

L'éradication d'une clause contraire à l'essence du contrat, un instrument de justice contractuelle ? Étude historique et comparative

Florian Reverchon

The eradication of a clause contrary to the essence of the contract, an instrument of contractual justice? An historical and comparative study

Since 2016 the French Civil Code has contained an article allowing the judge to declare unwritten any clause that deprives of its substance a contract's essential obligation. This rule, which may seem contradictory because it assumes an implicit hierarchy between the stipulations of the contract, generalizes precedents of the Cour de cassation and has parallels in other legal systems, notably in German law. The essentialist argument is now used to modify the content of the contract when it appears unbalanced or abusive. It is among others used to justify the invalidity of the solely clause in question and not of the contract as a whole.

The present paper retraces the uses of essentialist rhetoric, starting from the tradition of the *ius commune*, where an analysis of the agreement contrary to the substance or nature of the contract was developed (sometimes for justifying partial nullity). Less than to explicit objectives of contractual justice, this analysis was mainly linked to the need to give a name to any contract in order to sanction it by an action. With the system of typicity of contracts abolished, and the principle of freedom of contract enshrined, the essentialist argument disappeared or rather was transformed. In the 19th century, it sometimes appeared in French and German court's decisions to remove a clause limiting liability, but it was rarely the decisive argument. In the 20th century, when an autonomous reflection on unfair contracts terms emerged, the idea of a control of the contract in relation to its essence was formalised, in doctrine and then in practice. This control, long based on the notion of cause or the prohibition of immoral stipulations, tends in recent decades to abandon any reference to these techniques and to become an independent instrument for examining the content of the contract. Based on an analysis of recent French and German case law, the article proposes an interpretation of the concept of essential obligation in this context.

Le titre du Code civil français relatif aux obligations contient, depuis sa réécriture par la réforme du droit des contrats de 2016¹, un article 1170 ainsi formulé :

Toute clause qui prive de sa substance l'obligation essentielle du débiteur est réputée non écrite.

La règle peut de prime abord laisser perplexe : comment une obligation peut-elle être à la fois essentielle et privée de substance ?

Ce scrupule s'atténue quand on regarde la raison d'être de cet article. Le législateur n'a pas entendu indiquer une règle d'interprétation des conventions maladroitement rédigées (règle qui serait bien inutile, puisqu'elle ne dit pas comment découvrir l'obligation essentielle), mais un principe de correction de l'équilibre du contrat. La disposition de cet article dans le code le suggère assez². L'article 1169, voisin, établit en effet la nullité du contrat dépourvu de contrepartie sérieuse pour le débiteur, tandis que l'article 1171 s'attaque aux clauses abusives — c'est-à-dire créant un « déséquilibre significatif » — dans les contrats d'adhésion. Ensemble, ces trois dispositions visent, selon l'exposé des motifs de la réforme, à apporter des correctifs en faveur de la « justice contractuelle »³, en permettant au juge — car seul lui détermine dans chaque cas d'espèce à quelle clause s'applique la sanction d'éradication — de modifier l'économie interne du contrat.

Dans le cas de l'article 1170, l'injustice tient, pour le dire peu techniquement, à ce que le débiteur reprend d'une main ce qu'il donne de l'autre, à ce qu'il s'engage certes en théorie, mais ajoute des réserves rendant sa promesse dérisoire en pratique, ou l'exonérant de toute sanction en cas d'inexécution. Cela n'a rien d'une maladresse : c'est plutôt une ruse, d'autant plus redoutable que les techniques classiques du droit des obligations laissent le créancier désemparé. Il est certes surpris par l'effet de la clause litigieuse, qu'il n'avait pas prévu, mais il y a consenti et ne peut guère se dire victime d'un dol ou d'une erreur — et quand même ce serait le cas, c'est alors tout le contrat qui serait nul⁴. Sa propre dette lui paraît désormais disproportionnée, mais qu'importe, car l'équité dans les conventions n'est pas prise en compte⁵. Le contrat peut carrément n'avoir plus d'intérêt à ses yeux, et son engagement lui sembler dépourvu de *cause* : c'est cette idée que la Cour de cassati-

¹ Ordonnance Nr. 2016-131 du 10 février 2016.

² L'article figure dans la section consacrée au contenu du contrat, et non avec les règles d'interprétation du contrat (art. 1182 ff.).

³ Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance Nr. 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, JORF Nr. 35, 11 fév. 2016, texte Nr. 25, chap. II, sect. II, ss.-sect. 3 : « Il est rappelé que l'équivalence des prestations n'est pas une condition de validité du contrat, sauf lois particulières admettant la lésion (article 1168). Toutefois les articles qui suivent apportent des correctifs de nature à garantir une justice contractuelle, malgré la suppression de la notion de cause. »

⁴ Les vices du consentement sont une cause de nullité de toute la convention. De toute façon, la preuve de l'erreur, et a fortiori du dol, est souvent délicate à apporter dans les hypothèses concernées par l'art. 1170, car la clause, écrite dans le contrat, a réellement été consentie. Même à supposer tous ces obstacles vaincus, l'action en nullité se prescrit par cinq ans, y compris pour un contrat à exécution successive ; quant à l'exception de dol (c.-à-d. la défense au fond), elle n'est perpétuelle qu'à condition que le contrat n'ait reçu aucune exécution (rappel dans Cass. Civ. 1re., 12 nov. 2020, Nr. 19-19.481).

⁵ L'art. 1168 le rappelle assez.

on utilisait, depuis un célèbre arrêt *Chronopost*, rendu en 1996, pour réputer non écrites les clauses élusives de responsabilité conduisant à s'exonérer d'une obligation essentielle⁶. Le raisonnement de la Cour était certes fragile, car, en toute hypothèse, l'absence de cause aurait dû entraîner la nullité de tout l'acte, et non d'une seule de ses clauses, mais il s'est imposé, malgré les vifs débats qu'il a suscités⁷. Le camp, déjà puissant, qui ne voyait dans la cause qu'une notion redondante et floue bonne à supprimer, effrayé par le nouvel usage que proposaient d'en faire les juges — à savoir, rien moins qu'un instrument de police contractuelle —, obtint toutefois gain de cause : le nouveau Code y a supprimé toute référence préférant retranscrire les solutions particulières qu'on en déduisait auparavant.

On comprend ainsi quelle est la finalité de l'article 1170 : malgré son apparence de règle purement logique, il sert, *in fine*, à protéger l'équilibre de la relation contractuelle, mais aussi, en punissant les rédacteurs habiles, la bonne foi.

Il emploie pour cela une technique courante dans plusieurs ordres juridiques : la modification du contenu du contrat par l'autorité de la loi et par l'intermédiaire du juge⁸ (en l'occurrence au nom d'une idée, assumée ou non, de la justice contractuelle). Il va sans dire qu'une telle modification — dépassant la simple interprétation du contrat en faveur d'une partie⁹ — se heurte au principe de la force obligatoire des conventions. C'est pourquoi, en droit positif, elle est en général circonscrite, tantôt à *l'ajustement*¹⁰ de la valeur d'un engagement stipulé en argent (correction du prix en cas de lésion¹¹, diminution

⁶ Cass., Com., 22 oct. 1996 (*Chronopost*), Nr. 93-18.632 : « en raison du manquement à cette obligation essentielle la clause limitative de responsabilité du contrat, qui contredisait la portée de l'engagement pris, devait être réputée non écrite ». La chambre commerciale a précisé par la suite dans l'affaire Faurecia (Com., 29 juin 2010, Nr. 09-11.841) que « seule est réputée non écrite la clause limitative de réparation qui contredit la portée de l'obligation essentielle souscrite par le débiteur ».

⁷ On consultera pour une synthèse Thomas Genicon, *Le régime des clauses limitatives de réparation : état des lieux et perspectives*, Revue des contrats (2008-3), S. 982-1008. Nous ne pouvons ici résumer tous les arguments échangés, mais seulement (mis à part le point de savoir si la solution de la Cour est opportune au vu de ses conséquences concrètes) rappeler que, classiquement, la cause n'avait pas pour fonction de contrôler l'économie interne du contrat. Utile en matière d'engagements unilatéraux, elle ne servait, dans les contrats synallagmatiques, qu'à énoncer une quasi-tautologie : l'engagement du débiteur trouve sa cause dans la contreprestation promise par son créancier. Une convention sans contrepartie serait donc nulle, mais on en restait là, et il n'était de toute façon pas question d'une nullité partielle. Chercher, dans chaque cas d'espèce, le but économique poursuivi, pour éliminer ce qui lui est contraire suppose une conception plus subjective de la cause. La vieille querelle entre les « libéraux », hostiles à toute immixtion judiciaire dans le contenu du contrat, et les « interventionnistes », soucieux d'équité, réactivée par l'arrêt *Chronopost*, s'est aussi doublée d'une discussion sur la technique employée.

⁸ Le juge, bien sûr, n'agit que sur fondement d'une loi, mais, en pratique, il est des cas où son rôle se borne à reconnaître la présence d'une clause explicitement prohibée (les clauses abusives énumérées par décret dans les contrats entre consommateurs et professionnels, par exemple), et d'autres où il doit déterminer en quoi telle clause est illicite.

⁹ C'est principe ancien que les stipulations doivent être interprétées *contra proferentem* (Celsus, Dig. lib. 26, D. 34, 5, 26 ; art. 1162 C. civ. ancien ; art. 1190 C. civ. ; ALR, I, 5, 266 ; uniquement pour les contrats d'adhésion ou les conditions générales : art. 1370 c.c. it. ; § 305c, Abs. 2 BGB).

¹⁰ Nous écrivons ajustement, plus général que correction (qui suppose implicitement l'existence d'un « juste prix »).

¹¹ La lésion (sanctionnée dans la vente par le *ius commune* (C., 4, 44, 2) et le droit français (art. 1674 C. civ.)) et dans tout contrat conclu sous l'empire de la nécessité par le droit italien (art. 1447 c.c. it.) constitue cependant un cas spécial car aucune modification du contrat ne peut jamais être imposée à l'autre

d'une clause pénale¹² ou d'un taux d'intérêt¹³, révision pour imprévision¹⁴), tantôt, comme dans le cas qui nous intéresse, à *l'éradication d'une obligation accessoire*. L'ajout d'une stipulation ex nihilo est en revanche plus rarement permis. Sur le plan de la technique procédurale, la réécriture peut n'avoir lieu qu'*après demande d'une partie* — alors généralement prescrite dans un bref délai¹⁵ —, ou, comme dans le cas de l'article 1170, *opérer de plein droit*, suivant un mécanisme que l'on nommerait, en France aussi, *nullité partielle*, si un raffinement terminologique à notre avis inutile ne conduisait, non sans un certain nominalisme, à voir dans l'éradication d'une clause par la loi une sanction d'un genre autonome¹⁶.

On conçoit aisément que l'ordre juridique prohibe certaines clauses spécifiques, soit par une norme spéciale de police économique, soit plus largement pour immoralité. L'illicéité peut alors viser, entre autres, à promouvoir la justice contractuelle : tel est le cas

partie. L'action en rescision accordée à la victime vise à supprimer tous les effets du contrat, et la modification (typiquement, l'augmentation du prix), proposée par l'autre partie, suppose un acte de volonté.

¹² Art. 1231-5 C. civ.

¹³ Art. L313-4 du Code de la consommation français.

¹⁴ Aujourd'hui consacrée à l'art. 1195 du Code civil, après avoir longtemps été rejetée par la Cour de cassation. Cf. § 313 BGB.

¹⁵ C'est le cas de l'action en rescision pour lésion. La lésion dans la vente était sanctionnée d'après la doctrine du *ius commune* soit par l'action perpétuelle *ex vendito* soit, selon une opinion plus fréquente, *ex officio iudicis* durant quatre ans. L'action est aujourd'hui prescrite par deux ans en France (art. 1676), un an en Italie (art. 1449 c.c. it.).

¹⁶ L'argument principal pour justifier que l'éradication de la clause (qu'on appelle parfois aussi, suivant une tournure curieuse, « le réputé non écrit ») soit une sanction distincte de la nullité partielle est le suivant : la nullité n'opère, dit-on, que sur intervention d'un juge, tandis que l'éradication a lieu de plein droit (c'est le propos de Sophie Gaudemet, La clause réputée non écrite, Paris 2006, S. 55-75, que l'on retrouve en substance dans les manuels, S. ex. Joseph Vogel/Louis Vogel, Traité de droit économique, Bd. III, Droit de la consommation, 2. Aufl., Bruxelles 2017, Nr. 428). Mais c'est une bizarrerie française de croire qu'il n'existe pas de nullités de plein droit, de sorte que l'objection, peu pertinente d'un point de vue historique (le *ius commune* distingue classiquement la *nullitas ipso iure* et l'*annullatio*, et il y a donc bien une nullité de plein droit) ou comparatif (on parle pour la clause réputée non écrite, en Allemagne de *Teilnichtigkeit*, en Italie de nullità parziale), n'est, en fin de compte, que pur nominalisme : elle repose sur le sens spécifique que la doctrine donne au terme de nullité. L'autre argument, savoir que le droit romain utilisait déjà des formules telles que *pro non scripto haberi*, est lui aussi nominaliste et ne prouve rien, car les Anciens n'avaient aucune terminologie précise en cette matière, et qu'ils utilisaient tout aussi bien dans le même contexte la tournure *pro nullo haberi*. Quant à dire, argument que l'on pourrait aussi invoquer, que la nullité est toujours la conséquence d'une invalidité entendue comme un vice propre du contrat (à la différence de l'éradication, qui n'est qu'une sanction arbitraire, si l'on peut dire), il n'est pas faux, mais inopérant car (à moins de faire du contrat une réalité immanente définie par une loi naturelle), c'est de toute façon toujours la loi qui considère le contrat imparfait.

L'opposition entre nullité et éradication (qui revient, en somme, à distinguer, comme on le faisait souvent au XIX^e siècle, la nullité et l'inexistence) est peut-être rendue nécessaire par une difficulté procédurale : la nullité devant toujours être prononcée par le juge et l'action à cette fin se prescrivant par cinq ans, il faut bien considérer que la sanction « réputé non écrit » est d'une autre nature, afin qu'elle soit invocable perpétuellement par son bénéficiaire (cf. le raisonnement de l'arrêt Cass., Civ. 1^{re}, 13 mars 2019, Nr. 17-23.169, note Jean-Denis Pellier, De la distinction entre la nullité et le réputé non écrit, Dalloz Actualité, 1^{er} avril 2019). Si le droit français considérait prescriptibles les seules actions restitutoires ou pétitoires, mais non la nullité elle-même (comme le fait expl. l'art. 1422 c.c. it. ; impl. le § 121 BGB, qui ne prévoit de délai que pour l'*Anfechtung*, tandis que la *Nichtigkeit* se produit automatiquement), ce problème disparaîtrait.

de l'interdit du pacte léonin, de l'anatocisme, voire de toute forme d'usure, et, plus récemment, de la pléthore de règles de police économique en droit de la consommation. Il est alors loisible au législateur de décider que la nullité partielle, plutôt qu'un anéantissement intégral, soit plus conforme à son objectif¹⁷. Quand même la loi prohibitive n'aurait rien prévu, la plupart des systèmes juridiques connaissent un système de nullité partielle qui permet, voire commande, de n'éradiquer que la clause indésirable, sous réserve que cela corresponde à la volonté (même hypothétique) des parties ou soit nécessaire pour sanctionner efficacement la loi¹⁸. Quoi qu'il en soit, il n'y a guère d'embarras théorique à admettre qu'on puisse juger une clause hostile à une certaine conception de l'ordre social *extérieure à l'acte*.

Au rebours d'une telle situation, l'article 1170 autorise un contrôle du contenu interne du contrat. C'est là sa singularité, mais aussi sa difficulté. Voyons quel type de situations il est susceptible de concerner. On peut a priori envisager deux types de clauses « vidant » de sa substance une obligation (essentielle), c'est-à-dire l'atténuant ou la modifiant au point de la dénaturer ou de la rendre pratiquement insignifiante. Les unes limitent la garantie offerte en cas d'inexécution : ce sont les *clauses d'irresponsabilité* (auxquelles on peut assimiler les *clauses de non-recours*¹⁹) ; les autres allègent l'obligation elle-même : nous les dirons *minutoires* (ou « de non-obligation »). Nous reprenons là, en substance, une distinction classique, due à Paul Durand²⁰. Cet avatar de l'opposition non moins habituelle entre *Haftung* (*præstatio*) et *Schuld* (*obligatio*) a encouru des critiques, mais celles-ci visent surtout à reformuler le critère de la distinction permettant de ranger telle clause parmi l'une ou l'autre de ces espèces, sans remettre en cause fondamentalement son principe²¹. Assurément, dans les effets, la frontière entre les deux catégo-

¹⁷ Il est bien connu, par exemple, qu'à Rome les conditions *ex turpe causa* étaient réputées non écrites dans les testaments, mais anéantissaient les contrats. C'est une application du principe de *favor testamenti*.

¹⁸ Art. 1184 : « Lorsque la cause de nullité n'affecte qu'une ou plusieurs clauses du contrat, elle n'emporte nullité de l'acte tout entier que si cette ou ces clauses ont constitué un élément déterminant de l'engagement des parties ou de l'une d'elles [critère subjectif]. Le contrat est maintenu lorsque la loi répute la clause non écrite, ou lorsque les fins de la règle méconnue exigent son maintien [critère téléologique]. » Critère subjectif dans l'art. 1419 c.c. it., l'art. 20 CO suisse et au § 139 BGB (avec une formulation inversée faisant de la nullité partielle l'exception, ce qui a des incidences, surtout, en matière de charge de la preuve).

¹⁹ Toutes deux n'interviennent en effet qu'au moment de l'inexécution, pour déterminer l'étendue ou les modalités judiciaires de la responsabilité.

²⁰ Paul Durand, *Des conventions d'irresponsabilité*, Paris 1931.

²¹ On juge la distinction peu opérante en pratique, 1° parce que certaines clauses d'irresponsabilité peuvent avoir été voulues par les parties comme de véritables clauses *minutoires* (si je ne répons d'aucun vice de la chose louée, c'est que j'ai entendu ne pas assumer d'obligation d'entretien), 2° car les deux sortes de clauses peuvent conduire au même résultat (Philippe Jestaz, *L'obligation et sa sanction*. À la recherche de l'obligation fondamentale, *Mélanges Pierre Raynaud*, Paris 1985, S. 273-297, spclt. S. 277 remarque que « je m'oblige à faire des rondes, sans répondre du vol » équivaut à « je n'ai pas d'obligation de surveillance »). Mais ces objections ne sont pas dirimantes : la première n'est qu'une question d'interprétation de l'intention des parties ; la seconde prouve seulement qu'on peut arriver au même résultat de plusieurs façons. On notera au reste que, dans l'exemple proposé par Ph. Jestaz, on supprimerait la clause d'irresponsabilité sur fondement de l'art. 1170, si l'obligation de surveillance avait été essentielle, mais on pourrait également supprimer, au même visa, l'exonération de surveillance (entendue cette fois comme clause *minutoire*) si l'on estimait qu'une telle obligation avait été déterminante aux yeux des parties. Les qualifications concurrentes n'entraînent donc aucune différence concrète dans la solution adoptée. Notons que la différence entre les deux formulations évoquées par Ph. Jestaz recoupe celle entre obligati-

ries est ténue : mettons que je stipule un terme, sans répondre du retard, ou doive livrer une chose de genre, en n'offrant aucune garantie ni quant à la qualité, ni quant à l'espèce de la chose²². C'est à peu près, dira-t-on, comme si je n'étais pas obligé du tout ou obligé sous condition purement potestative ; seulement à peu près, cependant, car la clause d'irresponsabilité ne couvre jamais le dol, c'est-à-dire l'inexécution volontaire (c'est une règle du droit romain que tous les ordres juridiques connaissent), et qu'elle n'empêche ni d'invoquer l'exception d'inexécution, ni, quand c'est permis, d'obtenir l'exécution forcée en nature²³.

La distinction entre clauses d'irresponsabilité et clauses minutoires conserve en outre un intérêt car l'application de l'article 1170 pose des problèmes différents selon le type de clauses auquel on a affaire.

