrat », *Economica*.

²⁶ C'est le cas notamment du droit anglo-américain où le juge n'a pas un rôle aussi central. Les « self-help remèdes » (remèdes extra-judiciaires) sont plus largement pratiqués, aux dires de M. Lamoureux, *op. cit.* p. 229.

²⁷ Pourtant, de plus en plus, les parties au contrat se voient même reconnaître une compétence pour prononcer elles-mêmes la sanction

²⁸ Pour plus de détails sur le droit européen et son influence sur l'évolution des sanctions contractuelles, voir M. Héral, « l'influence du droit européen sur l'évolution des sanctions contractuelles », in le renouveau des sanctions contractuelles, *op.cit.* p.63 et s.

l'inexécution et ses effets²⁹. La satisfaction du créancier, en cas d'inexécution passe d'abord, par l'exécution forcée, puis, par l'adaptation du contrat, du fait de l'admission par le droit européen, du principe de proportionnalité et parfois donc par une dispense d'exécuter compensée par l'octroi d'une compensation, et enfin, par une résiliation rapide de la convention, en fonction des circonstances³⁰.

En se référant à la matière concernée par les sanctions contractuelles, il est intéressant de les examiner en droit administratif³¹ mais également en droit du travail où deux approches sont faites. Dans la première approche, traditionnelle dans laquelle, la sanction se rattache volontiers à l'inexécution du contrat (la sanction contractuelle est donc, à proprement parler, celle du contrat), on distingue trois types de sanctions : « celles qui visent à l'exécution du contrat, celles qui visent au contraire, à l'anéantissement du contrat, ... celles qui visent à réparer les dommages causés par l'inexécution³².

En tout état de cause, la subordination juridique forme la substance du contrat de travail et explique par conséquent, les solutions adoptées en cas d'inexécution du contrat et surtout, l'absence de parallélisme entre l'inexécution par l'employeur de ses obligations (sanctions pénales pour violation de certaines obligations légales notamment en matière de salaires ou d'hygiène et sécurité, exécution forcée, résiliation judiciaire aux torts de l'employeur, possibilité pour le salarié de ses propres engagements (sanctions disciplinaires, licenciement).

Au cas d'inexécution d'une convention collective du travail, les sanctions pourront être la responsabilité contractuelle, la résolution pour inexécution et même la nullité.

²⁹ Dans ce sens, la volonté de punir le débiteur s'efface devant celle d'assurer l'efficacité du contrat et la satisfaction des intérêts des contractants. On perçoit ici l'influence grandissante de la notion de bonne foi.

³⁰ Il est en effet, des circonstances où la préservation des intérêts du créancier justifie qu'il soit libéré rapidement de ses engagements, ce qui lui offre la possibilité d'obtenir les avantages escomptés sous une autre forme ou par un autre canal.

³¹ La théorie des sanctions des contrats administratifs apparaît de prime abord fondamentalement différent de celle des sanctions en droit privé. Au-delà d'une différence radicale de fonction, les sanctions du contrat administratif devant assurer, outre la police des manquements contractuels, la bonne marche du service public, c'est précisément le fait que l'administration dispose du fameux privilège du préalable qui semble sous-tendre la divergence des théories. Sur ce point, voir notamment A. de Laubadère, F. Moderne et P. Dévolue, *Traité des contrats administratifs* T II, 2^e éd. L.G.D.J. 1984, spéc. N° 899. Le critère du contrat administratif tiré de la présence de clauses dites exorbitantes (qu'on ne retrouve pas en droit privé) est cependant discuté et serait, selon certain auteurs, en voie de déclin alors que selon d'autres auteurs, il est le critère fondateur des contrats administratifs

³² La distinction est opérée par M. Fabre-Magnan, *Les obligations*, Paris, PUF, Themis, 2004 n°206 et citée par P.-Y. Verkeindt, « l'influence du droit du travail sur l'évolution des sanctions contractuelles », in *Le renouveau des sanctions contractuelles*, op.cit. p 46 et s

Enfin, il convient d'observer, avec M. Verkeindt, que l'originalité de la sanction contractuelle, en droit du travail se confirme par l'extrême réticence à y autoriser les parties à pré-organiser contractuellement l'éventualité du non-respect par les parties de leurs obligations³³.

Si l'on se réfère à présent au critère des personnes titulaires de la prérogative de sanction, on peut distinguer :

- les sanctions qui font intervenir le juge soit, à titre principal, soit à titre secondaire pour leur prononcé³⁴ soit a posteriori, sous les traits d'un contrôle de la sanction prononcée³⁵ par les parties au contrat ;
- les sanctions dites « de plein droit » qui interviennent sans nécessité d'une décision judiciaire mais également sans manifestation de la volonté des parties au contrat. Ainsi en va-t-il de la clause réputée non écrite, sanction autonome tant vis-à-vis de la nullité judiciaire que de celle transactionnelle ou unilatérale et dont le mécanisme se rapproche davantage de l'inexistence, de l'application de la théorie des risques en cas d'inexécution d'une obligation dans un contrat synallagmatique ;
- les sanctions dans lesquelles seules les parties au contrat se voient reconnaître compétence exclusive pour prononcer la sanction en lieu et place d'un tiers, juge ou arbitre³⁶ ; en évinçant ainsi le juge du prononcé de la sanction contractuelle, les contractants deviennent alors juges et parties en leur propre cause. Ces sanctions sont dites tantôt unilatérales³⁷, quelle que soit leur source (nullité et résolution unilatérales,

³³ Des tempéraments existent cependant à l'impossibilité d'organiser contractuellement la sanction de la violation de certaines obligations : exemple des clauses des conventions collectives instaurant des procédures disciplinaires spécifique ou mettant en place des commissions de conciliation ; des clauses de dedit , des clauses pénales.

³⁴ Il s'agit des sanctions classiques de l'invalidité et de l'inexécution du droit français conformes aux principes non moins classique que nul n'a le droit de se faire justice. Le lien entre la sanction et la figure du 1/3 impartial et désintéressé qu'est le juge se justifie ainsi. Ces sanctions concernent également les hypothèses où les sanctions, mêmes prononcées par le juge sont cependant esquissées par les parties dès la conclusion du contrat. Elles peuvent ainsi y insérer des clauses tendant à aménager les conditions de mise en œuvre des sanctions en les renforçant ou en les atténuant (clauses relatives à la responsabilité contractuelle, à l'étendue de la réparation) ou les effets des sanctions (clauses d'indivisibilité) ou encore l'étendue temporelle de la sanction (clauses relatives à la rétroactivité ou à la prescription).

³⁵ Ici le juge est évincé du prononcé de la sanction, rôle alors assumé par la seule volonté individuelle de l'une des parties ou par leur volonté commune.

³⁶ Ce sont les sanctions prononcées par les parties au contrat, auxquelles Mme M.Jaouen a consacré une étude bien fouillée sous le titre « la sanction prononcée par les parties au contrat » *Economica*. La classification opérée ci-dessus nous est suggérée par cette étude.

³⁷ A travers ces sanctions, on a perçu une montée en puissance de l'unilatéralisme dans le droit des contrats. Dans ce sens, voir notamment les actes du colloque consacré à l'unilatéralisme et le droit des obligations, sous la direction de C. Jamin et D. Mazeaud , *Economica*, coll Etudes juridiques, vol. 9, 1000.

exception d'inexécution, clauses résolutoires, clauses pénales, clauses de déchéance, de suspension du contrat, de remplacement ou encore de réfaction...), tantôt amiables ou conventionnelles parce qu'elles donnent lieu à une véritable négociation entre les parties contractantes (nullité et résolution amiables)³⁸

S'agissant de l'approche des sanctions contractuelles basée sur la philosophie qui guide le titulaire de la prérogative de sanction et sur les effets des sanctions, elle se rapproche de celle basée sur les finalités et le rôle de la sanction.

2) ... et de par l'indétermination de la nature juridique de la sanction

La question de la détermination de la nature juridique est importante puisque c'est d'elle que dépend le régime de la sanction contractuelle. Doctrine et jurisprudence s'en tiennent à la considération de la seule prérogative de la sanction pour en rendre compte, ce qui entraîne une hétérogénéité dans le régime de la sanction contractuelle, surtout lorsqu'elle est prononcée par les parties au contrat. Et « s'il est souvent reconnu que l'exercice d'une prérogative de sanction se concrétise par un acte juridique, l'attraction exercée par la considération de la prérogative de sanction, concurrente du pouvoir du juge, conduit très souvent à éclipser la présence de l'acte juridique », constate Mme M. Jaouen³⁹. Lorsque la sanction contractuelle est prononcée par le juge, le recours à la notion d'acte juridique pour en rendre compte ne fait pas de doute dans la mesure où la sanction est un acte juridique unilatéral, non pas dans le sens où il proviendrait d'une seule partie unique à un contrat mais parce qu'elle est la manifestation de la volonté du juge de faire appliquer la loi, même s'il n'est pas lui-même intéressé au contrat parce qu'il n'en est pas partie⁴⁰. Il ne saurait « s'immiscer dans les relations contractuelles pour les conformer à ses propres conceptions de l'équité et de la justice économique »⁴¹. Mais dans la mesure où elle est décidée et prononcée par le juge, la sanction

³⁸ Elles paraissent souvent privées de leur caractère sanctionnateur alors qu'elles doivent être distinguées du *mutus dissensus*, en ce que les parties y expriment leur volonté de tirer les conséquences de la violation d'une règle par le choix d'une mesure de rétablissement de la légalité violée. Voir dans ce sens, A. Benabent in *Droit civil. Les obligations* n°392.

³⁹ Voir notamment son ouvrage précité p.14 et 15.

