

AVERTISSEMENT

Ce document est le fruit d'un long travail approuvé par le jury de soutenance et mis à disposition de l'ensemble de la communauté universitaire élargie.

Il est soumis à la propriété intellectuelle de l'auteur : ceci implique une obligation de citation et de référencement lors de l'utilisation de ce document.

D'autre part, toute contrefaçon, plagiat, reproduction illicite de ce travail expose à des poursuites pénales.

Contact : portail-publi@ut-capitole.fr

LIENS

Code la Propriété Intellectuelle – Articles L. 122-4 et L. 335-1 à L. 335-10

Loi n°92-597 du 1^{er} juillet 1992, publiée au *Journal Officiel* du 2 juillet 1992

<http://www.cfcopies.com/V2/leg/leg-droi.php>

<http://www.culture.gouv.fr/culture/infos-pratiques/droits/protection.htm>



Université
de Toulouse

THÈSE

En vue de l'obtention du

DOCTORAT DE L'UNIVERSITÉ DE TOULOUSE

Délivré par l'Université Toulouse I Capitole (UT1 Capitole)

Discipline ou spécialité : **Droit Privé**

Présentée et soutenue par **Romain SCABORO**

Le vendredi 6 décembre 2013

Les conventions relatives à la preuve

JURY

Rapporteurs :

Monsieur Xavier LAGARDE, Professeur à l'Université Paris X Nanterre.
Madame Pascale DEUMIER, Professeur à l'Université Lyon III Jean Moulin.

Autre membre du jury :

Monsieur Matthieu POUMARÈDE, Professeur à l'Université Toulouse I Capitole.

Directeur de thèse :

Monsieur Bernard BEIGNIER, Recteur de l'Académie d'Amiens.

École doctorale des Sciences juridiques et politiques (SJP)
Unité de recherche : Institut de Droit Privé (IDP)

L'université n'entend ni approuver ni désapprouver
les opinions particulières du candidat.

À ma mère

À Marie-Line

Je tiens à exprimer ma reconnaissance à Monsieur le recteur Bernard Beignier pour avoir bien voulu diriger ces travaux. Sa confiance, son écoute bienveillante, son soutien indéfectible et ses conseils toujours avisés, tout au long de ce périple, furent assurément les ingrédients ayant permis la réalisation de cette contribution.

Qu'il me soit aussi permis de remercier ceux et celles qui ont partagé, de près ou de loin, ces années à la fois éprouvantes et plaisantes.

Qu'il me soit surtout permis de remercier ma famille, Maman pour m'avoir transmis de belles valeurs, Rémi et Chloé pour m'avoir soutenu dans les périodes de doute, Eliott pour ses sourires, Jeanine et Pierre pour leur prévenance, Marie-Line pour toutes ses attentions, pour tous ces merveilleux instants de bonheur partagés ensemble.

Qu'il me soit encore permis de remercier mes amis, de leur compréhension durant ces années de thèse, d'avoir accepté de me voir moins souvent que nous l'aurions souhaité, plus particulièrement mes remerciements se dirigent vers Philippe, Louis et Laurent qui ont toujours été là.

Qu'il me soit enfin permis de remercier Séverin pour ces nombreuses heures passées à lire et corriger cette thèse, pour l'amitié qu'il me témoigne, Marie-Line, encore et toujours, pour ses critiques pertinentes mais surtout pour tout le reste.

SOMMAIRE

INTRODUCTION

PREMIÈRE PARTIE LE FONDEMENT DES CONVENTIONS RELATIVES À LA PREUVE

Titre I – La détermination des conditions de validité des conventions relatives à la preuve

Chapitre 1 – La contestation de l’ordre public comme critère des conventions de preuve

Chapitre 2 – La résurgence de l’ordre public comme critère des conventions de preuve

Titre II – L’ordre public, condition fondamentale de la validité des conventions relatives à la preuve

Chapitre 1 – La préservation de l’ordre public par le respect des fonctions de la preuve

Chapitre 2 – Le nécessaire renouvellement de la conception de l’ordre public

SECONDE PARTIE LES CONSÉQUENCES DES CONVENTIONS RELATIVES À LA PREUVE

Titre I – Le contenu des conventions relatives à la preuve

Chapitre 1 – Les aménagements directs des règles légales de preuve

Chapitre 2 – Les aménagements indirects des règles légales de preuve

Titre II – Le contrôle des conventions relatives à la preuve

Chapitre 1 – La vérification du respect de l’ordre public dans les conventions de preuve par le juge

Chapitre 2 – Les effets de la vérification des conventions de preuve sur la décision du juge

CONCLUSION GÉNÉRALE

TABLE DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

Publications

AJDA = Actualité Juridique Droit Administratif

APD = Archives de Philosophie du Droit

Bull. ass. plén. = Bulletin des arrêts de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation

Bull. ch. mixte = Bulletin des arrêts de la Chambre mixte de la Cour de cassation

Bull. civ. = Bulletin des arrêts des Chambres civiles de la Cour de cassation

Bull. crim. = Bulletin des arrêts de la Chambre criminelle de la Cour de cassation

Cah. dr. entr. = Cahier droit de l'entreprise

Comm. com. élect. = Communication - Commerce électronique

Cont., conc., consom. = Contrats concurrence et consommation

D. = Recueil Dalloz

D. affaires = Dalloz affaires

Defrénois = Revue du notariat

DH = Dalloz (hebdomadaire)

DP = Dalloz (périodique)

Dr. et pat. = Droit et patrimoine

Dr. mar. fr. = Droit Maritime Français

Dr. soc. = Droit social

Gaz. Pal. = Gazette du Palais

GAJC = Grands Arrêts de la Jurisprudence Civile

JCP E = Semaine juridique, entreprise et affaires

JCP G = Semaine juridique, édition générale

JDI = Journal du droit international

JO = Journal Officiel

Journ. not. = Journal des notaires et des avocats

Petites affiches = Les Petites Affiches

Mél. = Mélanges
RCA = Responsabilité Civile et Assurances
RDC = Revue Droit des Contrats
RDF = Revue Droit de la Famille
RD imm. = Revue de Droit Immobilier
RDSS = Revue de droit sanitaire et sociale
Rép. civ. = Répertoire civil Dalloz
Resp. civ. et ass. = Revue Responsabilité civile et assurances
Rev. arb. = Revue de l'arbitrage
Rev. crit. = Revue critique de législation et de jurisprudence
Rev. crit. dr. intern. priv. = Revue critique de droit international privé
Rev. droit banc. et financier = Revue droit bancaire et financier
Rev. jur. com. = Revue de jurisprudence commerciale
Rev. Lamy Droit des affaires = Revue Lamy Droit des affaires
Rev. sc. morales et politiques = Revue des sciences morales et politiques
RFD adm. = Revue Française de Droit Administratif
RGAR = Revue Générale des Assurances et des Responsabilités
RGDA = Revue Générale du Droit des Assurances
RIDC = Revue Internationale de Droit Comparé
RJDA = Revue de Jurisprudence de Droit des Affaires
RJPF = Revue juridique personnes et familles
RJS = Revue de jurisprudence sociale
RRJ = Revue de la Recherche Juridique
RTD civ. = Revue Trimestrielle de Droit Civil
RTD com. = Revue Trimestrielle de Droit Commercial
S. = Recueil Sirey

Juridictions

Cass. ass. plén. = arrêt de l'Assemblée Plénière de la Cour de cassation

CA = arrêt d'une cour d'appel

Cass. mixte = arrêt d'une Chambre mixte de la Cour de cassation

Cass. civ. = arrêt d'une Chambre civile de la Cour de cassation

Cass. com. = arrêt de la Chambre commerciale et financière de la Cour de cassation

Cass. crim. = arrêt de la Chambre criminelle de la Cour de cassation

Cass. req. = arrêt de la Chambre des requêtes de la Cour de cassation

Cass. ch. réunies = arrêt des Chambres réunies de la Cour de cassation

Cass. soc. = arrêt de la Chambre sociale de la Cour de cassation

CJUE = arrêt de la Cour de Justice de l'Union européenne

Cons. const. = décision du Conseil constitutionnel

CEDH = arrêt de la Cour Européenne des Droits de l'Homme

TGI = jugement d'un tribunal de grande instance

Acronymes

LGDJ = Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence

PUAM = Presses universitaires d'Aix-Marseille

PUB = Presses universitaires de Bordeaux

PUF = Presses universitaires de France

Abréviations usuelles

§ = paragraphe(s)	Nbp = Note de bas de page
Act. = actualité	N ^{o(s)} = numéro(s)
AJ = actualité juridique	Not. = notamment
Art. = article(s)	Obs. = observations
C/ = contre	<i>Op. cit.</i> = <i>opere citato</i> = dans l'ouvrage précité
Ch. = chambre	P. = page(s)
Chron. = chronique	Pan. = panorama
Coll. = collection	Préc. = précité
Com. = commentaire	Préf. = préface
Concl. = conclusions	Rééd. = réédition
Dir. = direction	Réf. = référence(s)
Doctr. = doctrine	S. = suivant(e)s
Ed. = éditeur	Sect. = section
Éd. = édition(s)	Som. = sommaires
Ex. = exemple	Som. com. = sommaire commenté
<i>Ibidem, ibid.</i> = au même endroit	Sp. = spécialement
In = dans	Supra = ci-dessus
IR = informations rapides	Trad. = traduction
Infra = ci-dessous	V. = voir
Jurispr. = jurisprudence	V ^o , V ^{is} = <i>Verbo</i> (mot), <i>Verbis</i> (mots)
<i>Loc. cit.</i> = <i>loco citato</i> = à l'endroit précité	Vol. = volume
L. = loi	

INTRODUCTION

1. **Présentation du sujet.** L'importance de la preuve n'est plus à démontrer¹, en attestent les nombreux adages sur le sujet : « *Idem est non esse et non probari* »², « *la preuve double le droit, comme l'ombre suit le corps* »³, « *la preuve est la rançon des droits* »⁴. Ces exemples témoignent de la place essentielle de la preuve en droit. En associant la notion de convention à celle de preuve, les juristes pensent immédiatement, et à juste titre, à la preuve des conventions⁵. En cas de litige, le contractant qui demande l'exécution d'une convention doit commencer par démontrer son existence pour ensuite prouver son contenu⁶. D'ailleurs, l'article 1341 du Code civil désigne les moyens de preuve recevables devant un juge⁷. En intervertissant les termes de « preuve » et de « convention », la question prend une tout autre tournure.

Les conventions sur la preuve, voilà un enchaînement moins commun ! Alors que la preuve est, en principe, au service des conventions, la situation s'inverse : la convention va être au service de la preuve. Les parties utilisent une convention en vue de prouver une autre convention, du moins son exécution. L'ombre se mêle avec le corps pour ne former plus qu'un.

¹ A. BERGEAUD, *Le droit à la preuve*, Préf. J.-C. SAINT-PAU, Bibliothèque de droit privé, tome 525, LGDJ, 2010, p. 1 et s. D'ailleurs, le rapport annuel 2012 de la Cour de cassation a pour thème la preuve. V. *La preuve, Rapport annuel 2012 de la Cour de cassation*, La Documentation française, 2013.

² « *Ne pas être ou ne pas être prouvé, c'est un tout* ». En ce sens, v. par ex., X. LAGARDE, v° *Preuve*, in Dictionnaire de la justice, sous la dir. de L. CADJET, PUF, 2004 ; H. ROLAND, L. BOYER, *Adages du droit français*, Litec, 4^e éd., 1999.

³ H. ROLAND et L. BOYER, *ibid.*

⁴ IHERING, *L'évolution du droit*, Traduction sur la 3^e éd. allemande par MEULENAERE, 1901, p 148.

⁵ Il est à remarquer que les études historiques des conventions ne font pas exception. Dans l'ouvrage de Messieurs les professeurs Lévy et Castaldo, la preuve des conventions est examinée en priorité dans le chapitre 7 relatif aux « Questions communes à toutes les conventions ». J.-Ph. LEVY et A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, Précis, Dalloz, 2^e éd. 2010, n° 579.

⁶ L'article 1315, alinéa 1^{er}, du Code civil met la charge de la preuve de la convention sur les épaules de la personne qui réclame l'exécution de cette convention.

⁷ Pour les conventions supérieures à 1500 euros, leur preuve s'effectue par l'intermédiaire d'un acte sous seing privé ou d'un acte authentique, exception faite des possibilités de basculer à la liberté de la preuve en application des articles 1347 et 1348 du Code civil.

2. **L'origine des conventions relatives à la preuve.** La pratique des conventions relatives à la preuve est bien plus ancienne qu'il n'y paraît. De nombreux accords sur la preuve ont été retrouvés dans des écrits démotiques. En Égypte antique, les parties avaient l'habitude de convenir sur la preuve jusqu'à ce que cette pratique disparaisse au VI^e siècle avant J.-C.⁸ Les premières conventions de preuve, analysées par les juges français, sont assez récentes. Elles datent du début du XIX^e siècle. La jurisprudence commença par refuser ces conventions⁹ avant de les admettre quelques années plus tard¹⁰. En outre, au début du XX^e siècle¹¹, plusieurs thèses peuvent être recensées à ce sujet.

3. « *à défaut de convention valable entre les parties* ». Pourtant, le législateur a attendu le début du nouveau millénaire pour consacrer, de façon timorée, la validité des conventions sur la preuve. Un seul article du Code civil reconnaît indirectement la possibilité de convenir sur les règles de preuve : l'article 1316-2¹². Cette disposition prévoit le règlement des conflits de preuve littérale en déterminant par tous moyens le titre le plus vraisemblable, « *à défaut de convention valable entre les parties* ». La lecture de son libellé permet d'affirmer la possibilité contractuelle d'établir la hiérarchie des titres soumis à l'appréciation du juge en cas de conflit ; une telle convention de preuve est possible. Les conventions relatives à la preuve sont autorisées en droit français par le législateur, et non plus uniquement par la jurisprudence. Un second enseignement peut être tiré de la lecture de cet article : l'efficacité de ces conventions dépend de leur validité¹³. Autrement dit, seules les règles de preuve

⁸ E. SEIDL, *La preuve d'après les documents démotiques*, in *La preuve*, Première partie Antiquité, Société Jean BODIN pour l'histoire comparative des institutions, 1964, p. 58 et 59 où l'auteur remarque que « *les parties convenaient, au sujet de la répartition des charges de la preuve, des restrictions, etc. (...) ces documents ne vont que jusqu'à Amasis et ne dépasse pas son règne. Les documents persans et ptolémaïques ne contiennent plus de tels accords de preuve* ».

⁹ Le tribunal d'appel de Caen, le 24 ventôse de l'an IX (15 mars 1801), avait décidé que « *la convention de déroger à la disposition des lois et à leur défense expresse, ne peut être admise parce que c'est une maxime constante que les parties ne peuvent déroger à ce qui est de droit public* ». S. 1801, 2, 19.

¹⁰ La Cour de Bourges en 1826, et la Cour de Rennes le 25 février 1841 ont validé la pratique des conventions de preuve. S. 1841.2.427. S'agissant de la Cour de cassation, v. Cass. civ., 17 février 1838 ; S. 1839, 1, 317. Cass. civ., 20 mars 1876 ; S. 1877, 1, 338. Cass. req., 30 juillet 1884 ; DP 1885, 1, p. 439. Cass. req., 23 novembre 1891 ; S. 1891, 1, 402. Cass. civ., 1^{er} juin 1893, S. 1893, 1, p. 285.

¹¹ G. SESCOIOREANO, *Des conventions relatives à la preuve de la libération du débiteur*, Thèse Paris, 1920. R. LE BALLE, *Des conventions sur le procédé de preuve en droit civil*, Thèse Paris, 1923. M. COCURAL, *Étude théorique et jurisprudentielle des conventions des parties en matière de preuve en droit civil français*, Thèse Toulouse, 1933.

¹² Cet article est issu de la loi du 13 mars 2000 : Loi n° 2000-230, portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique. Sur cette loi, v. J. ROCHFELD, RTD civ. 2000, obs. p. 423 ; T. ABALLEA, *La signature électronique en France, état des lieux et perspectives*, D. 2001, p. 2835.

¹³ M. MEKKI, *La gestion contractuelle du risque de la preuve (2^e partie)*, RDC 2009, p. 453.

conventionnelles valables peuvent remplacer les règles de preuve légales. Toutes les dispositions de preuve sont-elles concernées par cet hypothétique aménagement ?

4. **La possibilité de convenir sur la charge de la preuve.** L'unique référence du Code civil aux conventions de preuve se situe dans les dispositions relatives à la preuve littérale¹⁴. Cela signifie-t-il que seules les conventions sur les procédés de preuve sont admises et, plus précisément, celles réglant les conflits de preuve littérale comme l'indique la lettre de l'article 1316-2 du code précité ? Dans une telle hypothèse, la loi serait réductrice par rapport à la jurisprudence. Les conventions portant sur la charge de la preuve sont validées par le juge depuis longtemps¹⁵ et acceptées par la doctrine¹⁶, notamment par l'un des plus fervents opposants du siècle précédent aux conventions relatives à la preuve : R. Le Balle¹⁷.

5. **Les conventions sur la charge de la preuve en droit de la consommation.** Indirectement encore, le législateur reconnaît la validité des conventions sur la charge de la preuve en droit de la consommation en fixant les limites de cette technique. Le Code de la consommation interdit les clauses qui ont « *pour objet ou pour effet de créer, au détriment du non-professionnel ou du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat* »¹⁸, comme, par exemple, celles qui imposent « *au non-professionnel ou au consommateur la charge de la preuve, qui, en vertu du droit applicable, devrait incomber normalement à l'autre partie au contrat* »¹⁹. Nouvelle reconnaissance de la possibilité de convenir sur la preuve, il ne s'agit plus d'une convention sur les procédés de preuve, mais bel et bien d'une convention sur la charge de la preuve. Les clauses sur la charge de la preuve au détriment du non-professionnel ou du consommateur sont réputées non écrites²⁰. Si cet article dessine une ligne à ne pas franchir pour certaines conventions relatives à la preuve, c'est-à-dire celles relatives au fardeau de la preuve, cette précision n'intéresse que les rapports soumis au droit de la consommation.

¹⁴ Cet article se situe dans le chapitre VI du titre III du troisième livre du Code civil, la section I étant intitulée « De la preuve littérale », alors que l'article 1315 n'appartient à aucune section, le plaçant ainsi comme une disposition générale s'appliquant à toutes les situations.

¹⁵ V. par ex., Cass. req., 15 mars 1909, DP 1910, 49 ; Cass. req., 17 mai 1909, S. 1910, 1, 185.

¹⁶ V. par ex., F. FERRAND, v° *Preuve*, § 2 *Réglementation française*, in Répertoire de procédure civile, 2010, n° 29 ; V. DEPADT-SEBAG, *Les conventions sur la preuve*, in La preuve, sous la dir. de C. PUIGELIER, Economica, 2004, p. 19.

¹⁷ R. LE BALLE, *op. cit.*, p. 105.

¹⁸ Article L. 132-1 du Code de la consommation.

¹⁹ Article R. 132-1 *in fine* du Code de la consommation.

²⁰ Depuis la modification intervenue en 2009, l'article R. 132-1 du Code de la consommation pose une présomption irréfragable du caractère abusif de ces clauses.

6. **Les différentes conventions relatives à la preuve.** Les aménagements des règles légales de preuve peuvent ainsi s'opérer sur la charge de la preuve comme sur les procédés probatoires. Dès lors, se pose la question du déplacement de l'objet de la preuve. *A priori*, si la charge de la preuve ainsi que les moyens de preuve peuvent faire l'objet d'une modification conventionnelle, aucune raison ne semble justifier l'interdiction des conventions relatives à l'objet de la preuve²¹. De ce fait, le législateur aurait certainement dû insérer la reconnaissance des clauses de preuve dans les règles générales sur la preuve, par une disposition précédant ou suivant l'article 1315 du Code civil. Aussi, si les conventions sur la preuve peuvent porter sur n'importe quel élément composant le chemin probatoire²², encore faut-il savoir à quelles conditions ?