1°. Les *clauses évasives de responsabilité* fixent tantôt une borne quantitative — un montant maximal de dommages-intérêts qui rappelle le principe d'une composition pécuniaire²⁴ —, tantôt une limitation qualitative — absence de garantie pour telle obligation particulière explicitement ou implicitement (par l'usage ou la logique) incluse dans le contrat²⁵ —, les deux systèmes pouvant être au reste combinés. Par nature, ces clauses sont secondaires, en ce qu'elles supposent déjà définies les obligations des parties. Il est donc objectivement possible d'en faire abstraction pour analyser le fond du contrat en tant qu'entité indivisible. Déterminer l'obligation essentielle est alors un problème parfois

on de moyens et de résultat : je garantis que la chose arrive en bon état (résultat) je m'engage à l'emballer mais ne garantis pas son état (moyens), je ne m'engage à rien (pas d'obligation).

On a proposé d'autres couples de notions : clauses de « peut mal faire »/clauses de « peut ne pas faire » (Jestaz, *ibid.*, S. 278, qui n'y voit cependant pas de vraies catégories) ; clauses portant sur la diligence due par le débiteur/sur son engagement même (Philippe Delebecque, *Les clauses allégeant les obligations dans les contrats*, thèse Aix 1981, Nr. 28, S. 32). Cela revient selon nous à une simple reformulation, ou à apporter une précision, sans abandonner le principe de la distinction : toute clause réduisant la diligence due par le débiteur est une clause d'irresponsabilité, autrement, c'est une clause minutoire.

²² C'est une hypothèse adaptée d'un célèbre arrêt rendu en 1838 par la Cour de l'Échiquier, *Chanter v. Hopkins* (150 E.R. 1484) : une clause excluant toute responsabilité quant à la qualité des pois livrés ne trouve pas application quand, au lieu de pois, on a livré des haricots, car alors on a livré une autre substance. Ici, il n'y a pas même besoin de réputer la clause non écrite, puisqu'elle ne vise pas ce type d'inexécution. Une clause d'irresponsabilité portant sur la substance même de la chose rendrait l'engagement du débiteur purement potestatif et rendrait le contrat nul (art. 1170 C. civ. ancien ; art. 1304-2). Quant à la clause portant sur la qualité, on dirait sans doute aujourd'hui qu'elle est valide, à condition que les pois ne soient pas d'une qualité si faible qu'ils soient impropres à la consommation.

²³ Cf. Genicon (note 7), Nr. 12.

²⁴ Dans les faits, ces limites interviennent notamment dans des cas où il serait de toute façon difficile de prouver la valeur du préjudice, par exemple quand la chose transportée a été perdue. La limite de responsabilité prend la forme d'un forfait que le débiteur préfère payer pour éviter un procès difficile. C'est ce principe qui s'applique aujourd'hui aux bagages confiés à une compagnie aérienne, et valait naguère pour les effets confiés aux messageries des postes (note 93 ff.).

²⁵ La clause qui indique qu'on ne répondra pas de tel type de faute (lourde, négligence, culpa levissima) ou du cas forfuit fait aussi partie de cette catégorie, si l'on admet que la typologie des fautes selon leur gravité, courante depuis Rome et le Moyen-Âge, n'est qu'une manière d'exprimer le fond de l'obligation : je suis quoi qu'il arrive obligé d'exécuter le contrat, et dans le contrat se trouve, ou non, telle obligation de vigilance. C'est sur cette idée, en somme, qu'est fondé le rejet, désormais classique, de la typologie médiévale des fautes.

ardu et inévitablement casuistique, mais il n'est pas propre à cette situation²⁶. On a déjà élaboré maintes théories à ce sujet, qui toujours combinent deux tendances. C'est, affirme-t-on tantôt, « de la nature des choses que découle l'obligation fondamentale »²⁷, c'est-à-dire d'une donnée *objective*²⁸. Toutefois, on tempère aussitôt : en application du principe de liberté contractuelle, les parties peuvent bien entendu faire, explicitement ou non, que telle obligation généralement annexe (par exemple la fourniture d'essence dans un contrat de location d'auto, etc.) devienne essentielle, selon un critère cette fois *subjectif*.

Toutes sortes de manières de « vider » de sa substance l'obligation essentielle ainsi déterminée peuvent être imaginées, à partir d'exemples de la jurisprudence. Outre les classiques clauses d'exonération du retard ou de la perte dans les contrats de transport, de divers dommages ou avaries dans les contrats de dépôt ou de louage²⁹, voici deux exemples plus originaux : un vendeur d'essence ne saurait stipuler qu'il ne sera tenu de rien s'il ne vérifie pas l'idonéité du contenant où il la livre³⁰. Ou bien encore : le vestiaire d'un grand restaurant ne peut s'exonérer de toute responsabilité en cas de vol du manteau déposé³¹.

²⁶ Traditionnellement, la définition de l'obligation essentielle sert surtout à déterminer les conséquences d'une inexécution. L'exception d'inexécution n'est en effet admise, en principe, qu'à condition que l'inexécution porte sur une obligation essentielle. Voir par exemple ce qu'en disent Maurice Picard/André Prudhomme, *De la résolution judiciaire pour inexécution des obligations*, RTD civ. 11 (1912), S. 66 : les obligations essentielles sont celles qui « jouent l'une vis-à-vis de l'autre le rôle d'équivalent juridique, se [font] contrepoids, bref se [servent] mutuellement de cause ». Depuis les années 1990, la Cour de cassation emploie cette formule lors du contrôle du contenu du contrat par rapport à lui-même.

²⁷ Jestaz (note 22), S. 279. On trouvera un aperçu commode des différentes théories sur l'obligation essentielle dans Charlotte Deslauriers-Goulet, *L'obligation essentielle dans le contrat*, Les Cahiers du Droit 55-4 (2014), S. 923-950. Voir aussi la thèse de Nélia Cardoso-Roulot, *Les obligations essentielles en droit privé des contrats*, Paris 2008, et, sur le droit anglais, où la notion de fundamental obligation est ancienne : Ruth Seftan-Green, *La notion d'obligation fondamentale, comparaison franco-anglaise*, Paris 2000.

²⁸ Cette nature des choses, formule un peu tautologique, correspond peu ou prou, ou bien à un type contractuel défini par la loi ou l'usage, auquel les parties sont censées avoir voulu se soumettre (un contrat nommé, parfois rebaptisé contrat-catégorie, dans lequel on peut déterminer in abstracto les obligations caractéristiques, comme le faisaient déjà les juriscultes médiévaux, en dressant une liste d'essentialia contractus), ou bien, plus largement, au but économique raisonnablement poursuivi par la convention — et il faut alors écarter les stipulations qui le contredisent.

²⁹ Cass., Com., 22 oct. 1996 (Chronopost), Nr. 93-18.632 : un transporteur ne peut s'exonérer de tout retard dans un contrat d'expédition de courrier où la célérité était sa promesse essentielle ; Cass., Civ. 1re, 22 juin 2004, Nr. 01-00.444 : un transporteur aérien ne peut s'exonérer d'un retard excessif (24 h.), qui équivaut à une non-exécution ; Cass., Civ. 1re, 23 fév. 1994, Nr. 92-11.378 : un exploitant d'un parc de stationnement, quand survient une inondation, prétend ne répondre de rien, malgré son obligation essentielle d'assurer à l'utilisateur la jouissance paisible d'un emplacement, et ce sans pouvoir invoquer le cas fortuit, car il avait omis de faire fonctionner les siphons du système de protection ; ce garagiste qui, ayant conclu avec un client un contrat de stationnement doublé d'un contrat d'entretien, invoquerait, quand le moteur aurait explosé faute d'antigel, une clause prévoyant qu'il n'en serait pas responsable ; Cass., Civ. 1re, 23 oct. 1961, D. 1962-1-45 : mettre de l'anti-gel est une obligation essentielle du contrat d'entretien automobile, qu'on ne saurait contourner par une clause exonératoire en cas de dommages causés par le froid ; Aix, 2e ch., 10 nov. 1978, Bull. Aix. 1978-4, Nr. 303, cité dans Delebecque (note 22), S. 223 : la clause de franchise d'avaries ne joue pas quand la multiplication des incidents conduit à priver le locataire d'un navire de plaisance de toute jouissance.

³⁰ BGH NJW 1971 1036 (VIII ZR 22/70 ; 24 fév. 1971).

³¹ TI Paris, 6e arrdt., 6 déc. 1972, D. 1973, 323, relevé par Jestaz (note 22), S. 293. Au fond, même si l'arrêt ne s'exprime pas ainsi, l'idée est que l'obligation de surveillance est le corollaire naturel de l'obligation de servir un repas dans un restaurant élégant, où il est impensable de garder ses effets sur le dossier de sa

On voit donc qu'une obligation, même accessoire, peut être jugée essentielle dans une espèce donnée ; ensuite, la contrariété de la clause d'irresponsabilité à celle-ci dépend surtout de l'ampleur de l'exonération.

2°. Pendant longtemps, la doctrine française s'est surtout intéressée aux clauses d'irresponsabilité, et, entraîné par la formulation utilisée dans l'arrêt Chronopost (note 6), le consensus était que seules celles-ci, et non les clauses minutoires, pouvaient être éradiquées pour non-conformité à une obligation essentielle³². Le tour plus général adopté délibérément par l'article 1170 a supprimé, du moins dans la lettre, cette limitation. La chambre sociale de la Cour de cassation semble, de fait, s'en être avisée : dans une récente décision, elle a éradiqué une clause instaurant un régime de rémunération défavorable à un employé en ce qu'elle « priv[ait] de sa substance l'obligation essentielle de l'employeur de verser la rémunération pour le travail accompli »³³. On pourrait aussi rattacher au nouvel article une jurisprudence bien établie, fondée plus spécialement sur l'art. L113-1, al. 1, du Code des assurances, qui répute non écrites les exclusions de garantie stipulées par l'assureur professionnel lorsqu'elles ne sont pas formelles et limitées, et en particulier lorsque, cumulées, elles annulent pratiquement toute l'obligation³⁴. Récemment Mustapha Mekki suggérait aussi que certaines clauses du contrat de société, comme celles de garantie de passif, puissent être annulées sur ce nouveau fondement³⁵.

Au-delà de ces exemples, l'application de l'article 1170 aux clauses minutoires ne va pas de soi : si une clause détruit l'obligation principale elle-même, la convention devrait tout simplement être nulle pour défaut de contrepartie sérieuse, aux termes de l'article 1169. D'autre part, comment être certain que l'obligation jugée essentielle ait vraiment été tenue pour telle par les parties, et non simplement par une supposition un peu hasardeuse du juge ? Il semble que, cette fois, un critère de contrôle interne du contrat *purement* logique conduise à une aporie.

chaise et où l'on s'attend à ce qu'il y ait un préposé chargé du vestiaire. On pourrait donc faire application, aujourd'hui, de l'art. 1170 pour éradiquer la clause de non-garantie.

³² Les parties, dans leurs moyens en cassation, soulignaient parfois que les clauses réputées non écrites par les juges du fond n'étaient pas des exonérations de responsabilité, et n'auraient donc pas dû être supprimées. La Cour n'a jamais ni approuvé ni infirmé. Voir les moyens dans Civ 2e, 24 sept. 2020 (n° 19-15.375) et Com 23 juin 2021 (n° 19-21.919).

³³ Soc., 23 sept. 2020 (n° 18-20.869), note Grégoire Loiseau, La surprenante application de l'article 1170 du Code civil dans une relation contractuelle de travail, RDC civ. 2021-1, S. 127ff. L'application du principe de l'art. 1170 est discutable car le calcul ne conduisait pas à faire disparaître toute rémunération.

³⁴ Civ 1re 17 fév. 1987 (n° 85-15.350 ; Bull. 1987, I, Nr. 55) : la Cour d'appel ne peut retenir toute une série d'exclusions au motif qu'elles sont spéciales et limitées lorsque, cumulées, elles annulent pratiquement toutes les garanties de l'assuré sauf pour une catégorie très étroite de dommages. Voir aussi Civ. 1re 23 juin 1987 (n° 85-17.010, Bull. 1987, I, Nr. 202) : une exclusion non formelle et limitée retire son objet au contrat d'assurance.

³⁵ Mustapha Mekki, Les incidences de la réforme du droit des obligations sur le droit des sociétés : rupture ou continuité ? Les clauses, Revue des sociétés, octobre 2016, S. 563-571, splct. S. 565 ff.

Quelques autres ordres juridiques ont déjà codifié une disposition semblable, dans son esprit sinon dans sa lettre, à l'article 1170. Outre le Québec et le Royaume-Uni³⁶, c'est notamment le cas de l'Allemagne, où l'on lit, dans le BGB, un § 307 ainsi formulé :

(1) Les stipulations contenues dans des conditions générales [nous dirions : contrats d'adhésion] sont privées d'effets lors qu'elles désavantagent le cocontractant de celui qui les a inscrites *de manière inappropriée* et contraire aux exigences de la *bonne foi*. Un désavantage inapproprié peut provenir de ce que la stipulation n'est pas claire ou compréhensible.

(2) Un désavantage inapproprié doit être présumé en cas de doute lorsqu'une stipulation :

1. est incompatible avec les principes essentiels du régime légal typique du contrat en question ; ou bien

2. limite les droits et obligations qui découlent essentiellement de la nature du contrat de telle manière que la poursuite du but du contrat est menacée.³⁷

Nous verrons plus loin quelle application ce texte ancien, issu d'une loi de 1976 sur les clauses abusives, et ne concernant que les contrats d'adhésion, reçoit devant les tribunaux³⁸. Contentons-nous d'observer qu'il se justifie, en dernier lieu, par une suspicion de mauvaise foi (cf. le début du § 307) : on se méfie des clauses surprises, peu claires (Abs. 1), et notamment de celles qui s'éloignent d'une norme légale (Abs. 2, Nr. 1 : contrôle *externe* du contrat) ou qui contredisent la nature du contrat (Nr. 2 : contrôle *interne*). Ce dernier critère, qui ne va pas sans poser le même genre de difficultés théoriques

³⁶ Art. 1437, al. 2 du Code civil québécois de 1991 : « Est abusive toute clause qui désavantage le consommateur ou l'adhérent d'une manière excessive et déraisonnable, allant ainsi à l'encontre de ce qu'exige la bonne foi : est abusive, notamment, la clause si éloignée des obligations essentielles qui découlent des règles gouvernant habituellement le contrat qu'elle dénature celui-ci. » La règle est limitée aux seuls « contrats de consommation ». Au Royaume-Uni, voir le Unfair Contract Terms Act de 1977, s. 3, 2, b, i (« As against that party, the other cannot by reference to any contract term claim to be entitled to render a contractual performance substantially different from that which was reasonably expected of him »), qui reprend une jurisprudence développée vers 1950-60 par la Chambre des lords sur le *fundamental breach of contract*, reposant sur idée similaire.

³⁷ § 307 BGB : « (1) Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen sind unwirksam, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen. Eine unangemessene Benachteiligung kann sich auch daraus ergeben, dass die Bestimmung nicht klar und verständlich ist. (2) Eine unangemessene Benachteiligung ist im Zweifel anzunehmen, wenn eine Bestimmung 1. mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren ist oder 2. wesentliche Rechte oder Pflichten, die sich aus der Natur des Vertrags ergeben, so einschränkt, dass die Erreichung des Vertragszwecks gefährdet ist. »

³⁸ Le texte était initialement le § 7 de la loi sur les AGB (Allgemeine Geschäftsbedingungen) du 9 déc. 1976 et fut intégré au BGB lors de la réforme du droit des obligations en 2002. Pour une comparaison du régime allemand des AGB avec celui des contrats d'adhésion en France (la principale différence entre les deux notions tient à ce qu'un contrat n'entre dans la catégorie AGB que lorsqu'il est fait en série, pour un grand nombre de personnes, et non simplement lorsqu'il est « d'adhésion ») : Liliane Nau, *Contrôle par le juge du contenu des conditions générales du contrat. Approches plurielles d'une question récente*, in: Peter Jung (Hg.), *Europäisches Privatrecht in Vielfalt geeint. Richterliche Eingriffe in den Vertrag*, München, 2013, S. 205-221.

que l'article 1170, dès lors qu'il suppose de déterminer la « nature du contrat »³⁹, n'est cependant pas un instrument autonome de modification du contenu contractuel. Il ne sert qu'à présumer un désavantage significatif et non conforme à la bonne foi, c'est-à-dire, dans les termes du droit français, à identifier une clause abusive, dont l'annulation est en dernier lieu justifiée sur ce fondement. En somme, dans le droit allemand, l'article 1170 n'est qu'un cas spécial de l'article 1171. Il ne peut évidemment en aller de même en droit français : le législateur ne saurait avoir fait précéder le général du spécial.

L'article 1170 se révèle donc être un *hapax*. Il entend soumettre les stipulations du contrat à un examen à la fois *interne* (les clauses du contrat par rapport à son essence) et *formel* (sans référence, dans son application, à un déséquilibre économique ou à une valeur de justice enfreinte). Dans le droit allemand ou québécois, la clause litigieuse — qu'elle soit évasive de responsabilité ou minutoire — peut à tout le moins être sauvée par la preuve, rapportée par celui qui l'a stipulée, qu'elle n'est pas de mauvaise foi, ni démesurément lourde pour l'autre partie, autrement dit, qu'elle ne sert pas avant tout à lui nuire ou à la tromper, et qu'elle a une fonction économique. Le juge est donc conduit à vérifier l'équilibre du contrat⁴⁰, d'un point de vue objectif et subjectif (en regardant notamment si la partie désavantagée avait conscience qu'elle l'était). C'est un contrôle interne, mais *matériel*.

Les magistrats français peuvent-ils suivre une voie similaire pour interpréter l'article 1170, et en faire un cas spécial de l'article 1171 ? Peut-on envisager valablement — c'est-à-dire en conformité avec les règles fondamentales du droit des obligations — un instrument efficace de justice contractuelle permettant de déclarer nulles certaines obligations au terme d'un contrôle *interne et formel* — c'est-à-dire reposant sur une analyse purement logique du contrat, et se passant d'une référence explicite à une valeur de l'ordre juridique ? Quelles fonctions un tel contrôle est-il susceptible de remplir ? Comment interpréter, plus largement, la notion d'obligation essentielle dans ce cadre ?

Pour ne pas répondre à cette question de manière purement spéculative, nous proposerons ici un parcours historique. Non bien sûr que l'étude de ce qui a été permette de déduire ce qui peut être ou de prédire ce qui sera, mais certains problèmes, sous une forme ou une autre, traversent l'histoire. Les clauses de non-garantie, c'est un fait connu, furent sanctionnées en jurisprudence au moins à partir du xixe siècle, sur divers fondements : c'est-à-dire que le problème résolu par l'article 1170 et le § 307 existe sous une forme

³⁹ Moritz Renner, Die „Natur des Vertrags“ nach § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB, Archiv für civilistische Praxis, 2013 (5/6), S. 677-717. La notion de « nature du contrat », selon l'auteur, peut s'entendre soit comme le contenu même du contrat, mais c'est alors paradoxal, sauf à introduire une hiérarchie entre les clauses du contrat, ou bien comme un régime établi par la loi. (En pratique, même pour les contrats non décrits par la loi, la jurisprudence a élaboré un régime-type, mais les parties peuvent bien sûr y déroger.) La solution proposée par l'auteur est peu originale : il faut se référer aux attentes des parties (Verhaltenserwartungen, formule proposée par Jürgen Oechsler) pour déterminer ce qui relève de la nature de la convention, c'est-à-dire à ce qu'il paraît que les parties attendaient au moment où elles se sont engagées (rapprocher cela de la *praefatio contractus* évoquée par Alciat, note 49).

⁴⁰ Un tel contrôle n'est plus aujourd'hui aussi étranger qu'autrefois à l'esprit du droit français, depuis que l'art. 1143, comme l'a toujours fait le § 138 du BGB, sanctionne l'exploitation d'un état de dépendance économique, et que la sanction des clauses abusives figure dans le Code civil.

semblable au moins depuis cette époque. Il est donc possible de s'intéresser aux techniques qui ont été employées pour le résoudre, et en particulier de s'interroger sur le rôle qu'ont pu jouer les arguments essentialistes, à côté d'autres.