⁴⁰ C'est dans ce sens bien entendu que le principe selon lequel nul ne peut se faire justice à soi-même, trouve toute sa place et fonde la justice étatique: « Et sur la technique de l'acte juridique unilatéral, voir pour plus de détails, les travaux du colloque sur l'unilatéralisme et le droit des obligations organisé sous la direction de C. Jamin et D. Mazeaud (*l'unilatéralisme et le droit des obligations*, op. cit) et M-L. Izorche, *L'avènement de l'engagement unilatéral en droit privé contemporain*, PUAM, coll. Institut de droit des affaires 1995.

⁴¹ La citation est de J. Luc Aubert, cité par D. Mazeaud, in *Le juge et le contrat, Variations optimistes sur un couple « illégitime »*, Mélanges offerts à J. Luc Aubert p. 236.

contractuelle est alors un acte juridique. En est-il de même lorsqu'elle est décidée et prononcée par une ou les deux parties au contrat? La difficulté ici réside en ce que la doctrine et la jurisprudence envisagent la plupart du temps la sanction prononcée par les parties sous le prisme uniquement de la prérogative de sanction et sans aller au-delà. Ce faisant, elles s'arrêtent en amont pour identifier soit, un droit subjectif soit, un pouvoir stricto sensu afin d'en tirer le régime de la sanction prononcée par les parties ainsi que l'étendue et les instruments du contrôle judiciaire. Le contrôle alors proposé est incomplet, partiel, « recroquevillé sur la prérogative ».

Monsieur P. Stoffel Munck pense lui, que la problématique de la nature juridique de la sanction prononcée par les parties se pose dans les termes suivants : « est-ce un droit ? Est-ce une liberté ? C'est en effet de cette question préalable que découlera le régime de contrôle et celui des sanctions. A quelle catégorie juridique rattacher la rupture unilatérale ? »⁴².

Les auteurs, en partant du prisme réducteur de la prérogative ont pourtant cherché à appréhender le phénomène des sanctions dans sa globalité et ont abouti à un régime souvent confus, parfois incohérent puisque le contrôle proposé dépasse les conséquences normales de la seule prise en compte de la nature de la prérogative. Mme M. Jaouen propose de résoudre le problème de la construction du régime de la sanction prononcée par les parties en mettant davantage en exergue la notion d'acte juridique. Une telle qualification permettrait en effet, de mesurer la nature exacte de la transformation du rôle et des pouvoirs du juge saisi a posteriori, notamment par la détermination de l'étendue et des critères du contrôle opéré par lui mais également d'offrir un cadre juridique unitaire pour couvrir la diversité des manifestations des sanctions prononcées par les parties. En tant que manifestations de la justice privée⁴³ dans les rapports contractuels, elles créent deux types d'effets juridiques, à savoir, d'abord, une éviction temporaire du juge puisque leur prononcé est laissé à la seule volonté des parties contractantes et sans le recours à l'autorité publique ; ensuite, une modification de l'ordonnement juridique dans la mesure où les sanctions se présentent comme la réaction à la violation d'une norme en vue de rétablir la « légalité violée à travers l'expression de la volonté des parties au contrat. Partant de la considération que le droit attribue à l'une voire

⁴² Il s'interrogeait ainsi sur la nature de la résiliation unilatérale, dans son article « Le contrôle a posteriori de la résiliation unilatérale », in Rupture unilatérale du contrat : vers un nouveau pouvoir ? Droit et patrimoine, 2004 n°126 p. 70 et s

⁴³ Sur ces manifestations et la nécessité de prendre en considération la prérogative de sanction, voir les très intéressants développements faits par Mme M. Jaouen in « La sanction prononcée par les parties au contrat » Etude sur la justice privée dans les rapports contractuels du droit privé. Op.cit. p. 47 et s., 136 et s

aux deux parties contractantes une prérogative de sanction, il faut reconnaître qu'avec la sanction prononcée par les parties au contrat, il ne s'agit pas d'une simple prérogative de sanction mais d'un type particulier d'exercice de la prérogative en ce qu'elle identifie un acte juridique. La simple prérogative de sanction dépend du type du rapport contractuel concerné ; eu égard à la diversité des rapports contractuels, la considération de la simple prérogative ne saurait rendre compte de cette diversité pour en déduire un régime unitaire. C'est l'identification d'un acte juridique qui pourrait fournir le cadre d'un tel régime unitaire des sanctions prononcées par les parties. La véritable question revient ici à celle de la détermination du cadre du contrôle exercé par le juge éventuellement saisi a posteriori.

Le déplacement du centre de gravité du contrôle, de la prérogative de sanction traduisant la compétence vers l'acte juridique concrétisant l'exercice de cette prérogative offrirait ainsi au juge un cadre sûr et cohérent, à mi-chemin entre une conception consistant à ne voir dans la prérogative une simple « anticipation » sur la décision judiciaire et une conception tendant à l'inverse, à faire de cet acte un mode expéditif de résolution des conflits contre lequel le juge ne pourrait plus rien, une fois passé dans les faits. Ainsi se trouverait résolue la question de l'indétermination de la nature juridique de la sanction prononcée par les parties qui lui assurerait une efficacité plus grande, laquelle se trouve également troublée par la diversité des finalités de la sanction.

B- La sanction contractuelle : une mesure aux finalités diversifiées

Deux grandes missions peuvent être assignées à la sanction contractuelle ; elle peut en effet, être considérée comme un remède destiné à réagir contre l'illicite⁴⁴ et l'inexécution du contrat mais aussi comme une mesure destinée à stabiliser le contrat.

⁴⁴ L'illicite comprenant ici, dans un sens large, l'immoral, l'illégal et même l'invalidé, ce qui a fait dire à B. Oppetit que les frontières de l'illicite sont décidément bien incertaines voir notamment « Les incertaines frontières de l'illicite » « in Droit et modernité, P.U.F. 1998 p 11 et s. En outre, l'expression « remède » est suggérée probablement à Y-M Serinet par la « Préface au Code de commerce uniforme des Etats-Unis, Livres I et II, cité par D. Tallon, comm. à le contrat aujourd'hui : comparaisons franco-anglaises, Bibl. dr. privé n° 196, LGDJ 1987 p.272, in Le juge et l'illicéité du contrat publié dans Le renouveau des sanctions contractuelles par F.C. Dutilleul et C. Coulon, op. cit. p. 85 et s. Par ailleurs, l'utilisation du terme « remède » renvoie à une dimension nouvelle de la sanction contractuelle, non plus soucieuse de prime abord de stigmatiser un possible fautif mais davantage de limiter l'ampleur ou la durée d'une perturbation que constituerait tout risque d'incident dans l'exécution du contrat. Les remèdes à ces « risques d'inexécution » du contrat vont consister en des moyens de substitution de la prestation (par des astreintes contractuelles, obligations alternatives, des pactes de consignation ou des clauses de suspension) et/ou de rééquilibrage du contrat (par des clauses de répartition du risques financiers entre cocontractants). Pour un aperçu de cette nouvelle dimension, voir J.M. Mousseron , « Responsable mais pas coupable » in Mélange ch. Mouly p 141 et s.

1) La sanction contractuelle, remède à l'illicéité du contrat

Sous l'angle étroit de la mesure destinée à réagir contre l'illicéité, la sanction naturelle, normale (considérée pendant longtemps du reste comme la seule) est la nullité. Critiquée comme trop automatique et monolithique, la nullité classique, s'est vue accoler, depuis l'après-guerre, de nouveaux types de sanctions dans un double mouvement vers une inversion de la place respective de la nullité totale et de ses dérivés adoucis et vers la promotion de sanctions alternatives. Dans le sens de l'inversion, on voit apparaître, selon l'étendue de l'office du juge en la matière, la nullité partielle à plusieurs degrés : la nullité-amputation, nullité-retranchement, nullité-ablation ; nullité-éradication ou nullité-extraction⁴⁵ nullité-réduction ou nullité-conversion⁴⁶, nullité-substitution⁴⁷. Ces différentes techniques de nullité classique traduisent bien la double philosophie moderne imprégnant la sanction de l'illicéité :

- assurer l'efficacité ou la perfection de la sanction : tout en limitant la portée de l'anéantissement du contrat, la nullité partielle va renforcer finalement l'énergie de la sanction ; comme le faisait déjà remarquer Jean Carbonnier cité par J-M. Sérinet⁴⁸, elle permet de mieux assurer la prévention de l'illicéité, favorise une meilleure dénonciation de celle-ci et permet d'organiser plus rationnellement les effets de sa sanction ;
- rechercher et trouver une sanction présentant un caractère prospectif : par différentes techniques de sauvegarde, le juge s'efforce d'épargner la convention, voire la clause concernée. En quête d'une sanction utile, Ripert soulignait ainsi qu'il fallait « pouvoir pétrir le contrat, serrer ou relâcher le lien suivant les circonstances, l'adapter aux événements imprévus et lui faire servir l'ordre économique »⁴⁹.

⁴⁵ On peut citer à ce titre, la sanction de la suppression de la clause illicite du contrat (confère cass. Civ. 1^{ère}, 19 déc. 1990, J.C.P. 1991 II 21656, note J. Bigot), en la réputant non-écrite ou sans effet (cf cass. Civ. 2^e, 21 oct. 2004, D. 2005 p. 1321, obs. H Groutel. RDC avril 2005 p. 292, obs. P. Stoffel-Munck) et même alors que les parties sont convenues que la clause illicite est pour elles essentielle (cass. Civ. 3^e, 31 janvier 2001, J.C.P. 2001, I, 354, obs. Y.-M. Sérinet).

⁴⁶ C'est le cas notamment des sanctions qui modifient le quantum fixé dans le contrat telles qu'aux cas de réduction judiciaire de la durée excessive du pacte de réméré de l'art. 1660 c. civ, de réduction du taux d'intérêt usuraire, de réduction de la durée des clauses d'exclusivité de l'art. L. 330-1 C. Com., de réduction des clauses de non concurrence excessives.