7. **Propositions doctrinales.** La doctrine a proposé²³, dans les différents projets de réforme du Code civil, d'intégrer un article prévoyant la validité des conventions de preuve. Dans l'avant-projet de réforme Catala²⁴, l'article 1289 du Code civil prévoit que « *les conventions relatives à la preuve sont licites. Néanmoins, elles ne peuvent ni écarter ni affaiblir les présomptions établies par la loi et ne peuvent davantage modifier la foi que la loi attache à l'aveu ou au serment. Elles ne peuvent davantage établir au profit de l'une des parties une présomption irréfragable attachée à ses propres écritures* ». Ce libellé ne donne aucune indication générale sur les éventuelles conditions de validité et se limite à émettre quelques interdictions. Sont-elles les seules interdictions ? Dans un nouveau titre sur « la preuve », l'avant-projet Terré propose l'insertion de l'article 142 selon lequel « *les contrats sur la preuve sont valables lorsqu'ils portent sur des droits dont les parties ont la libre disposition* »²⁵. Un seul critère : la disponibilité des droits. Est-ce suffisant ? Ni le projet

²¹ Exemple de décisions ayant accepté les conventions relatives à l'objet de la preuve : Cass. req., 16 février 1903 ; S. 1904, 1, p. 34. Cass. civ. 1^{re}, 24 février 2004, n° 02-14005, *Sté CGU Courtage c/ Vacandare : clause de valeur agréée dans un contrat d'assurance maritime*, Resp. civ. et assur., mai 2004, com. 153, note H. GROUDEL.

²² Le chemin probatoire débute par la question de la charge de la preuve, avant de se poursuivre par l'objet de la preuve, de continuer sur l'administration de la preuve, c'est-à-dire les moyens de preuve admissibles, pour terminer sur la force probante des éléments de preuve. Ce n'est qu'au bout de ce voyage que le juge tranchera le litige en faveur de l'un ou de l'autre des plaideurs. Le chemin est présenté de manière différente par certains auteurs, v. en ce sens, B. BEIGNIER et C. BLERY, avec la collaboration A.-L. THOMAT-RAYNAUD, *Introduction au droit*, sous la dir. de B. BEIGNIER, Montchrestien, 3^e éd., 2011, n° 261.

²³ La doctrine s'interroge sur la validité des conventions relatives à la preuve. Des auteurs ont pu remarquer que cette question est classique mais ils avouent en suivant qu'elle est « *peu explorée* ». A. AYNES et X. VUITTON, *Droit de la preuve, principes et mise en œuvre processuelle*, LexisNexis, 2013, n° 91.

²⁴ P. CATALA, *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, La documentation française, 2006. V. égal., P. CATALA, *L'art de la traduction : l'accueil international de l'avant-projet de réforme du droit des obligations*, sous la dir. de P. CATALA, Panthéon-Assas et LGDJ, 2011.

²⁵ F. TERRE (dir.), *Pour une réforme du droit des contrats : réflexions et propositions d'un groupe de travail*, Dalloz, 2009.

relatif au droit des contrats de juillet 2008 et de février 2009 de la Chancellerie, ni le projet de cadre commun de référence²⁶ ne font allusion aux conventions relatives à la preuve.

8. **Absence de précision sur les conditions de validité.** Aucune précision n'est donnée ni par le droit commun, ni dans les projets de réforme du Code civil afin de s'assurer de la validité de ces conventions. Leur efficacité est pourtant dépendante du respect de conditions encore inconnues. Avant d'essayer d'en rechercher les conditions, les incertitudes liées aux termes de ce sujet doivent être levées.

9. **La question du choix entre les termes « convention » et « contrat ».** Le législateur a utilisé le terme de convention et non celui de contrat. Existe-t-il une justification à ce choix ou est-il juridiquement tout aussi juste d'employer les termes de « contrat relatif à la preuve » ?

10. **Première acception du terme « convention ».** Le terme « convention » est polysémique. D'abord, une convention est un « *accord de volonté destiné à produire des effets de droit quelconque* »²⁷. La volonté des parties a pour objectif d'obtenir des conséquences juridiques. Pour une convention, au moins deux protagonistes doivent consentir. Sont donc exclus, les actes juridiques unilatéraux car ils ne constituent que l'émanation d'une seule volonté²⁸. Les contractants, à l'origine de la convention, peuvent être des personnes physiques tout comme des personnes morales. En d'autres termes, tous les sujets de droit, c'est-à-dire les acteurs de la société ayant la personnalité juridique, sont susceptibles de créer des accords de volonté. Il est fort probable que la majorité des conventions relatives à la preuve émanent de la volonté de personnes morales. Les sociétés

²⁶ B. FAUVARQUE-COSSON (dir.), et alii, *Terminologie contractuelle commune : projet de cadre commun de référence*, vol. 6, Association H. CAPITANT, Société de législation comparée, 2008. B. FAUVARQUE-COSSON (dir.), et alii, *Principes contractuels communs : projet de cadre commun de référence*, vol. 7, Association H. CAPITANT, Société de législation comparée, 2008.

²⁷ R. GUILLIEN et J. VINCENT, v^o *convention*, in *Lexique des termes juridiques*, sous la dir. de S. GUINCHARD et G. MONTAGNIER, Dalloz, 16^e éd., 2007. G. CORNU (dir.), v^o *convention*, in *Vocabulaire juridique*, Association H. CAPITANT, PUF, 4^e éd., 2003 : « *accord de volonté entre deux ou plusieurs personnes destiné à produire un effet de droit quelconque (...)* ».

²⁸ Comme, par exemple, le testament qui un acte juridique unilatéral. La seule volonté du testateur suffit pour la création d'un testament. Les bénéficiaires n'interviennent pas dans sa formation. Contrairement aux donations où l'accord du donataire est indispensable à leur validité, autrement dit la volonté du donateur ne suffit pas à la perfection de la donation. V. not. sur l'acte juridique unilatéral, J. CARBONNIER, *Les obligations, Droit civil*, Thémis Droit privé, PUF, 22^e éd., 2000, n^o 14.

insèrent, fréquemment, des stipulations relatives à la preuve dans les conventions les liant avec leurs clients, professionnels ou non.

11. Deuxième acception du terme « convention ». Ensuite, une convention peut également faire référence à l'acte matériel reprenant le *negotium*, c'est-à-dire l'*instrumentum*. Le terme de convention est souvent utilisé et confondu avec le document relatant les termes de l'engagement. La matérialisation de l'accord de volonté explique le raccourci opéré entre la convention et le document où elle prend corps. Pour être valable, la convention relative à la preuve ne doit pas être obligatoirement matérialisée dans un acte instrumentaire. Le seul accord de volonté est suffisant pour former la convention, sous respect des conditions de validité²⁹. Le principe du consensualisme³⁰ règne en la matière. La matérialisation de cet échange de consentement n'a, en principe, qu'une valeur probatoire³¹. Le législateur, ne prévoyant pas de condition de formation aux conventions de preuve, n'impose aucune exigence de forme ; le principe du consensualisme doit donc s'appliquer. L'écrit n'est pas exigé *ad validitatem* mais pourra l'être *ad probationem*³².

²⁹ Notamment les conditions de droit commun de l'article 1108 du Code civil : « *Quatre conditions sont essentielles pour la validité d'une convention : Le consentement de la partie qui s'oblige ; Sa capacité de contracter ; Un objet certain qui forme la matière de l'engagement ; Une cause licite dans l'obligation* ».

³⁰ V. not., M. POUMAREDE, *Droit des obligations*, Montchrestien, 2^e éd., 2012, n^{os} 110 et 154 et s. ; A. BENABENT, *Droit des obligations*, Montchrestien, 13^e éd., 2012, n^o 101 ; F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Les obligations, Droit civil*, Précis, Dalloz, 10^e éd., 2009, n^o 24 et n^{os} 127 et s. ; Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, Defrénois, 6^e éd., 2013, n^{os} 424, 455 et 535 ; Ph. MALINVAUD et D. FENOUILLET, *Droit des obligations*, LexisNexis, 12^e éd., 2012, n^{os} 34, 36, 66, 82, 348 et s. ; B. FAGES, *Droit des obligations*, LGDJ, 4^e éd., 2013, n^o 24 ; Y. BUFFELAN-LANORE et V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Les obligations, Droit civil*, Sirey, 12^e éd., 2012, n^{os} 631 et s. ; M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations, Contrat et engagement unilatéral*, Thémis Droit, PUF, 3^e éd., 2012, n^{os} 91 et 94 ; J. CARBONNIER, *op. cit.*, n^o 16 ; V. FORRAY, *Le consensualisme dans la théorie générale du contrat*, Préf. G. PIGNARRE, Thèse Chambéry, LGDJ, 2007, cet auteur considère que le consensualisme et le formalisme ne sont pas opposés, la manifestation de la volonté est une forme ; *contra* v. L. GRYNDBAUM, *Création d'un trou noir (la disparition du consensualisme) et découverte d'une étoile (la durée) au firmament du contrat*, RDC 2007, n^o 2, p. 531 ; Sur les origines du consensualisme en droit français, v. not. J.-Ph. LEVY, *Le consensualisme et les contrats, des origines au Code civil*, Rev. sc. morales et politiques, 1995, p. 209.

³¹ En revanche, le législateur oblige les contractants de passer par devant notaire pour la perfection de certains contrats, comme par exemple les donations, v. l'article 931 du Code civil : « *Tous actes portant donation entre vifs seront passés devant notaires dans la forme ordinaire des contrats ; et il en restera minute, sous peine de nullité* » ; ou encore les hypothèques conventionnelles, v. l'article 2416 du code précité : « *L'hypothèque conventionnelle ne peut être consentie que par acte notarié* ». Sur le formalisme, v. par ex. M. POUMAREDE, *ibid.*, n^{os} 111 et 154 et s. ; A. BENABENT, *ibid.*, n^{os} 104 et s. ; F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *ibid.*, n^{os} 131 et s. ; Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *ibid.*, n^{os} 536 et s. ; Ph. MALINVAUD et D. FENOUILLET, *ibid.*, n^{os} 34, 36, 66, 78, 82, 150, 152, 351 et 359 ; B. FAGES, *ibid.*, *loc. cit.* ; Y. BUFFELAN-LANORE et V. LARRIBAU-TERNEYRE, *ibid.*, n^{os} 970, 673 et s. ; M. FABRE-MAGNAN, *ibid.*, n^o 94 ; J. CARBONNIER, *ibid.*, n^o 89.

³² V. article 1341 du Code civil.

12. **Troisième acception du terme « convention ».** Enfin, une dernière définition peut être donnée du terme convention. En droit international public, une convention est un « *accord entre sujets de Droit international* »³³. Cette acception rejoint la première sur la volonté de créer des effets de droit à une différence près : les auteurs n'ont pas la même qualité. Les conventions de preuve étudiées sont celles qui modifient la volonté du législateur ; or, ici, c'est l'État qui intervient. Il n'y a donc pas de dérogations aux règles légales.

13. **Acception retenue du terme « convention ».** En définitive, les conventions de preuve concernent les personnes physiques et morales qui modifient les règles de droit interne. La notion de convention doit être prise dans son sens premier, c'est-à-dire « *l'accord de volonté destiné à créer des effets de droit* ».

14. **Comparaison entre les termes de « convention » et de « contrat ».** Partant de cette définition, le contrat est une convention « *faisant naître une ou plusieurs obligations* » ou « *créant ou transférant un droit réel* »³⁴. Autrement dit, un contrat est une forme particulière de convention. Si tous les contrats sont des conventions, « *la réciproque n'est pas vraie* »³⁵. Certaines conventions ne font naître aucune obligation³⁶ à la charge des parties³⁷. Le choix du terme convention permet d'englober tous les accords de volonté, même ceux qui ne sont pas à l'origine d'obligations. La notion de contrat pourrait être trop réductrice. La règle de preuve décidée par les contractants n'est pas une obligation au sens technique du terme puisqu'il n'y a, ni obligation de faire ou de ne pas faire, ni obligation de donner. La nouvelle loi des contractants n'est donc pas une obligation, ce qui ne signifie pas qu'elle n'a pas une force contraignante.

15. **Intérêt de la distinction.** Monsieur le professeur Ancel démontra l'utilité de bien différencier ces deux notions, au détour de la distinction de la force obligatoire et du contenu

³³ G. CORNU (dir.), *v° convention, op. cit.*

³⁴ R. GUILLIEN et J. VINCENT, *v° contrat, ibid.* G. CORNU (dir.), *v° contrat, ibid.* : « *Espèce de convention ayant pour objet de créer une obligation ou de transférer la propriété* ». L'article 1101 du Code civil définit le contrat comme « *une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose* ».

³⁵ M. FABRE-MAGNAN, *op. cit.*, n° 67.

³⁶ Une obligation est un « *lien de droit par lequel une ou plusieurs personnes, le ou les débiteurs, sont tenues d'une prestation envers une ou plusieurs autres, le ou les créanciers, en vertu d'un contrat* ». La prestation est une obligation soit de faire ou de ne pas faire, soit de donner. G. CORNU (dir.), *v° obligation, ibid.*,.

³⁷ La renonciation à une dette par exemple.

obligationnel³⁸. La convention et le contrat sont des contenants ayant une force obligatoire propre, indépendamment de l'existence d'un contenu obligationnel. Dans une convention, certaines stipulations peuvent ne pas créer d'obligation mais ont néanmoins une force obligatoire. Le juge oblige les parties à respecter les clauses de la convention. Lorsque des obligations sont en jeu, notamment celles de faire ou de ne pas faire, l'inexécution « *se résout en dommages et intérêts* »³⁹, faute de pouvoir contraindre le débiteur⁴⁰.

16. Choix en faveur du terme « convention ». Dans le langage courant, et parfois dans le langage juridique, ces deux termes sont souvent pris pour synonymes⁴¹. Si très souvent les conventions comportent des obligations, la rigueur impose, autant que faire se peut, d'employer le terme de convention et d'exclure celui de contrat.

17. Les synonymes. Les conventions relatives à la preuve se retrouvent fréquemment dans des ensembles contenant plusieurs « *accord[s] de volonté destiné[s] à produire des effets de droit* ». La convention de preuve devient une stipulation ou clause de preuve parmi d'autres dans une convention. La convention est souvent composée de plusieurs stipulations, comprenant des obligations principales et des obligations accessoires. L'une d'entre elles est une clause relative à la preuve. Noyée au milieu de cet ensemble, la convention de preuve n'est pas isolée. Les clauses et les stipulations sont en quelque sorte des conventions⁴². De ce fait, « convention relative à la preuve » ou « clause de preuve » ou « stipulation de preuve » sont autant de synonymes pouvant être employés indifféremment. Dans tous les cas, ces expressions désignent un aménagement conventionnel des règles légales de preuve.

³⁸ P. ANCEL, *Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat*, RTD civ. 1999, p. 771 et s. En ce sens, v. M. FABRE-MAGNAN, *op. cit.*, n° 70 ; J. CARBONNIER, *op. cit.*, n° 15.

³⁹ Article 1142 du Code civil. F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, n° 1129 ; Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *op. cit.*, n° 1130. Pour les obligations de donner, l'intervention du débiteur n'est pas nécessaire, le juge constate le transfert de propriété. L'exécution est donc en nature. En ce sens, v. Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *ibid.*, n° 1129.

⁴⁰ Sur la question du choix de la sanction en cas d'inexécution, v. F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *ibid.*, n° 594 et s. De plus en plus, s'ouvre la possibilité d'obtenir des injonctions de faire pour les petites obligations. En ce sens, V. CHRISTIANOS, *Injonction de faire et de protection judiciaire des consommateurs*, D. 1990, chron., p. 91 ; P. ESTOUP, *Le décret du 4 mars 1988, Étape décisive dans le droit de la consommation*, Gaz. Pal. 1988, Doctr., p. 280 ; F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *ibid.*, n° 1119.

⁴¹ G. CORNU (dir.), *v° contrat*, *op. cit.*

⁴² G. CORNU (dir.), *v° convention*, *op. cit.* : la convention « désigne en général l'acte juridique dans son ensemble, par opposition aux clauses et stipulations qui le composent, lesquelles sont cependant, en un sens, des conventions ».

18. **Les aménagements indirects des règles de preuve.** Au premier abord, les clauses de preuve se réalisent en modifiant directement les règles légales de preuve⁴³, notamment en renversant la charge de la preuve, en interdisant de rapporter certains éléments de preuve ou encore en déplaçant l'objet de la preuve. À bien y regarder, les conventions de preuve peuvent trouver leur origine dans des aménagements indirects des règles de preuve⁴⁴. Dans cette hypothèse, les parties ne dérogent pas aux règles de preuve directement, elles insèrent une clause relative aux droits venant modifier les règles de preuve en principe applicables⁴⁵. Que l'aménagement soit direct ou indirect, il s'agit bel et bien d'une convention relative à la preuve.

19. **Définition du terme « preuve ».** Le terme « preuve » peut être une source d'incertitudes. Dans les dictionnaires juridiques, la preuve est à la fois l'objectif et le moyen d'atteindre cet objectif⁴⁶. Autrement dit, « dans un sens large, [c'est l'] établissement de la réalité d'un fait ou de l'existence d'un acte juridique », « dans un sens plus restreint, [c'est le] procédé utilisé à cette fin »⁴⁷. La possibilité reconnue indirectement de convenir sur la charge de la preuve par le Code de la consommation exclut la conception étroite du vocable « preuve », en faveur de la première définition. Certaines conventions portent effectivement sur les éléments probatoires, c'est-à-dire les preuves entendues dans un sens restreint. D'autres ont pour objet l'inversion de la charge de la preuve ou le déplacement de l'objet à prouver. Par conséquent, le vocable « preuve » doit être considéré dans un sens extensif. Les conventions relatives à la preuve sont les conventions portant sur la démonstration « de la réalité d'un fait ou de l'existence d'un acte juridique ». Planiol et Ripert avaient défini ces conventions comme un « accord exprès ou tacite par lequel les parties modifient les règles

⁴³ V. les articles 1315 et s. du Code civil.

⁴⁴ M. MEKKI, *op. cit.*, p. 453 et s. ; M. LAMOUREUX, *L'aménagement des pouvoirs du juge par les contractants, Recherche sur un possible imperium des contractants*, Préf. J. MESTRE, PUAM, 2006, p. 204 et s. ; D. FERRIER, *Preuve et contrat*, in Mél. M. CABRILLAC, Litec, 1999, p. 105 et s.

⁴⁵ Par exemple, par l'intermédiaire d'une clause de « constatation », les parties ne conviennent pas sur une règle de preuve mais cette clause va produire des effets importants sur la preuve. V. not., J. MORET-BAILLY, *Les stipulations de constatation*, RRJ 2001, p. 489 et s. ; P. ANCEL, *L'encadrement de la juridiction par le contrat*, in *Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends*, sous la dir. de P. ANCEL et M.-Cl. RIVIER, *Économica*, 2001, p. 6 et s., sp. p. 16 et 17.

⁴⁶ Trois acceptions différentes sont données par une partie de la doctrine. La preuve peut être « l'élément de conviction, le fait de produire devant le juge cet élément de conviction ou le résultat de cette démonstration ». A. BERGEAUD, *op. cit.*, p. 3 et p. 4 où l'auteur préfère séparer la preuve en deux sens. En ce sens, G. RIPERT et J. BOULANGER, *Introduction au droit, Traité de droit civil*, tome 1, LGDJ, 1956, n° 712 ; J. CHEVALLIER, *Cours de droit civil approfondi*, Les cours du droit, Paris, 1958-1959, p. 8.