Plus loin encore, dès le Moyen-Âge, on s'interrogeait aussi sur le sort du pacte adjoint à un contrat qui en modifierait le contenu d'une manière contraire à son essence ou à sa nature. Le problème venait de ce qu'un contrat n'était pleinement sanctionné par le droit qu'à condition de correspondre à l'un des types reconnus *in abstracto*. Il était le corollaire d'une conception selon laquelle des modèles contractuels, dotés d'une nature propre et autonome, constituent une réalité immanente que le droit positif réplique et par rapport à laquelle toute autre opération est envisagée. Quoique posé en des termes similaires, le problème était donc différent — différence qui s'atténue peut-être si l'on considère que le système de typicité des contrats fait aujourd'hui son retour⁴¹. Il n'empêche que le *ius commune* classique, pour le résoudre, a énoncé des critères formels permettant, quoique de manière marginale, de corriger le contenu du contrat par une annulation partielle.

Malgré ces différences fondamentales dans la conception même du contrat, qu'il fallait évidemment souligner, l'article 1170 n'est donc pas sans parallèles historiques, qu'il nous est paru utile de suivre. Nous invitons le lecteur à un parcours historique, dont le premier moment se situera dans le *ius commune* et sera consacré au problème du *pactum contra essentiam contractus*, ainsi qu'au système, partiel, peu effectif et moins motivé par le problème de la justice que par les contraintes propres à l'absence de sanction du pacte nu, qui fut élaboré pour le traiter. Avec l'abandon de la typicité des contrats, même s'il en demeura des traces dans la langue, ce système n'avait plus aucun fondement (I.). Au moment où l'instrument disparaissait, apparaissaient des finalités économiques nouvelles. Le problème des clauses de non-garantie en particulier se posait avec plus d'intensité. Il fallut trouver des expédients pour écarter les plus indésirables d'entre elles : consentement vicié, absence de cause, ordre public économique, tous ces arguments se combinèrent, sans que l'idée de contrariété à l'obligation essentielle jouât encore un rôle argumentatif décisif. Ce n'est qu'à partir du *xxe* siècle, dans le cadre de l'analyse des contrats d'adhésion, que cet instrument s'est développé, relié à une finalité de justice contractuelle, et qu'il a été utilisé, par les juges dès les années 1950 (d'abord très occasionnellement, puis avec plus de créativité après la loi de 1976 sur les AGB), et, en France, plus nettement depuis les années 1990 (II.).

⁴¹ Mathias Schmoeckel, Von der Vertragsfreiheit zu typisierten Verkehrspflichten. Zur entwicklung der Vertretungsrechts, in: Ulrich Falk, Heinz Mohnhaupt (Hg.), Das Bürgerliche Gesetzbuch und seine Richter. Zur Reaktion der Rechtsprechung auf die Kodifikation des deutschen Privatrechts (1896-1914), Frankfurt am Main, 2000, S. 77-122

I. L'ESSENCE DU CONTRAT COMME BORNE À LA LIBERTÉ CONTRACTUELLE : LE SORT DES PACTES ADJOINTS CONTRA SUBSTANTIAM CONTRACTUS SELON LE IUS COMMUNE

On chercherait vainement sous la plume des jurisconsultes romains l'expression claire d'une pensée équivalente à celle qui sous-tend l'article 1170. Examiner l'essence d'un contrat, voilà une démarche qu'ils n'avaient pas ; quant à la *natura contractus*, s'ils l'évoquent parfois — sans qu'on puisse dire s'il s'agit d'un concept ou, ce qui est plus probable, d'une simple métaphore —, ce n'est jamais pour justifier une nullité partielle⁴².

Les glossateurs médiévaux de l'école bolonaise, en revanche, développèrent une doctrine originale selon laquelle tout contrat nommé est caractérisé par des éléments *essentiels* ou *substantiels*, auxquels sont jointes des déterminations *accidentelles*, mais aussi *naturelles* — celles habituellement convenues dans tel type de contrat et donc présumées dans le silence des parties⁴³. La vente, par exemple, est l'échange volontaire d'une chose contre un prix, elle a donc trois *substantialia* : *res*, *pretium* et *consensus*⁴⁴. On y stipule habituellement une garantie du double contre l'éviction : c'est un *naturale*. Enfin, que la chose doive

⁴² Le mot *essentia* ne figure jamais dans le *Corpus iuris civilis*. Quant au mot *substantia*, on en dénombre plus de 400 occurrences, la plupart du temps à propos de la substance de la chose matérielle échangée (Ulpianus, D. 18, 1, 9, 2 : *error in substantia*). Quand on rencontre *substantia* obligationis, *contractus*, etc., c'est généralement pour énoncer une définition (p. ex., D. 44, 7, 3, pr. ; C., 4, 44, 8 ; D. 14, 6, 6 ; D. 46, 3, 54 ; C., 4, 2, 6, pr. ; Inst. Inst., 3, 22, 1 ; 3, 27, pr.), et non pour dire que tel attribut est essentiel. Nous n'avons trouvé que deux textes où c'est le cas : C., 4, 38, 3 : « Si donationis causa venditionis simulatus contractus est, emptio sui deficit substantia. » ; D. 18, 1, 72, pr. : « emptionis substantia constitit ex pretio... ». Sur l'expression *natura contractus* (nous laissons de côté le débat qu'il y eût autrefois pour savoir si c'est une interpolation), enfin, on se rapportera à l'étude de Giovanni Rotondi, *Natura contractus*, *Bullettino dell'istituto di diritto romano* 24 (1911), S. 5-115, qui démontre qu'elle est employée, non, comme en droit byzantin, pour désigner les prescriptions du législateur, mais pour ce qui découle « naturellement », c'est-à-dire logiquement, du contrat considéré (p. 52). On se réfère à la nature pour justifier la requalification d'un contrat en une autre espèce ou pour compléter son régime (p. 29 ff.).

⁴³ Bibliographie générale indicative sur cette question classique : Paolo Grossi, *Sulla "natura" del contratto*. Qualche nota sul "mestiere" di storico del diritto, a proposito di un recente "corso" di lezioni, *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico* 15 (1986), S. 593-620 ; Italo Biocchi, *Notazioni sul contratto*. A proposito di un recente lavoro di G. Alpa, *Quaderni fiorentini*, 19 (1990), S. 637-660 ; Id., *Causa e categoria generale del contratto. Un problema dogmatico nella cultura privatistica dell'età moderna*. 1. Il cinquecento, Torino 1997, S. 36-50 ; James Gordley, *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine*, Clarendon, 1991, S. 63 ff. ; Raffaele Volante, *Il sistema contrattuale del diritto comune classico*, Milano 2000, S. 113-119 ; Roberto Fiori, *Il problema dell'oggetto del contratto nella tradizione civilistica*, Ricardo Cardilli et alii (Hg.), *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato. Obbligazioni e diritti reali*, Napoli 2003, S. 169-238, spclt. S. 182-194 ; Maria Fiorana Cursi, *Alle origini degli "accidentalità negotii"*. Le premesse teoriche della categoria moderna nelle sistematiche dei giuristi romani, *Index* 29 (2001), S. 301-338.

⁴⁴ Cette liste classique s'est constituée à partir de D. 18, 1, 72, pr. et C., 4, 38, 3, d'où l'on déduit aisément que le prix et la chose sont des éléments substantiels. Le consentement a été ajouté par Azon à la liste (Azo, gl. ad D. 18, 1, 72, pr., vis « ex pretio », ms. München, BSB Clm 14028, f° 150r^{ob}, ms. Vat.lat.1408, f° 200v^a : « Consensus quoque emptionis substantia cum sine eo consistere non possit. » Voir Accursius, gl. ord. ad D. 18, 1, 72, pr., eisd. vis, pour la liste complète (*pretium*, *res*, *consensus*), qui a ensuite été systématiquement reprise. Pour l'évolution ultérieure, voir Fiori (note 44), qui remarque qu'avant le xve s. on ne se soucie guère d'étendre la tripartition à l'analyse d'autres contrats.

être livrée tel jour en tel lieu est un *accidens*⁴⁵. Comme nombre d'idées des glossateurs, cette typologie s'appuie sur des textes romains, mais elle est une création profondément originale. Reprise par l'école orléanaise (qui introduisit le terme *d'essentialia* là où les Bolognais ne parlaient que de *substantialia*) et les commentateurs italiens⁴⁶, la tripartition fut critiquée par certains humanistes, en particulier Cujas (qui la réduit à une dichotomie, en assimilant substance et nature)⁴⁷, mais aussi raffinée par d'autres, tels Alciat⁴⁸ (les *naturalia* peuvent être fixés objectivement par la logique même ou l'usage, ou se déduire *ex præfationibus* : à partir des actes que les parties ont entrepris avant le contrat) ou Zasius⁴⁹ (les *naturalia* sont *extrinseca*, déterminés par la loi ou l'usage, ou *intrinseca*, découlant logiquement de la définition du contrat). En quelque sorte, l'« obligation essentielle » du droit contemporain est tantôt un *essentielle*, tantôt un *naturale intrinsecum*, lorsqu'elle est le prolongement de l'engagement principal.

⁴⁵ Azo, Summa ad C., 4, 54 : « Sciendum est autem quod pactorum quæ fiunt inter emptorem et venditorem alia sunt de substantia contractus ut de augendo vel diminuendo precio ; quædam sunt accidentalia sive extranea, ut de dando codice exemplaris loco ut aliquo simili non attingenti venditioni, ut puta si venditor restituit emptori precii infra certum diem reddatur et ires, vel ut emptor faciat vel non faciat monumentum vel ecclesiam in fundo vendito... Et ea quæ diximus de substantia contractus esse vocant quidam pacta de natura vel naturalia [...] Naturalia vero pacta quæ adiciunt contractui, puta ut detur fideiussor de evictione vel agatur de evictione in triplum. »

⁴⁶ Voir seulement Paulus de Castro, Comm. ad D. 18, 1, 72, pr., nos 6-8.

⁴⁷ Jacques Cujas, Quæstiones Papiniani, lib. X, l. « pacta conventa » (D., 18, 1, 72), in: Opera omnia in decem tomos distributa, Næpoli, 1728, Bd. IV, Sp. 250. Le débat est résumé par Jean d'Àvezan, Contractuum liber, Aureliæ 1644, c.4, S. 39 ff. Dans le droit romain, substantia et natura sont à peu près synonymes, et les glossateurs les interchangeaient parfois (voir la gl. ord. ad D. 18, 1, 72, pr., vis « nova emptio »). Grossi (note 44), S. 614-617, dit que l'idée de distinguer nature et substance vient probablement de la théologie. En tout cas, à lire Boèce dans le Contra Eutythen et Nestorium, c'était un des arguments des nestoriens : si φύσις = οὐσία, alors, s'il y a deux natures dans le Christ, il y a deux substances, donc deux personnes. Pour réfuter l'hérésie nestorienne, Boèce dit que natura est unam quamque rem informans specifica differentia. Paolo Grossi suppose que cette idée est parvenue à Rogerius via Gilbert de la Porée. Rogerius est en effet le premier des glossateurs à utiliser le concept de natura dans le problème des pactes adjoints, là où Irnérius s'en tenait à substantia/adminicula (= accidentalia).

⁴⁸ André Alciat, Commentarium ad tit. « Si certum petatur », l. 3 (« Cum quid »), nos 37 ff., in: Clarissimæ lucubrationes in ius civile, Bd. III, Basileæ, [1549], Sp. 619 ff. : « Prima est, quæ ex natura actus provenit, de qua lex nostra loquitur... secunda... ex consuetudine... tertia, quæ ex præfationibus adsumitur. » Cette dernière catégorie préfigure bien sûr la notion moderne de cause, comme le remarque fort justement Birocchi, Causa... (note 44), S. 40, et constitue aujourd'hui encore l'un des moyens de découvrir l'obligation essentielle (voir notre conclusion).

⁴⁹ Ulrich Zasius, Singulares responsæ, lib. I, c. 12 (in: Opera omnia, Bd. V, Francofurti 1570), Nr. 5, S. 24 : « Duplicia enim sunt contractum naturalia : quædam per naturam coherent et ex visceribus contractuum sumpta, quasi intrinseca qualitate insunt, quæ forte recte dixerimus virtutem esse a propria contractus specie productam [...] Alia sunt naturalia, quæ contractibus ex consuetudine adsunt [...] [suivent de nombreux exemples]. » Le passage de Zasius (Enonadiones ad tit. Si certum petatur, D. 12, 1, 3) auquel renvoie Birocchi, Causa... (note 44), S. 40, pour illustrer cette distinction n'est pas aussi clair. Zasius y affirme seulement que les naturalia peuvent provenir de la loi, de l'habitude, de la nécessité ou de la dépendentia à un autre contrat. La distinction entre naturalia intrinseca et extrinseca est reprise par Johann Paul Fetzer, Disputatio inauguralis de irregularitate contractuum, Altdorffi 1676, nos xxii-xxiii, S. 14 (v. les autres auteurs cités par lui), mais absente de Francesco Mantica, Vaticanæ lucubrationes de tacitis et ambiguis conventionibus, Bd. I, Genève 1680, l. 13, S. 28. Voir aussi le texte de Balde cité note 55, où ces deux expressions désignent en fait respectivement l'essence et les accidents, et non une tierce catégorie intermédiaire.

La raison d'être initiale de cette théorie était d'offrir une solution au problème de l'actionnabilité des pactes adjoints à un contrat. Il est bien connu, en effet, que, dans le droit romain, le pacte nu, c'est-à-dire le simple accord de volontés, n'était pas toujours sanctionné par une action. Par une image devenue usuelle, on enseignait qu'il fallait pour cela le vêtir. Les contrats formels et ceux pourvus d'un nom, c'est-à-dire correspondant aux figures typiques énumérées dans la compilation justinienne, étaient bien sûr affublés, et même si bien qu'ils pouvaient encore réchauffer de leur habit d'autres pactes qui, sans correspondre eux-mêmes à un modèle admis, entretenaient avec eux un rapport d'accessoire suffisamment solide (*pactum vestitur ex cohærentia contractus*, disait Azon)⁵⁰. Encore fallait-il des critères pour éprouver cette solidité. S'agissant des pactes adhérent à un contrat nommé de bonne foi⁵¹, la Grande Glose exposait la théorie suivante, qui, fondée sur des idées romaines⁵², deviendrait l'opinion commune : si le pacte ad joint modifie la substance du contrat — l'exemple habituel étant le changement de prix d'une vente par un accord ultérieur —, il adhère à celui-ci au point de se confondre avec lui, de sorte qu'il sera sanctionné par l'action *ex contractu* ; au contraire, s'il ne porte que sur un élément naturel ou accidentel, il faut distinguer : s'agit-il d'un engagement annexe, apposé dans le contrat au moment de sa formation (*pactum apponitur incontinenti*) : il est alors sanctionné par l'*actio præscriptis verbis* des contrats innommés ; a-t-il été conclu après coup (*ex intervallo*) : rien ne le rattache assez au contrat initial, et il ne vaut que comme pacte nu, c'est-à-dire qu'il ne donne droit qu'à une exception⁵³.

⁵⁰ Sur la typicité des contrats, cf. en premier lieu Hermann Dilcher, *Der Typenzwang im mittelalterlichen Vertragsrecht*, Zeitschrift der Savigny-Stiftung. Romanistische Abteilung 77 (1960), S. 270-303. La réflexion sur les vires pacti est aussi ancienne que la glose (cf. Volante (note 44), S. 100-144, et Dilcher, S. 273 ff., où l'on trouvera toutes les informations souhaitées). À partir d'Azon (Summa ad C., 2, 3, S. 24, qui reprenait en le simplifiant un système de Placentin), on considérait que les pactes pouvaient avoir quatre effets : pariunt, perimunt, elidunt, informant actionem (ils engendrent, éteignent, paralysent ou transforment l'action). Pour qu'un pacte ne fût pas seulement efficace ad excipiendum (c'est-à-dire ad elidendam actionem), il fallait, disait Azon (ibid.) selon une métaphore (empruntée à Placentin mais aussi employée dans l'école anglo-normande de Vacarius, selon Birocchi, *Causa...* (note 44), S. 49-50 ; cf. l'*Ordo iudiciorum Ulpianus de edendo, De pactis*, éd. Hänel, *Incerti auctoris ordo...*, Lipsiæ 1838, S. 38) qui rencontra un grand succès, qu'il fût vêtu, d'une des six manières suivantes : re, verbis, consensu, litteris (c'est-à-dire d'une des quatre manières qui font naître l'obligation en droit romain), rei interveniu (dans le cadre des contrats innommés do ut des, etc., quand une partie s'est déjà exécutée, elle a une action contre l'autre), ex contractus cohærentia (vêtement qui habilite le pacte ad joint à un contrat). Cette dernière catégorie permettait d'insérer dans la théorie des vêtements les doctrines relatives aux pactes adjoints. Cf. not. Pietro Vaccari, "Pactum vestitur contractus cohærentia." La concezione dei patti aggiunti nella dottrina dei glossatori, Conferenze romanistiche tenute nella R. Università di Pavia nell'anno 1939 a ricordo di Guglielmo Castelli, Milano 1940, S. 207-239.

⁵¹ Le problème des pactes adjoints à un contrat de droit strict ne se posait de toute façon pas en droit romain classique, puisque le juge n'avait dans ces contrats aucune liberté par rapport à la formule de l'action. Voir néanmoins D. 12, 1, 40 (peut-être interpolé) qui dit que le pacte adhère à la stipulation. Au Moyen-Âge et dans le ius commune, on se posait, notamment à partir de ce texte et des lois 2 et 3 du même titre la question du pactum adiectum à une stipulation et à un mutuum.

⁵² La terminologie est issue de D. 2, 14, 7, 5. Voir pour le système du droit romain en matière de pactes adjoints l'exposé clair et concis de Giuseppe Grosso, *Il sistema romano dei contratti*, Torino 1963, S. 174 ff.

⁵³ Accursius, gl. ord. ad D. 18, 1, 72, pr., vis « nova emptio » : « Et ut plene habeas dic, pactorum quædam sunt de substantia contractus [...], quædam accidentalia sive extranea [...]. Quæ de substantia contractus dicimus esse, eadem quidam vocant de natura... sed nos pactum de natura dicimus esse, quod sit su-

Tout ceci, au départ, n'avait guère à voir avec la question ici étudiée. Il était toutefois naturel de se demander ce qu'il advenait quand le pacte adjoint, non seulement modifiait un élément du contrat, mais encore était incompatible avec son essence. Voici comment Balde, l'un des plus éminents commentateurs, résolvait le problème⁵⁴. D'abord, remarque-t-il, l'*incongruitas* qu'entraîne le *pactum contra substantiam contractus* peut être une simple erreur de formulation, alors corrigée par l'interprétation. Autrement, il faut d'abord vérifier si le contrat ne peut être renommé. Soit par exemple un mandat qui stipule un prix pour le service rendu. C'est contraire à l'essence de ce contrat, qui est, par définition, gratuit. Qu'importe, car ce que les parties ont entendu faire porte un nom : c'est une *locatio operarum*. Quand une telle requalification est impossible, l'incohérence ne peut être ignorée, et l'on doit bien se décider à sacrifier l'un ou l'autre des deux termes de la contradiction. On tranchera alors en regardant si le pacte adjoint ajoute ou retranche quelque chose à l'essence du contrat⁵⁵. Dans le premier cas (*pactum ad augendum*), on peut l'éliminer, et le contrat, dont les éléments substantiels sont encore présents, se maintiendra : si je concède un précaire (contrat d'occupation à titre gratuit dont l'essence est d'être révocable à tout instant par le propriétaire) en stipulant un terme, celui-ci est réputé non convenu ; de même, si je fais un testament irrévocable. À l'inverse, si le pacte retranche au contrat un de ses éléments (*ad detrahendum*), on ne saurait l'écarter — c'est-à-dire ajouter au contrat ce qui lui manque pour qu'il corresponde à un type — sans trahir

per id, quod es naturale, ut de evictione præstanda. Quod autem in accidentalibus dixerò, idem in his, quæ fiunt super naturalibus contractibus intelligas. Item pactorum quædam incontinenti, quædam ex intervallo interponuntur. [...] Pacta, quæ sunt de substantia, quancunquæ fiunt, pariunt novam actionem, veteri sublata. [Accurse ajoute ensuite une distinction de vocabulaire ne changeant rien au fond.] Pacta vero quæ de accidentalibus fiunt vel de naturalibus, si quidem ex intervallo, nullam pariunt actionem, sed exceptionem... si autem incontinenti, novam præscriptis verbis actionem pariunt, et hoc dicebat Placentinus esse verum. »

⁵⁴ Baldus de Ubaldis, Comm. ad D. 1, 7, 15, nos 3-4 (Venetiis 1577), fis 39v^o-40r^o et Comm. ad D. 12, 1, 2, 2, Nr. 10 (Venetiis 1577), f^o 4v^o. Le système est complet car il s'intéresse aussi au pacte contraire aux seuls accidents (qui ne pose de problème et n'est de toute façon pas note objet). Voici ce qu'il écrit ad D. 1, 7, 15 : « aut pactum sive exceptio adiicit contra naturam accidentalem et extrinsecam actus, aut pactum sive exceptio adiicit contra naturam substantialem et intrinsecam actus. Secundo casu [...] aut adiectio potest facere transire actum in novam speciem et tunc non vitiat nec vitiat sed utrumque valet [...] aut contractus cui pactum contrarium apponitur potest naturam suam deducere ad id quod deducit ipsum pactum, et tunc non vitiat quia tale pactum potest cadere in contractum secundum naturam accidentalem eius [...] aut non potest contractus deduci ad naturam pacti nec pactum ad naturam contractus et sic est vera impassibilitas et tunc, aut pactum ponitur ad augendum, et non vitiat sed vitiat. Exemplum si concedo precarium irrevocabiler. Nam impossibile est quod precarium sit irrevocabile [...] ; D. 43, 26, 12, pr.] aut illud pactum vel exceptio apponitur ad diminuendum et refert : aut apponitur incontinenti, aut ex intervallo. Primo casu vitiat actum [D., 1, 7, 41] fallit in favore religionis, ut in illa glossa et favore libertatis, ut in § de illo et in favore institutorum, ut l. si quis ita [sûrement D. 28, 5, 60, 1] [...] Ratio differentie, quia quando ad augmentum tendit ad valentiam actus, diminutio non. » La justification est claire : qui peut le plus peut le moins, en somme. Ad D. 12, 1, 2, 2, Balde précise pour commencer que, quand l'incongruitas n'est qu'un problème de langage, il suffit de le résoudre par une opération d'interprétation.