⁴⁷ La substitution de la clause devient le remède lorsque l'extraction de la clause illicite laisse un vide qui peut rendre l'exécution du contrat impossible. Elle pourra être tantôt automatique tantôt se rapprocher d'une réfaction judiciaire du contrat comme au cas de remplacement par le juge d'un indice illicite, caduc ou inexistant d'une clause d'indexation.

⁴⁸ Voir son article précité p 92

⁴⁹ Cfr G. Ripert, « l'ordre économique et la liberté contractuelle » in Etudes offertes à F. Gény 1933 p. 347 et s

Dans le sens de la promotion de sanctions alternatives à la nullité, une distinction s'impose, en fonction de la finalité assignée à la sanction :

- les sanctions dites injonctives, qui tendent à faire cesser l'illicéité en ordonnant le rétablissement de l'acte : suspension de l'exécution d'une clause ou d'un contrat par le juge des référés⁵⁰, injonctions utilisées pour jouer un rôle tantôt préventif en interférant dans la rédaction de convention future, tantôt prospectif en organisant la légalité du contrat par les parties elles-mêmes⁵¹ ;
- les sanctions dites subjectives, qui peuvent accompagner, corriger ou se substituer à la nullité. Ces sanctions alternatives ou complémentaires ont toujours existé mais prennent une grande importance aujourd'hui dans la mesure où elles paraissent plus efficaces que le banal anéantissement du contrat. Il s'agit non seulement des sanctions orientées vers la répression (sanctions pénales⁵² mais aussi civiles telles que la déchéance du droit aux intérêts en matière de prêt des articles L 311-33 et L. 312-33 du code de la consommation ; bon nombre de domaine du droit n'échappent pas à l'emprise des sanctions pénales : le droit de la consommation, le droit de la construction avec les délits de tromperie, d'abus de faiblesse, de publicité trompeuse, de non-respect d'une obligation d'information, les délits de prostitution ou de racolage, délit de vente de stupéfiants ou de vente d'armes..., le droit interne avec l'art L. 464-2 C. com, le droit communautaire avec le règlement n° 1-2003 du 16 déc. 2002, le droit du travail, en matière de travail illégal, le droit de la vente en matière de vente liée, ou de ventes avec primes) mais aussi des sanctions par les règles de la responsabilité civile. Puisque la responsabilité civile vise à supprimer une situation de fait, c'est-à-dire le préjudice subi du fait de la conclusion du contrat, il a toujours été admis qu'elle puisse constituer une sanction de substitution ou de complément à la

⁵⁰ Ainsi, il a été jugé que la conclusion des contrats à durée déterminée pour remplacer des agents grévistes à la poste contrevenait à l'art. L. 122-3 du Code du travail parce que constituant un trouble manifestement illicite et que le juge pouvait ordonner leur cessation au moyen d'une condamnation sous astreinte ; voir notamment Trib. Gr. Inst. Caen 5 février 1997, D. 1999, som. p. 40, obs. Debord : aussi dans le cas d'une clause de non-concurrence insérée dans un contrat de travail, cass. soc. 25 mai 2005, Bull. civ. V n°180.

⁵¹ Cette technique des injonctions est utilisée en droit des sociétés, en droit de la consommation en vertu de l'art. L. 421-2 du Code de la consommation mais surtout en droit communautaire et interne de la consommation en ce qui concerne le contrôle des concentrations ainsi que celui des pratiques anticoncurrentielles ; voir F-Ch. Jeantet « Réflexions sur les injonctions et exemptions du droit de la concurrence » JCP 1988 I 3348 et E. Claudel « Ententes concurrentielles et droit des contrats, th. Paris X 1994- Bien qu'encore peu utilisées dans le contentieux civil de la concurrence, ces sanctions injonctives paraissent adéquates en raison de leur caractère quelque peu « dirigiste ».

⁵² Elles peuvent co-exister avec la nullité civile sur la base de l'art. 6 C. civ. Dans ce sens, cass. civ. 1^{ère}, 7 oct 1998, JCP 1999 II 10039, note S. Gervais.

nullité⁵³. L'effacement ou l'adoucissement de la nullité civile laisse place très souvent à l'allocation de dommages-intérêts, surtout en droit de la concurrence ou en droit des sociétés⁵⁴.

2) La sanction contractuelle, remède à l'inexécution du contrat

En tant que remède destiné à réagir contre l'inexécution du contrat, les sanctions contractuelles sont de plusieurs types ; certaines sont entre les mains du créancier tels l'exception d'inexécution et le droit de rétention ; d'autres, entre celles du juge qui a le pouvoir soit d'intimer au débiteur l'ordre de fournir la prestation due (cas d'exécution forcée), soit d'accorder des dommages-intérêts en conséquence d'une responsabilité civile (cas de dette contractuelle et/ou délictuelle et quasi-délictuelle), soit de recourir à la résolution du contrat (cas d'impossibilité ou d'inutilité du maintien du contrat du fait de la gravité de l'inexécution). L'examen de l'évolution de ces trois types de sanction déduits des articles 1134, 1142, 1147 et 1184 du C. civ. révèle que, bien distinctes de par leurs finalités et régimes respectifs, elles ont en commun d'avoir été assouplies par une jurisprudence de plus en plus réaliste et adaptée. La grande diversité de ces adaptations qui n'a d'égale que celle des situations recouvertes dépend tant de la nature de l'obligation inexécutée (obligation monétaires ou non monétaires) du caractère de l'inexécution (simple retard d'exécution ou exécution défectueuse) que des causes de l'inexécution (du fait du débiteur, du créancier ou d'1/3 ou de circonstances extérieures)⁵⁵. L'exécution forcée occupe ici une place privilégiée à partir du postulat selon lequel, elle est la sanction idéale de l'inexécution⁵⁶. Mais est-elle considérée par la Cour de cassation seulement comme un droit ou une faculté, ce qui implique que le créancier est le maître de la situation et ne peut se la voir imposer même par le juge. Si donc le créancier préfère des dommages-intérêts, le juge ne peut passer outre la demande. Quant à la responsabilité civile, l'évolution a consisté en l'élargissement aux tiers victimes du droit d'invoquer la responsabilité contractuelle⁵⁷ et en la relativisation des conditions de mise

⁵³ Sur ce point, voir C. OUERDANE-Aubert de Vincelles, Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles, th. Paris II, D. 2002 n°108 et s. La réparation peut apparaître surtout comme une sanction corrective de la nullité à l'égard des conventions dont la cause est illicite ou immorale. La responsabilité civile remplit ici une fonction importante de moralisation en tant que sanction rectificative.

⁵⁴ Où de nombreuses pratiques anti-concurrentielles ou restrictives ou des fondateurs donnent lieu à desaction en responsabilité civile.

⁵⁵ Voir, pour une excellente synthèse récente de ces adaptations, J.P. Gridel et Y-Marie Laithier, Les sanctions civiles de l'inexécution du contrat imputable au débiteur : état des lieux, JCP 2008 I 143.

⁵⁶ L'exécution forcée a même vu son accès s'élargir, par ex aux obligations de faire et de ne pas faire contrairement au principe posé par l'article 1142 du C.civ.

⁵⁷ Dans ce sens, Cass. ass. plén. 6 oct 2006 D. 2006 p. 2825, note G. Viney; RTD civ. 2007 p 115 et s. obs. J. Mestre et B. Fages; également Cass. 2è civ. 10 mai 2007 JCPG 2007 I 185 n°5, obs. Ph. Stoffel-Munck.

en œuvre de la responsabilité, à travers par exemple, la non-exigence de la mise en demeure préalable⁵⁸.

S'agissant de la résolution, selon le C. civ, elle doit être judiciaire. La jurisprudence permet cependant aujourd'hui que l'intervention judiciaire ne se fasse que plus tard, pour valider ou condamner une initiative résolutoire d'ores et déjà décidée et mise en œuvre par le créancier⁵⁹. Par ailleurs, la jurisprudence tend à admettre que la résolution du contrat entraînera celle d'un ou plusieurs autres dès lors qu'ils constituaient entre eux un ensemble indivisible, que la même personne était partie à chacun d'eux et que la défaillance de l'un des débiteurs rend sans intérêt les prestations convenues avec les autres⁶⁰.

Enfin, en matière d'inexécution du contrat, il importe d'observer que, dans les relations durables, le rôle de la sanction contractuelle s'oriente aussi vers l'éducation des comportements contractuels (responsabilité civile délictuelle, mesures de suspension du contrat) et la protection du lien contractuel, dans la mesure où il va falloir, en la matière, parfois tempérer la rigueur des engagements des parties en fonction des intérêts économiques et sociaux que la relation contractuelle met en jeu (mesure de retrait du bénéfice de clauses résolutoires ou de réintégration dans les baux).

3) La sanction contractuelle, mesure pour stabiliser le contrat

En tant que remède destiné à réagir pour la stabilité du contrat, la sanction contractuelle, au regard de la polysémie du mot « sanction », à la fois punition et consécration, va consister en des techniques utilisées par le juge mais aussi en des mécanismes inventés par les parties pour gérer la stabilité de leur relation mais sanctionnés (au sens de « consacrés ») par le juge. Classiquement, l'objectif de stabilité est laissé à la volonté exprimée des parties, ce qui se traduit par le refus d'admettre la révision pour imprévision mais aussi par l'admission des mécanismes conventionnels de stabilisation. Le juge se refuse ici à prendre des initiatives, hors les cas où une défaillance est avérée. L'évolution des sanctions décidées en vue de la stabilité oscille entre des mesures d'incitation à la stabilité tantôt prévue par les parties et renforcées par le juge (clauses d'adaptation automatique ou semi-automatique, clauses de

⁵⁸ Dans ce sens, Cass. Ch. Mixte, 6 juill. 2007 D. 2007 p.2642, note G. Viney.