⁴⁷ R. GUILLIEN et J. VINCENT, *v° preuve, op. cit.* ; G. CORNU, *v° preuve, op. cit.* Pour Bentham, « la preuve est un moyen pour une fin ». J. BENTHAM, *Traité des preuves judiciaires*, Tome 1, Ed. Hector Bossange, Paris, 2^e éd., 1830, p. 17.

normales de la preuve judiciaire soit quant à la charge de la preuve, soit quant à la détermination des faits à prouver, soit quant à l'emploi des procédés de preuve »⁴⁸.

20. La recherche de la vérité. En adoptant l'expression « réalité d'un fait » pour définir la preuve, sa conception large fait une référence indéniable à l'idée de vérité⁴⁹. La preuve se rapproche de l'établissement de la vérité. Étrange convention dont l'objet est au service de la vérité. N'est-ce pas la finalité de tout système probatoire légal ? Le législateur a mis en place, dans le Code civil et dans le Code de procédure civile, un ensemble de dispositions destinées à atteindre cet objectif⁵⁰. Dans ces conditions, pourquoi accepter que les contractants modifient ce système ? Les aménagements conventionnels sont-ils opportuns au regard de la manifestation de la réalité des faits ? Pendant très longtemps, les parties n'ont pas semblé ressentir le besoin d'aménager les règles légales de preuve. Les lois relatives à la preuve suffisaient pour répondre à la demande des justiciables. En réalité, le besoin d'aménager les dispositions probatoires est certainement le fruit d'une part, de l'émergence des nouvelles technologies et, d'autre part, des progrès de la science et de l'évolution des connaissances.

21. Les origines du système probatoire en vigueur. Avant d'aboutir au système actuel, d'autres systèmes ont été éprouvés⁵¹. Ces changements expliquent sans doute la pratique

⁴⁸ M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, par P. ESMEIN, G. GABOLDE et J. RADOUANT, Tome 7, LGDJ, 2^e éd., 1954, n° 1428.

⁴⁹ G. CORNU (dir.), *op. cit.*, v° vérité : « *Propriété intrinsèque de la réalité* ». X. LAGARDE, *Réflexion critique sur le droit de la preuve*, Préf. J. GHESTIN, Bibliothèque de droit privé, tome 239, LGDJ, p. 22 et 23 où l'auteur rappelle que pour la doctrine « *prouver c'est convaincre de la vérité d'un fait* », « *la manifestation de la vérité [est le] critérium du droit de la preuve* ».

⁵⁰ « *La manifestation de la vérité est l'un des principaux objectifs du législateur dans la procédure civile contemporaine* ». E. FONGARO, *La loi applicable à la preuve en droit international privé*, Préf. B. BEIGNIER et J. FOYER, Bibliothèque de droit privé, Tome 423, LGDJ, 2004, n° 72. Concernant la législation, l'article 10, alinéa 1, du Code civil précise justement que « *chacun est tenu d'apporter son concours à la justice en vue de la manifestation de la vérité* ». L'idée de vérité est au centre des préoccupations du législateur. Dans le Code de procédure civile, les articles 10 et 11 permettent au juge de l'aider dans sa quête de vérité. L'article 10 octroie au juge « *le pouvoir d'ordonner d'office toutes les mesures d'instruction légalement admissibles* ». L'article suivant oblige les parties « *d'apporter leur concours aux mesures d'instruction* », notamment « *si une partie détient un élément de preuve, le juge peut, à la requête de l'autre partie, lui enjoindre de le produire, au besoin à peine d'astreinte* ». Le juge a la même possibilité vis-à-vis des tiers détenant des documents aidant à la manifestation de la vérité. V. M. MEKKI, *Réflexions sur le risque de la preuve en droit des contrats (1^{re} partie)*, RDC 2008, p. 683.

⁵¹ J. FOYER, *L'évolution du droit des preuves en France depuis les codes napoléoniens*, in *La preuve*, Quatrième partie Période contemporaine, Société Jean BODIN, 1963, p. 187 et s.

tardive des clauses aménageant les règles probatoires⁵². Trois grands systèmes de preuve se sont succédés, se sont mêlés : la preuve surnaturelle, la preuve libre et la preuve légale⁵³.

22. Le système de la preuve surnaturelle. La preuve surnaturelle, appelée également primitive et religieuse, a existé dans l'Antiquité avant de disparaître sous le Monde romain⁵⁴. Elle est réapparue une dernière fois sous l'impulsion des invasions barbares⁵⁵ et s'est généralisée sous les Carolingiens⁵⁶. Ce système de preuve est, semble-t-il, le plus ancien⁵⁷. « *Fond commun de l'humanité primitive* »⁵⁸, les ordalies⁵⁹ se retrouvent notamment en Mésopotamie du XXIII^e au VI^e siècle avant J.-C. L'ordalie⁶⁰ est une preuve par l'épreuve, ou plus précisément, un jugement par l'accomplissement d'une épreuve⁶¹. Une classification revient souvent pour différencier les ordalies : l'ordalie unilatérale et l'ordalie bilatérale⁶².

23. Les ordalies unilatérales. Parmi les ordalies unilatérales les plus répandues, peuvent être citées les ordalies du fleuve⁶³, du pain et du fromage⁶⁴, du fer rouge⁶⁵ ou encore du

⁵² Cela ne fait que deux siècles d'utilisation avec une progression depuis les arrêts *Crédicas*. V. Cass. civ. 1^{re}, 8 novembre 1989 ; D. 1990, p. 369, note C. GAVALDA ; D. 1990, som. com., p. 327, J. HUET ; JCP G 1990, n° 46, n° 21576, note G. VIRASSAMY.

⁵³ J.-Ph. LEVY, *La preuve, des origines à nos jours*, in *La preuve*, Deuxième partie Moyen Age et Temps modernes, Société Jean BODIN pour l'histoire comparative des institutions, 1965, p. 9 et s, sp. p. 10.

⁵⁴ J.-Ph. LEVY et A. CASTALDO, *op. cit.*, n° 579.

⁵⁵ J.-Ph. LEVY, *La preuve, des origines à nos jours*, *op. cit.*, p. 9. J.-Ph. LEVY et A. CASTALDO, *ibid.*, *loc. cit.*

⁵⁶ C. LOVISI, *Introduction historique au droit*, Dalloz, 4^e éd., 2011, n° 178.

⁵⁷ J.-Ph. LEVY, *L'apport de l'antiquité au droit de la preuve*, in *La preuve*, tome 23, Droits, PUF, 1996, p. 3 et 4.

⁵⁸ J.-Ph. LEVY, *ibid.*, p. 4. J.-Ph. LEVY, *La preuve, des origines à nos jours*, *op. cit.*, p. 14.

⁵⁹ Cette appellation provient du terme allemand « Gottesurteil ». Cela signifie le jugement de Dieu. Les ordalies sont une des composantes des preuves surnaturelles. Le serment en est la seconde. J.-Ph. LEVY, *La preuve, des origines à nos jours*, *op. cit.*, p. 13 et 14. Les ordalies servent à la preuve de l'innocence ou de la culpabilité par une intervention divine. En ce sens, J.-F. BREGI, *Introduction historique au droit*, Ellipses, 2^e éd., 2009, n°s 685 et s.

⁶⁰ L'ordalie permet l'« indication probante de la véracité ou de la fausseté d'une affirmation ». C'est un rituel à l'aide d'un ou plusieurs éléments naturels. A. WIJFFELS, *Introduction historique au droit, France, Allemagne, Angleterre*, Thémis histoire, PUF, 1^{re} éd., 2010, p. 48. Sur la fonction de l'ordalie dans la découverte de la vérité, v. R. VERDIER, *Signes de vérité et d'innocence, gages de certitude et de conviction : les rituels probatoires dans les sociétés de tradition orale*, in *La preuve*, tome 23, Droits, PUF, 1996, p. 91.

⁶¹ Dans certains cas, l'ordalie revêt également la sanction.

⁶² C. LOVISI, *ibid.*, n° 149. Cette division n'est pas parfaitement exacte car certaines ordalies étaient collectives. En ce sens, v. J.-Ph. LEVY, *La preuve, des origines à nos jours*, *op. cit.*, p. 14 et s. L'auteur propose une autre subdivision en trois catégories : ordalies actives ou bilatérales ; ordalies tests ; ordalies divinatoires.

⁶³ En Mésopotamie, l'ordalie fluviale prévoit l'entrée dans l'eau, à pied, de l'ordaliste dans le fleuve et s'y avance jusqu'à une certaine distance. Son innocence le fait surnager, alors que sa culpabilité le fait couler. La volonté divine détermine ainsi la vérité. Peut-être que le courant du fleuve selon la période laisse plus ou moins de chance à l'ordaliste. V. par ex. C. LOVISI, *Introduction historique au droit*, Dalloz, 4^e éd., 2011, n° 9. L'ordalie de l'eau froide est un peu différente de celle connue en Mésopotamie. L'épreuve consiste pour l'ordaliste à avoir ses membres liés puis à se faire immerger dans l'eau bénite préalablement. Contrairement à l'ordalie précédente, les eaux rejettent le coupable et gardent l'innocent. Il faut juste espérer que l'innocent soit récupéré avant de se noyer. C. LOVISI, *ibid.*, n° 178 ; J.-F. BREGI, *op. cit.*, n°685.

chaudron⁶⁶. Toutes postulent la recherche de la vérité par l'intervention divine. Le ou les Dieux concouraient à la manifestation de la vérité en sauvant, guérissant (ou toute autre manifestation de leur puissance divine), la personne soupçonnée de culpabilité⁶⁷. L'intervention divine témoigne de l'innocence ou de la culpabilité de l'ordaliste. Dès lors, il n'est pas surprenant de retrouver la présence d'une ordalie dans la Bible : celle des eaux amères⁶⁸. Pourtant, cette pratique a été contestée et utilisée par l'Église⁶⁹, sous l'impulsion notamment de Hincmar de Reims qui a défendu ce système de preuve⁷⁰. La disparition des ordalies a eu lieu au Moyen Age. Dans le système probatoire français, un seul vestige perdure de la preuve surnaturelle : le serment décisoire. La peur de la sanction divine et l'honneur poussent le plaideur à dire la vérité lorsque le serment lui est déféré⁷¹. Actuellement, le serment décisoire est tombé en désuétude⁷². Il est devenu la dernière chance d'obtenir gain de cause, en l'absence de preuve pouvant convaincre le juge. La prime est donnée tout autant à celui qui proclame la vérité qu'à celui qui fait sien le mensonge. Le risque est trop important par rapport aux chances de succès.

⁶⁴ L'innocence de l'accusé se démontre en ingurgitant une grande quantité de pain et de fromage sans être indisposé. V. not., C. LOVISI, *ibid.*, n° 178.

⁶⁵ La plaie due à l'apposition du fer rouge qui commence à cicatriser au bout de trois jours fait preuve de l'innocence de l'ordaliste. V. not., C. LOVISI, *ibid.*, n° 178.

⁶⁶ Comme pour l'ordalie du fer rouge, l'état de la plaie trois jours après la brûlure permet de déceler la culpabilité ou l'innocence de l'accusé. Autrement dit, la guérison fait preuve de la vérité. V. not., C. LOVISI, *ibid.*, n° 178 ; J.-F. BREGI, *op. cit.*, n° 686.

⁶⁷ La présomption d'innocence n'existait pas. C'était une présomption de culpabilité qu'il fallait combattre.

⁶⁸ Cette ordalie trouve ses origines dans la Bible, ce qui justifia l'utilisation de ce système de preuve par l'Église au Moyen Age, notamment sous l'influence de Hincmar de Reims. V. Bible, Pentateuque, Nombres, chap. 5, 11-31, extrait : « *Le sacrificateur prendra de l'eau sainte dans un vase de terre ; il prendra de la poussière sur le sol du tabernacle, et la mettra dans l'eau. Le sacrificateur fera tenir la femme debout devant l'Éternel ; il découvrira la tête de la femme, et lui posera sur les mains l'offrande de souvenir, l'offrande de jalousie ; le sacrificateur aura dans sa main les eaux amères qui apportent la malédiction. Le sacrificateur fera jurer la femme, et lui dira : Si aucun homme n'a couché avec toi, et si, étant sous la puissance de ton mari, tu ne t'en es point détournée pour te souiller, ces eaux amères qui apportent la malédiction ne te seront point funestes. Mais si, étant sous la puissance de ton mari, tu t'en es détournée et que tu te sois souillée, et si un autre homme que ton mari a couché avec toi, et le sacrificateur fera jurer la femme avec un serment d'imprécation, et lui dira : Que l'Éternel te livre à la malédiction et à l'exécration au milieu de ton peuple, en faisant dessécher ta cuisse et enfler ton ventre, et que ces eaux qui apportent la malédiction entrent dans tes entrailles pour te faire enfler le ventre et dessécher la cuisse ! ».* Cette ordalie est originale car elle est à la fois le moyen de connaître la vérité et la peine infligée en cas de mensonge.

⁶⁹ J.-Ph. LEVY, *La preuve, des origines à nos jours*, *op. cit.*, p. 26.

⁷⁰ A. ESMEIN, *Les Ordalies dans l'Église gallicane au IX^e siècle, Hincmar de Reims et ses contemporains*, in École pratique des hautes études, Section des sciences religieuses, Rapport sommaire sur les conférences de l'exercice 1897-1898 et le programme des conférences pour l'exercice 1898-1899, 1897, p. 4 et s.

⁷¹ J.-Ph. LEVY, *La preuve, des origines à nos jours*, *op. cit.*, p. 18 et s.

⁷² E. JEULAND, *Preuve judiciaire et culture française*, Droit et cultures 2005-2, n° 50, p. 149 et s., sp. n° 27.

24. **Les ordalies bilatérales.** À coté des ordalies unilatérales, se pratiquaient les ordalies bilatérales. Le duel judiciaire en est un exemple⁷³. Alors que, depuis longtemps, les épreuves ordaliques n'étaient plus utilisées⁷⁴, il a fallu attendre le XIV^e siècle pour voir le duel judiciaire disparaître. Bien avant, Saint Louis avait essayé de faire cesser cette ordalie⁷⁵. La Noblesse était très attachée à ce mode de preuve. Le duel judiciaire ressemble moins à une épreuve qu'à un « *prolongement judiciaire (...) de la guerre privée* »⁷⁶. La sanction pour le perdant découle du duel : la mort. La radicalité de la sanction empêche la résurgence du conflit. Une autre ordalie bilatérale est moins radicale pour le perdant : l'ordalie de la croix. Ce duel consiste à rester les bras en croix plus longtemps que son adversaire. Dès lors, l'épreuve apparaît beaucoup moins périlleuse que le duel judiciaire⁷⁷. Cette épreuve ne comprend pas la sanction pour le perdant⁷⁸. Avec les ordalies bilatérales, la vérité et la victoire tendaient les bras au plus habile et au plus fort.

25. **Les raisons de la pérennité de la preuve surnaturelle.** Comment expliquer le succès de ce système de preuve surnaturelle alors que le résultat des épreuves était plus proche du hasard que de la manifestation de la vérité ? Plusieurs arguments ont été avancés. Le hasard a certainement dû révéler bien souvent la vérité. Cette coïncidence n'est pas la raison la plus convaincante. La peur de subir l'épreuve pouvait encourager le véritable coupable à avouer, et dans l'hypothèse où il décidait de la subir malgré tout, il partait « *en quelque sorte vaincu d'avance* »⁷⁹. Ces arguments n'empêchent pas de penser que les erreurs judiciaires ont dû être nombreuses. Une explication à la longévité de l'emploi du système de preuve surnaturelle est qu'il n'a pas régné seul. Le système de la preuve surnaturelle coexistait avec un système de preuves rationnelles⁸⁰. En principe, le recours aux ordalies ne s'effectuait qu'après l'échec des preuves rationnelles⁸¹. La preuve surnaturelle n'était qu'un système secondaire, faute de preuves rationnelles.

⁷³ J.-F. BREGLI, *op. cit.*, n° 689.

⁷⁴ Sur la disparition du duel judiciaire, v. C. LOVISI, *Introduction historique au droit*, Dalloz, 4^e éd., 2011, n° 178. Sur la disparition des ordalies, v. J.-Ph. LEVY, *La preuve, des origines à nos jours*, *op. cit.*, p. 25 et s. C. LOVISI, *ibid.*, n° 260.

⁷⁵ En 1254 pour la matière civile et en 1258 pour la matière pénale. C. LOVISI, *ibid.*, n°s 260 et n° 272.

⁷⁶ J.-Ph. LEVY, *La preuve, des origines à nos jours*, *op. cit.*, p. 24.

⁷⁷ J.-F. BREGLI, *op. cit.*, n° 690.

⁷⁸ C. LOVISI, *op. cit.*, n° 178.

⁷⁹ J.-Ph. LEVY, *La preuve, des origines à nos jours*, *op. cit.*, p. 17.

⁸⁰ J.-Ph. LEVY, *L'apport de l'antiquité au droit de la preuve*, *op. cit.*, p. 4. A. WIJFFELS, *op. cit.*, p. 48.

⁸¹ Actuellement, l'utilisation du serment décisoire n'est envisagée qu'à défaut de preuve. Ce vestige de la preuve surnaturelle n'est, de fait, employé qu'après l'échec des autres moyens de preuve.

26. La place de la vérité dans le système de la preuve surnaturelle. La vérité objective n'est peut-être pas plus importante que de « rétablir une situation magiquement ou spirituellement désorganisée », « dans une atmosphère saturée de surnaturel »⁸². À croire qu'il était préférable de rétablir un ordre⁸³, un ordre plus important que la vérité⁸⁴, la quête de la vérité n'étant pas essentielle.

27. Le système de la preuve libre. Le second système que l'histoire ait connu est le système de la liberté de la preuve ou de l'intime conviction. Sa spécificité provient de son absence totale de règle. Les Grecs et les Romains ont opté pour « une grande liberté de la preuve »⁸⁵. Son emploi à l'état pur n'a été qu'exceptionnel, comme, par exemple, à l'époque de Cicéron⁸⁶. Absence ou rareté de lois et liberté des juges expliquent ce choix. La preuve est laissée aux avocats, les juristes s'en désintéressant totalement. Les rhéteurs s'emparent de la preuve. Ils en font, non pas une véritable preuve, mais un ensemble de techniques permettant de défendre leurs clients. Ils développent des procédés retors et artificiels pour convaincre le juge. La moralité des parties au procès comme celle des témoins sont la cible des avocats. L'art de la plaidoirie dépasse la recherche de la vérité. L'esprit de ce système peut se résumer « à la possibilité pour l'homme d'atteindre la vérité par ses propres moyens, sans le secours d'une intervention divine »⁸⁷.

28. Le système de la preuve légale et rationnelle. Plus fréquente, a été l'utilisation du dernier système de preuve connu de notre civilisation : les preuves légales et rationnelles. Deux éléments probatoires ont su traverser le temps : le témoignage et l'écrit. Déjà, sous l'Ancien Empire égyptien, l'écrit existait. Ces écrits recelaient une idée de fiabilité en raison de la technique du « double » employée. Ce double ne correspond pas à l'exigence du double de l'article 1325 du Code civil⁸⁸. Cet écrit égyptien était refermé, cousu et scellé. Dans une

⁸² J.-Ph. LEVY, *La preuve, des origines à nos jours*, op. cit., p. 21 et 22. Pour l'auteur, les juges « se soucient plutôt d'éliminer un état de choses qui trouble les rapports entre les humains et le monde invisible qui les entoure ».

⁸³ D'ailleurs, sous les monarchies barbares, « les jugements visent d'abord à apaiser les conflits ». Il faut éviter que se rallume la vengeance en aboutissant à une solution et donc en évitant une impasse. C. LOVISI, op. cit., n° 147.

⁸⁴ L'ordre social serait le véritable objectif de la preuve. En ce sens, v. E. JEULAND, op. cit., n° 21.

⁸⁵ J.-Ph. LEVY, *L'apport de l'antiquité au droit de la preuve*, op. cit., p. 5 ; J.-Ph. LEVY et A. CASTALDO, op. cit., n° 579.

⁸⁶ J.-Ph. LEVY, *La preuve, des origines à nos jours*, op. cit., p. 29 et s., sp. p. 33.