⁵⁵ Cette distinction figure dans D. 18, 1, 72, pr., mais ce que Papinien entend par *detrahere aliquod emptioni* est la suppression d'un *adminiculum*, c.-à-d. plutôt d'un élément accidentel ou naturel (il donne l'exemple de la garantie d'éviction). La distinction *pactum ad augendam/ad minuendam obligationem* est issue du droit byzantin, mais il s'agit surtout de savoir si l'on aggrave (ce qui n'est pas admis *ex favore debitoris*) ou diminue (ce qui est possible) la dette, non le contrat lui-même.

l'intention des parties, et c'est donc l'ensemble de l'engagement, pacte et contrat, qui doit être nul. Cette situation était peut-être théorique aux yeux du jurisconsulte péruin, car l'exemple qu'il donne est peu probant⁵⁶.

Que nous soient d'abord permises trois observations sur ce système. Premièrement, le problème qu'il traite, malgré une formulation semblable, n'est pas tout à fait identique à celui que nous entendons résoudre avec l'article 1170. Pour Balde, le but est avant tout de faire entrer le contrat sous un quelconque type afin qu'il soit pleinement sanctionné. Le pacte contraire à la substance est celui qui, s'écartant du modèle, empêche cette opération, non nécessairement celui qui entraîne une véritable impossibilité matérielle d'exécuter le contrat, ou qui le *vide*, en rendant dérisoires certains engagements. Ce dernier cas de figure, il n'empêche, est d'une similitude frappante avec celui du *pactum ad detrahendum*. On voit alors que Balde adopte une solution opposée à celle du législateur contemporain, puisqu'il refuse de sacrifier le pacte. Cela illustre, et telle sera notre deuxième observation, que son objectif n'est pas d'intervenir, *præter*, voire *contra intentionem partium*, pour protéger telle ou telle valeur de justice contractuelle. Le critère qu'il choisit est de pure logique. L'élément retranché du contrat par les parties était nécessaire pour qu'il subsistât en tant que tel et, *sauf à le rajouter*, ce qui serait arbitraire, la solution s'impose. Si l'élément était en trop, en revanche, on pouvait le supprimer en gardant un contrat complet. L'argument n'est pas dépourvu de sophisme, certes, mais il est efficace. Car ce qu'on observe en dernier lieu, c'est que le discours de Balde semble animé du désir d'éviter le plus possible la nullité totale. C'était conforme au principe *utile per inutile non vitiatur*⁵⁷, que le droit médiéval (et plus spécialement le droit canonique, dont Balde était un bon connaisseur) avait créé, et cela permettait d'accroître la liberté contractuelle sans renoncer au système de typicité des contrats.

L'étude du *pactum contra substantiam contractus*, et, de manière équivalente, *contra naturam intrinsicam*, est ensuite demeurée une question classique du *ius commune*, que l'on nommait quelquefois *l'irregularitas*⁵⁸, et qui pouvait concerner toutes sortes de contrats. L'opinion moyenne ne s'est vraiment éloignée de la théorie de Balde que sur un point : le critère *ad augendum-ad detrahendum* pour choisir entre nullité partielle ou totale fut pratiquement abandonné. Il faut dire que Balde lui-même peinait à illustrer la seconde catégorie. Lorsqu'il fallait alléguer un exemple de pacte viciant l'ensemble du contrat, on citait désormais le cas de la condition impossible dans un acte synallagmatique (D., 44,

⁵⁶ Dans le commentaire sur D. 1, 7, 15, Balde allègue la loi 41 du même titre : un père a un fils et un petit-fils. Il émancipe son fils tout en gardant son petit-fils en puissance, puis il adopte son fils, et meurt. Le petit-fils alors ne retourne pas dans la puissance du fils devenu *sui iuris*.

⁵⁷ Cette formule se trouve dans D. 45, 1, 1, 5, où elle concerne uniquement les stipulations, et dans un cas de nullité partielle « subjective » (la stipulation reste utile à l'égard du second cocontractant, quand même elle est invalide à l'égard du premier). Elle a été érigée en *regula iuris* par le Sexte (VI, De *regulis iuris*, 37).

⁵⁸ Voir le titre de la dissertation de Fetzer citée note 50. *Sedes materiæ* du problème : D. 2, 14, 7, 6 ; D. 18, 1, 72, pr. ; D. 12, 1, 2-3. C'est un développement classique de tout traité De *pactis*, ou tout ouvrage systématique sur les contrats. Mantica (note 50) fait aussi du triptyque *essentia/natura/accidentia* une grille d'analyse structurante.

7, 31)⁵⁹. Pour le reste, il semble qu'on puisse (parmi les auteurs qui abordent cette question⁶⁰) distinguer deux types d'exposés. Les uns laissent à la casuistique le point de déterminer si le pacte contraire vicie tout le contrat ou est réputé non écrit⁶¹. Les autres éliminent complètement l'hypothèse de l'invalidité totale et se risquent, comme le Toulousain Jean d'Avezan, à donner une règle : « en général, les pactes contraires à la substance du contrat n'ont pas à être observés »⁶². Bien sûr, tous admettent aussi l'hypothèse de la requalification lorsque l'acte se subsume sous une autre espèce. François Hotman indique que cela est possible lorsque ledit pacte a une existence propre (autrement, il n'est qu'un accessoire du contrat principal devant lequel il doit céder)⁶³. Cette explication est notable, en ce qu'elle est l'une des rares à ne pas présenter le rapport de principal à accessoire entre le pacte contraire et le contrat comme un donné indiscutable du problème initial — or, on a vu dans l'introduction que, aujourd'hui, tout l'enjeu se situe précisément là, c'est-à-dire dans le choix d'un canon servant de référant pour le contrôle du contrat.

Ce système, dont il ne faut pas surestimer l'importance pratique, et qui restait assez largement casuistique, est, nous l'avons dit, intimement lié au principe de typicité des contrats qui, bien que souvent contourné dans les faits, restait le cadre du *ius commune*. Son but premier n'était pas de corriger les contrats iniques — il y avait certains mécanismes pour cela, dont les principaux, la rescision pour lésion et les restitutions en entier, ne reposent pas sur des arguments essentialistes, bien au contraire, puisqu'ils rectifient indirectement par un jeu de compensation des contrats intrinsèquement parfaits — et l'on aurait donc tort d'y voir le précurseur fonctionnel immédiat de l'article 1170.

D'ailleurs, le système des anciens auteurs était tout à fait impuissant à atteindre les stipulations relatives à l'étendue de la responsabilité, qui sont pourtant le cœur de cible de la règle contemporaine. En effet, l'engagement de répondre de telle ou telle sorte de fau-

⁵⁹ Voir par exemple Johannes Voet, *Commentarius ad Pandectas*, Hagæ Comitum 1726, Bd. I, tit. « De pactis », § 5, S. 167 ; Johann Gerhard Vogel, *Dissertatio de precario*, Gœttingæ 1786, § 9, S. 25. On ne se référerait guère, à l'inverse, au cas pourtant similaire de l'actus excludens substantiam matrimonii, entraînant la nullité totale (Gregorius IX, X, 4, 5, 7 : si l'on se marie sous condition que le mariage sera infertile, cette condition vicie tout le mariage, à l'inverse, une condition simplement immorale ou impossible est réputée non écrite ex favore matrimonii), ce qui n'est pas très étonnant car les concepts relatifs au mariage intervenaient peu dans la réflexion des civilistes sur les contrats.

⁶⁰ Les auteurs adoptant des plans systématiques sont plusieurs à ne pas consacrer au problème d'exposé général. C'est le cas d'Hugues Doneau, *Comm. de iure civili* ; de Pedro de Oñate, *Tract. de contractibus* ; de Johann Gottlieb Heineccius, *Elementa iuris naturæ et gentium*.

⁶¹ Citons entre autres : Voet (note 60), D. 2, 14, § 5, S. 167 : « generali non potest tradi, quid iuris sit » ; Gerhard Noodt, *Ad edictum de pactis*, c. 19 ; in: *Opera omnia*, Lugduni Batavorum 1760, S. 441-445 : exposé complet où il cite toutes les lois romaines possibles, mais sans donner de critère.

⁶² Avezan (note 48), S. 45 : « Et generaliter pacta contra substantiam contractus non servantur. » ; Mantica (note 50), Nr. 22, S. 25 ; Fetzer (note 50), Nr. xxvi (pour les naturalia intrinseca) ; Sigismondo Scaccia, *Tractatus de commerciis et cambio*, I, qu. 7, § 2, ampl. 20, Nr. 15, Coloniae, 1620, S. 288.

⁶³ François Hotman, *Quæstionum illustrium liber*, Hanoviæ 1601, qu. 37, S. 327 : « Eorum [= pactorum contra substantiam contractuum] enim quædam per se constant, quædam priori negotii accessiones sunt ». Les premiers ont modifié le contrat et lui font prendre un autre nom, les seconds « naturam principalis contractus repugnant », de sorte que « non servantur, sed vitiantur ac repudiuntur ». Voir aussi un critère similaire dans Fetzer (note 50), Nr. xxvi, S. 16 : on doit se demander « an illud [pactum] per se constare possit ».

tes (*culpa lata, levis ou levissima*) faisait partie de la *natura*, et non de la *substantia contractus*. Il y avait, pour chaque contrat nommé, une répartition standard (c'est-à-dire *naturelle*) de la responsabilité — trouvant son assise dans les lois romaines et sa justification dans l'idée que répond de sa négligence celui-là seul qui profite du contrat —, qu'il était loisible aux parties de modifier, par un pacte, que l'on disait alors *contra naturam contractus*. Or, il était constant qu'un tel pacte, n'atteignant pas l'essence du contrat, était valable⁶⁴.

Il y avait tout de même une limite aux stipulations relatives à la responsabilité : on ne saurait s'exonérer de son dol ou de sa faute lourde. Mais la raison première n'était pas l'incompatibilité avec l'essence du contrat ; c'était simplement l'immoralité (D., 50, 17, 23 : *hoc enim bonae fidei iudicio contrarium est*) ou la contrariété à l'ordre public (Decius : *ne detur occasio delinquendi*⁶⁵) d'un pacte, qui, partant, devait être prohibé en tant que tel. Il arrivait plus généralement, en dehors de cet exemple, que, motif pris de son illicéité, telle clause fût réputée non écrite. Qu'on pense au taux d'intérêt usuraire, qui, de règle constante depuis le droit romain, était simplement écarté ou réduit⁶⁶, ou à certaines stipulations sur la répartition des bénéfices dans une société (intrinsèquement suspectes car elles ont toujours été un des moyens de contourner les interdits relatifs au prêt à intérêt⁶⁷), et notamment le pacte léonin (par lequel toutes les pertes pèsent sur un associé

⁶⁴ Pourvu que le pacte fût apposé *incontinenti*, comme on l'a vu avec la théorie de la Grande Glose (note 54). La possibilité de modifier le régime habituel de responsabilité (c.-à-d., selon la manière dont la question était alors envisagée, l'étendue des fautes dont est tenu le débiteur dans l'exécution de sa dette) est admise par Ulpian, D. 50, 17, 23 (qui indique toutefois dans quels contrats nommés on est tenu, sauf convention contraire, de son seul dol ou de son dol et de sa négligence). Dans le *ius commune*, on traduisait cela en disant que le niveau de la garantie apportée par le débiteur pour l'inexécution de sa dette relevait de la *natura contractus* (Philippus Decius, *De regulis iuris*, reg. 23, Nr. 41, § « Quarto », S. 126, Lugduni 1568 : « noto valere conventionem contra naturam contractus, ut quis in plus vel minus teneatur »), et, lorsqu'on voulait préciser, de la *natura extrinseca* car ce n'était après tout que l'usage qui fixait les règles dans ce domaine (Fetzer (note 50), Nr. xxiii, S. 15 : « Talia externa naturalia sunt in omni contractu praestatio culpæ »). Or, la nature du contrat pouvait, de principe constant, être modifiée par un pacte (Mantica (note 50), I, 14), « quia ad obligationum formam aut substantiam, denique ad evitandam negotiorum confusionem, et adeo ad publicam utilitatem non pertinent principaliter » (Noodt, (note 62), S. 444).

⁶⁵ Decius (note 65), Nr. 42, § « Quinto », P° 47r°.

⁶⁶ D. 22, 1, 29.

⁶⁷ On a notamment utilisé, à cette fin, le contrat de société avec garantie de non-perte en capital pour l'un des associés, c.-à-d. où les pertes ne sont supportées que par l'autre associé, tandis que les gains seront partagés. On pouvait même aller plus loin, en concluant un pacte de cession des bénéfices (incertains) du capitaliste, contre une somme fixe. Présenté ainsi, le contrat était parfois appelé *contractus trinus*, car il paraissait réaliser une fusion entre un contrat de société, un contrat d'assurance et une vente. Mais il est clair que, économiquement, on avait affaire à un prêt à intérêt. Les juristes et les moralistes se sont beaucoup disputés sur la licéité de telles constructions. Conrad Summenhart, dont le *Tractatus de contractibus licitis atque illicitis*, très bien informé des pratiques commerciales de son temps, est notamment consacré à l'analyse de ces montages, rejetée, au début du xvii^e s., le contrat que nous avons décrit (quæstio 97). Au contraire, le théologien protestant Johannes Eck est resté célèbre pour avoir justifié la licéité du *contractus trinus*, avec l'argument essentiel que les parties peuvent modifier les *naturalia contractus* et donc stipuler tel pacte qui leur sied dans un contrat de société, tant qu'elles n'en atteignent pas l'essence, réduite au minimum (créer un *ius fraternitatis* qui, en soi, ne suppose pas l'équité dans la répartition des parts). On trouvera tous les renseignements désirés dans l'article d'Italo Birocchi, *Tra elaborazioni nuove e dottrine tradizionali. Il contratto trino e la 'natura contractus'*, *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico* 19 (1990), S. 243-323, d'où nous tirons les informations de cette note. Cf. également

et tous les gains bénéficient à l'autre), même si une incertitude demeurait sur la sanction dans ce dernier cas (nullité totale ou partielle)⁶⁸.

D'un côté, donc, des interdits explicites prononçant des nullités partielles pour protéger diverses valeurs de l'ordre social ; de l'autre, une théorie sur l'essence et la nature du contrat, étrangère à cette finalité, mais conduisant parfois à la même sanction. Il arrivait malgré tout que les deux problèmes se rejoignent⁶⁹. Il suffisait après tout de dire qu'il est dans l'intérêt public d'éviter la « confusion entre les différents contrats » (c'est-à-dire la dissimulation d'une opération économique derrière un nom fallacieux⁷⁰, ce qui est aus-

Alexis Mages, Jalons historiques pour une théorie juridique du crédit (xvii-xix^e siècle), thèse Lyon III 2008, S. 54 ff., pour un exposé d'autres moyens utilisés pour contourner la prohibition en associant différents contrats qui, pris séparément, seraient licites.

⁶⁸ L'opinion majoritaire, parmi les jurisconsultes de l'ancienne Rome, admettait le partage inégal des bénéfices (Gaius, Institutiones, 3, 149 ; Iustinianus, Institutiones, 3, 25, 2), quoique ce point ait ensuite été discuté par les glossateurs (voir la gl. ord. sur D. 17, 2, 29, qui évoque la limite d'un facteur triple). La société léonine, c.-à-d. stricto sensu celle où tous les bénéfices vont à l'un des associés et toutes les pertes à un autre, est en revanche prohibée par le droit romain (Ulpianus, D. 17, 2, 29, pr.-2). La raison était double : une telle clause de répartition est iniquissima (Ulpian) et contraire à la natura societatis (Justinien), arguments que l'on retrouvera combinés tout au long de l'histoire (note 73). Ce qui n'est pas toujours clair, en revanche, est la sanction : nullité de l'ensemble de la société (ce que suggère Ulpian en disant : nullam esse societatem, même si cela signifie en premier : « ce n'est pas une société » et non « la société est invalide ») ou de la seule clef de répartition (à laquelle se substitue alors une répartition proportionnelle aux apports). Les juristes médiévaux ne prenaient pas toujours le soin d'être explicites, et la gl. ord ad D. 17, 2, 29, 1, v^o « societati » peut aussi bien être lue dans les deux sens. Baldus de Ubaldis, Commentarium ad D. 17, 2, 29, 2, f^o 124r^o, indique plutôt une nullité d'ensemble, de même que Donellus (Doneau), Commentarium de jure civili, Lucae 1763, Bd. III, XIII, 16, Nr. 16, Sp. 920. Parmi les premiers à avoir indiqué explicitement comme solution la nullité partielle, on trouve Antonio Gomez, Commentaria tripartita, Bd. II, V, Nr. 5, f^o 209r^o : « non valet pactum [...] et non vitiatum vel annullatum contractus, sed pactum, quia est contra naturam et substantiam contractus ». Il fait notamment le rapprochement avec la nullité de la seule clause de perpétuité dans le contrat de précaire (D., 43, 26, 12). Son opinion fut tantôt suivie, tantôt explicitement rejetée (voir Samuel Willenberg, De societate leonina dissertatio (in: Selecta iurisprudentiae civilis, Gedani 1728), Nr. 5, S. 150-151, qui combat cette idée et indique d'autres auteurs), ce qui restait le courant majoritaire en théorie (voir Kai-Michael Hingst, Die societates leonina in der europäischen Privatrechtsgeschichte. Berlin, 2003, S. 164 ff.) mais non dans la jurisprudence (Hingst, op. cit., S. 208-212). Jean Domat, Les Loix civiles dans leur ordre naturel, Paris, 1689, I, 8, 1, Nr. 10, indique aussi la nullité du tout.

Cette opinion était parfois combinée à une autre : la société est nulle, comme société, mais valable en tant que donation (c.-à-d. que le pacte léonin produit ses effets). La requalification en donation était impossible, en droit romain, à cause de D. 17, 2, 5, 2, qui prohibait la societates donationis causa, mais, au moins en droit naturel, cette possibilité pouvait être admise (v. déjà Arnold Vinnius, Selectae iuris quaestiones, I, § 53, S. 265-267, et S. ex. Samuel Stryk, Usus modernus, Bd. III, D. 17, 2, § 22, S. 243). Elle le fut par les codifications jusnaturalistes (Codex Maximilianus, IV, 8, 6 ; ALR, I, 17, 245). Voir le livre de Hingst, cité note 69, pour plus de détails. Pour la France, voir note 86 ff.