⁵⁹ La jurisprudence a en effet, admis, sur le fondement des art 1134 et 1184 C. civ que l'une des parties reprochant à l'autre de graves manquements ait décidé une rupture unilatérale, par elle-même et immédiatement, en considérant que le contrat ne saurait être maintenu plus longtemps. Dans ce sens, voir notamment J-P. Gridel, la rupture unilatérale aux risques et périls : Rev. Lamy dr. civ. sept. 2007 p. 53

⁶⁰ Dans ce sens, cass. 1^{ère} civ. 4 avril 2006, Bull. civ. 2006 I n°190, également Cass. Com. 5 juin 2007 II 10184, note Y-M. Sérinet.

renégociation, clauses de conciliation)⁶¹ tantôt non-prévues par les parties et que les juges hésitent à appliquer (devoir de renégociation)⁶² et des mesures de coercition telles que la révision judiciaire du contrat instable⁶³ et le maintien forcé du contrat rompu⁶⁴. Cette diversité des finalités des sanctions contractuelles joue ainsi sur l'efficacité de ces sanctions, laquelle, par ailleurs est tributaire également de l'étendue et de l'importance des pouvoirs dévolus aux différents acteurs du processus des sanctions.

II. Une efficacité liée aux pouvoirs des acteurs

Les études récentes ont montré que l'efficacité de la sanction du contrat est affectée par l'impérium des acteurs⁶⁵. Il a été montré que les juges et les contractants ont un pouvoir d'aménagement contractuel des sanctions. Les contractants ont ainsi le pouvoir d'aménager les pouvoirs du juge. Ainsi, les clauses aménageant l'office du juge sont d'une grande diversité et concernent à peu près toutes les sources de contentieux susceptibles de survenir. Quant au juge civil, s'il n'a pas l'impérium du juge romain⁶⁶, il dispose tout de même d'un impérium qui lui permet de moduler le contrat⁶⁷.

A. La portée croissante de l'impérium du juge

De nombreux développements ont été faits sur le rôle du juge dans le renouveau de la théorie juridique du droit des contrats. Ils ont surtout concerné la problématique des sanctions de l'inexécution du contrat, et en particulier le rôle du juge dans le prononcé et la mise en

⁶¹ Il s'agit respectivement des clauses d'indexation dont l'indice peut être modifié par le juge pour indétermination, des clauses par lesquelles le pouvoir de révision est confié à 1/3, non habilité à trancher un différend entre les parties mais agissant comme un mandataire commun des parties ; des clauses de révision unilatéral du prix.

⁶² Le principe est qu'un devoir de renégociation n'existe pas tant qu'il n'a pas été prévu par les parties (cf cass. 1^{ère} civ. 16 mars 2004 D. 2004 1754, note D. Mazeaud). Pourtant, ce devoir jouit d'une faveur remarquable en doctrine, en droit européen et dans les principes de la Commission Catala (voir notamment, Ph. Stoffel Munck, Le juge et la stabilité du contrat, in le renouveau des sanctions contractuelles, op. cit. 130 et s).

⁶³ C'est l'hypothèse de révision forcée qui, bien que pouvant s'appuyer sur les art. 1134 al 1 et 3 et 1135 C. civ. n'est pas encore admise pour diverses raisons exposées dans l'article cité à la note précédente.

⁶⁴ Cette mesure est surtout envisageable dans l'hypothèse d'une rupture de contrat à durée indéterminée, gravement préjudiciable au co-contractant, éventuellement entâchée de déloyauté mais formellement régulière au regard de la liberté du rompre une relation indéterminée ou de ne pas renouveler une relation à durée déterminée. Si le rétablissement du contrat rompu peut être envisagé par le juge des référés, il ne le sera pas pour le juge du fond, en l'état actuel du droit.

⁶⁵ Fr. COLLART DUTILLEUL, C. COULON (Dir.), Les études récentes sur le renouveau des sanctions contractuelles, Paris Economica, 2007.

⁶⁶ L. LAROMBIÈRE, « Théorie et pratique des obligations, ou, commentaire des titres III et IV livre du Code Civil », tome 1, 1862, article 1142, n°3. Réédition : Adamant Media Corporation, 2001.

⁶⁷ Ch. HUGNON, « Regard sur le droit des voies d'exécution », RDC, 2005, p. 190 et s.

œuvre de ces sanctions⁶⁸. L'on en retient les pouvoirs modérateurs du juge dans la réfaction en cas d'inexécution du contrat ou d'invalidité du contrat.

1. Les pouvoirs modérateurs de sanction de l'inexécution du contrat

Le juge a dans certains cas le pouvoir de procéder à la réfaction du contrat en cas d'inexécution, plus précisément en procédant à la réduction de la prestation monétaire du créancier pour sanctionner l'inexécution de son co-contractant.

En droit français, la loi le prévoit la réduction des prestations en certaines matières⁶⁹, mais le juge s'est octroyé de manière beaucoup plus large le pouvoir de réduire la prestation due par le créancier pour sanctionner l'inexécution de l'autre partie. Cette démarche s'inscrit dans une volonté évidente de promouvoir la survie du lien contractuel, la réfaction étant alors préféré à la résolution. Le pouvoir de réfaction du juge s'étend à plusieurs matières. Ce pouvoir a débordé son domaine de prédilection qu'est la vente commerciale pour couvrir des domaines des plus divers tels que le bail, les contrats d'entreprise et de mandat, et même parfois la vente civile.

Il se trouve dans la doctrine des arguments à louer les bienfaits de la réfaction. Sont loués les vertus de proportionnalité et d'adaptation à la mesure de l'inexécution, participant ainsi à la défiance de l'équilibre contractuel⁷⁰, de la promotion de la pérennité du contrat⁷¹, ou encore de son caractère équitable⁷².

De nombreuses critiques ont été adressées contre un pouvoir jugé exorbitant et qui permettrait au juge de modifier les termes du contrat en dehors de toute autorisation législative de portée générale⁷³.

Le pouvoir d'appréciation du juge est plus vaste en matière de sanctions de l'inexécution qu'en matière de sanctions de l'invalidité du contrat.

⁶⁸ Voir notamment Y.M. LAITHIER. Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat, LGDJ. 2004.

⁶⁹ Voir L'ordonnance n°2005-136 du 17 janvier 2005 relative à la garantie de la conformité du bien au contrat due par le vendeur au consommateur, transposant la directive du 25 mai 1999. Elle prévoit désormais parmi les remèdes à la disposition du consommateur la réduction de sa prestation financière.

⁷⁰ P. LE TOURNEAU et L. CADIET, Droit de la responsabilité des contrats, Dalloz, 2002-2003, n°3655; M. ALTER, L'obligation de délivrance dans la vente de meubles corporels, thèse, 1972, n°199, p. 337.

⁷¹ M-E. PANCRAZI-TIAN, La protection judiciaire du lien contractuel, Presses Universitaires d'Aix-Marseille - P.U.A.M. - Institut de Droit des Affaires, Parution : 06/1996,1996, n°424 et s. (

⁷² Y. PICOD, Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat, LGDJ, Bibl. droit privé, t. 208, 1989, n°167.

⁷³ H. L. et J. MAZEAUD, et F. CHABAS, Leçons de droit civil, T. II, vol. I. Obligations: théorie générale, par F. CHABAS, n°1095;

En droit français, les pouvoirs respectifs du juge et des parties dans le choix de la sanction de l'inexécution du contrat sont examinés sous les auspices des articles 1132 et 1184 du code civil.

Des analyses du droit comparé ont montré que le droit français est celui qui confère au juge les plus vastes pouvoirs, en lui reconnaissant dans nombre d'hypothèses celui d'apprécier l'opportunité de la sanction demandée et, éventuellement, de lui substituer celle de son choix. Il s'est trouvé dans la doctrine des critiques qui ont relevé que le droit français est celui qui établit les règles les moins cohérentes pour justifier l'existence ou l'inexistence d'un pouvoir d'appréciation du juge selon l'objet de la demande⁷⁴.

La réparation due par le responsable d'un dommage peut être pécuniaire ou en nature. Cette dernière « englobe tous les cas dans lesquels le juge impose au responsable, non pas le paiement d'une indemnité, mais un acte ou un comportement qui contribue à supprimer ou, au moins à atténuer le dommage subi par la victime ». Le juge amené à se prononcer sur le mode de réparation d'un dommage a donc le choix entre une réparation pécuniaire ou une réparation en nature et, au sein de cette dernière, entre une grande variété de mesures. Or en matière de réparation, la jurisprudence affirme invariablement que le juge bénéficie d'un pouvoir souverain pour déterminer le mode de réparation le plus adéquat⁷⁵.

La Cour de cassation distingue en effet l'exécution forcée, en principe, obligatoire pour le juge lorsqu'elle est possible, de la réparation, abandonnée à son pouvoir souverain d'appréciation. Elle considère ainsi que « l'obligation de réparer le dommage est distincte de l'obligation contractuelle dont la violation a causé le dommage (..); en dehors de l'hypothèse où l'exécution en nature, lorsqu'elle est possible, est offerte par le responsable ou demandée par la victime, les juges déterminent souverainement les mesures de nature à réparer le dommage »⁷⁶. La réparation concerne la responsabilité de l'auteur d'un dommage et non l'application du contrat. Selon la doctrine dans ces cas, « l'article 1134 n'a plus à intervenir »⁷⁷ et, par conséquent, le juge n'est pas lié par le mode de réparation choisi par le créancier et demeure libre de prononcer celui qu'il estime approprié.

Une partie de la doctrine a pourtant proposé d'établir une hiérarchie entre les mesures de réparation. Elle estime à cet effet que la réparation en nature devant être préférée à la

⁷⁴Marie LAMOUREUX, *L'aménagement des pouvoirs du juge par les contractants: Recherche sur un possible impérium des contractants*, T. 1, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2006, p. 339.