⁸⁷ J.-Ph. LEVY, *La preuve, des origines à nos jours*, ibid., p. 30.

⁸⁸ Article 1325 du Code civil : « Les actes sous seing privé qui contiennent des conventions synallagmatiques ne sont valables qu'autant qu'ils ont été faits en autant d'originaux qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct. Il suffit d'un original pour toutes les personnes ayant le même intérêt. Chaque original doit contenir la mention du

seconde étape, son contenu était réécrit sur le dessus afin de pouvoir être lu⁸⁹. L'écrit protégé ne pouvait être ouvert qu'en présence du juge. L'authenticité de son contenu était ainsi préservée. L'impossibilité de falsifier ce document participait à la découverte de la vérité.

29. Essor de la preuve rationnelle à Rome. Après la période de liberté de la preuve sous Cicéron, le droit rationnel a connu un nouvel essor. Malgré la perpétuation des ouvrages de rhétorique⁹⁰, de nombreuses règles ont été créées en matière de preuve, de la fin de la République jusqu'au début de l'Empire⁹¹. Les juristes les commenteront, permettant ainsi l'intégration de la preuve dans le droit. Toujours dans cette démarche de découvrir la vérité, les règles interdisent la condamnation pénale qui se fonde sur un seul témoin : *testis unus, testis nullus*⁹². Les Romains mirent en place tout un système fondé sur la charge de la preuve, sur le témoignage et sur l'autorité des actes écrits⁹³.

30. La résurgence de la preuve rationnelle. Avec la chute de l'Empire romain, les invasions barbares ont permis le retour du système de la preuve surnaturelle : les ordalies et les duels judiciaires⁹⁴. L'écrit était connu sous les monarchies barbares. Les preuves rationnelles existaient à côté des preuves irrationnelles. La place de cet écrit est toutefois à relativiser. Principalement, deux justifications peuvent être avancées. D'une part, la valeur de l'écrit dépendait des témoignages qui l'appuyaient et d'autre part, ces témoignages ne comptaient qu'à la condition d'être accompagnés d'un serment⁹⁵. La preuve surnaturelle venait *in fine* consolider l'écrit. La renaissance du droit romain a eu lieu lors de la deuxième

nombre des originaux qui en ont été faits. Néanmoins, le défaut de mention que les originaux ont été faits doubles, triples, etc..., ne peut être opposé par celui qui a exécuté de sa part la convention portée dans l'acte. L'exigence d'une pluralité d'originaux est réputée satisfaite pour les contrats sous forme électronique lorsque l'acte est établi et conservé conformément aux articles 1316-1 et 1316-4 et que le procédé permet à chaque partie de disposer d'un exemplaire ou d'y avoir accès ».

⁸⁹ J.-Ph. LEVY, *L'apport de l'antiquité au droit de la preuve*, *op. cit.*, p. 4 et 5.

⁹⁰ Sur l'influence de la rhétorique en fonction des compétences du juge, v. G. PUGLIESE, *La preuve à l'époque classique*, in *La preuve*, Deuxième partie Moyen Age et Temps modernes, Société Jean BODIN, 1965, p. 292.

⁹¹ J.-Ph. LEVY, *L'apport de l'antiquité au droit de la preuve*, *ibid.*, p. 8 et s. J.-Ph. LEVY, *La preuve, des origines à nos jours*, *op. cit.*, p. 42 et s.

⁹² Témoin unique, témoin nul. J.-F. BREGI, *op. cit.*, n° 774 ; J.-Ph. LEVY et A. CASTALDO, *op. cit.*, n° 581. Cette règle se retrouve aussi dans la bible à plusieurs reprises. V. Bible, Ancien Testament, La Pentateuque, Deutéronome, chap. 17, 6 : « *Celui qui mérite la mort sera exécuté sur la déposition de deux ou de trois témoins; il ne sera pas mis à mort sur la déposition d'un seul témoin* » ; Nouveau Testament, Les Evangiles, Mathieu, chap. 18, 16 : « *Mais, s'il ne t'écoute pas, prends avec toi une ou deux personnes, afin que toute l'affaire se règle sur la déclaration de deux ou de trois témoins* » ; Nouveau Testament, Les Evangiles, Jean, chap. 8, 17 : « *Il est écrit dans votre loi que le témoignage de deux hommes est vrai* ».

⁹³ Sur l'histoire de la preuve par écrit, v. J.-Ph. LEVY et A. CASTALDO, *ibid.*, n° 582 et s.

⁹⁴ R. VERDIER, *op. cit.*, p. 91.

⁹⁵ C. LOVISI, *op. cit.*, n° 147.

moitié du Moyen Âge⁹⁶. De la preuve par témoins⁹⁷ dominant la preuve par écrit, cette hiérarchie s'est inversée avec l'ordonnance de Moulins⁹⁸. Les exemples d'abus de la pratique du témoignage et de la technique des jureurs et cojureurs ont fait diminuer leur force probante⁹⁹. Corrélativement, l'augmentation du nombre d'individus sachant lire et écrire a permis de considérer l'écrit comme plus fiable que le témoignage. L'écrit est un témoignage difficilement falsifiable. La vérité était plus facilement découverte par ce procédé.

31. *Quid est veritas* ? La vérité semble être la finalité première des règles de preuve¹⁰⁰. La vérité doit-elle être nécessairement absolue ? La réponse devrait être positive¹⁰¹ mais cela pourrait entraîner des procès interminables et nier les erreurs découlant de l'intervention humaine¹⁰². La vérité judiciaire¹⁰³ est forcément relative¹⁰⁴. Risquant une condamnation pour

⁹⁶ C. LOVISI, *op. cit.*, n° 235 ; J.-Ph. LEVY et A. CASTALDO, *op. cit.*, n° 579. Fin XXII^e siècle, la procédure romano-canonique, après avoir évincé les preuves irrationnelles, restaure les preuves rationnelles connues à Rome. Le système mis en place est alors très rigide avec un calcul arithmétique des preuves. V. également, A. WIJFFELS, *op. cit.*, p. 157. J.-L. HALPERIN, *La preuve judiciaire et la liberté du juge*, in *Figures de la preuve*, Communications 2009, n° 84, p. 22 et s.

⁹⁷ Les témoins proviennent en partie de la technique des cojureurs. Le jureur accompagné de ses cojureurs prenaient à témoin Dieu de la véracité des faits énoncés par ce jureur. Ceci est la démonstration du lien qui unit le clan, la famille, la communauté, plus que la preuve de la réalité des faits jurés. Ce n'est qu'après une longue évolution que les cojureurs ont été recherchés parmi les personnes pouvant attester des faits du conflit car ils en avaient la connaissance, ce qui faisait, de ces cojureurs, des témoins.

⁹⁸ J.-F. BREGI, *op. cit.*, n° 1169. Ce n'est qu'à la suite de l'ordonnance de Moulins en 1566 et la grande ordonnance de 1667 que l'adage « *Témoins passent lettres* » s'est renversé en « *Lettres passent témoins* ». V. par ex., J.-Ph. LEVY et A. CASTALDO, *op. cit.*, n° 587 et 588 ; Ph. MALINVAUD, *Introduction à l'étude du droit*, LexisNexis, 14^e éd., 2013, n° 547. J.-F. CESARO, *Avant-propos*, in *La preuve*, Rapport annuel 2012 de la Cour de cassation, La Documentation française, 2013, p. 89. Sur l'intégration de l'écrit comme preuve en droit, v. J.-Ph. LEVY, *Les classifications des preuves dans l'histoire du droit*, in *La preuve en droit*, sous la dir. de Ch. PERELMAN et P. FORIERS, Bruylant, 1981, p. 40 ; E. JEULAND, *op. cit.*, n° 36.

⁹⁹ Le jureur, en prêtant un serment purgatoire, veut « *se purger, c'est-à-dire se disculper, de l'accusation dont il fait l'objet* ». Son serment est accompagné de cojureurs, ce qui peut s'apparenter à des témoins de moralité, qui sont prêts à soutenir la cause de l'accusé, si besoin est par les armes quand le litige se transforme en conflit armé. Cette pratique se transforme assez rapidement en une démonstration de puissance. Par exemple, la reine Frédégonde, pour se disculper de son accusation d'adultère, prête serment en compagnie de trois évêques et de trois cents cojureurs. La partie adverse réfléchit plus facilement aux conséquences de persévérer dans ses accusations face à une telle démonstration de puissance. Le serment perd du terrain en raison des abus. En ce sens, v. C. LOVISI, *op. cit.*, n° 148 ; J.-F. BREGI, *op. cit.*, n° 684.

¹⁰⁰ Sur cette idée de vérité comme objectif du droit de la preuve, v. X. LAGARDE, *Réflexion critique sur le droit de la preuve*, *op. cit.*, p. 16 et s. ; l'auteur considère que la légitimité des décisions de justice est au-dessus de la vérité. L'essentiel pour le juge est de rétablir la paix sociale par sa décision. Pour cela la solution doit être légitime. En ce sens, H. LEVY-BRUHL, *La preuve judiciaire : étude de sociologie juridique*, Ed. M. Rivière, 1964, p. 21 et s. ; G. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, *Essai d'introduction au droit français*, 1990, n° 575. Sur la distinction entre vérité judiciaire et vérité historique, v. not. J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, Dalloz, 5^e éd., 2012, n° 269 ; C. AUBRY et C. RAU, *Cours de droit civil français*, par E. BARTIN, Tome 12, Ed. Marchal et Godde, Paris, 5^e éd., 1922, § 749, note 2 bis ; J. GHESTIN, G. GOUBEAUX et M. FABRE-MAGNAN, *Introduction générale, Traité de droit civil*, LGDJ, 4^e éd., 1994, n° 563.

¹⁰¹ La recherche de la vérité absolue par le juge devrait être un idéal. V. en ce sens, J. DEVEZE, *Contribution à l'étude de la charge de la preuve en matière civile*, Thèse Toulouse, 1980, n° 122.

¹⁰² A. BERGEAUD, *op. cit.*, p. 2 ; P. HUGONET, *La vérité judiciaire*, Litec, 1986, p. 21. Le système de l'ancien droit romain reconnaissait la relativité de la vérité en raison de l'intervention humaine, contrairement à la recherche de la vérité absolue qui ne pouvait être découverte que par les preuves surnaturelles. En ce sens, v. G.

déni de justice¹⁰⁵, le juge a l'obligation de trancher le litige dans un délai raisonnable. Les chercheurs n'ont pas ces obligations¹⁰⁶. Seule la vérité absolue éprouve ces scientifiques. Ils doivent découvrir une vérité préexistante, sans se soucier des moyens et du temps à mettre pour y parvenir. Cette vision idyllique doit être relativisée. Bon nombre de théories ont connu un revers de fortune plusieurs années après leur découverte¹⁰⁷. Leur vérité semblait irréfutable, pourtant il n'en était rien. La différence entre la vérité obtenue dans un procès et celle découverte par un chercheur n'est pas toujours si grande. Même si le jugement ne fait pas de l'erreur une vérité et de la vérité une fausseté, la vérité judiciaire doit être vraisemblable. Pour ce faire, la décision doit être le résultat d'une argumentation suffisamment assise.

32. La vérité judiciaire. La finalité de la preuve en droit est de participer à la recherche de cette vérité indispensable à la paix sociale. « *Le but de la preuve, comme celui du procès, est la vérité judiciaire, c'est-à-dire ce que le juge tiendra pour vrai* »¹⁰⁸. La vérité judiciaire est celle qui découle de la décision de justice, peu importe qu'elle ne soit pas absolue tant qu'elle met fin au conflit. La vérité « *n'est pas la fin essentielle des règles de preuve. En général, seule importe la perception que le juge a de la vérité. La conviction, autrement dit, est la vraie fin des règles de preuve* »¹⁰⁹.

33. Le système de preuve dans le Code civil. Le système de preuve français est attaché à la recherche de la vérité, sans pour autant oublier l'importance de mettre un terme aux litiges¹¹⁰. Privilégiant les actes par écrit¹¹¹, le législateur a laissé une place à la liberté de la

BROGGINI, *La preuve dans l'ancien droit romain*, in *La preuve*, Deuxième partie Moyen Age et Temps modernes, Société Jean BODIN pour l'histoire comparative des institutions, 1965, p. 272.

¹⁰³ Sur la recherche de la vérité en justice, v. P. DEUMIER, *Introduction générale au droit*, LGDJ, 2^e éd., 2013, n° 89. V. également, J.-F. CESARO, *op. cit.*, p. 85 et s.

¹⁰⁴ S. COTTA, *La question de la vérité du jugement*, in *L'avenir et le droit*, Mém. F. TERRE, PUF, Dalloz, 1999, p. 43.

¹⁰⁵ Article 4 du Code civil : « *Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice* ».

¹⁰⁶ J.-L. HALPERIN, *La preuve judiciaire et la liberté du juge*, in *Figures de la preuve*, Communications 2009, n° 84, p. 21.

¹⁰⁷ La théorie de la génération spontanée, expliquant l'apparition d'organisme vivant dans la matière en décomposition, a été considérée comme vraie depuis l'Antiquité. Au XIX^e siècle, Pasteur a démontré sa fausseté.

¹⁰⁸ R. LEGAIS, *Les règles de preuve en droit civil : permanences et transformations*, Thèse Poitiers, 1954, p. 3.

¹⁰⁹ P. THERY, *Les finalités du droit de la preuve en droit privé*, *Droits* n° 23, 1996, p. 41 et s., sp. p. 48.

¹¹⁰ F. FERRAND, *Preuve*, § 2 *Réglementation française*, in *Répertoire de procédure civile*, 2010, n° 26 où l'auteur précise que « *le dosage entre le système de la preuve légale et celui de la preuve morale est affaire d'opportunité* ».

¹¹¹ Notamment, l'acte authentique a une place privilégiée dans le système de la preuve. En ce sens, M. MEKKI, *Retour vers le futur de l'acte authentique !*, *JCP G* 2013, act., 1064. La parution de l'ouvrage de Monsieur

preuve afin de découvrir la vérité dès lors que la préconstitution d'un écrit est impossible ou trop contraignante au regard de l'opération réalisée. Le serment décisive demeure le seul vestige des preuves surnaturelles. Sans entrer dans les détails du système probatoire en vigueur dans le Code civil, une opposition existe entre le système de la preuve littérale et celui de liberté de la preuve. Le système français est mixte. Les mots peuvent être trompeurs. La liberté de la preuve, à l'époque de Cicéron, n'est pas le système de la liberté de la preuve applicable au fait juridique du code précité. Les synonymes employés le démontrent largement : preuve morale, preuve testimoniale (longtemps le témoignage a été la reine des preuves libres). Les faits juridiques ainsi que les actes juridiques d'une valeur inférieure à 1500 euros bénéficient d'un système de liberté de la preuve. Toutefois cette liberté est encadrée par des règles légales¹¹². Le système de la liberté de la preuve du Code civil n'est pas celui de l'époque romaine. Le système probatoire en vigueur en droit français est binaire. Il est surtout légal. Le nom du système de preuve des actes juridiques est également trompeur car qualifié de système de la preuve légale. Le système de la preuve morale est lui aussi issu de la loi. Les dispositions du Code civil prévoient tout le mécanisme probatoire permettant de démontrer la vérité. Les modes de preuve admissibles sont différents selon l'objet probatoire. Schématiquement, la preuve des actes juridiques supérieurs à 1500 euros se rapporte par un écrit parfait¹¹³, c'est-à-dire un acte sous seing privé ou authentique¹¹⁴. Pour tous les autres actes juridiques, pour l'exécution de tous les actes juridiques et pour les faits juridiques, la preuve est libre, c'est-à-dire tous les moyens de preuve sont admis¹¹⁵. Notre système de preuve reprend la distinction entre le témoignage et l'écrit. L'écrit offrant plus de fiabilité que le témoignage, la préférence lui est accordée. Le système de la preuve littérale, et encore plus celui de la preuve morale, est orienté vers la manifestation de la vérité¹¹⁶. En principe, la sécurité obtenue par la préconstitution de la preuve par écrit sert à la découverte de la vérité. L'*instrumentum* n'est que la matérialisation du *negotium*. L'acte instrumentaire énonce la réalité du *negotium*.

Laurent Aynès démontre l'importance de cette authenticité. V. l'entretien de L. AYNES sur son livre, JCP G 2013, p. 1883. L. AYNES, *L'authenticité*, sous la dir. de L. AYNES, La Documentation française, 2013.

¹¹² V. les articles 1315 et s. du Code civil.

¹¹³ L'idée de seuil délimitant les moyens de preuve admissibles a déjà été utilisée dans l'histoire. En ce sens, v. H. JAEGER, *La preuve judiciaire d'après la tradition rabbinique et patristique*, in *La preuve*, Première partie Antiquité, Société Jean BODIN pour l'histoire comparative des institutions, 1964, p. 617 et 618. Au-delà d'une certaine somme, ce n'était pas l'écrit qui était exigé mais trois témoins.

¹¹⁴ Les articles 1347 et 1348 du Code civil offrent, sous certaines conditions, la possibilité de basculer sur le système de la preuve libre.

¹¹⁵ Encore faut-il respecter le principe de la loyauté de la preuve.

¹¹⁶ X. LAGARDE, *Réflexion critique sur le droit de la preuve*, op. cit., p. 22.

34. Les inconvénients d'un système de preuve rigide. Le risque d'un système légal de preuve est de se révéler excessivement rigide, empêchant ainsi la manifestation de la vérité et participant aux erreurs judiciaires. En son temps, Voltaire s'était indigné d'un système de preuve arithmétique employé par le Parlement toulousain dans la célèbre affaire *Calas*¹¹⁷. À chaque élément de preuve correspondait une valeur probatoire¹¹⁸. La décision de justice était le fruit d'un calcul arithmétique des différents éléments de preuve rapportés. Pour Voltaire, « *le parlement de Toulouse a un usage bien singulier dans les preuves par témoins. On admet ailleurs des demi-preuves, qui au fond ne sont que des doutes : car on sait qu'il n'y a point de demi-vérités ; mais à Toulouse on admet des quarts et des huitièmes de preuves. On y peut regarder, par exemple, un oui-dire comme un quart, un autre oui-dire plus vague comme un huitième ; de sorte que huit rumeurs qui ne sont qu'un écho d'un bruit mal fondé peuvent devenir une preuve complète ; et c'est à peu près sur ce principe que Jean Calas fut condamné à la roue* »¹¹⁹. Heureusement pour les justiciables, le système de preuve du Code civil ne présente pas autant d'inconvénients. Toutefois ce système probatoire ne répond pas à toutes les situations.

35. Les différentes possibilités pour découvrir la vérité. Partant de l'affirmation selon laquelle « *la vérité existe et elle est unique, et la justice ne peut s'accommoder de l'erreur* »¹²⁰, et en continuant sur l'idée « *que s'il n'y a qu'une seule vérité, il n'est pas impossible qu'il existe plusieurs méthodes pour y parvenir, et chaque civilisation serait dans ce cas en droit, et même dans l'obligation de choisir celle qui lui est le mieux adaptée* »¹²¹,

¹¹⁷ J.-Ph. LEVY, *La preuve, des origines à nos jours*, op. cit., p. 39.

¹¹⁸ J.-Ph. LEVY, *ibid.*, p. 58.

¹¹⁹ VOLTAIRE, *Œuvres complètes*, Garnier, tome 25, p. 576. En ce sens, v. VOLTAIRE, *Traité sur la tolérance*, Chap. XXV, 1763, p. 180 : « *J'apprends que le Parlement de Toulouse & quelques autres Tribunaux ont une Jurisprudence singulière ; ils admettent des quarts, des tiers, des sixièmes de preuve. Ainsi, avec six oui dire d'un côté, trois de l'autre, & quatre quarts de présomption, ils forment trois preuves complètes ; & sur cette belle démonstration, ils vous rouent un homme sans miséricorde. Une légère connaissance de l'art de raisonner suffirait pour leur faire prendre une autre méthode. Ce qu'on appelle une demi-preuve, ne peut être qu'un soupçon : il n'y a point à la rigueur de demi-preuve ; ou une chose est prouvée, ou elle ne l'est pas ; il n'y a point de milieu.*

Cent mille soupçons réunis ne peuvent pas plus établir une preuve, que cent mille zéros ne peuvent composer un nombre.