⁶⁹ L'interprétation du canon « Sic quidam » (C. 10, q. 1, c. 2) par les décrétistes en est un exemple éloquent. Ce canon issu du concile de Tolède (589) et inclus par Gratien dans le Décret déclare nulles les conditions relatives à la destination des biens apposées par le donateur de biens à l'Église. La glose ordinaire, vis « non pertinere », indique qu'on a donné deux explications à cette prohibition et à sa sanction : d'une part, qu'une telle condition est contra ius publicum, c.-à-d. que le régime de la dot est d'ordre public ; d'autre part, que « hic habes quod contractus tenet, sed pactum oppositum in contractu contra naturam [il faut comprendre ici substance, Jean le Teutonique ne fait pas la distinction] contractus non tenet ». Les deux explications sont ici concurrentes.

⁷⁰ Noodt (note 62) : « ad evitandam negotiorum confusionem ». C'est loin d'être un argument théorique. On sait bien que la simulation est un instrument de fraude récurrent dans l'histoire. On luttait à Rome

si l'une des raisons justifiant aujourd'hui l'article 1170) ou, non sans quelque sophisme, qu'il est de l'essence du contrat d'être de bonne foi, pour que tout ce qui est hostile à celle-ci fût aussi contraire à celui-là. On voit parfois que le pacte *ne dolus præstetur* était rejeté avec de tels arguments⁷¹. Mais pour nul contrat ce raisonnement n'était plus convaincant que pour celui de société. Son essence n'était-il pas, comme on disait, de faire naître une *communicatio* entre les associés, d'où découlait, comme élément intrinsèquement naturel (et donc également protégé au même titre que l'essence), la *participatio damni et lucri* ? Or, rien n'y est plus contraire que de spolier l'un des associés de tout gain. On voit donc régulièrement, au cours de l'histoire, reparaître l'idée qu'une clause léonine est contraire à la *nature* du contrat de société⁷², idée tout à fait commune qui, dès lors que la règle de la nullité limitée à la seule clause contraire fut dégagée, permettait aussi d'écartier l'opinion plus traditionnelle d'une nullité étendue à toute la société léonine⁷³.

Ce n'est pas le moindre mérite de la théorie fondée sur le triptyque *essentialia-naturalia-accidentalia* que d'avoir fourni un raisonnement général pour justifier le principe d'une nullité limitée à certaines clauses du contrat. Mais déjà, l'édifice commençait de se fissurer. Dès qu'on cessait d'admettre le principe de typicité des contrats, qu'on énonçait, comme c'était le cas à partir du xv^e siècle, dans le droit coutumier français, dans le droit naturel (devenu un champ de réflexion autonome à partir du xvii^e siècle), et, bientôt, dans les droits codifiés, que tout accord de volontés, sauf à être réprouvé par les lois, est valable, c'est-à-dire producteur d'effets juridiques, l'essence et la nature des contrats n'étaient plus des bornes au pouvoir des parties. Outre leur indéniable intérêt didactique, dont Pothier se souviendrait⁷⁴, ces notions ne devaient plus servir, dans leur dimension normative, qu'à la qualification des contrats et à la détermination de leur régime supplétif de volonté, fonctions qu'elles ont encore aujourd'hui.

Il devenait alors difficile de justifier qu'un engagement contraire à l'essence du contrat dût, pour cette seule raison, être réprouvé. Pufendorf avait beau rappeler la terminologie classique, c'était pour affirmer que les pactes stipulés dans un contrat, « pourvu qu'ils ne soient pas contraires aux lois, sont valides, soit qu'ils aillent au-delà de l'essence du con-

contre les donations déguisées en vente (avec un prix très faible) pour contourner les libéralités prohibées. Au Moyen-Âge on utilisait des contrats de société avec des clauses de garantie de capital pour contourner la prohibition du prêt à intérêt (voir note 68). Aujourd'hui, il est vrai, le problème est moins la fraude à la loi que le fait de modifier l'opération économique du contrat pour tromper l'autre partie.

⁷¹ Hotman (note 64), S. 329, évoque le pacte exonérant du dol parmi les *pacta contra substantiam* ; de même Noodt (note 62), S. 442 : « est enim tale pactum contra formam omnium iudiciorum bonæ fidei ».

⁷² Plus largement, la considération que telle clause de répartition des bénéfices est conforme ou contraire à la *natura societatis* était l'un des arguments récurrents dans la discussion relative à leur licéité (Birocchi (note 68), S. 263).

⁷³ Consulter les nombreux textes de toutes époques cités dans Hingst (note 69), où l'on évoque souvent, de manière combinée, l'iniquité et la contrariété à la nature ou la substance de la société, pour rejeter une telle société. L'exemple de la société léonine cependant n'est traditionnellement pas cité dans l'exposé sur les pactes adjoints (ad D. 2, 14 ; C., 2, 3), même s'il arrive qu'on le mentionne (par exemple Noodt (note 59)).

⁷⁴ Robert Joseph Pothier, *Traité des obligations*, Paris 1761, Nr. 5 ff., S. 10 ff.

trat, modifient ses éléments naturels ou le vêtissent de quelque accident »⁷⁵. Nous lisons encore dans Domat :

Comme les conventions sont arbitraires et se diversifient selon les besoins, on peut en toute sorte de conventions, de contracts et de traittez ajouter toute sorte de pactes, conventions, restrictions, réserves, quittances générales et autres, pourvu qu'il n'y ait rien de contraire aux lois et aux bonnes mœurs. On peut changer les engagements naturels et ordinaires des conventions, et les augmenter ou diminuer, et même y déroger.⁷⁶

Tout comme le jurisconsulte clermontois, et malgré l'influence de Pothier, le Code civil abandonnerait toute référence à la tripartition des romanistes, désormais cantonnée aux manuels.

Avec celle-ci, disparaissait aussi le fondement d'une technique qui permettait, certes à la marge et sans systématique toujours nette, de modifier le contenu du contrat malgré la volonté explicite des parties. Il est à cet égard frappant que Glück, dernier représentant de l'*usus modernus* allemand, n'évoque plus la nullité partielle en cas de *pactum contra essentialia contractus* que comme une exception à la règle de la nullité totale, ne se produisant qu'en vertu d'une loi spéciale⁷⁷, opinion qui, en France, est aussi présentée sous la plume de Merlin comme la plus ordinaire⁷⁸.

Dans un système s'affirmant plus volontariste et légaliste, un fondement logique manquait pour modifier d'autorité le contenu d'une convention, quelque raison que l'on eût pour cela, et notamment une exigence de justice. Sauf lorsqu'une loi le prévoyait explicitement, cela relevait de la gageure. C'est ce défi que la jurisprudence allait devoir relever au XIX^e siècle.

⁷⁵ Samuel Pufendorf, *De jure naturæ et gentium*, V, 10, § 7 (III), Londini Scanorum 1672, S. 686 : « Pacta, quæ incontinenti quibusvis contractibus adiiiciuntur, modo legibus non repugnant, sive sint præter essentialiam contractus, sive circa naturalia aliquid disponant, sive accidentibus quibusdam contractum vestiant, valida sunt. »

⁷⁶ Jean Domat, *Les Loix civiles dans leur ordre naturel*, Paris 1689, Bd. I, Ire partie, I, 1, 4, 1-2, S. 88.

⁷⁷ Christian Friedrich von Glück, *Ausführliche Darstellung der Pandecten nach Hellfeld*, Erlangen 1796, Bd. IV-1, tit. « De Pactis », § 305, S. 217 : « Sind daher dergleichen Nebenverabredungen getroffen worden, welche dem Wesen des Hauptgeschäfts [...] zuwider sind, so ist entweder der ganze Handel nichtig ; oder es wird dadurch wenigstens die Hauptsache dergestalt verändert, daß sie zu einer andern Art rechtlicher Geschäfte übergethet, oder der Nebenvertrag ist, wie die Gesetze in einigen Fällen verordnet haben, in Absicht auf die Hauptsache ohne alle rechtliche Wirkung, und so gut, als ob derselbe gar nicht wäre abgeredet worden. »

⁷⁸ Philippe-Antoine Merlin, *Recueil alphabétique de questions de droit*, 4. Aufl., Bd. XIV, Bruxelles 1829, v^o « société », § 6, S. 336 : il n'y a que deux cas où une clause peut être viciée sans que cela se répercute sur l'ensemble du contrat : lorsqu'elle n'est pas contraire à l'essence du contrat, ou bien lorsque, quoique contraire, elle est réputée non écrite par une loi spéciale. C'est le cas, selon Merlin, pour la clause léonine en vertu de l'art. 1855. On remarquera qu'ici le problème est un peu inversé : la cause de l'invalidité de la clause est extrinsèque (une prohibition légale) et l'on se demande quelles conséquences cela a sur le devenir du contrat.

II. L'ESSENCE DU CONTRAT COMME INSTRUMENT DE CONTRÔLE DE L'ÉQUILIBRE ÉCONOMIQUE DU CONTRAT : UNE INVENTION RÉCENTE

Que ce soit en France ou en Allemagne, on ne trouve clairement assumé, ni dans la doctrine, ni dans la jurisprudence du XIX^e siècle, de principe général correspondant à celui de l'article 1170, c'est-à-dire instaurant un contrôle de conformité du contrat à sa propre essence. Plus encore qu'autrefois, le principe cardinal était celui de la liberté contractuelle : le juge doit faire exécuter la loi des parties, quelque sévère qu'elle puisse être, indique ainsi le Tribunal impérial de commerce allemand en 1873⁷⁹. Et le Tribunal impérial (*Reichsgericht*) de remarquer encore, en 1880, à propos d'une clause évasive de toute responsabilité dans le connaissance remis par le capitaine d'un navire que, quelque inique et injuste que cette décharge d'une obligation fondée sur l'essence même du contrat de transport maritime puisse sembler, la loi ne prévoit aucune limitation de la liberté contractuelle qui permette de la priver de validité⁸⁰. La Cour de cassation, en refusant systématiquement d'écarter toute clause pénale, même disproportionnée — contrairement à la pratique habituelle de l'Ancien Régime, qui permettait des formes de modération —, illustre aussi cette tendance d'empreinte libérale⁸¹. Bien sûr, l'interprétation du contrat restait un moyen le rééquilibrer, mais non au point d'y réputer non écrite une disposition claire.

Dans un système libéral, la loi est la principale limite à la volonté des parties. Il arrivait, de fait, que le Code civil prohibât telle clause dans tel contrat et la réputât non écrite. Le vendeur ne saurait par exemple s'affranchir de toute garantie au point de ne plus avoir à répondre de ses faits personnels : une telle stipulation serait nulle, disposait ainsi l'article 1628. La doctrine justifiait quelquefois cette règle en disant que, si la garantie offerte à l'acheteur contre les troubles de sa possession ou les vices de la chose n'est que de la nature du contrat de vente et peut donc être écartée, celle contre les faits personnels du vendeur, en revanche, appartient à *son essence*⁸². Cette survivance du raisonnement que

⁷⁹ Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts 11, 271 (30 oct. 1873), S. 273 : « so ist der Richter nicht Befugt, aus Billigkeitsrücksichten von der Anwendung des Vertrags abzusehen, und denselben einer Correctur zu unterwerfen ; vielmehr ist es seine Pflicht, das Vertragsgesetz, welches sich die Contrahenten gegeben, mag es auch hart sein, soweit es nichts Unerlaubtes bestimmt, streng zum Vollzuge zu bringen. »

⁸⁰ RGZ 11 100 (16 juin 1883, I. Civil senat), S. 110 : « So wenig billig und gerecht nun auch diese Abwälzung einer im Wesen der Seetransportübernahme begründeten Haftung vom Rheder sein und so sehr sie das natürliche Verhältnis verschieben mag, so fehlt es doch, mangels einer gesetzlichen Einschränkung der Vertragsfreiheit, in dieser Beziehung an der Möglichkeit der betreffenden Vereinbarung die Gültigkeit zu versagen. »

⁸¹ Civ. 14 fév. 1866, D. 66-1-84 : célèbre décision où la Cour de cassation refuse d'écarter ou réduire une clause pénale forfaitaire comprise dans un règlement d'atelier, stipulant une amende élevée pour les ouvriers entrant dans l'atelier avec des sabots. Le législateur a combattu cette jurisprudence, en modifiant en 1975 les art. 1152 et 1231 du Code civil (aujourd'hui art. 1231-5). Avant la Révolution, en France, il arrivait que les juges réduisissent une clause pénale pour la ramener au montant réel du dommage subi, et cette pratique était approuvée en doctrine (cf. David Deroussin, Histoire du droit des obligations, 2. Aufl., Paris 2012, S. 629-631).

⁸² Victor-Napoléon Marcadé, Explication théorique et pratique du Code Napoléon, 7. Aufl., Paris 1875, Bd.

nous avons vu à l'œuvre dans le *ius commune* ne doit cependant pas abuser : ce n'est pas une *ratio decidendi* (à savoir, un critère ayant, comme aujourd'hui l'article 1170, vocation à être utilisé par un juge pour modifier le contrat, après analyse abstraite ou concrète de ce qui fait l'essence du contrat), mais simplement une *ratio legis* (c'est-à-dire une explication des motifs de la loi). Il y a du reste quelque artifice dans cette manière d'exposer les choses : l'idée guidant la loi n'est pas quelque considération sur ce qui est essentiel à tel ou tel contrat, mais simplement le fait qu'on ne peut s'exonérer de ses propres agissements, voire de son propre dol — si le vendeur a caché une circonstance connue de lui seul — car ce serait contraire à l'ordre public⁸³.

On retrouve le même genre de discussions à propos du pacte léonin, que l'article 1855 du Code Napoléon condamnait. Comme autrefois, on s'accordait sans peine sur le caractère inique et contraire à la bonne foi d'une telle stipulation, tout en ajoutant que celle-ci était contraire à l'essence même de la société⁸⁴. Une controverse s'éleva parmi les auteurs : le législateur entendait-il alors que tout le contrat fût vicié (quitte, éventuellement, à être dénaturé en prêt ou en donation, si l'on admet un tel procédé), ou le seul pacte de répartition du résultat ? En faveur de la nullité totale on avançait que, en l'absence de partage des bénéfices, il n'y a même pas de société, raisonnement que l'on retrouve en jurisprudence. Le principe de la nullité partielle tendait néanmoins à s'imposer en théorie comme plus conforme à l'intention du législateur⁸⁵.

On voit, avec ces deux exemples, que l'argument essentialiste, comme dans le *ius commune*, pouvait conduire à des résultats opposés : une nullité tantôt partielle, dans le cas de la clause de non-garantie dans la vente, tantôt totale, dans le cas de la société qui n'en est pas vraiment une, et cela sans qu'aucun critère général ne fût énoncé pour trancher l'alternative. L'argument essentialiste n'était donc pas à lui seul décisif, (à la différence du modèle de l'article 1170). On ne trouve d'ailleurs guère de sentences de tribunaux fran-

VI (tit. VI, art. 1629, Nr. V), S. 269-270, avec références à Pothier et Troplong.

⁸³ La jurisprudence ne voyait d'ailleurs dans cet article qu'une expression du principe plus général (admis également par la doctrine : Léobon Larombière, *Théorie et pratique des obligations*, éd. revue, Paris 1885, Bd. I, art. 1137, Nr. 12-13) selon lequel on ne peut s'exonérer de ses propres fautes (voir Req., 8 déc. 1880, D. 81-1-351, qui admet la validité d'une clause de non-garantie pour les dommages causés par l'exploitation d'une mine sous le terrain de l'acheteur, car une telle clause n'a pas pour effet d'exonérer le vendeur de ses propres fautes ; et la note sous cet arrêt, S. 352).

⁸⁴ Voir l'exposé des motifs de l'art. 1855 devant le Corps législatif, par Theilhard (dans Pierre-Antoine Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Bd. XIV, Paris 1827, S. 395 ff.), qui donne pêle-mêle tous ces arguments : la bonne foi est encore plus requise dans le contrat de société qu'en tout autre, partant, la société doit être formée dans l'intérêt commun, et qu'il serait donc contraire à la nature de la société d'être léonine.

⁸⁵ On trouvera un exposé très clair dans Merlin (note 79), S. 335 ff. (qui soutient, en principe, la nullité totale, mais admet que le législateur en a décidé autrement). L'exposé des motifs fait par Treilhard (note 85) et le verbe même de l'article laissent entendre que le législateur avait eu l'intention de limiter la nullité au seul pacte. Jean-Marie Pardessus, *Cour de droit commercial*, Paris, 6. Aufl., Bd. III, Nr. 995, S. 51, justifie la nullité partielle avec un argument finaliste : c'est plus conforme au but poursuivi par la loi. Voir encore Raymond Théodore Troplong, *Commentaire du contrat de société en matière civile et commerciale*, Bruxelles, 1843, art. 1855, Nr. 662. En pratique, la société est parfois déclarée nulle tout entière : Cass., 2 mars 1931, S. 32-1-281, note Génay ; cf. aussi Paris, 7 février 1832, D. 32-2-107 (moyen fondé sur un tel motif).

çais, datant du xix^e siècle, où une clause contraire à une obligation essentielle du contrat est réputée non écrite *pour cette seule raison*⁸⁶. Ce n'est que dans une affaire très particulière que la chambre des requêtes, en 1863, fit usage d'un tel argument de manière décisive: un locataire avait, par une clause inscrite au contrat, renoncé à tout recours contre le bailleur, pour quelque raison que ce fût, pendant toute la durée d'exécution du bail. Les juges ont considéré qu'une telle stipulation, « insolite » et « en opposition manifeste avec les règles essentielles du contrat de louage » (dont l'essence, rappelaient-ils, est de faire jouir le preneur de la chose baillée) et même avec « le principe de tout contrat », avait à bon droit été déclarée nulle par la cour ayant tranché au fond⁸⁷. Le parallèle avec la jurisprudence *Chronopost*, quoique dans un cas plus extrême, a été souligné : la clause de non-recours prive de cause l'engagement de l'autre partie, elle fait qu'il n'y a pratiquement plus aucun contrat⁸⁸.

Cet arrêt, où l'on voit à l'œuvre l'argument essentialiste dans sa forme la plus pure⁸⁹, peut néanmoins aussi se rattacher à un courant jurisprudentiel plus significatif. En effet, il était également motivé par ceci que, en se dérochant à tout recours, le bailleur était libéré de toute responsabilité, même pour ses propres fautes.

La question des clauses de non-garantie pour l'exécution défectueuse d'une convention occupe une place importante dans la jurisprudence du xix^e siècle. Sans être en aucune façon une innovation de l'époque, de telles exonérations, le plus souvent partielles, devinrent, il est vrai, plus fréquentes en raison des risques accrus que le développement industriel faisait encourir. L'accroissement du volume de marchandises transportées, par mer ou par terre, et surtout par chemin de fer, les rendait aussi plus significatives dans ce domaine, tandis que la configuration économique d'un marché bientôt monopolisé par quelques grandes compagnies, aux services desquelles recouraient toutes sortes d'expéditeurs, et stipulant dans leurs conditions générales une franchise d'avaries, posait en des termes nouveaux la question de la gestion du risque inhérent à une telle activité⁹⁰. Celle-ci était à vrai dire déjà résolue par le droit romain, qui prévoyait, dans le

⁸⁶ Nous ne nous intéressons pas aux décisions refusant de donner effet à certaines clauses du contrat qui contredisent une obligation que l'on peut juger essentielle, lorsque l'argument essentialiste n'est pas mentionné. Il s'agit souvent de décisions des juges du fond, car elles se bornent en apparence à interpréter le contrat. Que les juges aient vraiment voulu supprimer telle clause parce qu'elle est contraire à l'essence du contrat n'est pas toujours certain. On trouvera de nombreuses décisions de ce genre dans la thèse de Philippe Delebecque (note 22).

⁸⁷ Req. 18 janv. 1863, D. 63-1-248 ; S. 63-1-185 : « Attendu qu'il est de l'essence du contrat de louage que le bailleur s'oblige à faire jouir le locataire de la chose louée [...] attendu que cette clause affranchit [le locateur] de tout engagement, de toute responsabilité, et même de la responsabilité de ses faits personnels »

⁸⁸ Henri Capitant et alii, Grands arrêts de la jurisprudence civile, 13. Aufl., Paris, 2015, Bd. II, Nr. 157, § 6, S. 108.