⁷⁵ Il existe une jurisprudence abondante en la matière. Voir notamment Cass. civ. 1re, 14 mai 1962, Bull. civ. I, n°241; Cass. com. 4 novembre 1965, Bull. civi. III, n°557; Cass. civ., 3e, 28 février 1969, Bull. civ. III, n°182.

⁷⁶ Cass. civ. 3e, 28 février 1969, Bull. civ., III, n°182.

⁷⁷ M-E ROUJOU DE BOUBÉE, *Essai sur la notion de réparation*, thèse, 1973, p. 161.

réparation pécuniaire, étant plus à même de replacer la victime dans la situation où elle se serait trouvée si le dommage ne s'était pas produit. Le juge serait par conséquent, dans l'obligation d'ordonner une mesure de réparation en nature chaque fois que la victime le lui demande ou que le responsable le propose. Mais la Cour de cassation n'a pas accueilli cette proposition et maintient une totale liberté d'appréciation alors qu'une réparation en nature est demandée⁷⁸ et inversement⁷⁹. Elle se demande du reste s'il faut accorder une mesure de réparation en nature autre que celle demandée⁸⁰. Les juges peuvent également cumuler deux types de condamnations dès lors qu'ils précisent la destination de chacune⁸¹. Le juge est donc maître du choix du mode de réparation. La difficulté majeure consiste à concilier le principe du droit à l'exécution avec celui du pouvoir souverain d'appréciation du juge en matière de réparation.

2. Des pouvoirs mesurés en matière de sanction de l'invalidité du contrat.

Le pouvoir d'appréciation du juge porte aussi sur l'étendue de la sanction. Le juge a un large pouvoir d'appréciation en ce qui concerne l'anéantissement du contrat et les dommages-intérêts. Dans les deux cas, le juge doit évaluer la situation pour déterminer la mesure de la sanction. La question est alors de savoir si le choix de l'étendue de la sanction appartient essentiellement au juge ou aux parties. Or, il apparaît que dans les deux cas, si cette mission appartient en principe au juge, les parties peuvent lui en dicter l'exercice. Une différence de degré existe néanmoins entre ces deux hypothèses. En effet, malgré les stipulations des parties, le rôle du juge est encore relativement important lorsqu'il s'agit de déterminer l'étendue de l'anéantissement, c'est-à-dire lorsqu'il faut choisir entre une destruction totale ou partielle du contrat ou apprécier sa portée au sein des ensembles contractuels, parce que cette question se pose le plus souvent en cas d'invalidité et que les considérations d'ordre public sont assez présentes. L'étendue du pouvoir de sanction du juge varie suivant qu'il s'agit d'un contrat unique ou d'un groupe de contrats. C'est l'une des conséquences du développement de dispositions d'ordre public qui prohibent des stipulations bien plus que des contrats. Le juge doit alors choisir entre la nullité totale ou la nullité seulement partielle, qui se limite aux clauses invalides.

⁷⁸ H. L., et J. MAZEAUD. Leçons de droit civil, t. II, vol. I, Obligations, 9e, éd., par F. CHABAS, n°621, p. 733, note, 5.

⁷⁹ Voir G. VINEZ et P. JOURDAIN, Les effets de la responsabilité, n°48 et s.

⁸⁰ Cass. civ. 28 avril septembre 2005, JCP, éd. G 2006, II, 10010, note C. NOBLOT, RTD civ. 2006, p. 129, obs. P. JOURDAIN.

⁸¹ Cass. civ. 3e, 6 janvier 1976, D. 1976, I.R p. 95; Cass. civ. 3e, 26 avril 1977, I.R. p. 359.

La juge civil est confronté à la question du sort du contrat frappé d'un vice qui doit entraîner sa nullité.

Dans le contrat unique, la solution classique conduisait à ce que le juge choisisse entre la sanction de la disparition totale du contrat ou son maintien entier. La tendance s'est inversée puisque le juge contemporain adapte parfois l'étendue de la nullité aux exigences particulières de l'espèce. Cette solution vise à promouvoir la sanction la plus appropriée. Si la nullité reste en principe totale en cas de vice du consentement, d'incapacité ou autre, vice affectant le contrat dans son principe même et où aucune divisibilité matérielle n'est plausible, il existe d'autres hypothèses dans lesquelles une nullité seulement partielle est envisageable.

Longtemps ignorée par le Code civil, la notion d'indivisibilité connaît en droit civil un succès fort bien relayé par la doctrine. Elle bénéficie aujourd'hui d'une nouvelle vigueur à travers le phénomène des groupes de contrats. La jurisprudence s'est saisie de ce principe pour développer de nouvelles règles. En effet, elle est partie de la notion d'indivisibilité pour consacrer l'existence juridique des groupes de contrats et lier le sort des composantes. En effet, la doctrine a montré que la jurisprudence a usé de la notion pour lier le sort des contrats participant à la réalisation d'un but commun et en particulier pour régler la question de l'effet de l'anéantissement d'un contrat de groupe sur les autres. Les juges ont le pouvoir d'apprécier l'étendue de la sanction au sein des groupes de contrats et ils n'hésitent plus à étendre les effets de la nullité ou de l'un d'entre eux.

La Cour de cassation française a en effet reconnu le principe d'indivisibilité dans les circonstances où trouvait à s'appliquer le principe de l'indépendance⁸². Le juge a le pouvoir de choisir entre la nullité totale ou partielle. En effet, il est revenu au juge de constater que la nullité n'est pas toujours la sanction la plus appropriée de l'illicéité qui affecte le contrat. Il s'est alors progressivement reconnu le pouvoir d'en limiter l'étendue lorsqu'une nullité partielle s'avère plus efficace qu'une nullité totale⁸³. Le juge français a progressivement voulu pour ce faire combler les lacunes du code civil français qui ne règle pas la question de l'étendue de la nullité et n'autorise donc plus expressément le juge à réviser le contrat en prononçant sa nullité partielle.

⁸² Elle affirme que l'indivisibilité ne peut être écartée que par des considérations particulièrement pertinentes, V. par exemple Cass. com., 23 octobre 2001, *Dr. et patr.* février 2002, p. 108, Obs. P. CHAUVEL.

⁸³ Sur la nullité partielle voir P. SIMLER, *La nullité partielle des actes juridiques*, précité; M-E. PANCRATIEN, *La protection judiciaire du lien contractuel*, 1996, n°165 et s. O.GOUT, *Le juge et l'annulation du contrat*, PUAM, 1999, n°514 et s.

Face au mutisme de la législation, les juges ont développé une jurisprudence fondée sur l'assimilation de la clause à la condition illicite, donc l'impact sur le contrat est envisagé par les articles 990 et 1172 du code civil, respectivement relatifs aux actes à titre gratuit et aux actes à titre onéreux.

Selon le premier de ces textes, les conditions impossibles ou contraires aux lois ou aux mœurs sont réputées non écrites. Selon le second texte, au contraire, dans les textes à titre onéreux « toute condition d'une chose impossible, ou contraire aux bonnes mœurs, ou prohibée par la loi, est nulle, et rend nulle la convention qui en dépend ». La doctrine relève qu'après avoir appliqué ces textes dans leur domaine propre, la jurisprudence a finalement laissé de côté l'opposition artificielle entre les actes à titre gratuit et les actes à titre onéreux pour consacrer le pouvoir du juge de prononcer une nullité partielle quelle que soit la nature de l'acte⁸⁴.

La doctrine souligne que cette uniformisation s'est construite autour du rôle de la volonté des parties, les juges recherchant, que l'acte soit à titre gratuit ou onéreux, si la clause illicite est « la cause impulsive et déterminante » du consentement des parties⁸⁵. Marie LAMOUREUX affirme que c'est dans le respect des principes classiques, que se fondant sur la volonté des parties, que les magistrats ont recherché la solution à donner au problème de l'étendue de la nullité par le recours à la théorie de la cause puis à celle de l'indivisibilité⁸⁶. Les juges recherchent donc si la clause invalide était une cause déterminante du consentement des parties⁸⁷ ou non dans l'esprit des parties ou, ce qui revient au même, si les clauses du contrat forment ou non un tout indivisible.

Si la clause illicite est une condition déterminante de la conclusion du contrat, la nullité doit être totale⁸⁸, si à l'inverse elle n'est pas essentielle dans l'esprit des parties la nullité doit se cantonner à la stipulation illicite⁸⁹.

B. La portée remarquable de l'impérium des contractants

Les contractants encadrent le pouvoir d'appréciation du juge quant au choix des sanctions et à la mesure.

⁸⁴ M. LAMOUREUX, *L'aménagement des pouvoirs du juge par les contractants: Recherche sur un possible impérium des contractants*, Ibid., p. 444.

⁸⁵ Ibid.

⁸⁶ Marie LAMOUREUX, *L'aménagement des pouvoirs du juge par les contractants: Recherche sur un possible impérium des contractants*, T. 1, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2006, p. 445.

⁸⁷ P. SIMLER, la nullité partielle des actes juridiques, thèse précitée, n° 272 et s.

⁸⁸ V. Cass. civ., 3 octobre 1977, Bull. civ., IV., n°212.

⁸⁹ V. Cass. com., 17 juin 1963, Bull. civ., III, n° 305; Cass. civ. 3e, 13 février 1969, Bull. civ., III, n°134.