Il y a des quarts de ton dans la Musique, encore ne les peut-on exécuter ; mais il n'y a ni quart de vérité, ni quart de raisonnement.

Deux témoins qui soutiennent leur déposition font censés faire une preuve ; mais ce n'est point assez : il faut que ces deux témoins soient sans passion, sans préjugés, & sur-tout, que ce qu'ils disent ne choque point la raison.

Quatre personnages des plus graves auraient ».

¹²⁰ J.-Ph. LEVY, *La preuve, des origines à nos jours*, op. cit., p. 69.

¹²¹ J.-Ph. LEVY, *ibid.*, p. 69.

pourquoi ne pas permettre aux contractants de prévoir la méthode la plus appropriée pour y parvenir ?

36. Les conventions de preuve au service de la vérité. Le système de preuve du Code civil peut se révéler trop rigide. Certaines situations ne pourraient être prouvées en raison de l'exigence d'un écrit¹²². Empêchant de rapporter la réalité des faits, la vérité en souffre ainsi que le plaideur qui ne peut démontrer la réalité de ses prétentions¹²³. Pour les contractants, l'intérêt des conventions de preuve est de réduire les risques d'une telle situation¹²⁴. Pour ce faire, les parties remplacent les règles légales défailtantes par des règles conventionnelles adaptées. Le but de ce changement est de permettre l'émanation de la vérité devant le juge. Les conventions relatives à la preuve servent à la manifestation de la vérité. Dans d'autres hypothèses, le système de preuve a été obsolète. Les dispositions du Code civil ne prenaient pas en compte les évolutions technologiques. La dématérialisation des échanges a été beaucoup plus rapide que l'intervention législative en matière de preuve. Pour pallier à ce décalage, la pratique a dû s'adapter. Les deux arrêts *Crédicas*¹²⁵ en sont une illustration. Une société de crédit avait inséré, dans ses contrats, des clauses prévoyant la prise en compte de la signature électronique pour prouver l'autorisation de prélèvement de ses clients. La définition de la signature dans le Code civil ne correspondait pas à la signature électronique. Faute d'avoir un système de preuve satisfaisant, la société *Crédicas* avait choisi d'aménager conventionnellement les règles légales de preuve. L'objectif de cette société était tant de pouvoir rapporter la preuve de l'opération litigieuse que de sécuriser ces ordres de paiement. Dans cette espèce, la sécurité était au service de la vérité.

¹²² Cass. civ. 1^{re}, 4 novembre 2011, n° 10-27035, Bull. civ. I, n° 194. Une banque avait envoyé par erreur une quittance de remboursement intégrale d'un prêt, en raison d'une défaillance du système informatique. Elle décida alors d'assigner en justice ses clients, emprunteurs, afin d'obtenir le remboursement du reliquat de l'emprunt non remboursé. La cour d'appel permit à la banque la démonstration de l'erreur et du montant effectivement remboursé par ses clients. La Cour de cassation censura la cour d'appel : « *Qu'en statuant ainsi, alors que si celui qui a donné quittance peut établir que celle-ci n'a pas la valeur libératoire qu'implique son libellé, cette preuve ne peut être rapportée que dans les conditions prévues par les articles 1341 et suivants du code civil, la cour d'appel a violé les textes susvisés* ». La lettre de l'article 1341 du Code civil empêche de rapporter la preuve contre et outre un acte sous seing privé, sauf par un acte de valeur probante égale ou supérieure. La banque, n'ayant pas de preuve écrite au sens de cet article, ne pouvait démontrer la réalité de la situation. La vérité est ainsi impossible à apporter.

¹²³ « *Idem est non esse et non probari* » : Ne pas être ou ne pas être prouvé c'est un tout.

¹²⁴ M. MEKKI, *Réflexions sur le risque de la preuve en droit des contrats (1^{re} partie)*, op. cit., p. 701 où l'auteur constate que « *les parties sont incitées à anticiper sur le procès et à multiplier les conventions par lesquelles elles vont, par précaution, répartir le risque de la preuve en agissant sur l'objet, la charge et/ou le mode de preuve, ou introduire des clauses de discussion, voire de conciliation, pour mettre l'ensemble des preuves à l'épreuve* ».

¹²⁵ J. MESTRE, *Bilan de l'année 1989 pour l'article 1341 du code civil*, RDC 1990, p. 79.

Les conventions relatives à la preuve permettent ainsi de combler les lacunes d'un système probatoire de temps à autre inadapté. La découverte de la réalité des faits par l'intermédiaire d'une clause de preuve est conforme à l'objectif final des règles de preuve.

37. Les risques des conventions sur la preuve. L'utilisation des conventions relatives à la preuve n'est pas sans danger. Le risque d'une telle technique est d'empêcher la manifestation de la vérité. L'un des contractants, celui qui a la maîtrise de la rédaction de la convention, peut être tenté de rendre la preuve impossible. Dans cet objectif, la convention de preuve ne permet plus de découvrir la vérité mais au contraire de l'annihiler. La dangerosité de ces conventions ne doit pas être négligée¹²⁶. « *Il semble en tout état de cause que les conventions relatives à la preuve nécessitent une vigilance particulière de la part du juge, car elles ont bien souvent pour résultat la renonciation d'une partie à son droit (dès lors qu'elle renonce à ses droits en matière probatoire), renonciation que la partie ne décèle pas forcément immédiatement lors de la signature de la convention* »¹²⁷.

38. Un domaine quasiment illimité. L'intérêt d'un aménagement des règles de preuve est certain, comme le sont les risques d'une utilisation détournée. Les intérêts et les risques sont d'autant plus importants que le domaine d'application des conventions de preuve semble sans limite. Partout où il y a des droits, il y a de la preuve : la preuve habille les droits. Il est possible d'en modifier les règles. Autrement dit, les contractants peuvent créer des conventions relatives à la preuve dans tout le droit privé. Quasiment tout principe connaît des exceptions. En la matière, le droit pénal en est une illustration¹²⁸. La raison de l'impossibilité de modifier les règles de preuve réside dans l'objectif du système de preuve propre à ce domaine. La preuve est libre car la découverte de la vérité est absolument fondamentale pour sanctionner un comportement contraire à la loi pénale, le doute profitant toujours à l'accusé. Le choix du système inquisitoire au détriment du système accusatoire¹²⁹ s'explique par les moyens pouvant être mis en œuvre par la justice afin de mettre en évidence la réalité des faits.

¹²⁶ A. BENABENT, *Les obligations*, Montchrestien, 13^e éd., 2012, n° 424 ; *adde*, F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Les obligations*, Dalloz, 10^e éd., 2009, n° 161. V. également, M. MEKKI, *La gestion contractuelle du risque de la preuve (2^e partie)*, *op. cit.*, p. 453 et s.

¹²⁷ F. FERRAND, *V^o Preuve*, § 2 *Réglementation française*, in *Répertoire de procédure civile*, 2010, n° 29.

¹²⁸ Sans revenir sur la délicate question de la place de la matière pénale au sein de la *summa divisio* entre le droit privé et le droit public, cette étude considère le droit pénal comme une branche du droit privé, malgré la pertinence des arguments contraires. Ceci importe peu puisqu'au final le domaine des conventions sur la preuve va exclure le domaine pénal.

¹²⁹ Dans les autres domaines, le système retenu est celui accusatoire. Les parties aux litiges ont la charge de démontrer leurs allégations.

Le procès pénal oppose la société au mis en cause présumé innocent. La victime n'a qu'un rôle secondaire même si les dernières réformes lui donnent plus d'importance. La place de la volonté de la victime et du supposé coupable est très réduite¹³⁰. Excepté cette limitation, le domaine des conventions relatives à la preuve est très étendu¹³¹. Une liste exhaustive des applications potentielles n'est toutefois pas nécessaire¹³². Une telle liste permettrait uniquement de démontrer la possibilité d'aménager les règles légales de preuve. Compte tenu de l'ampleur du sujet, cette étude se limitera au droit privé interne. Les différences entre les systèmes juridiques, notamment la place réservée aux parties dans la manifestation de la vérité, et l'omniprésence de la preuve dans toutes les règles de droit sont autant de raison qui justifient l'exclusion de l'exploration des droits étrangers. En s'aventurant hors de nos frontières, le problème des conditions de validité de ces conventions ne se résoudrait pas nécessairement.

39. Le caractère d'ordre privé des règles de preuve. Au regard des décisions de justice portant sur des domaines différents, les juges ne donnent pas plus d'explications sur la démarche à suivre que sur les critères à respecter pour que les conventions de preuve soient efficaces. « À défaut de convention valable », les règles déterminées par le législateur s'appliquent aux contractants. L'unique enseignement à retirer de la jurisprudence est l'évolution du fondement justifiant la possibilité de convenir sur la preuve. Les premières décisions qui ont admis cette pratique se fondent sur le caractère des règles de preuve du Code

¹³⁰ Certaines infractions nécessitent la volonté de la victime pour pouvoir poursuivre son auteur. Par ex. les infractions des articles 226-1 du Code pénal : atteinte à l'intimité vie privée ; 227-3 du code précité : abandon de famille. La loi permet pour certaines infractions la possibilité de convenir avec l'auteur de la peine en contre partie de la reconnaissance de son acte. V. par ex., S. CIMAMONTI, *L'ordre public et le droit pénal, in L'ordre public à la fin du XX^e siècle*, Dalloz, 1996, p. 100. L'auteur fait le constat de possibilité de transaction avec le Ministère public depuis la loi du 29 décembre 1977 (art. 16) en matière de commissions indirectes de douanes et de relation monétaire avec l'étranger. « *Le Ministère public (...) transige sur l'action publique au moyen d'une convention dénommée contrat pénal* ». Pour une loi plus récente permettant une plus grande place à la liberté contractuelle, v. la Loi n° 2005-847 du 26 juillet 2005 précisant le déroulement de l'audience d'homologation de la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité. Ces deux mécanismes empêchent la manifestation certaine de la vérité. Le premier car il ne permet pas sa recherche faute de poursuite, le second parce qu'il rend inutile la découverte de la vérité en raison de la reconnaissance de l'infraction moyennant une sanction allégée.

¹³¹ Des conventions sur la preuve trouvent domicile dans la passation des ordres en bourse via internet, par exemple. En ce sens, v. L. RUET, *La passation des ordres de bourse via Internet*, Rev. droit banc. et financier 2000, étude n° 100023. Le sms peut servir de convention sur la preuve, en ce sens, v. D. ARNAUD et K. DRAI-PARKER (sous la dir. d'A. VAN EECKHOUT), *Les pratiques contractuelles du SMS*, RDC 2008, p. 557. Les conventions de preuve peuvent permettre de rendre loyal un procédé de preuve notamment pour justifier un licenciement pour faute. V. par ex. les conseils de E. CAPRIOLI, *Cybersurveillance des salariés : du droit à la pratique des chartes «informatiques»*, Petites affiches, 29 septembre 2004, n° 195, p. 7. Les conventions de preuve ne semblent avoir de limites que celles de l'imagination.

¹³² En matière de contrats internationaux, il n'est pas rare de voir des clauses inversant la charge de la preuve. V. sur ce point, P. MOUSSERON, J. RAYNARD et J.-B. SEUBE, *Technique contractuelle*, F. Lefebvre, 4^e éd., 2010, n° 1706 et s.

civil. Selon la Cour de cassation, l'article 1341 du code précité est une règle à caractère d'ordre privé¹³³. En d'autres termes, les lois relatives à la preuve sont d'ordre privé et non d'ordre public. Les contractants peuvent les modifier car cette qualification autorise les dérogations. La Cour de cassation fait référence à la renonciation possible en même temps qu'elle se fonde sur le caractère des règles de preuve : « *que les dispositions légales ci-dessus [c'est-à-dire l'article 1341 du code civil] ne sont pas d'ordre public, pouvant être invoquées pour la première fois devant la Cour de cassation ; que les parties peuvent y renoncer* »¹³⁴. Le critère de la disponibilité des droits est en devenir.

40. Le nouveau critère : la disponibilité des droits. À partir des arrêts *Crédicas*¹³⁵, le caractère d'ordre privé des règles de preuve a été abandonné au profit d'un nouveau critère : la disponibilité des droits. « *Attendu qu'en statuant ainsi, alors que la société Crédicas invoquait l'existence, dans le contrat, d'une clause déterminant le procédé de preuve de l'ordre de paiement et que, pour les droits dont les parties ont la libre disposition, ces conventions relatives à la preuve sont licites, le tribunal a violé les textes susvisés* ». Le choix de ce nouveau critère se justifie par l'analyse des conventions de preuve. Les juges ne s'intéressent plus aux règles de preuve, mais aux droits des parties : ils doivent être disponibles. La justification est évidente : si les parties ont la possibilité de renoncer à leurs droits, pourquoi leur interdire de modifier les règles permettant l'établissement des droits litigieux ? Lorsqu'il est permis de renoncer à un droit, l'aménagement de sa preuve est autorisé¹³⁶. La renonciation à un droit est nécessairement plus grave que la convention modifiant sa preuve. Qui peut renoncer, peut aménager !

41. La question de l'association de ces critères. Est-ce un véritable abandon du caractère d'ordre privé des règles de preuve fondant la validité des conventions relatives à la preuve ?

¹³³ Le caractère d'ordre privé signifie que ces règles sont supplétives. Sur la validité des conventions de preuve en raison de la supplétivité, v. not. P. MOUSSERON, J. RAYNARD et J.-B. SEUBE, *ibid.*, n^{os} 1700 et s.

¹³⁴ Cass. civ. 1^{re}, 5 novembre 1952, Bull. civ. I, n^o 286.

¹³⁵ Cass. civ. 1^{re}, 8 novembre 1989 ; D. 1990, p. 369, note C. GAVALDA ; D. 1990, som. com., p. 327, J. HUET ; JCP G 1990, n^o 46, n^o 21576, note G. VIRASSAMY. Sur l'évolution de cette jurisprudence, v. H. ALTERMAN, *Les cartes bancaires, Colloque du 10 novembre 1995 Informatique et preuve*, Petites affiches 29 mai 1996, n^o 65, p. 11. Plus généralement sur la question de la signature électronique, v. E. CAPRIOLI, *Preuve et signature dans le commerce électronique*, Dr. et patr. 1997, n^o 55, p. 56.

¹³⁶ M. PLANIOL et G. RIPERT, *op. cit.*, n^o 1428 où les auteurs remarquent à juste titre « *qu'une convention sur la preuve est au fond une convention sur le droit, donc, quand on peut disposer d'un droit, on peut également en régler conventionnellement l'attribution ou la perte, et par conséquent la subordonner à tel mode de preuve* ».

Les juges ne font peut-être plus référence à ce caractère en raison de son évidence¹³⁷. Au contraire, ils ont peut-être changé ce critère parce que la preuve est l'accessoire du droit qu'elle habille. Quel critère retenir ? Le dernier ou les deux ? La disponibilité des droits suffit-elle ou doit-elle être complétée par la qualification des règles de preuve ? Leur association est-elle suffisante ? Les réponses à ces questions sont primordiales pour la sécurité juridique des parties lorsqu'ils décident de modifier les règles de preuve. Les contractants doivent pouvoir se fonder sur des conditions de validité certaines. La détermination de ces conditions permet indirectement de faciliter le travail du juge. Il pourrait vérifier la validité des conventions de preuve de manière identique, quel que soit le domaine dans lequel la convention de preuve intervient. La sécurité juridique commande cette solution.

42. L'insuffisance du critère de la disponibilité des droits. La disponibilité des droits ne semble pas être un critère suffisant. De nombreuses décisions sanctionnent des conventions relatives à la preuve alors que les droits sont disponibles¹³⁸. Les juges ne se fondent pas uniquement sur la disponibilité. Il existe bel et bien une incertitude sur les conditions de validité des clauses de preuve. La disponibilité des droits est un critère indiscutable de la validité des conventions sur la preuve, mais un critère insuffisant.

43. La place de l'ordre public dans la validité des conventions de preuve. Le caractère d'ordre privé des règles de preuve refait-il surface ? *A priori*, cela semble difficile. Le caractère des règles de preuve ne varie pas en fonction de l'espèce. Les règles de preuve identiques ont la même qualification. Si elles sont d'ordre privé, elles le restent. Autrement dit, la nature des règles de preuve ne change pas en fonction des circonstances. Le critère originel de la validité des conventions relatives à la preuve n'est pas ce critère manquant. Qu'en est-il de son opposé, c'est-à-dire le caractère d'ordre public ? À la genèse de la pratique

¹³⁷ L'évidence n'exclut pas toute vérification des effets des stipulations de preuve. De manière générale, le contrôle des clauses dérogatoires aux règles supplétives par les juges est rigoureux. Sur ce point, v. C. PERES, *La règle supplétive*, Préf. G. VINEY, Bibliothèque de droit privé, tome 451, LGDJ, 2004, sp. p. 467. Il doit en être de même pour les clauses de preuve.

¹³⁸ Par exemple pour une clause aménageant indirectement les règles légales de preuve, v. Cass. com., 31 janvier 1995 ; RJDA 1995, n° 574. Cass. com., 3 mars 1998 ; RJDA 1998, n° 860. Cass. mixte, 22 avril 2005 ; BICC 15 juillet 2005, rapp. M. GARBAN, concl. M. DE GOUTTES ; D. 2005, p. 1864, note J.-P. TOSI (2ème espèce) ; D. 2005, AJ, p. 1224, obs. E. CHEVRIER ; D. 2005, pan., p. 2750, obs. H. KENFACK ; D. 2005, pan., p. 2844, obs. B. FAUVARQUE-COSSON ; D. 2006, pan., p. 1932, obs. P. JOURDAIN ; JCP 2005, II, 10066, note G. LOISEAU (1ère espèce) ; JCP E 2005, 1446, note C. PAULIN ; RCA 2005, n° 175, note S. HOCQUET-BERG ; cont., conc., consom. 2005, n° 150, note L. LEVENEUR ; dr et patr., oct. 2005, p. 36, étude G. VINEY ; RDC 2005, p. 673, obs. D. MAZEAUD ; RDC 2005, p. 753, obs. Ph. DELEBECQUE ; RTD Civ. 2005, p. 604, obs. P. JOURDAIN ; RTD Civ. 2005, p. 779, obs. J. MESTRE et B. FAGES. Cass. com., 4 mars 2008 ; JCP 2008, II, 10079, note L. GUIGNARD ; RTD Civ. 2008, p. 490, obs. P. JOURDAIN.

des clauses de preuve, la jurisprudence avait refusé les aménagements de ces règles en raison de leur caractère d'ordre public. Pour les juges, « *la convention de déroger à la disposition des lois et à leur défense expresse, ne peut être admise parce que c'est une maxime constante que les parties ne peuvent déroger à ce qui est de droit public* »¹³⁹. La formulation employée par les juges rappelle celle de l'article 6 du Code civil : « *On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public (...)* ». Cet article pose un principe général de respect des lois qui intéressent l'ordre public. Le caractère d'ordre public des règles de preuve de cette décision de justice est-il l'ordre public de l'article 6 ? Les règles de preuve maintenant d'ordre privé pourraient-elles finalement faire réapparaître cet ordre public ? Est-ce que l'article 6 permet d'expliquer le refus des juges d'appliquer des clauses de preuve alors que les droits sont disponibles ?