⁸⁹ Soulignons que, en l'espèce, la clause de non-recours aurait pu être annulée pour contrariété à l'ordre public ou pour immoralité. Les juges n'ont pas choisi cet argument, préférant un raisonnement essentialiste clairement assumé.

⁹⁰ Pour un état des lieux à la fin du xix^e siècle, on consultera Charles Lyon-Caen, Louis Renault, Traité de droit commercial, 4. Aufl., Bd. III, Paris, 1906, S. 483 ff. En principe, le chemin de fer était soumis au régime général applicable aux voituriers, prévu par le Code de commerce, mais le secteur était aussi soumis à des lois spéciales (loi du 15 juillet 1845 sur la police des chemins de fer, ordonnance d'application du 15

cadre d'un contrat de droit prétorien (*pactum prætorium*), le *receptum nautarum*, un régime de responsabilité objective — c'est-à-dire où le transporteur exerçant régulièrement cette profession répond de toutes les avaries survenant durant le voyage, sauf preuve du cas fortuit ou du vice intrinsèque de la chose par lui apportée — analogue à celui des aubergistes et, sans doute, d'ordre public⁹¹. Le *ius commune* admettait néanmoins des stipulations dérogatoires (dans la limite générale du dol), et, sous l'Ancien Régime, les messageries de poste pouvaient aussi convenir d'une limitation forfaitaire de 150 livres⁹². Le Code civil (art. 1784) et le Code de commerce (art. 98 et 103) avaient conservé, pour les autres transports terrestres⁹³, le principe romain d'une responsabilité objective (assortie d'obligations déclaratives permettant d'établir la valeur des choses transportées)⁹⁴.

La jurisprudence s'est d'abord montrée rétive aux clauses de non-garantie dans les contrats de transport, du moins lorsqu'elles paraissaient trop générales et, disons-le, déséquilibrées en raison, notamment, de la charge de la preuve. Examinons les justifications que l'on avançait pour les écarter. Première limitation, et la plus générale de toutes : l'impossibilité de s'exonérer de sa propre faute⁹⁵. Cette règle reposant sur l'exigence de bon-

novembre 1846, remplacée par le décret du 1er mars 1901) et à un fort contrôle de l'État, notamment par le biais de l'homologation des tarifs, qui n'est pas sans rappeler le système des services de messagerie sous l'Ancien Régime (note 93). Une jurisprudence spécifique s'est aussi développée, sur la base des dispositions générales du Code de commerce, notamment sur les exclusions de responsabilité.

⁹¹ Levin Goldschmidt, *Das receptum nautarum, cauponum, stabulariorum. Eine geschichtlich-dogmatische Abhandlung*, *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht* 3 (1860), S. 58-118 et 331-385 ; pour un état des lieux plus récent : Christoph H. Brecht, *Zur Haftung des Schiffers im antiken Recht*, München 1962. Le *receptum nautarum* fait partie de ce que l'historiographie nomme les pactes prétoriens, conventions sanctionnées par des actions de l'édit ; son régime se trouve exposé au titre D. 4, 9. L'action de recepto était accordée à concurrence du *quanti ea res erit et*, selon un système que les érudits ne comprennent pas tout à fait, se combinait avec une *actio furti* ou *ex lege Aquiliæ*, au double. La loi 7 dit que le régime de responsabilité objective ne peut être écarté.

⁹² Une sentence du Châtelet de Paris, rendue le 18 juin 1681, citée par Philippe-Antoine Merlin, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, 4. Aufl., Paris, 1812-1825, Bd. VIII, v^o « messageries », II, 4, S. 178, fixe une limite de 150 livres pour les messageries. Mais le parlement de Paris ne s'y tenait pas (arrêts de 1687 et 1704 également rapportés par Merlin, *ibid.*) Une loi du 24 juillet 1793, art. 62, a ensuite fixé une limite de 150 livres, mais uniquement pour la régie nationale des messageries.

⁹³ En matière de transport maritime, la loi était plus souple : aux termes des art. 221 et 222 C. com., le capitaine répond de ses fautes, même légères et des marchandises qu'il transporte inscrites dans le connaissement ; le propriétaire est aussi responsable des agissements du capitaine, sauf abandon du navire et du fret (art. 216 C. com.).

⁹⁴ Art. 1784 C. civ. : les voituriers par terre et eau « sont responsables de la perte et des avaries des choses qui leur sont confiées, à moins qu'ils ne prouvent qu'elles ont été perdues et avariées par cas fortuit ou force majeure » ; art. 98 C. com. : le commissionnaire « est garant des avaries ou pertes de marchandises et effets s'il n'y a stipulation contraire dans la lettre de voiture ou force majeure » ; art. 103 eod. : « Le voiturier est garant de la perte des objets à transporter hors les cas de force majeure. Il est garant des avaries autres que celles qui proviennent du vice propre de la chose ou de la force majeure. » Le commissionnaire est celui qui, passant contrat avec l'expéditeur, confie à un voiturier le transport de la chose, et répond de ce dernier comme de son sous-traitant.

⁹⁵ Désiré Dalloz, *Répertoire méthodique et alphabétique de législation, de doctrine et de jurisprudence*, Paris 1845-1870, Bd. IX, v^o « commissionnaire », nos 342-344, S. 97-99. Exemple d'application : Req., 11 janv. 1842 (*Journal du palais*, 1842) : l'armateur ne peut s'exonérer de responsabilité pour les pertes provoquées par le vice du navire. Dans cette espèce, il était établi que l'armateur avait négligé de faire certaines réparations essentielles et que le navire était donc en mauvais état au moment du départ, ce qui ca-

ne foi, fut interprétée assez largement par une partie de doctrine, et notamment par le célèbre commercialiste Pardessus, qui l'étendait non seulement, comme on l'avait toujours fait en s'appuyant sur la loi 23 du *De regulis iuris*, aux fautes intentionnelles, mais encore, ce qui était moins justifiable d'un point de vue historique, à toutes les négligences. Concrètement, cela revenait, en privant de sanction toute clause de non-garantie (autre que celle portant sur la force majeure ou le vice de la chose), à faire de la responsabilité objective prévue au Code de commerce une disposition d'ordre public. Selon une autre théorie, soutenue par Troplong⁹⁶, la stipulation du voiturier qu'il ne répondrait pas de sa négligence ou de sa faute légère, sans valoir en tant que telle, renversait la charge de la preuve ou, plus exactement, créait une présomption que toute avarie provenait d'un cas fortuit ou du vice de la chose : c'était alors à l'expéditeur à prouver la faute du transporteur, ce qui, assurément, pouvait être difficile. Le résultat était donc proche d'une exonération pure et simple. On a beaucoup combattu, en doctrine, l'opinion de Troplong, étrange il est vrai, car elle faisait dire à la clause de franchise ce qu'elle ne disait pas. La voie médiane qu'il proposait, entre le rejet et l'admission sans réserve de toute clause limitative de responsabilité, rencontra néanmoins du succès auprès des juges du fond et de la Cour de cassation à partir de la décennie 1860⁹⁷, avant d'être étendue à d'autres domaines⁹⁸. Du point de vue du droit de la preuve, c'était assurément, comme le soulignaient les contemporains, un revirement⁹⁹.

Pendant, avant cette période, on ne voit presque jamais que la Cour de cassation ait réellement appliqué le principe défendu par Pardessus¹⁰⁰. Toutes les décisions que l'on citait pour l'illustrer fondent, à bien regarder, le rejet de la clause de non-responsabilité sur d'autres argumentations plus spéciales qui, bien souvent, se cumulent. La première dans la chronologie, rendue par la chambre des requêtes en 1807, rejetait une clause excluant la responsabilité du voiturier pour bris. Motif : le prix convenu, supérieur au tarif ordinaire du marché, ne pouvait s'expliquer que par la prise en compte de la fragili-

ractise, plus qu'une simple négligence, une faute lourde.

⁹⁶ Du louage, Bd. III, Nr. 942.

⁹⁷ Bordeaux, 5 mars 1860, D. 60-2-176 : malgré une exonération de responsabilité stipulée par la compagnie ferroviaire en échange d'une réduction du prix du transport, celle-ci reste responsable de ses fautes et de sa négligence, mais elle n'est plus soumise à la présomption des art. 103 C. com. et 1784 C. civ. ; Civ. 4 fév. 1874, D. 74-1-305 ; Civ. 6 fév. 1877, D. 77-1-383 (voir les Tables 1877-1887 du Recueil Dalloz, v° « commissionnaire », Nr. 79 pour d'autres décisions) ; attendu de principe dans Civ., 19 avril 1886, D. 90-1-217 : « cette clause est légale en tant qu'elle a pour effet de mettre la preuve de la faute du transporteur à la charge de ceux qui l'invoquent contre lui ».

⁹⁸ Voir les exemples dans Delebecque (note 22), S. 14.

⁹⁹ Léon Alphandéry, Des clauses d'irresponsabilité dans le contrat de transport, thèse Aix, 1890, S. 56, attribue ce revirement à l'influence de Troplong, même si ce dernier, mort en 1869, ne siégeait plus à la Cour quand eut lieu ledit revirement (la décision de 1865 citée note 101 fut au reste rendue sous sa présidence, bien qu'elle ne fasse pas application de sa doctrine). Durand (note 21), Nr. 146, nuance, à raison, l'idée qu'il y ait eu un revirement.

¹⁰⁰ Elle s'en approche, il est vrai, sous couvert de laisser les juges du fond interpréter souverainement les conventions, dans l'arrêt Civ. 24 avril 1865, D. 65-1-215, splct. S. 216 : le tribunal du fond peut valablement réduire une clause de franchise d'avaries à celles provenant du vice propre de la chose, interprétation conduit à adopter un régime de responsabilité identique à celui du droit commun (art. 103 C. com.).

té du bien transporté, la surtaxe servant d'assurance¹⁰¹. Voilà donc l'argument de la cause, qui apparaît déjà dans une affaire dont la similarité avec le cas *Chronopost* est frappante. L'argument, qui revient quelquefois¹⁰², peut d'ailleurs se prévaloir même de l'autorité de Domat, qui écrivait déjà, dans *les Lois civiles*, que les stipulations de non-garantie sont valables lorsqu'elles sont justifiées par une décharge du prix¹⁰³.

Voilà, dans une autre affaire, que la compagnie de chemin fer du Nord avait stipulé, au dos du bulletin de reçu de bagages, qu'elle limitait sa responsabilité à 150 francs : rien ne prouve, juge la cour d'appel de Douai en 1847, que le voyageur ait eu connaissance de cette condition, et encore moins qu'il l'ait acceptée¹⁰⁴. Cette fois, pour réputer non écrite la clause litigieuse, on invoque qu'elle n'a pas été *consentie*¹⁰⁵.

Troisième justification possible : l'inopportunité de ces clauses, qui nuisent à la bonne marche du commerce. Cette argumentation finaliste, qui se rattache plus largement à l'objectif de protection de l'*ordre public*, se trouve notamment dans un arrêt de 1859 : le tarif des compagnies de chemin de fer, en stipulant une décharge, aurait encouragé la négligence des employés dans l'accomplissement d'un service établi dans l'intérêt général¹⁰⁶. C'était d'autant plus inadmissible, ajoutaient les hauts magistrats, en raison de la situation monopolistique de ces compagnies. Toutes ces considérations préfigurent déjà la prise en compte des problèmes posés par ce qu'on appellerait plus tard contrats d'adhésion.

La spécificité des entreprises de transport jouissant, par la loi ou dans les faits, d'un monopole sur certains trajets n'échappa pas non plus à l'intelligence du Tribunal impérial de Leipzig, qui, en pareil cas, commença aussi, à partir de la fin du xixe siècle, à se permettre davantage d'intrusions dans l'économie du contrat. Jusqu'à ce moment, les juges allemands avaient tendu à une application scrupuleuse du principe de liberté contractuelle, en sanctionnant avec moins de réticence que leurs homologues français les clauses de non-garantie. Pour nous limiter au seul exemple prussien, on observera avec Goldschmidt que, dans les territoires rhénans où s'appliquait également le Code de commerce français, les articles 98 et 103 sur la responsabilité objective des transporteurs n'acquiescent jamais le statut de dispositions d'ordre public qu'ils avaient alors pratiquement en Fran-

¹⁰¹ Req. 21 janv. 1807, S. 07-1-138

¹⁰² Douai, 17 mars 1847, D. 47-2-98 : existence d'un supplément pour le transport d'argent et d'objets précieux, incompatible avec une limitation de responsabilité ; même argument dans Civ. 26 janv. 1859, D. 59-1-66 (les tarifs de la compagnie de chemin de fer, homologués par le Ministre, sont établis en considération du risque de perte, qui est pris en compte dans le prix).

¹⁰³ Domat (note 77), Bd. I, Ire partie, I, 1, 4, 1-2, S. 88 : « Ce vendeur par exemple est déchargé de la garantie parce qu'il donne un moindre prix. »

¹⁰⁴ Douai, 17 mars 1847, D. 47-2-98.

¹⁰⁵ Voir de même Alger, 16 déc. 1846, D. 47-2-1, splct. S. 2 : la clause de limitation à 150 fr. n'était consentie ni expressément ni tacitement par les voyageurs.

¹⁰⁶ Civ. 26 janv. 1859, D. 59-1-66. Argument similaire dans Req., 26 mars 1860, S. 60-1-899, où la Cour précise que la clause est écartée quoique le tarif ferroviaire ait été homologué par décision ministérielle : « une telle stipulation ouvrirait la porte à la fraude et aux abus, encouragerait la négligence des employés et rendrait inutile la protection que la loi a eu pour but d'accorder aux expéditeurs ». Voir aussi le jugement du tribunal de commerce dans l'affaire Civ. 24 avril 1865, D. 65-1-215.

ce¹⁰⁷. Un jugement du tribunal d'appel de Cologne, rendu en 1850, l'affirmait très clairement, avec un raisonnement tout droit issu de la tradition du *ius commune* : l'étendue de la responsabilité, étant un élément naturel, et non essentiel, du contenu du contrat, peut être réglée par les parties comme bon leur semble, dans la limite de ce qui est explicitement prohibé par les lois et de l'impossibilité de s'exonérer de son dol et de sa faute lourde¹⁰⁸. Une exclusion totale, en revanche, aurait sans doute été rejetée¹⁰⁹. Ce genre de considérants se rencontre également dans les territoires soumis à l'ALR¹¹⁰. Ce que la jurisprudence ne fit pas, la loi s'en chargea pour les chemins de fer : en 1869, le Code de commerce commun à tous les États allemands fixait un régime de responsabilité objective susceptible de dérogation limitativement énumérées¹¹¹.

Les autres types de transport, notamment fluviaux, demeuraient soumis au droit commun. C'est à l'occasion d'une telle affaire, portée devant lui en 1888 — un commissionnaire fluvial excluant toute responsabilité pour les dommages causés par le conducteur du navire qu'il employait — que le Tribunal impérial, plus haute juridiction de l'Empire, déclara qu'une clause de non-garantie, valable en principe sauf dol et faute lourde, pouvait néanmoins, dans certaines circonstances, être nulle. En l'espèce cependant il n'en était rien, car elle ne privait pas totalement d'intérêt le contrat, et que le client pouvait, en payant un prix supplémentaire, assurer la marchandise, si bien qu'il n'était pas soumis à l'arbitraire d'une compagnie ayant un quasi-monopole sur le trajet en question¹¹². Ces arguments, fondés sur une analyse des prestations relatives du contrat, traduisent une idée voisine de celle que nous nommons la cause et avons vu à l'œuvre implicitement, dès 1807, dans un arrêt de la Cour de cassation. Mais, et c'était là une démarche nouvel-

¹⁰⁷ Goldschmidt (note 92), S. 331 (note 108). Cf. aussi August Bessel, *Das preußische Eisenbahnrecht*, Bd. II, Köln 1857, § 141, S. 209 ff.

¹⁰⁸ Rheinischer Appellationsgericht, 10 janvier 1850 (*Archiv für das Zivil- und Kriminalrecht der Königlich-Preussischen Rheinprovinzen = Rhein. Arch.*, Bd. 45, I, S. 129 ff.) : « weil sich nach jenen grundsätzen der Umfang der Verantwortlichkeit des Frachtführers nicht als Essentiale, sondern nur als ein Naturale des Vertrags darstellen würde, in Bezug auf die Naturalien der Verträge aber die Autonomie der Parteien jedenfalls nicht ausgeschlossen ist ». Lexonération du dol ou de la faute lourde ne saurait évidemment valoir, de même qu'en droit romain (D., 50, 17, 23), principe que maintint ensuite le Reichsgericht (RGZ 20, 115, S. 117).

¹⁰⁹ Rheinischer Revisions- und Kassationshof, 16 mars 1852 (*Rhein. Arch.*, 47-2-25) ; de même Berliner Cassations- und Revisionshof, 10 mars 1845 (*Seuff. Arch.*, Bd. II, 1848, Nr. 180 = *Rhein. Arch.* 31-2-90) : une clause selon laquelle toute destruction par l'eau ou le feu est réputée être due à la force majeure ne saurait avoir d'autre effet que de faire peser sur l'expéditeur la charge de la preuve d'une faute de la compagnie fluviale.

¹¹⁰ L'ALR, II, 8, § 2459 ff., ne prévoyait de toute façon, de droit commun, aucune présomption de négligence contre le voiturier, à l'inverse des articles 98 et 103 C. com. En revanche, la loi du 3 novembre 1838 sur les chemins de fer (*Gesetz über die Eisenbahn-Unternehmungen*, in: *Gesetz-Sammlung für die Königlich-Preussischen Staaten* 35 (1838), S. 505-516, § 25) prévoyait pour ces entreprises un régime de responsabilité objective, dont elles ne s'exonéraient qu'en rapportant la preuve de la force majeure (unabwendbarer Zufall) ou de la faute de l'expéditeur. Ce n'était là qu'un régime supplétif de volonté.

¹¹¹ ADHGB, ensemble les art. 395, 423 et 424 ; principe de resp. objective indérogable repris dans l'Eisenbahnverkehrsordnung du 26 oct. 1899 (intégrée au HGB, § 466) ; voir Ernst Rundnagel, *Die Haftung der Eisenbahn für Verlust, Beschädigung und Lieferfristüberschreitung nach deutschem Eisenbahnfrachtrecht*, Leipzig 1906, S. 5.

¹¹² RGZ 20, 115 (11 fév. 1888, I. Civilsenat).

le, l'efficacité de la clause était aussi évaluée en considération de l'environnement économique global, et, en particulier, de la présence d'un monopole.

C'est en 1906 que les juges de Leipzig firent pour la première fois usage de cette manière de raisonner afin d'écartier une clause de non-garantie. L'administration du canal de Kiel, qui était entre les mains de la puissance publique, stipulait qu'elle ne répondrait d'aucun dommage causé par ses employés. Or, il se trouva que le propriétaire du Kriemhild avait vu son navire percuté par un bateau chargé de l'entretien du canal, et qu'il demandait réparation. L'affaire était doublement spéciale : non seulement le défendeur était une administration publique, mais encore le dommage ne se rattachait-il que de loin à l'exécution du contrat¹¹³. Ces circonstances ont sûrement incité le premier sénat du Tribunal impérial à affirmer que, même dans l'hypothèse où il s'agirait, non d'un délit civil, mais d'une faute contractuelle, on pouvait considérer que l'affranchissement de toute responsabilité, outre de contredire la vocation de ce canal percé pour l'utilité commune et devant être accessible à tous, était aussi une infraction aux bonnes mœurs. En effet, l'administration avait profité de son monopole de fait pour rendre les usagers victimes de conditions contractuelles iniques et inappropriées, auxquelles ils ne pouvaient que se soumettre sans faire valoir leurs intérêts¹¹⁴.