1. L'encadrement du pouvoir de sanction du juge

Les contractants peuvent décider d'avoir une mainmise totale sur la convention. Ils peuvent alors décider de prévoir les conséquences juridiques des invalidités qui pourraient impacter sur la vie du contrat. Les clauses du contrat qui se veulent prospectives visent à imposer des sanctions. En clair, les contractants encadrent le choix des sanctions de l'inexécution du contrat et de celles de son invalidité.

a) Les clauses imposant une sanction

Les développements qui suivent concernent l'hypothèse dans laquelle, le juge n'a pas un pouvoir souverain de la sanction. Son pouvoir d'appréciation de la sanction lui est dicté *ab initio* par les parties⁹⁰. La Cour de cassation française estime que les contractants peuvent choisir entre la nullité et la réfaction du contrat. Elle a jugé en de nombreuses circonstances que la commune volonté des parties pouvait justifier la réduction judiciaire⁹¹. Elle estime que si la réfaction est accomplie en accord avec la volonté tacite des parties, celles-ci pourraient bien décider de l'exprimer formellement. Ainsi, de la même manière que la référence au caractère déterminant d'une clause dans l'esprit des parties effectuée par les juges pour choisir entre la nullité totale et la nullité partielle a conduit au développement des clauses de divisibilité et d'indivisibilité¹⁶⁴⁵, la référence à la volonté des parties dans le choix entre nullité et réfaction peut conduire à un processus similaire. Mais c'est bien sûr faire peu de cas des motivations profondes de la Cour de cassation qui ne sont pas toujours tant de conforter la commune intention des parties que d'assurer l'efficacité et la proportionnalité de la sanction.

La référence à la volonté des parties ne fait parfois que camoufler l'absence d'autorisation législative des modifications judiciaires du contrat⁹² et ne trompe pas grand monde quant à l'analyse objective à laquelle se livrent les juges⁹³.

Néanmoins, si l'on veut raisonner par analogie, on remarquera que ces mêmes considérations d'efficacité et de proportionnalité de la sanction justifient le recours à la nullité partielle et que la validité des clauses d'indivisibilité n'en est pas moins admise par la Cour de cassation, qui l'affecte toutefois d'un certain nombre de limites.

⁹⁰ Cass. civ. 1^{re} TM, 7 décembre 2004, *Bull. civ. I*, n° 307 ; *Concl. conc. consom.* 2005, n° 60, obs. L. LEVENEUR ; *RDC* 2005, p. 681, obs. D. MAZEAUD.

⁹¹ Cass. civ. 3e, 22 juillet 1987, *Bull. Civ. III*, 151 ; Cass. civ. 3e, 12 janvier 2005, *Bull. civ. III*, n°4.

⁹² D. MAZEAUD, obs. sous Cass. civ. 3e, 12 janvier 2005, *RDC*, 2005, p. 1018 et s.

⁹³ P. MALAURIE, note sous Lyon, 9 juillet 1990, *D.* 1991 ; J. GHESTIN, *Le contrat: Formation*, 2e éd., n°906, p. 1050.

b) Les clauses d'éviction de la réfaction

Marie LAMOUREUX fait remarquer que si le pouvoir du juge de procéder à la modification d'une stipulation contractuelle s'attire les foudres d'une partie de la doctrine parce qu'il s'agirait d'une atteinte flagrante à la force obligatoire du contrat et donc à la commune volonté des parties⁹⁴. Il est *a priori* concevable que les parties affichent expressément leur volonté que le juge s'en tienne à un strict respect de la loi contractuelle. On pourrait alors envisager des clauses écartant la réfaction et contraignant le juge à s'en tenir à la sanction classique de la nullité s'il constate une cause d'invalidité.

La doctrine relève que seule une clause ayant précisément cet objet pourrait produire cet effet. Il a par exemple été jugé que la stipulation d'une clause d'indivisibilité ne fait pas obstacle à ce que le juge substitue à une clause d'indexation illicite une clause licite⁹⁵. Il convient donc de bien distinguer la nullité partielle de la réfaction.

Lorsque le juge entend procéder à une telle substitution, non pas parce que l'indice stipulé par les parties est nul, mais parce qu'il a disparu en cours d'exécution et que l'ordre public n'est donc pas en jeu, la Cour de cassation admet que les pouvoirs du juge sont totalement dépendants de la volonté des parties. Dès lors, lorsque les parties ont convenu de se référer à un indice et précisé qu'en cas d'impossibilité de l'appliquer elles se référeraient à un autre indice déterminé ou « à tout autre critère ayant fait l'objet d'un accord entre les parties », le juge ne peut « se substituer aux parties pour leur imposer l'application d'un taux de change de référence non prévu par les contractants et qui n'avait pas fait l'objet d'un accord entre elles »⁹⁶.

Mais dans d'autres hypothèses de réfaction, la volonté des parties peut avoir moins d'influence sur les pouvoirs du juge. En effet, plusieurs facteurs peuvent se conjuguer pour rendre cette clause soit contraire à l'ordre public, soit inutile pour le stipulant, ce qui ne laisse guère de chance de la voir prospérer en pratique.

Quant à l'ordre public, il trouve à s'appliquer en matière de réduction des honoraires des

⁹⁴ Au sujet de la substitution dans les clauses d'indexation, M. CABRILLAC et B. TEYSSIE, RTD com. 1981, p. 809 et s. Y. SALATS, Les taux d'intérêts, *Deffrénois* 1986, art. 33691, sp. n°31; au sujet de la réduction des clauses de non-concurrence excessives voir Y. SERRA, D. 1983, I.R. p. 418; D. 1992, som. p. 54.

⁹⁵ CA Aix, 1^{re} ch. B, 9 juillet 1990, RTD civ. 1991, p. 113, obs. J. MESTRE.

⁹⁶ Cass. com., 18 novembre 2004, JCP, éd. E. 2005, p.1441, note STOUFFLET et S. DUROX; RTD civ. 2006, p. 118, obs., J. MESTRE et B. FAGES.

mandataires⁹⁷. Si cette hypothèse de réduction est généralement présentée pêle-mêle avec les autres, sa spécificité est néanmoins importante et rejaillit directement sur le sort des clauses qui prétendraient écarter la réfaction. En effet, si l'on a coutume de dire que la Cour de cassation préfère en la matière la réduction à la nullité, il faut bien rappeler que la lésion n'est une cause de nullité que dans les cas prévus par la loi et que les honoraires excessifs n'en sont pas un. Par conséquent, dans ce cas le juge ne dispose pas d'un choix entre la nullité et la réduction ; seule la réduction, sanction de la disproportion objective des prestations créée de toute pièce par la jurisprudence peut être prononcée. Dès lors, une clause qui évincerait la réfaction n'écarterait pas le pouvoir du juge de choisir entre la nullité et la réduction mais lui ôterait tout pouvoir de sanction. Or, cela n'est pas concevable, précisément parce que le but poursuivi par les juges n'est dans ce cas pas tant d'assurer l'efficacité de la sanction que de consacrer une situation condamnable : la disproportion en dehors des cas légaux de lésion. C'est la justice commutative qui est ici recherchée et le pouvoir du juge est pour cette simple et bonne raison d'ordre public, et l'on relèvera d'ailleurs que dans ce cas aucune référence à la volonté des parties n'a jamais été faite par la jurisprudence pour justifier la réfaction.

L'inutilité et la contrariété à l'ordre public peuvent ensuite se conjuguer. L'article 1907 alinéa 2 du Code civil dispose que dans les contrats de prêt le taux de l'intérêt conventionnel doit être fixé par écrit. Après avoir affirmé qu'il s'agissait d'une formalité exigée *ad validitatem*⁹⁸, la jurisprudence a considéré que le juge pouvait substituer à une stipulation d'intérêt illicite le taux d'intérêt légal à compter de la date du prêt⁹⁹. Parce que la nullité totale est une sanction excessive car elle contraindrait l'emprunteur à rembourser intégralement le capital, la Cour de cassation lui préfère la nullité de la seule stipulation d'intérêt. Mais parce que s'en tenir à cette nullité partielle reviendrait à faire du contrat de prêt un contrat à titre gratuit, ce qui n'est pas la volonté des parties ni l'objectif poursuivi par le législateur, la voie de la substitution lui est préférée. Par conséquent, sachant que le contrat de prêt est généralement un contrat d'adhésion, on voit mal comment le prêteur pourrait inclure une stipulation écartant la réfaction du contrat au profit de sa nullité partielle qui lui porterait préjudice. Et si l'objectif poursuivi est de faire prévaloir la nullité totale, la clause serait nulle comme s'opposant à l'ordre public, étant manifestement contraire aux

⁹⁷ LA Cour de cassation reconnaît aux juges du fond le pouvoir de réduire les honoraires des mandataires et agents d'affaires lorsqu'ils sont excessifs par rapport au service rendu. Voir Cass. civ., 29 janvier 1867, GAJC, 11^e éd. n° 266.

⁹⁸ Cass. civ., 1re, 24 juin 1981, D. 1982, jur. p. 397, note M. BOIZARD, JCP éd. G 1981, II, 19713, note M. VASSEUR.

⁹⁹ Cass. civ. 1re, 12 mai 1982, Bull. civ. I, n°197.

objectifs poursuivis par la loi¹⁰⁰.

Les spécificités de la réfaction telle qu'elle est pratiquée en matière d'invalidité du contrat par rapport à la réfaction en cas d'inexécution empêchent ainsi les clauses tendant à faire obstacle à la réfaction de prospérer en ce domaine. Tout au plus le pourraient-elles dans les hypothèses dans lesquelles la jurisprudence ne manifeste pas systématiquement une préférence pour la réfaction, comme en matière de clause de non-concurrence par exemple, au sujet de laquelle la Cour de cassation préfère souvent la nullité à la réduction¹⁰¹. Mais là encore on a dû mal à imaginer comment une telle stipulation, favorable à celui qui, la plupart du temps, ne la rédige pas -le salarié en particulier -, pourrait bien se trouver en pratique. Précisément, si une clause encadrant le pouvoir d'appréciation du juge dans le choix entre la nullité et la réduction est envisageable en pratique, c'est la clause inverse, c'est à dire celle imposant la réduction. Où l'on voit que les parties – ou plutôt l'une d'entre elles - pourraient bien, en certaines circonstances, être demandeuses de ces procédés qui conduisent pourtant à une modification judiciaire du contrat.

b) Les clauses imposant la réfaction au détriment de la nullité

Les parties peuvent choisir d'imposer une clause inverse. L'hypothèse envisagée est celle dans laquelle ils imposent au juge de recourir à la réfaction au lieu de la nullité. Ces clauses consacraient ainsi la référence occasionnelle de la Cour de cassation à la volonté des parties pour justifier la réduction judiciaire¹⁰². Or, ces clauses pourraient présenter quelques avantages, en atteste l'exemple de la clause de non-concurrence.