44. La pluralité des définitions de l'ordre public. La difficulté de faire de l'ordre public le critère manquant provient de la définition de cette notion. De nombreux éminents professeurs s'y sont attelés. Monsieur le professeur Malaurie est l'un des plus illustres à avoir tenté de dompter ce « *cheval fougueux* »¹⁴⁰, ce « *unruly horse* ». Toutes les études de l'ordre public rappellent le nombre de définitions décelées – 22 définitions en 1953 – par Monsieur le professeur Malaurie dans sa thèse avant d'en proposer une de plus¹⁴¹. Autant de définitions il y a 60 ans, combien de plus aujourd'hui ? L'ordre public ne peut pas être un critère pertinent si sa définition n'est pas acquise. En faisant de l'ordre public ce critère manquant, la sécurité juridique reste incertaine en raison de l'incertitude pesant sur cette notion. En d'autres termes, ce qui est gagné d'un côté est perdu immédiatement de l'autre. Le passage s'effectuerait de l'insécurité juridique, due à l'insuffisance de la disponibilité des droits pour expliquer la validité des conventions de preuve, à l'insécurité juridique par l'utilisation d'une notion indéfinissable, c'est-à-dire l'ordre public.

¹³⁹ S. 1801, 2, 19.

¹⁴⁰ Ph. MALAURIE, *L'ordre public et le contrat (Etude de Droit civil comparé France, Angleterre, U. R. S. S.)*, Ed. Matot-Braine, Reims, 1953, p. 3 où l'auteur considère que « *chercher à définir l'ordre public, c'est s'aventurer sur les sables mouvants, déclarait le conseiller Pilon, dans un célèbre rapport ; c'est un vrai supplice pour l'intelligence, s'écriait le Marquis de Vareilles-Sommières ; c'est enfourcher un cheval très fougueux dont on ne sait jamais où il vous transporte, disait le juge Burrough dans un aphorisme que les juristes anglais se plaisent à citer ; (...)* ».

¹⁴¹ Ph. MALAURIE, *ibid.* p. 69 où l'auteur considère que « *l'ordre public c'est le bon fonctionnement des institutions indispensables à la collectivité. Il caractérise un état de la société, exprimant la fonction essentielle du droit en tant que régulateur des groupes humains* ».

45. Une définition provisoire. L'ordre public a deux sens dans le « Vocabulaire juridique » du doyen Cornu¹⁴². Dans une première acception, c'est l'« *état social dans lequel la paix, la tranquillité et la sécurité publique ne sont pas troublées* », « *pour un pays donné, à un moment donné* ». Dans une seconde acception, les termes « ordre public » servent « à caractériser certaines règles qui s'imposent avec une force particulière », « *au sein d'un ordre juridique* ». Dans sa première définition l'ordre public est un objectif à atteindre, alors que dans sa seconde, il est un caractère des lois interdisant leur dérogation. Le second sens est celui employé par les juges pour justifier le refus, puis pour fonder l'acceptation des conventions de preuve. La jurisprudence contemporaine considère que les règles de preuve ne sont pas d'ordre public, c'est-à-dire ne « *s'imposent [pas] avec une force particulière* ». Les parties peuvent y déroger.

46. L'articulation des conditions de validité. La limitation recherchée aux aménagements conventionnels des règles légales de preuve serait-elle alors cet « *état social dans lequel la paix, la tranquillité et la sécurité publique ne sont pas troublées* » ? La question ne s'orienterait plus seulement vers le choix de la définition de l'ordre public mais se dirigerait aussi vers l'organisation des conditions de validité. En d'autres termes, l'articulation des conditions d'efficacité – droit disponible et ordre public – des conventions de preuve serait le nouveau problème¹⁴³. Ces critères doivent-ils s'appliquer successivement ou simultanément ? En décomposant la formation des conventions de preuve, la première question est de savoir s'il est possible de modifier les règles de preuve. La seconde concerne l'étendue de cet aménagement. Le contenant doit être apprécié avant l'analyse du contenu. La répartition des conditions de validité peut-elle se calquer sur cette distinction ? Comment la disponibilité des droits et l'ordre public peuvent-ils se répartir entre le contenant et le contenu ?

47. Exemple d'un emploi simultané de ces deux notions. Un emploi simultané des notions d'indisponibilité et d'ordre public se remarque au sein de l'arrêt du 31 mai 1991 de l'assemblée plénière de la Cour de cassation sur le thème des conventions de mère porteuse : « *Attendu que, la convention par laquelle une femme s'engage, fût-ce à titre gratuit, à*

¹⁴² G. CORNU (dir.), *v° ordre public, op. cit.*

¹⁴³ B. FAUVARQUE-COSSON, *L'ordre public, in 1804-2004 Le Code civil : Un passé, un présent, un avenir*, Dalloz, 2004, p. 490 où l'auteur remarque que « *le lien qui unit le régime des droits (disponibles ou indisponibles) aux règles qui les gouvernent (supplétives ou impératives) est complexe* ».

concevoir et à porter un enfant pour l'abandonner à sa naissance contrevient tant au principe d'ordre public de l'indisponibilité du corps humain qu'à celui de l'indisponibilité de l'état des personnes »¹⁴⁴. Il ne s'agissait pas de l'indisponibilité d'un droit mais du corps humain et de l'état des personnes. Si l'ordre public justifie cette indisponibilité, peut-il en être de même pour l'indisponibilité d'un droit ? Plus particulièrement, lorsque ce droit est disponible, cet ordre public peut-il être le fondement de l'inefficacité des conventions relatives à la preuve ? En définitive, deux questions fondamentales dirigent cette étude : D'une part, quels sont les critères de la validité des conventions de preuve ? D'autre part, comment s'articulent-ils ?

48. **Démarche à suivre.** Le rapport entre ces deux notions permettra sans doute de déduire la mise en œuvre des critères permettant de s'assurer de la licéité des clauses de preuve. Afin de vérifier l'efficacité de l'articulation proposée des conditions de validité, les conséquences de ces aménagements seront analysées. La détermination de la démarche à suivre pour qu'une convention relative à la preuve soit valable (**Partie 1**) doit précéder sa confrontation avec la jurisprudence afin de prouver son efficacité (**Partie 2**). Autrement dit, l'étude des critères à l'origine de la validité des clauses de preuve devance l'examen de leur pertinence.

Première partie : Le fondement des conventions relatives à la preuve.

Seconde partie : Les conséquences des conventions relatives à la preuve.

¹⁴⁴ Cass. ass. plén., 31 mai 1991 ; D. 1991, p. 417, rapport Y. CHARTIER, note D. THOUVENIN ; JCP 1991, II, 21752, communication J. BERNARD, concl. H. DONTENWILLE, note F. TERRE ; Defrénois 1991, 1267, obs. J.-L. AUBERT ; RTD civ. 1991, p. 517, obs. D. HUET-WEILLER ; RTD civ. 1992, p. 489, chron. M. GOBERT ; Petites Affiches, 23 octobre 1991, n° 127, p. 4, note M. GOBERT ; H. CAPITANT, F. TERRE et Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile, Introduction, personnes, famille, biens, régimes matrimoniaux, successions*, Tome 1, Dalloz, 12^e éd., 2007, n° 50.

PREMIÈRE PARTIE
LE FONDEMENT DES CONVENTIONS
RELATIVES À LA PREUVE

49. « **La preuve est la rançon des droits** »¹⁴⁵. Par cette formule, Ihering exprimait la nécessité de persuader le juge pour faire reconnaître son droit, le plaideur n'étant jamais cru sur parole. Cette idée remonte à l'Ancien droit avec le très célèbre adage « *Idem est non esse et non probari* ». Cette maxime peut se traduire par : « ne pas être et ne pas être prouvé est un tout »¹⁴⁶. Il y a donc une assimilation entre un droit qui n'existe pas et un droit qui existe mais qui se révèle impossible à prouver. En réalité, sa portée est différente selon que le droit existant est contesté ou non.

50. **L'importance de la preuve.** Lorsqu'un créancier invoque un droit face à son débiteur qui nie son existence, le titulaire de ce droit contesté devra ramener la preuve de ses allégations, faute de quoi le juge tranchera le litige en faveur de son adversaire. Même si ce droit est bien réel, il ne produira aucun effet en raison de l'absence de sa preuve devant le juge. Dans cette hypothèse, être titulaire d'un droit ne pouvant être prouvé revient au même que de ne pas être titulaire de ce droit. L'adage « *idem est non esse et non probari* » prend alors tout son sens.

51. **L'intérêt de la preuve en cas de litige.** En l'absence de contestation de sa dette envers son créancier, le débiteur n'est pas contraint de prouver son droit pour qu'il soit pleinement efficace. Cette situation représente d'ailleurs la grande majorité des cas. En effet, les individus en relation contractuelle exécutent le plus souvent leurs obligations sans avoir recours à un juge, la preuve des droits est alors inutile parce que l'exécution du droit est spontanée. L'adage perd alors de sa véracité si les parties exécutent de bonne foi leurs obligations, s'il n'y a pas de litige sur le ou les droits.

52. **La preuve et l'efficacité des droits.** En cas de litige, la preuve devient centrale en droit. Pouvoir apporter la preuve de son droit, afin d'emporter la conviction du juge, est une condition primordiale de l'efficacité des droits. Afin de parvenir à ce résultat, les contractants sont tentés de prévoir, d'aménager des règles de preuve différentes de celles proposées par le législateur.

53. **L'aménagement conventionnel de la preuve.** Pour ce faire, les individus voulant se lier par une convention doivent anticiper toutes les éventualités. Les cocontractants prévoient

¹⁴⁵ IHERING, *L'évolution du droit*, Traduction sur la 3^e éd. allemande par MEULENAERE, 1901, p 148.

¹⁴⁶ H. ROLAND, L. BOYER, *Adages du droit français*, Litec, 4^e éd., 1999.

les obligations principales, et peuvent envisager un défaut dans l'exécution de leurs obligations. En temps paisible, il est plus facile d'envisager le pire. En cas de conflit, ils doivent apporter différentes preuves en fonction de l'espèce. Ils prouvent soit la convention qui les lie, soit l'exécution ou l'inexécution des obligations issues de cette convention, soit un préjudice subi en raison d'un manquement contractuel. La principale difficulté réside dans la preuve de l'élément conflictuel. Pour le demandeur et le défendeur, le risque est de perdre un procès faute d'avoir pu rapporter la preuve de sa prétention¹⁴⁷. Le Code civil prévoit les modalités de preuve de la convention, en imposant la préconstitution d'une preuve par écrit dans certaines situations¹⁴⁸. Pour la preuve de l'exécution et ses conséquences, la liberté est de mise. Ce système binaire de preuve doit répondre à une grande diversité de conventions. Ces règles peuvent ne pas convenir à toutes les situations. Aussi, la tentation est grande d'aménager conventionnellement des règles de preuve spécifiques aux attentes des contractants.

54. La possibilité d'un aménagement conventionnel. Une question se pose alors : est-il possible de déroger aux règles de preuve légale, ou les parties sont-elles tenues de respecter le système probatoire légal ? La pratique a très tôt utilisé des conventions de preuve. Face à ces pratiques, les juges ont dû se poser la question de la validité de ce type de convention. Malgré l'opposition d'une partie de la doctrine¹⁴⁹, la jurisprudence a accepté ces conventions assez rapidement. En droit positif, la possibilité d'aménager les règles de preuve est possible¹⁵⁰ mais encadrée, contrôlée¹⁵¹.

55. Un aménagement conditionné. La volonté des contractants d'aménager les règles de preuve normalement applicables en prévision d'un conflit est légitime. Si les parties peuvent

¹⁴⁷ Même sans véritable chance de convaincre le juge, certaines personnes tentent malgré tout leur chance. IHERING, *op. cit.*, p. 30 et 31 où il indique justement que « *si malgré cela il se fait tant de procès téméraires, il en est là comme du cas du délinquant : il y a l'espoir que, faute de preuves, la loi restera inappliquée* ».

¹⁴⁸ L'alinéa 1 de l'article 1341 du Code civil prévoit qu'« *il doit être passé acte devant notaires ou sous signatures privées de toutes choses excédant une somme ou une valeur fixée par décret, même pour dépôts volontaires, et il n'est reçu aucune preuve par témoins contre et outre le contenu aux actes, ni sur ce qui serait allégué avoir été dit avant, lors ou depuis les actes, encore qu'il s'agisse d'une somme ou valeur moindre* » . Cette somme est fixée actuellement à 1500 euros depuis un décret du 20 août 2004. Les articles 1347 et 1348 du même Code posent des exceptions à cette exigence de preuve. Par exemple, en cas d'impossibilité morale de se préconstituer une preuve par écrit, les parties peuvent prouver le contrat par tout moyen.

¹⁴⁹ R. LE BALLE, *Des conventions sur le procédé de preuve en droit civil*, Thèse Paris, 1923, p. 73 ; R. LEGEAIS, *Les règles de preuve en droit civil : permanences et transformations*, Thèse Poitiers, 1954.

¹⁵⁰ Par ex., v. F. FERRAND, *v° Preuve*, §2 *Réglementation française*, in Répertoire de procédure civile, 2010, n° 29.

¹⁵¹ A. AYNES et X. VUITTON, *Droit à la preuve, principes et mise en œuvre processuelle*, LexisNexis, 2013, n° 91 et s.

créer des rapports d'obligations et y renoncer, pourquoi ne pas leur permettre de déterminer les modalités de preuve en cas de conflit ? Peut-être parce que le législateur poursuit un ou des objectifs en établissant des règles de preuve. La volonté de modifier ces règles ne va-t-elle pas à l'encontre de cet ou ces objectifs ? Encore faut-il déterminer les fonctions de la preuve pour les comparer avec l'intention des parties, la liberté contractuelle ne pouvant pas être absolue : la limitation provient de l'ordre public. Objectif des règles de preuve, garde-fou de la volonté contractuelle, l'ordre public a une importance considérable dans l'acceptation des conventions relatives à la preuve. Ce qui est problématique au regard des points de divergences au sein de la doctrine pour définir cette notion.

56. **Annonce du plan.** Les conditions de validité des conventions relatives à la preuve (**Titre 1**) sont à rapprocher et dépendent des fonctions de la preuve et *in fine* de la conception qu'il faut retenir de l'ordre public (**Titre 2**).

TITRE PREMIER
LA DÉTERMINATION DES CONDITIONS
DE VALIDITÉ DES CONVENTIONS
RELATIVES À LA PREUVE

57. **Point de départ.** La théorie des conventions sur la preuve trouve son point de départ au sein de l'article 6 du Code civil¹⁵². Cette disposition énonce qu'aucune dérogation n'est permise aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs¹⁵³. Le principe est la liberté des conventions. Cette liberté n'est pas absolue, elle connaît une exception. Les conventions sont prohibées lorsqu'elles portent atteintes à l'ordre public. Autrement dit, l'autonomie de la volonté peut modifier la loi si cette dernière n'intéresse pas l'ordre public.

58. **L'ordre public comme critère de validité ?** Si les règles ci-dessus viennent à être appliquées aux conventions sur la preuve, alors l'ordre public semble en être le critère de validité. A chaque fois que la loi n'intéresse pas l'ordre public et les bonnes mœurs, les parties peuvent convenir de nouvelles règles de preuve.

59. **Admissibilité et admission des conventions de preuve.** Monsieur le professeur Ancel a développé l'idée selon laquelle, dans une convention, le contenant a une force obligatoire qui se distingue du contenu obligationnel¹⁵⁴. Le contenant est la convention elle-même, alors que le contenu correspond aux obligations insérées dans la convention. L'intérêt de cette distinction réside dans la force obligatoire de la convention indépendamment des obligations pouvant y être insérées. Cette distinction du contenant et du contenu peut également avoir un intérêt dans les aménagements conventionnels des règles de preuve. Elle permet de distinguer l'admissibilité de l'admission des conventions de preuve. Deux étapes sont primordiales pour qu'une convention de preuve produise des effets. D'une part, la convention doit respecter des conditions d'admissibilité. D'autre part, la convention, une fois admissible, doit respecter des conditions d'admission. Ainsi, l'admissibilité concerne le contenant alors que l'admission se réfère au contenu.

¹⁵² L'article 6 du Code civil dispose qu'« on ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs ».

¹⁵³ Les bonnes mœurs sont reconnues comme étant une composante de l'ordre public. Ph. MALAURIE, *Rapport particulier sur la notion de l'ordre public et des bonnes mœurs dans le droit privé*, Neuvième séance d'étude, in Travaux de l'association H. CAPITANT, Tome 7, 1952, p. 750, l'auteur précise justement que « les bonnes mœurs ne jouent qu'un rôle accessoire à l'ordre public, elles ont pour but, selon l'expression d'un rédacteur du Code civil, de lui apporter "un supplément de clarté", de montrer aux tribunaux qu'ils ne doivent pas concevoir l'ordre public comme une opportunité politique et sociale, mais qu'il est aussi constitué par un certain nombre de principes moraux ».

¹⁵⁴ P. ANCEL, *Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat*, RTD civ. 1999, p. 771 et s. Pour l'auteur, « la force obligatoire apparaît comme un contenant, une sorte de cadre général à l'intérieur duquel vont s'inscrire des rapports d'obligations, des relations entre créanciers et débiteurs ».

60. La pertinence de l'ordre public comme critère ? L'ordre public a été le seul critère de validité des conventions de preuve. Les juges ont accepté ces aménagements, car les règles de preuve n'étaient pas d'ordre public. L'ordre public est un critère par la négative. La jurisprudence actuelle fait de moins en moins référence à cette notion. Dès lors, l'ordre public est-il toujours un critère des conventions de preuve ?

61. La disponibilité des droits, un nouveau critère ? En examinant la jurisprudence, le nouveau critère est la disponibilité des droits. Les conventions sont valables lorsqu'elles portent sur des droits disponibles. Pourquoi un droit est-il disponible ? L'ordre public a-t-il une incidence sur cette qualification ?

62. Annonce du plan. À l'origine, les juges ont validé les aménagements conventionnels de preuve en se référant à l'ordre public, avant de le remplacer par la disponibilité des droits. L'ordre public n'est plus le critère utilisé de la validité de ces conventions (**Chapitre 1**). Actuellement, les magistrats sanctionnent des conventions de preuve en se fondant sur l'atteinte à l'ordre public, alors que les droits en jeu sont disponibles. Résurgence de l'ordre public pour contrôler la volonté individuelle, il est une condition indispensable à la validité des conventions relatives à la preuve (**Chapitre 2**).

CHAPITRE PREMIER

LA CONTESTATION DE L'ORDRE PUBLIC COMME CRITÈRE DES CONVENTIONS DE PREUVE

63. **Art. 1341 du Code civil.** L'acceptation des conventions sur la preuve s'est initialement posée au regard de l'ordre public. La jurisprudence et la doctrine se sont tout d'abord interrogées sur le caractère d'ordre public ou d'ordre privé de l'article 1341 du Code civil. La réponse donnée détermine ainsi la recevabilité des conventions de preuve. La jurisprudence a très vite qualifié cet article de règle à caractère d'ordre privé, niant ainsi le caractère d'ordre public des règles de preuve.

64. **Un critère originel.** L'ordre public est devenu un critère *a contrario* de la validité des conventions de preuve. L'ordre public est le critère originel des conventions sur la preuve.

65. **Une notion floue.** En se fondant sur une notion aussi floue, les juges n'ont peut être pas utilisé le critère le plus opportun pour justifier la validité de ces conventions. Depuis leur première acceptation, l'ordre public a connu de profondes mutations. L'évolution a touché son contenu afin de s'adapter à la transformation de la société. De nombreux comportements contraires à l'ordre public hier, sont autorisés aujourd'hui. Est-ce la preuve du déclin de l'ordre public ?

66. **Changement de perspective.** Le changement s'est opéré également au sein de son fonctionnement avec l'émergence de l'ordre public de protection. Cet ordre public a la particularité de permettre des dérogations. Il s'agit d'une véritable remise en cause de l'impérativité absolue attachée au caractère d'ordre public.

67. **Annonce du plan.** L'affirmation de l'ordre public comme critère de validité des conventions de preuve (**Section 1**) entraîne une incertitude en raison de la remise en cause de l'ordre public (**Section 2**).