La sentence était rédigée pour faire date : on soulignait, en exagérant un peu, que le principe interventionniste n'était pas nouveau, renvoyant (seulement) à la décision de 1888. De fait, d'autres décisions similaires furent ensuite rendues, en particulier sous la République de Weimar, où le *Reichsgericht* se mit à viser explicitement le § 138 du BGB (nullité de l'acte contraire aux bonnes mœurs) pour corriger certains déséquilibres dans des contrats passés avec des agents économiques en situation de monopole¹¹⁵. Nous avons déjà vu la Cour de cassation avancer des raisons similaires, mais celles-ci traduisaient une conception très classique, répressive, de l'ordre public : l'entrepreneur en situation dominante est plus enclin à commettre des fautes, et donc à nuire à la société, c'est pourquoi il ne doit pas facilement pouvoir s'exonérer. Pour le RGH, c'est l'exploitation d'une position économique privilégiée qui, en elle-même, constituait une entorse aux bonnes mœurs, car elle privait l'autre partie de sa liberté de défendre ses intérêts, et justifiait que le juge disposât de prérogatives exorbitantes du droit commun des contrats. Couvert par

¹¹³ Quelquefois aussi la Cour de cassation fit implicitement usage d'un tel raisonnement en visant l'article 1382 (resp. délictuelle) dans des décisions sur les clauses de non-garantie : implicitement, la faute est si grave qu'elle ne peut être rattachée à l'exécution du contrat. Cf. Civ. 9 nov. 1915, D. 21-1-23.

¹¹⁴ RGZ 25, 104 (8 janv. 1906, I. Civilsenat), S. 266. Le fait que la faute tienne un peu délit civil, et qu'on ne puisse s'exonérer de ses délits, ce que rappelle la décision, a pesé, même si, en fin de compte, c'est bien une solution en termes de responsabilité contractuelle qui est adoptée.

¹¹⁵ RGZ 102, 396 ; RGZ 103, 82 ; RGZ 106, 386 ; RGZ 115, 218. Voir sur cette évolution, liée aussi à la crise économique consécutive à la guerre, et s'inscrivant dans un mouvement plus général d'innovations jurisprudentielles en faveur des débiteurs (dont on verra une présentation très détaillée à propos de la révision pour imprévision dans Bernd Rüthers, *Die unbegrenzte Auslegung*, Tübingen, 8. Aufl., 2017) : Sibylle Hofer, §§ 305-310. *Gestaltung rechtsgeschäftlicher Schuldverhältnisse durch Allgemeine Geschäftsbedingungen*, Teil I, in: Mathias Schmoeckel/Joachim Rückert/Reinhard Zimmermann (Hg.), *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB*. Bd. II, *Schuldrecht. Allgemeiner Teil*, 2. Teilband §§ 305-432, Tübingen, 2007, S. 1413-1440, spclt. S. 1420 ff., avec bibliographie. Voir aussi Lars Leuschner, *AGB-Recht für Verträge zwischen Unternehmen*, Abschlussbericht vom 30. September 2014, en ligne, S. 16 ff.

le § 138, le plus haut tribunal de l'Empire préfigurait déjà ce qui deviendrait le droit des clauses abusives, mais uniquement dans les cas de monopole. Moins qu'à une conception socialiste ou marquée par la théorie de l'abus de droit, cette jurisprudence nous paraît surtout se rattacher à une vision ordo-libérale de l'économie, telle que la défendrait l'école de Fribourg.

Dans les évolutions retracées jusqu'à présent, l'idée qu'on ne doit pas contredire par une clause de non-garantie une obligation du contrat, *parce qu'elle est essentielle*, ne jouait aucun rôle argumentatif déterminant. Ce n'est pas qu'on n'évoquât jamais ce motif, au contraire : mais, quand d'aventure on l'avancait, c'était toujours joint à d'autres considérations plus décisives. En Allemagne, malgré la liberté de ton du *Reichsgericht*, on ne le trouve que dans une seule des décisions consultées¹¹⁶. En France, sauf dans l'arrêt déjà cité sur le contrat de louage, on ne le trouve jamais que sous la plume des juges du fond, sans être repris ensuite par la Cour de cassation, preuve qu'il renvoie plus à une règle d'interprétation qu'à vraie condition juridique de validité¹¹⁷. C'est une formule incantatoire, rhétorique, mais non un principe contraignant donnant un résultat à peu près prévisible.

Mais voilà qu'à l'orée du xxe siècle les choses changèrent. Au même moment où, à Leipzig, on maniait le § 138, à Paris, Raymond Saleilles, dans son commentaire du BGB publié en 1901 sous le titre *De la déclaration de volonté*, inventait l'expression de « contrat d'adhésion », pour désigner une situation à ses yeux nouvelle depuis l'entrée dans l'ère industrielle¹¹⁸, où une partie se trouvait engagée avec une autre beaucoup plus puissante économiquement dans un contrat auquel elle s'était contentée de souscrire, sans avoir pu négocier son contenu. Aussitôt, c'est une histoire bien connue, des voix autorisées, celles de Maurice Hauriou et Léon Duguit notamment, soulignèrent la pertinence de la remarque du professeur bourguignon et remarquèrent que les contrats d'adhésion — comme les règlements d'atelier dont les tribunaux souvent avaient à connaître — tenaient plus de l'acte unilatéral que du véritable contrat : une volonté domine nettement l'autre et lui impose sa loi, en série¹¹⁹. Ne fallait-il pas, pour ces figures à tête de Janus, mi contrats, mi normes privées, où le consentement par rencontre de deux volontés paraissait une fiction éloignée du réel, des règles d'interprétation spéciales, tenant compte des implications sociales du contrat¹²⁰ ?

Quand les esprits férus de révolution sonnaient déjà le glas de la théorie classique du contrat fondée sur la volonté individuelle, un jeune magistrat docteur en droit, Geor-

¹¹⁶ RGZ 11 100 (16 juin 1883, I. Civil senat), S. 110 (note 81).

¹¹⁷ Voir S. ex. Nancy, 5 janv. 1860, S. 60-1-899 ; Alger, 16 déc. 1846, D. 47-2-1.

¹¹⁸ Raymond Saleilles, *De la déclaration de volonté*, commentaire du § 133 (dans l'interprétation des conventions, on doit rechercher la volonté réelle plus que la fidélité à la lettre), Paris, 1901, S. 229-230. Voir François Chenedé, Raymond Saleilles. Le contrat d'adhésion (2e partie), *Revue des contrats* 2012-3, S. 1017-1040.

¹¹⁹ Les références désirées se trouveront dans l'art. de François Chenedé (note 119).

¹²⁰ Nous avons déjà vu la Cour de cassation, quelquefois, écarter telle exonération de responsabilité en se fondant sur les conséquences sociales qu'elle aurait, répétée dans une série de contrats semblables (Civ. 26 janv. 1859, D. 59-1-66).

ges Dereux, nourrissait, en 1905, une ambition plus modeste¹²¹ : proposer une méthode d'interprétation de ces contrats d'adhésion qui restât conforme aux principes habituels de la matière. Il faut partir du principe, écrivait-il, que, en général, l'adhérent ne prête attention qu'aux éléments essentiels de la convention : le prix du voyage et sa destination, la valeur assurée et le montant de la prime, etc. Ceux-ci sont souvent rappelés dans les lettres qui ont précédé la conclusion du contrat, ou précisés à l'oral, avec le représentant de la compagnie ; ils peuvent aussi être négociés de gré à gré. Ce qu'il se fait en revanche imposer, ce sont les clauses accessoires, celles imprimées sur de longs formulaires ou au dos du billet qu'il ne peut lire — s'il les lit — qu'*après* l'avoir acheté¹²². Celles-ci « ne doivent produire d'effet juridique contre l'adhérent, écrit Dereux, que si elles ont pour résultat de préciser et de compléter les clauses essentielles, mais non si elles viennent métamorphoser subrepticement l'essence du contrat. Car elles n'ont été acceptées par l'adhérent qu'avec cette restriction tacite. »¹²³

Telle est la première formulation que nous ayons trouvée du principe aujourd'hui consacré par l'article 1170. S'il n'a pas aussitôt trouvé d'écho dans la jurisprudence française¹²⁴, ce n'est pas tant en raison du caractère incertain de la notion d'*obligation essentielle* du contrat — c'est la critique qu'adressait Hauriou à Dereux¹²⁵ —, que parce que l'heure était plutôt à l'assouplissement des conditions d'admission des clauses de non-garantie, qui, à partir des années 1920, et encore plus après la guerre, n'étaient plus écartées qu'en face d'un manquement suffisamment grave du débiteur (un dol ou une faute lourde), et produisaient tout leur effet (et non plus simplement un renversement de la charge de la preuve) en cas de faute légère¹²⁶. Cependant, en prenant l'habitude d'assimiler à une faute lourde tout manquement assez important à un engagement essentiel de la convention, les juges du fond, avec la bienveillance du Quai-de-l'Horloge, parvenaient, au prix de détours sinueux, et pour les seules clauses d'irresponsabilité, à une solution à peu près équivalente à celle de Dereux¹²⁷. En 1994, la Cour de cassation abandonnait le truchement de

¹²¹ Georges Dereux, *De l'interprétation des actes juridiques privés*, Paris, 1905, S. 153 ff. Les idées du chapitre de ce livre relatif aux contrats d'adhésion sont reprises dans Id., *De la nature juridique des « contrats d'adhésion »*, RTD civ. 9 (1910), S. 503-541.

¹²² On complétait encore souvent à la main, sur des formulaires pré-imprimés, les éléments principaux tels que le prix.

¹²³ Dereux, *De la nature...*, (note 122), S. 528.

¹²⁴ Deux décisions belges, citées par Delebecque (note 22), S. 182-183, paraissent consacrer un principe similaire à celui de l'art. 1170 (ou de la jurisprudence Chronopost) : Cass., 23 nov. 1911 (Pasicrisie belge 1911, I, S. 556) et Cass., 25 sept. 1959 (Pasicrisie, I, S. 118), mais dans un contexte où le débiteur a de toute façon commis une faute lourde.

¹²⁵ Dereux, *De la nature...*, (note 122), S. 535.

¹²⁶ Sur cette évolution, voir Delebecque (note 22), S. 16-17 (avec bibliographie la documentant). Il cite notamment Civ., 10 janv. 1928, Gaz. Pal. 28-1-530 ; Soc., 15 juill. 1949, S. 49-1-19. On lit encore dans Civ., sect. com., 15 juin 1959, D. 60-1-97, l'attendu de principe suivant : « seul le dol ou la faute lourde de la partie qui invoque [...] une clause d'irresponsabilité [...] peuvent faire échec à l'application de ladite clause ». La solution est fondée sur l'art. 1134 (pacta sunt servanda et exécution de bonne foi des conventions).

¹²⁷ Civ Ire, 18 janv. 1984 (n° 82-15.103, Bull. I, Nr. 27).

la faute lourde¹²⁸, et, pour remplir le vide, recourut en 1996, dans la décision *Chronopost* que nous mentionnions, à l'argument de la cause dont nous avons vu la pertinence historique, puisque quelques décisions du xix^e siècle étaient fondées implicitement sur cette idée.

Différente fut l'évolution en Allemagne. La doctrine n'y fut pas non plus insensible au problème spécifique des contrats d'adhésion, que l'on appelle *allgemeine Geschäftsbedingungen* (AGB, conditions générales d'affaires). Cette expression fut popularisée par une étude, publiée en 1935 par Ludwig Raiser¹²⁹, qui, critiquant la jurisprudence du Tribunal impérial sur les monopoles, trop marquée par l'individualisme et surtout limitée dans ses effets, jetait les fondements d'un régime juridique interventionniste limitant la liberté contractuelle au nom de la préservation des intérêts collectifs. Ce livre était dans l'air d'une époque où les nazis étaient tout à vilipender le droit bourgeois du BGB, technique et éloigné de la spontanéité supposée du peuple. Débarrassé des scolies enthousiastes qu'y ajouta la doctrine national-socialiste et de ses passages les plus excessifs, il n'en répondait pas moins assez précisément, y compris sur le plan technique, à un problème bien réel. Le Tribunal fédéral, successeur du *Reichsgericht* après la guerre, élargit le champ de son contrôle des clauses abusives, même aux cas où aucun monopole n'était établi¹³⁰. Nombre des règles proposées par Raiser furent reprises dans la loi sur les clauses abusives de 1976¹³¹, aujourd'hui codifiée aux § 305 et suivants du BGB.

Un principe, toutefois, ne s'y trouvait pas : c'est celui qu'on a vu énoncé par Dereux, et qui constitue, quoique sous une forme différente, le § 307, Abs. 2, Nr. 2, du BGB, cité en introduction. Cet article trouve bien plutôt sa source immédiate dans l'habitude prise peu à peu à partir de 1956 par le Tribunal fédéral d'insister sur le caractère « cardinal »¹³² de l'obligation concernée par une clause d'irresponsabilité pour rendre inefficace celle-ci, en application du principe général de bonne foi (ce pourquoi le § 242 du BGB était souvent mentionné¹³³). L'idée sous-jacente, un peu comme en France à la même époque,

¹²⁸ Civ. Ire, 23 fév. 1994, Nr. 92-11.378 : le fait de mettre à disposition du client d'un garage un emplacement subissant une inondation est contraire à l'obligation essentielle du contrat de bail de faire jouir de la chose louée, et ne saurait donc être couvert par la clause exonératoire.

¹²⁹ Ludwig Raiser, *Das Recht der allgemeinen Geschäftsbedingungen*, Hamburg 1935.

¹³⁰ Par exemple, NJW 1963, 99 (29 oct. 1962 ; II ZR 31/61), Leitsatz : « Eine in Allgemeinen Lagerungsbedingungen enthaltene Haftungsbegrenzungsklausel ist regelmäßig unwirksam, soweit die Haftung für einen durch den Verlust des Lagergutes entstandenen unmittelbaren Schaden auch in Fällen grober Fahrlässigkeit des Lagerhalters selbst oder seiner leitenden Angestellten beschränkt wird. Dies gilt auch dann, wenn der Lagerhalter keine Monopolstellung einnimmt. »

¹³¹ Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB-Gesetz), BGBl. 15 déc. 1976.

¹³² L'expression de Kardinalpflicht provient de Hans Wüstendörfer, *Studien zur modernen Entwicklung des Seefahrtsrechts*, Dresden, Bd. I, S. 582, qui désigne ainsi l'obligation pour le frétteur de livrer un bateau en bon état. Elle est citée dans BGH NJW 1956, 1065 (6 mars 1956, I ZR 132/54) : un frétteur ne peut, sans enfreindre le § 242 et sans abuser de manière immorale de sa position monopolistique, stipuler qu'il ne répondra pas des vices du navire. Le fait que ce soit une Kardinalpflicht est dans cet arrêt un élément parmi d'autres, non indispensable à l'argumentation. Sur cette jurisprudence, voir Leuschner (note 116), S. 17 ff., et les décisions citées.

¹³³ Le § 242 était imposé, plus adapté que § 138 (lequel valait surtout comme outil de sauvegarde de l'ordre

était que l'inexécution, même non intentionnelle, d'une obligation essentielle constitue un manquement assez grave, dont on ne saurait donc s'affranchir¹³⁴. L'argument restait classique et ses effets circonscrits, notamment au domaine du fret maritime.

En inscrivant dans la loi sur les AGB la règle devenue aujourd'hui le § 307, Abs. 2, Nr. 2, le parlement entendait confirmer la jurisprudence sur les *Kardinalpflichten*¹³⁵, lui donnant désormais une assise propre, tout en continuant de la faire émaner de l'exigence de bonne foi. Le principe qu'il dégageait, à savoir l'idée qu'on ne peut apporter sans contrevenir à la bonne foi des limitations à des obligations découlant de la « nature du contrat », au point d'en détruire le « but », n'avait jamais été énoncé ainsi par le BGH¹³⁶. En dépit du caractère imprécis de l'expression, ou grâce à lui, les juges donnèrent carrière, à partir de là, à des innovations beaucoup plus audacieuses et assumées.

Il n'y a pas en effet que des clauses de non-garantie que le tribunal de Leipzig ait réputées non écrites sur le fondement du § 307¹³⁷. À plusieurs reprises, des clauses de fond ont aussi été écartées¹³⁸. Ainsi, un contrat d'assurance contre la maladie ne saurait poser comme condition pour l'assuré d'avoir un travail régulier, puisque ce genre d'assurance sert notamment lorsqu'on ne peut plus travailler à cause d'une maladie¹³⁹. Un transporteur

public, non de répression des abus au sein d'un contrat), pour tout ce qui relevait du contrôle du contrôle de l'équilibre contractuel dans le cadre des AGB (voir déjà Hans-Carl Nipperdey, Die Grundprinzipien des Wirtschaftsverfassungsrechts, Deutsche Rechtszeitschrift 5 (1950), S. 193-198, qui suggérait ce fondement plutôt que le § 138). La première décision à viser cet article est BGH NJW 1956, 908 (6 mars 1956, I ZR 154/54), pour annuler une clause exonérant du dol et de la faute lourde (ce qu'on pouvait de toute façon faire au moyen du § 276, qui avait codifié la règle de D. 50, 17, 23), mais l'idée qu'une clause exonératoire ne peut être contraire à la bonne foi est déjà exprimée S. ex. dans BGH 20 nov. 1953, I ZR 269/5, Nr. II. Toutes les décisions annulant des clauses d'irresponsabilité ne se réfèrent pas explicitement à cet article, mais mentionnent souvent le standard de la Treu und Glaube (p. ex. : NJW 1968, 1567 (29 janv. 1968 ; II ZR 18/65)).

¹³⁴ Voir par exemple NJW 1963, 99 (29 oct. 1962 ; II ZR 31/61) : extrait cité note 131.

¹³⁵ C'est ce qu'indiquent les motifs du projet de loi présenté au Bundestag le 6 août 1975 (Drucksache 7/3919, Gesetzentwurf der Bundesregierung. Entwurf eines Gesetzes zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, zu § 7, S. 23) : « Auch das in Absatz 2 Nr. 2 vorgesehene Kriterium ist durch die höchstrichterliche Rechtsprechung vorgezeichnet. So ist z. B. die Wirksamkeit von Freizeichnungsklauseln wiederholt unter Hinweis darauf verneint worden, daß der Klauselverwender sich mit ihnen einer Kardinalpflicht entziehen und den Vertrag seines Sinnes entleeren würde. »

¹³⁶ Même si l'on insiste souvent sur le caractère fondateur de la jurisprudence sur les Kardinalpflichten, le BGH n'énonce son principe qu'en de rares occasions. Voici les décisions antérieures à 1970 où l'expression Kardinalpflicht apparaît. 1°. BGH NJW 1956, 908 (6 mars 1956, I ZR 154/54, citée note 133). S'approchent de la formulation d'un principe : 2°. BGH 23 juin 1966 (II ZR 81/63) : « Die Frage ist aus denselben Gründen, die der Bundesgerichtshof für die Freizeichnung von der Haftung für verschuldete Seeuntüchtigkeit [...] dargelegt hat, zu verneinen, da es sich bei der Stellung eines fahrtüchtigen Schiffes um eine Kardinalpflicht des Schiffseigners und des Frachtführers handelt, die aus schiffahrtsrechtlichen Gründen nicht wegbedungen werden kann. » 3°. BGH NJW 1968, 1567 (29 janv. 1968 ; II ZR 18/65) « Ebensovienig wie die Haftung des Schiffseigners kann die Haftung des Schiffsführers für die «Kardinalpflicht» der Fahr- und Ladungstüchtigkeit des Schiffes ausgeschlossen werden. » Voir enfin BGH 13 mars 1969, II ZR 58/67.

¹³⁷ BGH NJW 1984, 1350 (19 janv. 1984, VII ZR 220/82) ; BGH NJW 1984, 1452 (22 fév. 1984, VIII ZR 238/82) : clause excluant responsabilité pour presque tous les vices d'une voiture d'occasion.

¹³⁸ Voir la jurisprudence dans l'édition Beck du BGB, sous le § 307 (n° 7).

¹³⁹ BGH NJW, 2008, 18 (27 fév. 2008, IV ZR 219/06), Leitsatz : « Wird in einer Krankentagegeldversicherung

par autocar ne peut stipuler de clause selon laquelle il n'est pas tenu (avec des frais éventuels) de remplacer un ticket perdu ou volé car le voyageur n'a alors pratiquement plus aucun moyen de faire valoir sa prétention à l'exécution de l'obligation de l'autre partie¹⁴⁰. L'idée dominante ici est à chaque fois que le contrat est (après coup) vidé de tout intérêt pour l'une des parties, ou qu'il devient impropre à atteindre le but que les parties avaient en principe en vue.