Il a été rappelé que la jurisprudence procède parfois à sa réduction lorsqu'elle est excessive. Mais il ne s'agit pas d'une position systématique et dans nombre d'hypothèses les magistrats prononcent sa nullité pure et simple. Dès lors, l'employeur qui a un intérêt non contestable à imposer une clause de non-concurrence à son employé mais qui court le risque de voir trop large pourrait avoir intérêt à stipuler que si la clause venait à être considérée comme excessive, le juge devrait la ramener à de justes proportions, ce qui permettrait tout à la fois de l'assurer du maintien de la protection dont il a besoin tout en garantissant que son cocontractant ne se voit pas imposer une obligation déraisonnable.

Mais le procédé n'est-il pas douteux ? En effet, si l'on comprend que les parties puissent en

16,7

Notons qu'imposer la réfaction, ce n'est pas à proprement parler renoncer à la nullité car aussi bien dans l'hypothèse de la substitution que dans celle de la réduction, la part illicite du contrat est anéantie.

dehors de toute intention malhonnête vouloir se prémunir d'une annulation totale de leur contrat par la stipulation de clauses de divisibilité ou de nullité partielle dès lors que dans l'ensemble des clauses contractuelles il est possible qu'une cause d'invalidité leur ait échappé, stipuler que l'invalidité d'une clause particulière devra entraîner sa réduction et non sa nullité c'est reconnaître que le rédacteur du contrat a conscience qu'il est en train de stipuler une clause invalide, ou du moins qu'il a des raisons de douter de sa validité. Et l'on rejoint alors les craintes d'une partie de la doctrine qui considère que la réduction encourage les rédacteurs d'actes à stipuler sciemment des clauses invalides. Il a en effet été soutenu que le développement de la réduction judiciaire encouragerait les stipulations illicites : « rien de tel que la perspective de ces purifications judiciaires pour inciter les professionnels à insérer des clauses illicites en toute quiétude. Ils savent qu'au pire le juge maintiendra le contrat en rabaissant leur prétention à l'intérieur des limites de la légalité »¹⁰³. Or, si l'argument ne semble pas suffisant pour justifier un refus systématique de la réduction judiciaire, il l'est en revanche pour considérer que des « clauses de réduction » ne peuvent servir de blanc-seing au rédacteur de contrat qui, en forçant un peu le trait, se ménage *ab initio* la sanction de sa propre turpitude.

On remarquera d'ailleurs, pour conclure, que l'argument avancé à l'encontre de la réduction judiciaire tenant au fait qu'elle encouragerait les contractants peu scrupuleux à stipuler des clauses excessives est souvent relevé par la doctrine et les juges anglo-américains dans une des seules hypothèses où la réduction est pratiquée, qui est précisément la réduction de la clause de non-concurrence excessive¹⁰⁴. L'ordre public lui-même est alors invoqué pour faire obstacle à la réduction judiciaire des clauses de non-concurrence¹⁰⁵.

2. L'encadrement du pouvoir du juge quant à la mesure de la sanction

Les contractants peuvent décider d'encadrer la mesure de la sanction. Dans ce cas, ils limitent l'étendue du pouvoir d'appréciation de la sanction du juge. Ils peuvent se substituer à lui dans l'évaluation des dommages intérêts.

Par la stipulation d'une clause pénale¹⁰⁶, les parties établissent un forfait qui sera dû en cas de survenance de l'événement prévu et qui, par conséquent, liera juge et parties le moment

¹⁰³ F. - X. TESTU, note sous Cass. com., 27 mars, 1990, D. 1991, jur. p. 289.

venu. L'un des objectifs majeurs de la clause pénale, d'ailleurs parfois présenté comme sa principale fonction, est en effet d'éviter les aléas de l'évaluation judiciaire des dommages-intérêts. La clause pénale, « marque de défiance des parties à l'égard du juge », a pour effet d'anéantir le pouvoir de ce dernier d'évaluer le montant des dommages-intérêts. En prévenant de la sorte toute discussion future sur l'étendue de la sanction, les parties se substituent purement et simplement au juge dans l'évaluation des dommages-intérêts.

Elles « s'érigent en juges des conséquences de leur inaction ou de leurs déficiences. Les parties écartent ainsi le pouvoir d'appréciation du juge, dont la mission n'est plus d'ordonner la réparation intégrale du préjudice mais de faire respecter la loi des parties. Le montant des dommages-intérêts est alors indépendant du préjudice subi et le créancier n'a pas donc pas à en prouver l'existence ; seul l'événement prévu par les parties justifiant la mise en œuvre de la clause pénale doit être constaté » puisque « la clause pénale, sanction contractuelle du manquement d'une partie à ses obligations, s'applique du seul fait de cette inexécution »¹⁰⁷. Le juge doit alors se contenter de condamner le débiteur au paiement de la somme stipulée, peu importe que le préjudice subi soit inférieur ou supérieur à son montant.

Il faut donc bien se souvenir que si la clause pénale est aujourd'hui fréquemment présentée comme l'illustration topique de la consécration contemporaine d'un juge modérateur en raison du pouvoir de révision qui lui est exceptionnellement reconnu, elle est en réalité avant tout celle de l'imperium des parties, celle du pouvoir qui leur est reconnu de s'affranchir en toute légalité du pouvoir d'appréciation du juge. C'est bien ce que rappelle la Cour de cassation lorsqu'elle affirme que le refus de réviser une clause pénale n'est pas soumis à une obligation de motivation, alors que la révision l'est nécessairement, le juge devant alors expliquer en quoi la clause est manifestement excessive ou dérisoire. C'est bien dire que le principe est le respect de la force obligatoire du contrat et l'exception la révision du contrat, révision qui, en tant que pouvoir judiciaire exceptionnel, fût-il légalement reconnu, doit être spécialement motivé. Le juge doit constater une disproportion « manifeste » et ne peut se contenter de justifier la réduction ou l'augmentation par l'absence d'équivalence entre la peine et le préjudice ni par des motifs exclusivement tirés du comportement du débiteur. L'existence d'un pouvoir modérateur du juge ne remet d'ailleurs pas en cause le principe. Il est simplement là pour démontrer qu'à l'image de toutes les clauses qui ont pour objet ou pour effet d'écarter le pouvoir d'appréciation du juge, un contrôle minimum de ce dernier est nécessaire pour sanctionner les abus manifestes, et, de fait, la clause pénale n'a guère perdu de

¹⁰⁷ Cass. civ. 3^e, 12 janvier 1994, Bull. civ., III, n°5.

sa vigueur. En outre, si la révision de la clause pénale peut, depuis la loi du 11 octobre 1985, intervenir d'office, il ne s'agit que d'une simple faculté, et quand bien même le juge décide de réduire la clause pénale, rien ne l'oblige à la ramener à la valeur du préjudice réel. La clause pénale reste ainsi l'une des manifestations les plus éclatantes de l'emprise des parties sur le rôle du juge.

La solution est encore plus nette en droit anglais où, dès lors que la qualification de liquidated damages clause est retenue, et qui, rappelons-le, est appréciée en fonction de la volonté des parties lors de la conclusion du contrat et non par rapport au préjudice effectivement subi, le juge ne détient alors aucun pouvoir de révision, quand bien même le montant stipulé s'avérerait très supérieur au préjudice. Si en droit anglais l'office du juge limite le recours à la clause pénale, c'est seulement dans son aspect comminatoire, les pénalités étant nulles en ce qu'elles permettent au créancier d'obtenir une exécution en nature à laquelle il n'a pas droit en évinçant le pouvoir discrétionnaire reconnu au juge en matière d'exécution forcée en nature. Mais il est en revanche indiscuté que les parties sont libres d'écarter totalement le pouvoir d'appréciation du juge dans l'indemnisation du dommage et que les liquidated damages clauses doivent donc être strictement appliquées.

La liberté des parties dans la détermination de l'office du juge va d'ailleurs très loin car elles sont libres de l'aménager à leur guise selon les circonstances. Par la stipulation d'une clause parfois appelée « clause de minimum », les parties peuvent exclure par principe le pouvoir d'appréciation du juge tout en envisageant l'hypothèse que le montant stipulé s'avère inférieur au préjudice subi. Les parties investissent alors le juge du pouvoir de compléter l'indemnisation résultant de l'application de la clause pénale par une indemnité complémentaire. Outre que le créancier a toujours droit à une indemnisation évaluée judiciairement pour tout préjudice distinct de celui réparé par la clause pénale, la jurisprudence admet en effet que les parties accompagnent la clause pénale d'une stipulation prévoyant la possibilité de demander au juge une indemnité complémentaire portant sur le même préjudice si celui-ci n'est pas intégralement réparé par le jeu de la clause pénale. Les parties peuvent ainsi stipuler que la violation d'une obligation sera sanctionnée par « une indemnité journalière forfaitaire, sans préjudice du droit (du créancier) de poursuivre en justice le remboursement du préjudice effectivement subi et constaté »¹⁰⁸. Selon la Cour de cassation, ce type de clause peut être interprété comme manifestant « l'intention des parties de cumuler les deux formes d'indemnisation » et dès lors qu'elles ont précisé que le montant

¹⁰⁸ Clause stipulée dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt du 21 mars 1985. Voir Cass. soc., 21 mars 1985,

stipulé par la clause pénale « constituait un minimum, les juges du fond fixant le montant de la réparation à une somme supérieure au minimum et égale au préjudice qu'ils ont souverainement évalué, (font) une exacte application du contrat »¹⁰⁹. La réparation intégrale du préjudice peut donc être obtenue en dépit de la clause pénale si le préjudice s'avère supérieur au montant stipulé. Autrement dit, les parties qui préfèrent évaluer elles-mêmes le montant de la réparation plutôt que de s'en remettre à l'évaluation judiciaire peuvent néanmoins décider de réserver au créancier la possibilité de recourir aux services du juge s'il en va de son intérêt. Dans ces circonstances. La clause pénale ne peut que bénéficier au créancier - et jamais au débiteur - ce qui vaut à cette jurisprudence quelques critiques. En effet, si le préjudice est supérieur au montant stipulé, le créancier peut obtenir un retour au principe de la réparation intégrale alors que dans le cas contraire le débiteur est contraint de verser la somme stipulée. En tout cas, si l'on peut voir dans ces stipulations un certain retour au principe de la réparation intégrale du préjudice et donc à son évaluation judiciaire, elles sont surtout la preuve que les parties peuvent aménager à leur guise les pouvoirs du juge, s'en départir lorsqu'elles les estiment inappropriés, s'y soumettre lorsqu'il y va de leur intérêt, ou plutôt de celui de l'une d'entre elles, les pouvoirs du juge étant dans cette hypothèse entièrement conditionnés par l'intérêt du créancier.