Section 1 : L'affirmation de l'ordre public comme critère des conventions de preuve

68. **Le silence du Code civil.** Dans le Code civil rien n'était prévu sur la modification conventionnelle des règles de preuve. La pratique ayant précédé le législateur, les magistrats ont été les premiers à se pencher sur ce problème. Les juges se sont posé la question de la validité des conventions de preuve. Quelle raison a justifié l'acceptation ou le refus de ces conventions ? Dans leur rôle d'interprétation de la loi, les juges, pour valider les conventions sur la preuve, ont dégagé indirectement comme critère l'ordre public. C'est en qualifiant l'article 1341 du Code civil de règle d'ordre privé, par opposition aux règles d'ordre public, que les juges ont validé ces conventions. À l'origine, le législateur n'avait pas prévu expressément la possibilité de déroger aux règles de preuve. Ce fut chose faite avec l'adoption de la loi du 13 mars 2000 portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique. Le législateur a consacré indirectement, mais expressément, les clauses de preuve¹⁵⁵.

69. **Annonce du plan.** Les dérogations aux règles de preuve ont été permises par la jurisprudence (§1) avant de connaître une consécration légale (§2).

Paragraphe 1 : Une consécration jurisprudentielle

70. **Une œuvre prétorienne.** Dès le XIX^{ème} siècle, les juges ont validé les modifications conventionnelles des règles de preuve en droit privé. L'étude des premières décisions en la matière permet de rendre compte de la raison de cette acceptation jurisprudentielle.

¹⁵⁵ Loi n°2000-230 du 13 mars 2000 portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique, article 1316-2 du Code civil : « *Lorsque la loi n'a pas fixé d'autres principes, et à défaut de convention valable entre les parties, le juge règle les conflits de preuve littérale en déterminant par tous moyens le titre le plus vraisemblable, quel qu'en soit le support* ».

71. **Une doctrine opposée.** La doctrine s'est interrogée sur cette pratique et n'en fut pas enthousiasmée malgré la validation judiciaire des aménagements des règles de preuve par les cocontractants. Une opposition doctrinale surgit de l'examen des conventions sur la preuve.

72. **Annonce du plan.** C'est en analysant la jurisprudence en la matière que le critère de l'ordre public a pu être dégagé (**A**). Ce même critère a justifié les réactions de la doctrine en faveur et en défaveur de cette pratique. L'analyse des positions doctrinales sur ce sujet permet de comprendre cette divergence (**B**).

A : L'analyse de la jurisprudence

73. **Annonce du plan.** Les décisions de justice, depuis la moitié du XXe siècle, ne laissent aucun doute quant à la qualification de règle supplétive de l'article 1341 du Code civil¹⁵⁶. Une telle position est la conséquence du refus de qualifier cet article d'ordre public ; ce ne fut pas toujours le cas. Les juges ont d'abord qualifié d'ordre public les règles de preuve (**1**) avant de les qualifier d'ordre privé (**2**).

1 : L'article 1341 du Code civil, règle d'ordre public

74. **Loi d'ordre public.** Une loi peut être qualifiée d'ordre public de trois manières différentes. Est-ce que l'article 1341 du Code civil est d'ordre public ?

75. **Quand la loi l'indique.** D'abord, la loi elle-même peut désigner si une disposition légale est d'ordre public. Tel n'est pas le cas de l'article 1341 du Code civil¹⁵⁷.

76. **Nature et domaine de la loi.** Ensuite, la nature de la loi ou le domaine dans lequel elle intervient rend obligatoire la qualification de caractère d'ordre public de la règle. Les lois qui viennent prohiber un comportement sont d'ordre public. Dans certains domaines les lois

¹⁵⁶ E. SAVAUX et J.-L. AUBERT, *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, Sirey, 12^e éd., 2012, n° 20 ; A. BENABENT, *Droit civil : Droit des obligations*, Montchrestien, 13^e éd., 2012, n°s 158 et 159 ; F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Les obligations, Droit civil*, Précis, Dalloz, 10^e éd., 2009, n° 375.

¹⁵⁷ E. SAVAUX et J.-L. AUBERT, *ibid.*, *loc. cit.* ; A. BENABENT, *ibid.*, *loc. cit.* ; F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *ibid.*, *loc. cit.* Pour exemple, l'article 128 du Code civil utilise les termes suivants : « à peine de nullité de toute convention contraire ».

sont, en général, d'ordre public comme, par exemple, en droit de la filiation, en matière de mariage (excepté les régimes matrimoniaux qui sont des règles supplétives). En l'espèce, l'article 1341 du Code civil est relatif à la preuve des contrats qui sont l'émanation de l'autonomie de la volonté. Il ne semblerait pas que l'article 1341 soit d'ordre public sur ce motif¹⁵⁸.

77. L'absence d'une loi expressément supplétive. Enfin, le juge peut déclarer qu'une loi est d'ordre public si celle-ci n'est pas expressément supplétive. Comment la jurisprudence a-t-elle analysé initialement l'article 1341 du Code civil ?

78. L'analyse de la jurisprudence. Le tribunal d'appel de Caen, le 24 ventôse de l'an IX (15 mars 1801), avait décidé que « *la convention de déroger à la disposition des lois et à leur défense expresse, ne peut être admise parce que c'est une maxime constante que les parties ne peuvent déroger à ce qui est de droit public* »¹⁵⁹. Cette solution fut rendue concernant une affaire dans laquelle l'une des parties avait consenti à la preuve testimoniale, alors qu'elle n'était pas prévue dans cette hypothèse¹⁶⁰. Il en résultait pour le tribunal de Caen, que la question de l'admissibilité de la preuve testimoniale touchait à l'ordre public.

79. Une position compréhensible. Cette position est compréhensible à la lumière de la genèse de l'article 1341, qui trouve son origine dans les textes des ordonnances de 1566 et 1667¹⁶¹. Ces ordonnances ont remplacé la preuve testimoniale par la preuve littérale, en raison du manque de confiance accordée aux témoignages. Les motifs invoqués pour justifier ces ordonnances reprenaient d'ailleurs ces idées, et étaient donc fortement teintés par l'ordre public. Il devenait alors logique pour les juges de Caen de refuser la preuve testimoniale au motif que l'article 1341 était d'ordre public¹⁶².

80. Une évolution inévitable. Une évolution¹⁶³ s'est lentement produite pour arriver à considérer l'article 1341 comme un article à caractère d'ordre privé. Ce constat a pour

¹⁵⁸ E. SAVAUX et J.-L. AUBERT, *op. cit.*, *loc. cit.* ; A. BENABENT, *op. cit.*, *loc. cit.* ; F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, *loc. cit.*

¹⁵⁹ S. 1801, 2, 19.

¹⁶⁰ R. LE BALLE, *op. cit.*, p. 67.

¹⁶¹ Ce n'est qu'à la suite de l'ordonnance de Moulins en 1566 et de la grande ordonnance de 1667 que l'adage « *Témoins passent lettres* » s'est renversé en « *Lettres passent témoins* ». V. par ex., Ph. MALINVAUD, *Introduction à l'étude du droit*, LexisNexis, 14^e éd., 2013, n° 547.

¹⁶² R. LE BALLE, *op. cit.*, p. 68.

¹⁶³ R. LE BALLE, *op. cit.*, p. 69 à 71.

conséquence de rendre cette règle supplétive. L'aménagement conventionnel de ces règles est alors autorisé par les juges.

2 : L'article 1341 du Code civil, règle d'ordre privé

81. **L'analyse des juges du fond.** De nouveau, la question s'était posée devant la Cour de Bourges en 1826, et surtout devant la Cour de Rennes¹⁶⁴ le 25 février 1841. Ces deux arrêts allaient dans le même sens. Les juges affirmaient clairement que la prohibition de la preuve testimoniale n'était pas d'ordre public. Il n'y avait pas de doute sur la volonté des parties. Ces dernières avaient déclaré expressément leur volonté d'utiliser le procédé de la preuve testimoniale¹⁶⁵. Ces affaires étant restées au stade des juridictions d'appel, un regard sur des décisions de la Cour de cassation semble opportun pour comprendre le changement de position des juges face aux conventions sur la preuve.

82. **L'analyse de la Cour de cassation.** Une étude exhaustive de la jurisprudence sur ce thème n'est pas nécessaire. En effet, la même argumentation se retrouve dans toutes ces décisions. En revanche, un examen des premières solutions de la plus haute juridiction judiciaire française est intéressant. L'analyse de ces décisions met en évidence le critère permettant l'admissibilité des conventions de preuve : l'ordre public.

83. **Un des premiers arrêts rendus sur la question**¹⁶⁶. Le 20 mars 1876, devant la Cour de cassation¹⁶⁷, une convention sur la preuve a fait l'objet d'un litige. Dans un arrêt de rejet, la Chambre des requêtes a dû se prononcer sur la validité d'une convention concernant la preuve. Un tel accord portait-il atteinte à l'ordre public ?

84. **Rappel des faits.** S'agissant des faits, Mesnard, notaire, avait rédigé pour le compte de Laroche différents actes et avaient procédé à de nombreuses avances d'argent dont quelques-unes avaient été couvertes par des remboursements. Lors de la remise du compte de ces opérations, un contentieux surgit sur deux sommes inscrites sur les livres. Après interrogatoire sur faits et articles de Laroche, ce dernier reconnut un accord dont l'objet était

¹⁶⁴ S. 1841, 2, 427.

¹⁶⁵ R. LE BALLE, *op. cit.*, p. 73.

¹⁶⁶ Le premier arrêt de la Cour de cassation retrouvé sur les conventions relatives à la preuve date du 17 février 1838. V. Cass. civ., 17 février 1838 ; S. 1839, 1, 317.

¹⁶⁷ Cass. req., 20 mars 1876 ; D. 1877, 1, 254 ; S. 1877, 1, 338.

de se rapporter aux écritures des livres tenus par Mesnard. Le jugement de tribunal civil de Barbezieux, puis l'arrêt de la Cour d'appel de Bordeaux ont admis la force probante de ces livres d'une part, en raison de la convention des parties les liant et d'autre part, en raison de leur tenue inspirant toute confiance. Le pourvoi introduit par Laroche se fonda sur la violation des articles 6, 1331 et 1341 du Code civil et des règles générales de preuves. En effet, pour lui, la violation résidait dans la décision d'admettre les livres comme preuve de remises d'argent, en se fondant sur une convention antérieure des parties aux inscriptions portées sur ces livres. De plus, ces livres étaient tenus par son adversaire, pouvant ainsi lui permettre de se préconstituer une preuve.

85. Le problème de droit. Cette convention dérogeait-elle réellement à l'ordre public ? Telle était la question posée par le conseiller Lepelletier. La délimitation de l'ordre public fut la première étape. Quelles règles intéressent l'ordre public ? Cette situation concerne-t-elle des règles impératives ou des règles supplétives ?

86. Réponse apportée. Si une disposition peut être modifiée sans en faire souffrir l'intérêt général ou un principe supérieur de justice, alors elle fait partie des lois d'ordre public. Si, au contraire, la modification ne compromet pas l'ordre public, alors la loi n'a pas ce caractère d'ordre public. En partant de ce constat, le conseiller analysa l'espèce afin de déterminer s'il y avait atteinte à l'ordre public par cette convention. La loi n'attachait aucune force probante à un titre créé par soi-même¹⁶⁸. Cette force probante ne pouvait-elle pas être attribuée par la volonté des parties ? Seul l'intérêt des parties était en jeu. En l'espèce, une partie se reconnaissait d'avance être débitrice des sommes inscrites dans les livres de compte. Le débiteur pouvait toujours ramener la preuve d'une fraude ou d'une erreur dans le compte présenté. Les rôles étaient simplement inversés. Cette convention effectuait simplement un renversement de la charge de la preuve. Ainsi, il appartenait au débiteur de démontrer l'absence de dettes malgré leur inscription sur les livres en application de cette convention, au lieu pour le créancier de prouver les sommes dues. La Chambre des requêtes avait justifié sa position ainsi : « *Attendu qu'en le décidant ainsi, la cour de Bordeaux n'a fait qu'apprécier, comme elle en avait le droit, les documents mis sous ses yeux ; qu'elle s'est conformée, d'ailleurs, à la convention des parties, relativement au compte qu'il s'agissait de régler, et que cette convention, prouvée par l'aveu même du demandeur, ne porte aucune atteinte à*

¹⁶⁸ Ce qui est toujours le cas pour la preuve des actes juridiques.

l'ordre public ». Pour la Cour de cassation, la convention sur la preuve n'était pas contraire à l'ordre public.

87. Autre illustration. Un autre exemple d'admission de convention relatif au témoignage au-delà d'un certain montant¹⁶⁹ est intéressant. Une convention sur la preuve testimoniale est-elle valable ? La Chambre civile a répondu à cette question le 1^{er} juin 1893¹⁷⁰. Si la doctrine était controversée sur l'admission des conventions de preuve, les magistrats la résolvaient généralement ainsi : « *Attendu que la prohibition de la preuve testimoniale au-dessus de 150 fr. n'est pas d'ordre public ; que les parties peuvent y renoncer¹⁷¹, même tacitement, à la condition toutefois que les faits, invoqués comme constituant un acquiescement, soient incompatibles avec l'intention de protester et ne laissent aucun doute sur le consentement de la partie dont ils émanent* ». En se fondant sur l'article 1341 du Code civil, c'est-à-dire la prohibition de la preuve par témoins au-dessus de 150 francs, les juges admettent la renonciation, même tacite, à la preuve par écrit. Cette règle n'est pas d'ordre public. Encore une fois, le fondement tient au caractère des règles de preuve. Comme elles ne sont pas d'ordre public, il est alors possible d'y déroger sous certaines conditions. La volonté d'y renoncer doit être sans équivoque, surtout si la renonciation est tacite. Aucune ambiguïté sur la volonté des parties n'est admise.

88. L'enseignement. Ces deux arrêts montrent bien la position de la Cour de cassation sur les conventions relatives à la preuve. En effet, les conventions qui portent tant sur la charge de la preuve que sur les modes de preuve peuvent être admises. En partant de la qualification des règles de preuve – règles à caractère d'ordre privé –, les juges en ont déduit la permission de les aménager. Si les règles de preuve avaient été d'ordre public, alors l'article 6 du Code civil aurait empêché toute dérogation. C'est le cas inverse qui nous intéresse, n'étant pas d'ordre public, la modification conventionnelle des règles régissant la preuve est permise. Le critère retenu par les juges est celui de l'ordre public et, plus exactement, de la négation du caractère d'ordre public. Les règles de preuve étant supplétives, les parties peuvent y déroger.

89. La reconnaissance des conventions sur la preuve. Dans le prolongement de ces décisions, la première chambre civile de la Cour de cassation s'est à nouveau prononcée sur le

¹⁶⁹ 150 francs en l'espèce.

¹⁷⁰ Cass. civ., 1^{er} juin 1893, S. 1893, 1, 285.

¹⁷¹ La renonciation possible, par les parties, au droit de refuser la preuve testimoniale au dessus de 150 francs se rapproche de la définition d'un droit disponible. Un droit est disponible lorsqu'il est possible d'y renoncer.

caractère d'ordre privé de l'article 1341 du Code civil¹⁷². En l'espèce, il s'agissait d'un litige entre Bourdin et Simon, concernant un bail à cheptel. Lors de l'enquête et devant les juges du fond, Bourdin n'avait pas invoqué l'article 1341 du Code civil, et avait laissé à Simon la possibilité de rapporter la preuve de ses obligations au moyen de témoignages et de présomptions. Simon ayant réussi à ramener la preuve de ses prétentions, la Cour d'appel trancha le litige en sa faveur. Devant la Cour de cassation, Bourdin demanda la cassation de l'arrêt au motif que Simon ne pouvait utiliser ces procédés de preuve sans un commencement de preuve par écrit. Dans l'un de ses attendus, la Cour de cassation déclara « *que les dispositions légales ci-dessus [c'est-à-dire l'article 1341 du code civil] ne sont pas d'ordre public, pouvant être invoquées pour la première fois devant la Cour de cassation ; que les parties peuvent y renoncer* »¹⁷³. Bourdin, en ne l'invoquant pas devant les juges du fond, avait eu un comportement qui exprimait sa renonciation tacite. Et comme l'article 1341 n'est pas d'ordre public¹⁷⁴, les juges ne pouvaient l'invoquer d'office. Les magistrats de la Cour de cassation ont ainsi admis la validité des conventions sur la preuve. Le fondement juridique de cette admission est le caractère d'ordre public refusé aux règles de preuve. En revanche, la doctrine fut plus réticente à les admettre.

B : L'analyse de la doctrine

90. **Annnonce du plan.** La doctrine procéda à une analyse théorique de la valeur des clauses modifiant les règles de preuve. Avant de pouvoir répondre à l'interrogation relative à la force juridique des conventions sur la preuve, une question doit être posée : les règles de preuve sont-elles d'ordre public ? Cette question entraîna une controverse théorique. La divergence des réponses à cette question entraîna deux théories contradictoires en la matière. Une partie de la doctrine refusa catégoriquement d'accepter les modifications conventionnelles des règles de preuve (1), mais une autre les admit de manière limitée¹⁷⁵ (2).

¹⁷² Cass. civ. 1^{re}, 5 novembre 1952, Bull. civ. I, n° 286.

¹⁷³ La Cour de cassation reprend de nouveau la référence à la renonciation possible des règles de preuve. Le critère de la disponibilité des droits est-il en devenir ?

¹⁷⁴ Dans le même sens que l'arrêt de la première chambre civile du 5 novembre 1952 : Cass. civ. 1^{re}, 29 juin 1960, Bull. civ. I, n° 355 ; Cass. civ. 3^e, 16 novembre 1977, Bull. civ. III, n° 393.

¹⁷⁵ Limitant cette validité aux conventions relatives à la charge de la preuve. V. not. C. AUBRY et C. RAU, *Cours de droit civil français, d'après la méthode de ZACHARIAE*, par E. BARTIN, Tome 12, Paris, 5^e éd., 1922, § 749, not. p. 64 ; C. AUBRY et C. RAU, *Cours de droit civil français, d'après la méthode de ZACHARIAE*, par P. ESMEIN, Tome 12, Paris, 6^e éd., 1958, p. 82 ; G. SESCOREANO, *Des conventions relatives à la preuve de la libération du débiteur*, Thèse Paris, 1920.

1 : Les opposants aux conventions de preuve

91. **La justice supplante la liberté.** L'idée centrale de la thèse des partisans du refus¹⁷⁶ des conventions sur la preuve, c'est-à-dire de la conception étatique de la justice, peut résider dans cette citation d'Ihering : « *Elle [la justice] est au-dessus de la liberté* »¹⁷⁷. L'un des partisans de cette opinion est Le Balle. Dans sa thèse¹⁷⁸, l'auteur décrit « *la justice moderne* » comme « *une organisation d'État parce qu'elle est fonction de l'État* »¹⁷⁹.

92. **De la justice avant toute chose.** Cette approche est valable quelle que soit la matière. Certes en matière civile, contrairement au droit pénal où le procès est inéluctable¹⁸⁰, il est possible de régler un désaccord sans passer devant le juge¹⁸¹. Néanmoins, lorsque les parties ne parviennent pas à se mettre d'accord et décident de porter leur différend devant le juge civil, ce dernier, en tant que représentant de la société, devient maître de la solution à apporter¹⁸². C'est bien au nom du peuple que le juge exerce alors ce pouvoir, cette fonction. Le demandeur vient demander au juge son concours pour modifier une situation de fait établie quitte à recourir à la contrainte publique. Cette solution est commandée par la paix sociale.

93. **La fin de la vengeance privée.** Cette fonction de rendre la justice appartient à l'État¹⁸³ depuis la fin des vengeances privées¹⁸⁴. Si l'État détient ce rôle, c'est tout simplement pour éviter la perpétuation des querelles entre les citoyens¹⁸⁵, afin d'assurer la paix sociale¹⁸⁶. Cette

¹⁷⁶ R. LE BALLE, *op. cit.*, p. 73 ; R. LEGAIS, *op. cit.*, 1954.