Plus étonnant, le BGH répute parfois non écrites sur le fondement du § 307, Abs. 2, Nr. 2, des clauses qui alourdissent l'obligation d'une partie, par exemple pour écarter l'interdiction faite au locataire d'avoir un animal chez lui, ou même réduire une durée d'engagement excessive dans un contrat de maintenance¹⁴¹. L'idée justifiant ces solutions, exprimée dans un attendu de principe, est qu'on ne saurait imposer à son cocontractant, pour son propre avantage, des obligations sans tenir compte de l'intérêt de celui-ci¹⁴². Le principe est volontairement assez vague pour ne pas être trop restrictif.

Ces quelques exemples donnent une idée des directions que pourrait suivre la jurisprudence en France en application de l'article 1170 : écarter, non seulement des clauses diminuant l'obligation du proferant, mais encore, ce qui va au-delà de la lettre du texte, celles imposant des charges ou restrictions à l'autre partie. La Cour d'appel de Paris s'est déjà orientée dans cette voie, dans un arrêt rendu en septembre 2021. Une association avait conclu avec une société de location de photocopieurs un contrat sur 21 trimestres, dont les loyers prenaient en compte, outre le matériel fourni, le rachat de contrats de même nature passés antérieurement avec une autre société similaire. Une clause stipulait de lourdes pénalités si l'association ne renouvelait pas ensuite son contrat pour un second terme. Il a été décidé que celle-ci, privant de sa substance l'obligation essentielle du débiteur, qui ne visait qu'une location pour une durée inférieure, était sans valeur¹⁴³. Peu important l'opportunité, discutable, de cette décision dans ce cas d'espèce, on voit en tout cas que, comme leurs homologues du BGH, les juges français ont souhaité utiliser le critère de contrariété à l'essence du contrat pour réduire un engagement. Il s'agit de protéger l'essence économique du contrat : que le terme crée un engagement très lourd et non justifiable au vu de l'échange commercial concrètement réalisé, il pourra être écarté. L'absence de raison économique et le coût pour l'autre partie sont les deux critères décisifs.

rung die Versicherungsfähigkeit eines Arbeitnehmers und damit der Fortbestand des Versicherungsvertrages vom ununterbrochenen Vorhandensein eines festen Arbeitsverhältnisses abhängig gemacht, schränkt das wesentliche Rechte, die sich aus der Natur der Krankentagegeldversicherung ergeben, so ein, dass die Erreichung des Vertragszwecks gefährdet ist (§ 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB). »

¹⁴⁰ BGH NJW 2005, 1774 (1er fév. 2005, X ZR 10/04).

¹⁴¹ BGH NJW 2008, 218 (14 nov. 2007, VIII ZR 340/06) ; BGH NJW 2003, 886 (17 déc. 2002, X ZR 220/01).

¹⁴² Seconde décision citée note 142 : « Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs stellt eine Klausel, in der der Verwender mißbräuchlich eigene Interessen auf Kosten des Vertragspartners durchzusetzen versucht, ohne von vornherein die Interessen seines Partners hinreichend zu berücksichtigen und ohne ihm einen angemessenen Ausgleich zuzugestehen, eine unangemessene Benachteiligung des Vertragspartners des Klauselverwenders. »

¹⁴³ Paris, 10 sept. 2021, Nr. 18/06258.

III. CONCLUSION

La permanence apparente de l'argument fondé sur l'incohérence du contrat pour en éliminer une des parties est l'élément le plus saillant de l'enquête historique que nous avons menée. Souvent, par le passé comme aujourd'hui, on a invoqué que telle clause, tel pacte, est incompatible ou contradictoire avec les obligations faisant l'essence d'un contrat pour obtenir de rescinder ou tenir pour inexistant le premier en laissant subsister le second. L'argument ne peut à lui seul être décisif que si cette essence est déterminée, c'est-à-dire si le référentiel du contrôle est connu et s'il y a donc consensus à ce sujet. Dans le *ius commune*, cela était toujours supposé. Etant donné le cadre de tel ou tel contrat nommé, il s'agissait de déterminer jusqu'à quel degré de liberté contractuelle on pouvait arriver par des modifications annexes. On ne s'inquiétait donc pas en général que l'une des deux volontés ait pu être manipulée par des adjonctions subreptices : telle n'était pas la perspective adoptée. Les solutions techniques proposées pour établir le sort du *pactum contra substantiam* (autre qu'elles ne donnaient pas toujours de critère très applicable pour trancher entre nullité partielle ou totale) n'étaient donc pas reliées à des considérations sur la justice contractuelle, sauf dans de rares cas, comme à propos des clauses inégaux du contrat de société ou des clauses de responsabilité.

Aujourd'hui, et depuis que le système de liberté contractuelle s'est établi, l'argument essentialiste n'intervient pas pour déterminer si le contrat est sanctionné par une action. En revanche, il est, depuis le XIX^e siècle, utilisé quelquefois pour le modifier dans des cas où on l'estime déséquilibré ou malhonnête (ce que dit très bien le § 307, et qui semble être, au vu de la jurisprudence existante, une condition implicite de l'article 1170). Nous avons vu que, bien souvent, et de manière constante à travers l'histoire, l'argument essentialiste a une fonction rhétorique et qu'il apparaît pour cette raison rarement seul. D'autres considérations plus techniques sont généralement avancées en même temps, qui se réduisent toujours à ceci : ou bien, que la clause est immorale, ou qu'elle n'a pas été vraiment consentie, ou qu'elle est dépourvue de cause (au sens étroit) ou de raison économique (ce qui donne un pouvoir beaucoup plus large d'appréciation, y compris à propos du déséquilibre des prestations)¹⁴⁴. Ces trois sortes de justifications ne sont pas toutes situées sur le même plan. Les deux premières tendent à affirmer le caractère répréhensible de la clause en elle-même, mais ne supposent pas que celle-ci se situe dans un rapport d'accessoire avec le reste du contrat. Il est vrai que, souvent, cette relation de subordination est assez évidente — c'est ce qui permet de l'éliminer seule, en laissant subsister le reste du contrat —, et que le contentieux ne porte alors pas sur la détermination de l'essence du contrat¹⁴⁵.

¹⁴⁴ Voir encore Glück (note 78), S. 217, qui précise que les pactes contraires à la nature du contrat ne valent que s'ils ne nuisent pas au but (Zweck) de celui-ci.

¹⁴⁵ C'est-à-dire que le défendeur, qui veut maintenir la clause, adopte une autre stratégie que de prouver que l'obligation apparemment essentielle ne l'est pas. Il dit par exemple qu'elle n'est pas complètement détruite, invoque la liberté contractuelle, ou dit que la clause n'est pas illégale.

La troisième justification, en revanche, est en fait surtout une reformulation de l'argument fondé sur l'essence du contrat. Elle revient à dire que l'obligation essentielle est déduite à partir du but économique ou social du contrat. Comme ce but ne peut être déterminé exclusivement à partir du contenu du contrat (sauf à revenir au problème circulaire initial¹⁴⁶), il constitue donc une notion autonome : c'est ce que les parties sont convenues en gros de faire, généralement au cours de pourparlers précontractuels, en s'accordant sur un descriptif synthétique de l'opération à réaliser. En somme, c'est à partir des *præfationes contractus*, pour reprendre la formule d'Alciat, que le but du contrat peut être découvert. Ainsi entendu, il peut assez aisément être prouvé : c'est celui qui est exprimé dans les échanges préalables à la conclusion du contrat, dans les documents commerciaux, etc., et sur lequel un consentement préalable au moins a eu lieu. Il s'exprime concrètement souvent comme une combinaison d'un ou plusieurs contrats nommés.

Ici, le droit moderne paraît rejoindre le *ius commune*, bien que dans une logique très différente où les types ne sont plus des quasi-idées platoniciennes, comme au Moyen-Âge, mais une sorte de langue juridique profane, faite de catégories utilisées dans la phase de négociations pour établir la physionomie d'ensemble du contrat, et combinée à une analyse de la raison d'être économique du contrat. Si l'art. 1170 est destiné à avoir une portée plus étendue que ne l'avait l'ancienne jurisprudence fondée sur la cause, ce pourrait être en interprétant la notion d'obligation essentielle par rapport à ce critère.

RÉFÉRENCES BIBLIOGRAPHIQUES

1. Sources

Accursius, *Glossa ordinaria ad Corpum iuris civilis*, in: *Corpus iuris civilis Iustiniani*, Lyon 1627

André Alciat, *Commentarium ad tit. « Si certum petatur »* in: *Clarissimæ lucubrationes in ius civile*, Bd. III, Basileæ [1549]

Jean d'Avezan, *Contractuum liber*, Aureliæ 1644

Azo, *Apparatus ad Codicem* (München, BSB, Clm 14028 ; Vaticano, BAV, Vat.lat.1408)

Azo, *Summa codicis*, Papiæ, 1506, réimpr. anast. *Azonis Summa super codicem. Instituta extraordinaria*, Torino 1966

Baldus de Ubaldis, *In primam (resp. secundam) veteris partem Commentaria*, Venetiis 1577

August Bessel, *Das preußische Eisenbahnrecht*, Köln 1857

¹⁴⁶ C'est-à-dire au fait qu'on ne peut pas déterminer l'essence du contrat sans prendre en compte toutes ses clauses, et qu'il est donc arbitraire de qualifier telle clause d'essentielle pour éliminer les autres.

- Henri Capitant et alii, *Grands arrêts de la jurisprudence civile*, 13. Aufl., Paris 2015
- François Chenedé, Raymond Saleilles. *Le contrat d'adhésion (2e partie)*, *Revue des contrats* (2012-3), S. 1017-1040.
- Jacques Cujas, *Quæstiones Papiniani*, lib. X, l. « pacta conventa » (D., 18, 1, 72), in: *Opera omnia in decem tomos distributa*, Neapoli 1728, Bd. IV
- Désiré Dalloz, *Répertoire méthodique et alphabétique de législation, de doctrine et de jurisprudence*, Paris 1845-1870
- Philippus Decius, *De regulis iuris*, Lugduni 1568
- Georges Dereux, *De l'interprétation des actes juridiques privés*, Paris 1905
- Id., *De la nature juridique des « contrats d'adhésion »*, *RTD civ.* 9 (1910), S. 503-541
- Jean Domat, *Les Loix civiles dans leur ordre naturel*, Paris 1689
- Hugues Doneau, *Commentarium de iure civili*, Lucae 1763
- Pierre-Antoine Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Paris 1827
- Johann Paul Fetzer, *Disputatio inauguralis de irregularitate contractuum*, Altdorffi 1676
- Christian Friedrich von Glück, *Ausführliche Darstellung der Pandecten nach Hellfeld*, Erlangen 1796
- Levin Goldschmidt, *Das receptum nautarum, cauponum, stabulariorum. Eine geschichtlich-dogmatische Abhandlung*, *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht* 3 (1860), S. 58-118 et 331-385
- Antonio Gomez, *Commentaria tripartita*, in: *Commentaria varia resolutionum iuris civilis*, Venetiis 1572
- Johannes Teutonicus, *Glossa ordinaria in Decretum Gratiani*, in: *Corpus iuris canonici*, Romæ 1582
- Johann Gottlieb Heineccius, *Elementa iuris naturæ et gentium*, Venetiis 1764
- François Hotman, *Quæstionum illustrium liber*, Hanoviæ 1601
- Léobon Larombière, *Théorie et pratique des obligations*, éd. revue, Paris 1885
- Charles Lyon-Caen, Louis Renault, *Traité de droit commercial*, 4. Aufl., Bd. III, Paris 1906
- Francesco Mantica, *Vaticanæ lucubrationes de tacitis et ambiguis conventionibus*, Bd. I, Genevæ 1680
- Victor-Napoléon Marcadé, *Explication théorique et pratique du Code Napoléon*, 7. Aufl., Paris 1875

- Philippe-Antoine Merlin, Recueil alphabétique de questions de droit, 4. Aufl., Bd. XIV, Bruxelles 1829
- Philippe-Antoine Merlin, Répertoire universel et raisonné de jurisprudence, 4. Aufl., Paris, 1812-1825
- Gerhard Noodt, Ad edictum de pactis, in: Opera omnia, Lugduni Batavorum 1760
- Pedro de Oñate, Tractatus de contractibus, Romæ 1647
- Jean-Marie Pardessus, Cour de droit commercial, 6. Aufl., Paris 1856-57
- Paulus de Castro, In Secundam Digesti Veteris partem Commentaria, Lugduni 1585
- Maurice Picard/André Prudhomme, De la résolution judiciaire pour inexécution des obligations, Revue trimestrielle de droit civil 11 (1912)
- Robert Joseph Pothier, Traité des obligations, Paris 1761
- Samuel Pufendorf, De jure naturæ et gentium, Londini Scanorum 1672
- Ludwig Raiser, Das Recht der allgemeinen Geschäftsbedingungen, Hamburg 1935
- Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance Nr. 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, JORF Nr. 35, 11 fév. 2016, texte Nr. 25
- Ernst Rundnagel, Die Haftung der Eisenbahn für Verlust, Beschädigung und Lieferfristüberschreitung nach deutschem Eisenbahnfrachtrecht, Leipzig 1906
- Raymond Saleilles, De la déclaration de volonté, Paris 1901
- Sigismondo Scaccia, Tractatus de commerciis et cambio, Coloniae 1620
- Samuel Stryk, Usus modernus, Bd. III, D. 17, 2, § 22, S. 243
- Conrad Summenhart, Tractatus de contractibus licitis atque illicitis, Venetiis 1580
- Raymond Théodore Troplong, Commentaire du contrat de société en matière civile et commerciale, Bruxelles 1843
- Arnold Vinnius, Selectæ iuris quæstiones, Roterdami 1664
- Johannes Voet, Commentarius ad Pandectas, Hagæ Comitum 1726
- Johann Gerhard Vogel, Dissertatio de precario, Gœttingæ 1786
- Samuel Willenberg, De societate leonina dissertatio (in: Selecta iurisprudentiæ civilis, Gedani 1728)
- Ulrich Zasius, Singulares responsæ (in: Opera omnia, Bd. V, Francofurti 1570)

2. Bibliography

Léon Alphanéry, *Des clauses d'irresponsabilité dans le contrat de transport*, thèse Aix 1890

Italo Birocchi, *Notazioni sul contratto. A proposito di un recente lavoro di G. Alpa*, *Quaderni fiorentini*, 19 (1990), S. 637-660

Id., *Tra elaborazioni nuove e dottrine tradizionali. Il contratto trino e la „natura contractus“*, *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico* 19 (1990), S. 243-323

Id., *Causa e categoria generale del contratto. Un problema dogmatico nella cultura privatistica dell'età moderna. 1. Il cinquecento*, Torino 1997, S. 36-50

Christoph H. Brecht, *Zur Haftung des Schiffers im antiken Recht*, München 1962

Nélia Cardoso-Roulot, *Les obligations essentielles en droit privé des contrats*, Paris 2008

François Chenedé, Raymond Saleilles. *Le contrat d'adhésion (2^e partie)*, *Revue des contrats* (2012-3), S. 1017-1040.

Maria Fiorana Cursi, *Alle origini degli "accidentalia negotii". Le premesse teoriche della categoria moderna nelle sistematiche dei giuristi romani*, *Index* 29 (2001), S. 301-338

Désiré Dalloz, *Répertoire méthodique et alphabétique de législation, de doctrine et de jurisprudence*, Paris 1845-1870

Philippe Delebecque, *Les clauses allégeant les obligations dans les contrats*, thèse Aix 1981

David Deroussin, *Histoire du droit des obligations*, 2. Aufl., Paris 2012

Charlotte Deslauriers-Goulet, *L'obligation essentielle dans le contrat*, *Les Cahiers du Droit* 55-4 (2014), S. 923-950

Hermann Dilcher, *Der Typenzwang im mittelalterlichen Vertragsrecht*, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung. Romanistische Abteilung* 77 (1960), S. 270-303

Paul Durand, *Des conventions d'irresponsabilité*, Paris 1931

Roberto Fiori, *Il problema dell'oggetto del contratto nella tradizione civilistica*, *Ricardo Cardilli et alii (Hg.), Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato. Obbligazioni e diritti reali*, Napoli, Jovene, 2003, S. 169-238

Sophie Gaudemet, *La clause réputée non écrite*, Paris 2006

Thomas Genicon, *Le régime des clauses limitatives de réparation : état des lieux et perspectives*, *Revue des contrats* (2008-3), S. 982-1008

James Gordley, *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine*, Clarendon 1991

Paolo Grossi, Sulla "natura" del contratto. Qualche nota sur "mestiere" di storico del diritto, a proposito di un recente "corso" di lezioni, Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico 15 (1986), S. 593-620

Giuseppe Grosso, Il sistema romano dei contratti, Torino 1963

Kai-Michael Hingst, Die societates leonina in der europäischen Privatrechtsgeschichte, Berlin 2003

Sibylle Hofer, §§ 305-310. Gestaltung rechtsgeschäftlicher Schuldverhältnisse durch Allgemeine Geschäftsbedingungen, Teil I, in: Mathias Schmoeckel/Joachim Rückert/Reinhard Zimmermann (Hg.), Historisch-kritischer Kommentar zum BGB. Bd. II, Schuldrecht. Allgemeiner Teil, 2. Teilband §§ 305-432, Tübingen 2007, S. 1413-1440

Philippe Jestaz, L'obligation et sa sanction. À la recherche de l'obligation fondamentale, Mélanges Pierre Raynaud, Paris, 1985, S. 273-297

Lars Leuschner, AGB-Recht für Verträge zwischen Unternehmen, Abschlussbericht vom 30. September 2014 (en ligne : https://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/Fachinformationen/Abschlussbericht-AGB-Forschungsprojekt.pdf?__blob=publicationFile&v=4)

Grégoire Loiseau, La surprenante application de l'article 1170 du Code civil dans une relation contractuelle de travail, RDC civ. 2021-1, S. 127 ff.

Alexis Mages, Jalons historiques pour une théorie juridique du crédit (XVIe-XIXe siècle), thèse Lyon III 2008

Mustapha Mekki, Les incidences de la réforme du droit des obligations sur le droit des sociétés : rupture ou continuité ? Les clauses, Revue des sociétés, octobre 2016, S. 563-571

Philippe-Antoine Merlin, Répertoire universel et raisonné de jurisprudence, 4. Aufl., Paris, 1812-1825

Liliane Nau, Contrôle par le juge du contenu des conditions générales du contrat. Approches plurielles d'une question récente, in: Peter Jung (Hg.), Europäisches Privatrecht in Vielfalt geeint. Richterliche Eingriffe in den Vertrag, München 2013, S. 205-221.

Hans-Carl Nipperdey, Die Grundprinzipien des Wirtschaftsverfassungsrechts, Deutsche Rechtszeitschrift 5 (1950), S. 193-198

Jean-Denis Pellier, De la distinction entre la nullité et le réputé non écrit, Dalloz Actualité, 1er avril 2019

Maurice Picard/André Prudhomme, De la résolution judiciaire pour inexécution des obligations, Revue trimestrielle de droit civil 11 (1912)

Moritz Renner, Die „Natur des Vertrags“ nach § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB, Archiv für civilistische Praxis (2013-5/6), S. 677-717

Judith Rochfeld, *Cause et type de contrat*, Paris 1999

Giovanni Rotondi, *Natura contractus*, *Bullettino dell'istituto di diritto romano* 24 (1911), S. 5-115

Bernd Rüthers, *Die unbegrenzte Auslegung*, 8. Aufl., Tübingen, 2017

Mathias Schmoeckel, *Von der Vertragsfreiheit zu typisierten Verkehrspflichten. Zur Entwicklung der Vertretungsrechts*, in: Ulrich Falk/ Heinz Mohnhaupt (Hg.), *Das Bürgerliche Gesetzbuch und seine Richter. Zur Reaktion der Rechtssprechung auf die Kodifikation des deutschen Privatrechts (1896-1914)*, Frankfurt am Main 2000, S. 77-122

Ruth Seftan-Green, *La notion d'obligation fondamentale, comparaison franco-anglaise*, Paris 2000

Pietro Vaccari, "Pactum vestitur contractus cohærentia". *La concezione dei patti aggiunti nella dottrina dei glossatori*, *Conferenze romanistiche tenute nella R. Università di Pavia nell'anno 1939 a ricordo di Guglielmo Castelli*, Milano 1940, S. 207-239

Joseph Vogel/Louis Vogel, *Traité de droit économique*, Bd. III, *Droit de la consommation*, 2. Aufl., Bruxelles 2017

Raffaele Volante, *Il sistema contrattuale del diritto comune classico*, Milano 2000