Il apparaît en définitive que les parties peuvent avoir la maîtrise de l'étendue de la sanction étant le plus souvent libres de se départir du pouvoir d'appréciation du juge. Certes, quelques limites sont parfois apportées, tenant à l'ordre public ou à l'excès. Ainsi un contractant ne peut ruiner la cohérence d'une opération économique en insérant à dessein une clause de divisibilité invraisemblable, de même qu'il ne peut ruiner son partenaire par la stipulation d'une clause pénale manifestement excessive. La détermination de l'étendue de la sanction implique un minimum de sens de la mesure. Mais dès lors que les parties respectent ce principe élémentaire, elles ont bel et bien la liberté de prévoir l'étendue d'une éventuelle sanction de l'inexécution, au détriment du pouvoir d'appréciation normalement dévolu au juge - responsabilité est dénuée, la seule limite étant le plafond stipulé. Ainsi, alors qu'en présence d'une clause limitative de responsabilité le juge doit évaluer le préjudice et appliquer le principe de la réparation intégrale dans la limite du plafond, la clause pénale prévoit quant à elle un forfait, indépendant du préjudice subi. Dans les deux cas le plafond constitue la limite à ne pas franchir, mais dans le cas de la clause pénale le pouvoir d'appréciation du juge est

¹⁰⁹ Cass. soc., 22 juillet 1986.

exclu alors que dans celui de la clause limitative de responsabilité il est maintenu, le créancier devant faire la preuve du préjudice et le juge l'évaluer.

Conclusion

Au terme de cette étude sur l'efficacité des sanctions contractuelles, il ressort deux idées forces : cette efficacité est largement affectée par la grande diversité des sanctions, elle-même issue de l'imprécision caractérisant la notion de sanction contractuelle mais aussi par l'importance des pouvoirs des différents acteurs intervenant dans le processus des sanctions.

La polysémie du mot « sanctions » permet en effet une grande diversité d'interprétation de l'expression « sanction contractuelle » et ce, d'autant plus que l'on trouve des contrats dans divers domaines du droit avec chacun sa spécificité. Les sanctions, dans ces différents contrats ne sont pas les mêmes ou n'ont pas en tout cas, les mêmes objectifs ou la même portée. Même rapportées aux contrats civils et commerciaux, les sanctions présentent une diversité certaine de par leur nombre et de par leur contenu (annulation totale ou partielle, résolution ou résiliation judiciaire, unilatérale ou partielle, résolution ou résiliation judiciaire, unilatérale ou conventionnelle, responsabilité civile, réfaction...). Partant de divers points de vue (titulaire de la prérogative, matière concernée, philosophie guidant le titulaire, nature et effet de la sanction...), les auteurs ont élaboré diverses conceptions de la sanction, aboutissant à des classifications souvent complexes et non-étanches parce que reposant sur des critères s'imbriquant les uns dans les autres. A cette hétérogénéité des conceptions de la sanction, il convient d'ajouter la non détermination de la nature juridique de la sanction et plus particulièrement de celle prononcée par les parties de façon unilatérale ou amiable. Une telle indétermination a engendré un régime incohérent et même multiforme des sanctions, la plupart des auteurs ne s'en tenant qu'au prisme de la prérogative juridique de la sanction, insuffisant pour appréhender le phénomène de la sanction contractuelle de manière globale et complet. Les aspects subjectifs sont mis de façon excessive au premier plan de sorte à évincer une vision d'ensemble du phénomène alors qu'il faut dépasser, selon Mme M. Jaouen, la

conception restrictive du couple droit subjectif / abus de droit et du couple pouvoir/détournement de pouvoir, en exploitant les ressorts de la notion d'acte juridique¹¹⁰.

La seconde idée-force, c'est que l'efficacité de la sanction contractuelle est également marquée par l'importance sinon l'étendue des pouvoirs exercés par les différents acteurs dans le processus de la sanction. C'est que tant le juge que les parties contractantes ont un pouvoir d'aménagement contractuel de la sanction. Ainsi, s'agissant du juge et nonobstant le principe classique que le juge ne peut et ne doit pas s'immiscer dans les relations contractuelles pour les conformer à ses propres conceptions de l'équité et de la justice économique, on observe qu'il s'est vu de plus en plus octroyer ou s'est octroyé un pouvoir de modulation du contrat et donc de sanction en matière d'inexécution (pouvoir de réfaction du contrat par le moyen de la réduction de la prestation monétaire d'un contractant face à la défaillance avérée de son cocontractant) ou en matière d'invalidité du contrat (large pouvoir d'appréciation à propos de l'anéantissement du contrat et des dommages-intérêts), c'est-à-dire, le choix entre la nullité totale ou la nullité partielle, ou entre la réparation en nature ou la réparation pécuniaire. C'est ce qu'on a désigné sous le terme d'impérium du juge.

S'agissant de l'étendue des pouvoirs des contractants dans le processus des sanctions, ils s'octroient le pouvoir d'encadrer celui du juge quant au choix des sanctions par des clauses imposant tantôt une sanction plutôt qu'un autre (entre par exemple la nullité et la réfaction), tantôt évinçant la réfaction (au profit de la nullité), tantôt l'imposant (au détriment de la nullité) et quant à la mesure des sanctions par la stipulation des clauses pénales dont le caractère modulable laisse certes transparaître un certain retour du pouvoir modérateur du juge mais n'en reste pas moins l'une des manifestations les plus éclatantes de l'emprise des parties contractantes sur le rôle du juge, et donc de l'impérium des contractants.

La problématique de l'efficacité de la sanction nous ramène ainsi au problème de la vision du rôle du juge en matière contractuelle. En droit français, cette vision n'est pas unitaire ni cohérente dans la mesure où on y observe deux tendances a priori difficilement conciliables¹¹¹ : d'un côté, le juge s'est vu reconnaître des pouvoirs d'intervention accrus, par où s'observerait une « judiciarisation » du contrat, tandis que d'un autre côté la tendance est à

¹¹⁰ Pour plus de détails sur la question, voir M. Jaouen, la sanction prononcée par les parties au contrat, op. cit. p. 156 et s

¹¹¹ Sur ce « paradoxe » du droit français des contrats, voir C. Jamin, « les conditions de la résolution du contrat : vers un modèle unique ? » ; in les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles, Etudes de droit comparé, sous la direction de M. Fontaine et G. Viney, L.G.D.J. p. 451 et s

l'admission de procédés visant à écarter le juge, rejoignant ainsi l'objectif de déjudiciarisation d'un certain nombre de conflits. En tout état de cause, il convient d'observer à l'heure actuelle, avec G. Cornu qu'une des tendances majeures du droit privé est d'accroître les pouvoirs du juge » de façon générale mais de façon spéciale en matière de contrat¹¹². Et à étudier les textes qui à plus ou moins long terme, auront peut-être vocation à régir le droit des contrats en France et en Europe, on réalise que le rôle du juge est envisagé de façon beaucoup plus dynamique et optimiste qu'il ne l'est aujourd'hui par la doctrine française classique. Il n'y a pas lieu d'avoir peur d'une telle évolution parce que ; si l'on dresse un bilan objectif des tempéraments et des exceptions que notre droit contemporain d'origine légale ou jurisprudentielle, a apportés au principe de la non-ingérence du juge dans le contrat, il est aisé de constater, avec D. Mazeaud, qu'assez rares sont les occasions dans lesquelles le juge a désormais le pouvoir de s'immiscer dans la « loi contractuelle » pour en modifier la teneur ou en tempérer la rigueur¹¹³. Il est lors permis de penser que le juge est le plus apte à rendre une justice contractuelle, efficace mais mesurée, plus en tout cas que le pouvoir règlementaire ou que les contractants, notamment lorsque ces derniers ont recours à des instruments renvoyant à l'idée de justice privée. Le juge ne reste-t-il pas et pour longtemps encore, le meilleur protecteur de nos intérêts individuels, le plus sûr garant de nos intérêts contractuels et partant, de nos libertés individuelle ! Les sanctions contractuelles, au travers de l'office du juge, n'en seraient que plus efficacement prononcées e/ou contrôlées.

¹¹² Sur cet aspect V. G. Viney , « L'évolution du droit des contrats en France », Journées de la société de législation comparée, 1979, p. 448.

¹¹³ Voir D. Mazeaud « Le juge et le contrat. Variation optimistes sur un couple « illégitime », in Mélanges offert à J-L. Aubert, Dalloz 2005 p. 235 et s.