¹⁷⁷ IHERING, *op. cit.*, p. 97.

¹⁷⁸ R. LE BALLE, *op. cit.*, p. 73.

¹⁷⁹ R. LE BALLE, *ibid.*, p. 30.

¹⁸⁰ Toutefois, il devient fréquent que le législateur permette d'éviter un procès classique en passant par une peine conventionnelle, notamment avec la technique de la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité. Le juge intervient pour valider et contrôler cet accord.

¹⁸¹ Excepté dans certains domaines où le recours à un juge est obligatoire comme le divorce, le mariage, la filiation, l'adoption etc. Il s'agit de domaines où l'ordre public impose des règles impératives pour ne pas porter atteinte à la paix sociale. Il y a une prépondérance de l'intérêt général ou social sur les intérêts privés.

¹⁸² R. LE BALLE, *op. cit.*, p. 34.

¹⁸³ R. LE BALLE, *ibid.*, p. 32.

¹⁸⁴ Un retour à l'époque de la vengeance privée permet d'expliquer cela. La fonction de justice appartenait alors à chaque citoyen. Lorsque l'équilibre des relations entre deux personnes était rompu par la faute du comportement de l'un d'eux, la victime avait le pouvoir de rétablir cet équilibre initial. Ce rétablissement ne s'effectuait pas obligatoirement contre le seul fautif, la vengeance privée pouvait aussi s'exercer contre des membres de sa famille. La correction du déséquilibre initial pouvait créer un nouveau déséquilibre, et de véritables guerres privées entre familles, clans, se perpétuaient sur plusieurs générations.

¹⁸⁵ G. LA BROUE VAREILLES-SOMMIERES, *Des lois d'ordre public et de la dérogation aux lois*, Étude de philosophie du droit et de droit civil, Revue de Lille, 1899, p. 30 et 31 où l'auteur précise que « *nous sommes tous intéressés à ce que les causes de querelle et de lutte soient supprimées ou diminuées autour de nous, à ce que la justice fleurisse sur le territoire, à ce que la clarté et la certitude des droits simplifie toutes les affaires et laisse à l'activité de tous les membres du groupe toute sa liberté et toute sa fécondité. (...) Que la justice soit*

vengeance privée trouvait son fondement théorique dans la loi du talion¹⁸⁷, exprimée par la célèbre formule biblique « *œil pour œil, dent pour dent* »¹⁸⁸. Ce système ne pouvait que mener au « chaos social »¹⁸⁹. C'est la raison pour laquelle l'État s'approprie le pouvoir de justice afin de rétablir et de pérenniser la paix sociale. Le rôle de rendre la justice appartient à l'État et est exercée par l'intermédiaire du juge.

94. Le refus des conventions de preuve. Dans ce contexte, pourquoi accepter les conventions de preuve ? En effet, les règles de preuve participent du rôle du juge. Il va fonder sa conviction sur les preuves des faits pertinents rapportées par les plaideurs. Ce n'est qu'à ce prix que l'une des parties obtient le concours de la force publique afin de modifier ou de conforter la situation de fait. Modifier ces règles de preuve serait contraire à l'ordre public pour cette partie de la doctrine.

95. L'utilité des règles de preuve. En outre, les règles de preuve sont, en principe, édictées par le législateur dans un souci de vérité. Le juge doit rechercher et découvrir la vérité afin de la consacrer dans sa décision. Cependant, la vérité dépend des règles de preuve, du pouvoir du juge dans sa recherche et des éléments de preuve que les plaideurs rapportent. Dans ces conditions, est-ce la vérité absolue qui est recherchée ou une vérité relative ?

96. Le mythe de la vérité absolue. L'idéal voudrait que le juge procède à la recherche de la vérité absolue¹⁹⁰, mais cela est impossible¹⁹¹, ou presque. La découverte hypothétique de la vérité absolue se ferait au prix d'une recherche trop coûteuse en temps et en moyens eu égard aux intérêts en jeu. Mieux vaut alors répondre rapidement en consolidant une situation

rendue, qu'on ne soit pas forcé de se faire justice à soi-même, c'est là peut-être le principal besoin des hommes réunis en groupe, la principale raison d'être de la société civile ».

¹⁸⁶ O. DEVAUX, *Histoire des institutions de la France Ier-XVe siècle*, L'essentiel sur le droit, 1^{re} éd., L'Hermès, 1993, p. 115 à 120.

¹⁸⁷ En ce sens, v. Code d'Hammourabi 1730 av JC.

¹⁸⁸ Formule retrouvée dans l'ancien testament, Exode 21,23-25, Lévitique 24,17-22, Deutéronome 19,21, Genèse IX : 6 ; également dans le coran, sourate II, verset 178-179, sourate V, verset 44-45. « *L'idée de compensation du bien par le bien, du mal par le mal, est une de celles qui s'imposent à l'homme avec le plus d'autorité* ». IHERING, *L'évolution du droit*, op. cit., p. 80.

¹⁸⁹ En effet, il y a une différence dans la perception du préjudice entre l'auteur et la victime. L'un minimise le préjudice en même temps que l'autre accentue ce même préjudice. La victime, voulant rétablir l'équilibre rompu, était à l'origine d'un nouveau déséquilibre aux yeux de l'auteur. Ce phénomène se perpétuant sur des générations menaçait l'ordre dans le royaume. Dans les régions méditerranéennes, le terme de vendetta se rapproche le plus de ces vengeances privées sur plusieurs générations entre deux familles. Il faut punir l'offense par une peine du même ordre que celle-ci.

¹⁹⁰ J. DEVEZE, *Contribution à l'étude de la charge de la preuve en matière civile*, Thèse Toulouse, 1980, n° 122.

¹⁹¹ G. SESCOIOREANO, *Des conventions relatives à la preuve de la libération du débiteur*, op. cit., p. 27.

contraire à la réalité du droit¹⁹², plutôt que de laisser perdurer des querelles fondées ou non, portant sur des prétentions en suspens. En outre, l'interprétation des faits empêche la découverte de la vérité absolue, alors que cette recherche trouve son fondement dans la mission d'intérêt public du juge en statuant sur un litige.

97. **De la certitude.** Venir devant le juge pour obtenir la modification d'une situation de fait nécessite, pour ce dernier, d'être le plus certain possible que le demandeur rapporte la véracité de ses allégations. Par exemple, le juge en donnant raison au demandeur va accorder le concours de la puissance publique pour obliger le défendeur à exécuter la décision de justice. Le juge ne peut pas se permettre d'accorder un tel bénéfice s'il n'a pas une pleine connaissance des faits qui serviraient à la découverte de la vérité. La paix sociale en serait alors troublée. L'idée sous-jacente de cette solution est donc celle de la paix sociale¹⁹³.

98. **De la vérité relative.** Il faudra se contenter des vérités humaines, des vérités relatives. Mais il ne faut pas pour autant aboutir à une vérité trop éloignée de la réalité¹⁹⁴. L'arbitraire du juge est à proscrire.

99. **Eviter l'arbitraire.** Pour ce faire, l'État devra prévoir, par l'intermédiaire du juge, comment procéder pour découvrir cette vérité relative. Dans cette optique, le législateur a décidé de déterminer qui sera chargé de ramener la preuve, quel sera le ou les faits à prouver, quels seront les procédés utilisables et leur force probante. La force probante se définit comme le degré de croyance que le juge accorde à chacun des procédés¹⁹⁵. Par ailleurs, l'idée de paix sociale se retrouve dans le choix, par le législateur¹⁹⁶, de la personne qui subira le risque de la preuve. En effet, si le demandeur ne rapporte pas la preuve de son droit conformément aux procédés légaux prévus, ce dernier verra sa prétention rejetée de sorte que la situation de fait sera maintenue¹⁹⁷ et cela même si la réalité du droit est différente de la réalité des faits. Souvent, les demandeurs ont gain de cause¹⁹⁸, dans la mesure où le

¹⁹² R. LE BALLE, *op. cit.*, p. 36.

¹⁹³ R. LE BALLE, *ibid.*, p. 38 et 39.

¹⁹⁴ R. LE BALLE, *ibid.*, p. 33.

¹⁹⁵ R. LE BALLE, *ibid.*, p. 41.

¹⁹⁶ R. LE BALLE, *ibid.*, p. 40.

¹⁹⁷ R. LE BALLE, *ibid.*, *loc. cit.*

¹⁹⁸ D'après les statistiques du Ministère de la Justice et des Libertés sur l'activité des juridictions françaises, sur 505 106 décisions du TGI statuant au fond en 2009, il y a eu 314 577 acceptations totales des demandes et 126 293 acceptations partielles. Ces chiffres correspondent à ceux des années précédentes. Les parties ne vont en justice que s'ils ont une certaine chance de voir leurs prétentions acceptées. La prévision, au vu des éléments de preuve que le demandeur détient, permet d'aller ou non au bout de l'instance.

demandeur ne s'aventurera dans un procès que s'il a de réelles chances d'être approuvé par le juge¹⁹⁹. Le législateur a voulu éviter l'arbitraire du juge également en l'obligeant à statuer selon les éléments de preuve conformes aux procédés légaux, faisant ainsi abstraction de tous les éléments dont il aurait eu par ailleurs connaissance en dehors du litige. Le principe en cause est la neutralité du juge²⁰⁰. En effet, la recherche est celle d'une vérité relative²⁰¹ et non absolue, d'où le principe de la relativité de la vérité judiciaire. Si le juge s'écarte de cette neutralité, alors c'est une vérité absolue qui est recherchée. Les décisions de justice devraient avoir des effets *erga omnes*, et non plus relatifs, c'est-à-dire des effets à l'égard des seules parties au procès²⁰². Enfin, en accordant une force probante aux différents procédés probatoires, le législateur a voulu assurer une sécurité contre l'arbitraire qui pourrait découler d'une liberté d'appréciation trop grande des éléments de preuve laissés au juge²⁰³.

100. **Conséquences.** Il résulte de tout cela que les différentes théories qui dominent la technique de la preuve sont intimement liées entre elles. Modifier l'une de ces théories par une convention sur la preuve bouleverse le tout²⁰⁴. D'une part, si les parties changent conventionnellement le fardeau de la preuve et donc le risque s'y rattachant, cela nuit indirectement à la paix sociale en facilitant le renversement des situations établies²⁰⁵. D'autre part, lorsque la loi décide d'un système légal de preuve, chaque procédé a une valeur. Le législateur accorde une importance différente selon le procédé de preuve afin de découvrir la vérité. Y toucher serait rendre la vérité encore plus relative qu'elle ne l'est²⁰⁶. En revanche, lorsque le législateur autorise la liberté de la preuve, c'est qu'il souhaite une vérité plus large et moins relative. La restreindre aurait pour conséquence d'aller à l'encontre de cette volonté²⁰⁷. Au surplus, la liberté de chacun est un principe relatif, cette liberté s'exerce dans la limite de la loi²⁰⁸. Conclure une convention pour déroger aux règles de preuve serait contraire à l'ordre public, car tout le système probatoire français a pour objectif de maintenir la paix sociale. En effet, une trop grande liberté peut conduire à une cohabitation d'intérêts privés

¹⁹⁹ R. LE BALLE, *op. cit.*, p. 40.

²⁰⁰ R. LE BALLE, *ibid.*, p. 41 et 42.

²⁰¹ P. DEUMIER, *Introduction générale au droit*, LGDJ, 2^e éd., 2013, n° 89. V. également, J.-F. CESARO, *Avant-propos*, in *La preuve*, Rapport annuel 2012 de la Cour de cassation, La Documentation française, 2013, p. 85 et S.

²⁰² R. LE BALLE, *op. cit.*, p. 43.

²⁰³ R. LE BALLE, *ibid.*, p. 41.

²⁰⁴ R. LE BALLE, *ibid.*, p. 46.

²⁰⁵ R. LE BALLE, *ibid.*, p. 43 et 44.

²⁰⁶ R. LE BALLE, *ibid.*, p. 44 et 45.

²⁰⁷ R. LE BALLE, *ibid.*, p. 46.

²⁰⁸ R. LE BALLE, *ibid.*, p. 36.

difficiles à concilier. Lorsque ces intérêts privés deviennent divergents, une norme supérieure doit rétablir un certain équilibre indispensable à la paix sociale²⁰⁹. L'ordre public doit être respecté, car il est le moyen permettant d'atteindre ce résultat²¹⁰. L'intérêt de la société prime les intérêts de ses individus. L'existence sociale est supérieure aux intérêts privés.

101. **Le retour de Ihering.** Sous ce jour, la formule d'Ihering prend toute sa mesure : « À l'intérêt de l'égoïsme individuel, la société a le droit, autant que le devoir, d'opposer son propre intérêt. Or, l'intérêt de la société, c'est, non seulement ce qui sert l'individu, mais ce qui est utile à la généralité, ce qui garantit l'existence de tous. Cela je l'ai déjà dit c'est la justice. Elle est au-dessus de la liberté »²¹¹. Le juge garantit la protection de l'intérêt de la société. Refuser les conventions sur la preuve permet d'éviter ainsi que les intérêts privés ne portent atteinte à ceux de la société. Le système de la preuve en France est proche de l'organisation judiciaire fondée sur la neutralité du juge et sur la relativité de la vérité judiciaire. Permettre des conventions sur la preuve devrait avoir pour conséquence une désorganisation judiciaire²¹². Le droit de la preuve est donc une matière d'ordre public²¹³. Néanmoins, une autre approche doctrinale, fondée sur l'autonomie de la volonté, parvient à la conclusion inverse.

2 : Les partisans des conventions de preuve

102. **De la justice contractuelle.** Dans cette thèse, l'idée centrale serait plutôt celle de la conception contractuelle de la justice²¹⁴. En effet, pour l'un des partisans de l'acceptation des conventions sur la preuve, Sescioreano, « en matière civile, les contestations portent sur des intérêts privés sans que l'ordre public soit en jeu »²¹⁵. Il devient évident qu'il revient aux parties de déterminer et d'avoir des rôles actifs dans le procès²¹⁶. Maître de leur droit, ils le sont aussi de la preuve de leur droit. Ces auteurs fondent leur système de preuve sur plusieurs raisons.

²⁰⁹ R. LE BALLE, *op. cit.*, p. 38.

²¹⁰ F. GENY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Paris, 1899, p. 548.

²¹¹ IHERING, *op. cit.*, p. 97.

²¹² R. LE BALLE, *op. cit.*, p. 46.

²¹³ TGI de Lyon, 7 décembre 1971, D. 1972, jurispr., p. 609, note C. J. Berr et H. Groutel.

²¹⁴ G. SESCOREANO, *op. cit.*, p. 21.

²¹⁵ G. SESCOREANO, *ibid.*, p. 26.

²¹⁶ G. SESCOREANO, *ibid.*, *loc. cit.*

103. **La renonciation à un droit.** Lorsqu'une partie peut disposer de son droit, pourquoi lui refuser la possibilité de modifier conventionnellement la manière de démontrer l'existence de son droit, si la démonstration reste possible²¹⁷ ? Le lui refuser conduirait à une incohérence, car il serait possible de renoncer à un droit, mais il ne serait pas possible d'édicter d'un commun accord des règles de preuve différentes de celles du Code civil²¹⁸. La renonciation à un droit par son titulaire est une décision autrement plus grave et catégorique que la modification du système probatoire. Une autre idée vient s'ajouter à ce constat.

104. **L'intérêt des parties.** Certes l'État rend la justice afin d'assurer la tranquillité et la sécurité de la société. Mais cette justice est rendue à des particuliers, seuls intéressés par la décision judiciaire²¹⁹. L'autorité et la force de la chose jugée attachées à la décision rendue aux parties sont relatives. En d'autres termes, seules les parties au procès sont concernées par la décision judiciaire²²⁰. Admettre qu'elles puissent déroger conventionnellement aux règles relatives à la preuve entraîne une incidence sur le résultat, sur la décision à l'issue du procès, mais cette décision n'a d'effet qu'entre les parties qui ont convenu de déroger aux règles de preuve²²¹.

105. **L'autonomie de la volonté.** Rappelons que les règles ne sont impératives qu'exceptionnellement²²². Les parties peuvent donc y déroger fréquemment, et cette dérogation sera l'expression de l'autonomie de la volonté²²³. La théorie de l'autonomie de la volonté peut s'expliquer de la manière suivante : d'abord, l'acte juridique est formé par une volonté déclarée, nul ne peut être obligé sans le vouloir ; ensuite, la volonté détermine les effets du contrat, et c'est seulement cette volonté qui pénètre dans le domaine juridique ; enfin, comme toute justice doit être contractuelle, la volonté détermine les règles probatoires²²⁴.

²¹⁷ M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, tome 7 par P. ESMEIN, G. GABOLDE et J. RADOUANT, LGDJ, 1954, 2^e éd., n^{os} 1422 et 1428 où les auteurs indiquent qu'« une convention sur la preuve est au fond une convention sur le droit ; donc, quand on peut disposer d'un droit, on peut également en régler conventionnellement l'attribution ou la perte, et par conséquent la subordonner à tel mode de preuve » ; J. GHESTIN, G. GOUBEAUX et M. FABRE-MAGNAN, *Traité de droit civil, Introduction générale*, LGDJ, 5^e éd., 2002, n^o 631 ; G. SESCOIOREANO, *ibid.*, p. 49.

²¹⁸ A. HUET, *Les conflits de lois en matière de preuve*, Bibliothèque de droit international privé, Vol. 6, Dalloz, 1965, p. 39 ; J.-L. MOURALIS, v^o *Preuve*, in Rep. Civ. Dalloz, 2011, n^o 948.

²¹⁹ R. LE BALLE, *op. cit.*, p. 21.

²²⁰ R. LE BALLE, *ibid.*, p. 22.

²²¹ R. LE BALLE, *ibid.*, p. 23-24 ; G. SESCOIOREANO, *op. cit.*, p. 49.

²²² R. LE BALLE, *ibid.*, p. 21.

²²³ R. LE BALLE, *ibid.*, p. 20.

²²⁴ R. LE BALLE, *ibid.*, *loc. cit.*

106. **La volonté des parties s'imposant au juge ?** Cependant, ce type de convention ne présente aucun intérêt si le juge n'est pas tenu de s'y soumettre. Sur quel fondement pourrait-on obliger le juge à appliquer les règles probatoires décidées par les parties aux litiges²²⁵ ? Lorsque les parties décident entre elles de respecter un système de preuve différent par convention, le juge devrait l'appliquer. En vertu du principe posé par l'article 1134 du Code civil, c'est-à-dire les conventions font la loi des parties, le juge a l'obligation d'appliquer ces règles au litige qui oppose les parties au contentieux. Une telle convention est conclue par les parties à un moment où tout va bien entre elles²²⁶. Elles décident de former un contrat qui comprend à la fois leur rapport d'obligation, et la façon de prouver ces obligations ou leur exécution en cas de problème en cours d'exécution. Ne pas respecter cette clause aurait pour effet de modifier l'équilibre initialement prévu dans la convention issue de leur volonté, et de « battre en brèche » la force obligatoire des conventions. Ce qui est conventionnel n'est-il pas juste ? Ne faut-il pas permettre aux parties de rendre la relation conventionnelle un peu plus juste ? Faut-il refuser aux parties la possibilité d'insérer dans leur convention des règles qui améliorent leur sécurité juridique ?

107. **Un système probatoire d'ordre public.** Une raison d'un tel refus serait de considérer le système probatoire comme étant d'ordre public. Le problème est de savoir si les règles de preuve peuvent être considérées d'ordre public ou au contraire d'ordre privé²²⁷. La jurisprudence refuse en effet de qualifier d'ordre public les règles de preuve²²⁸. Quelle est la raison de ce refus ? Reprenons la conclusion de Japiot sur l'ordre public : « *La règle d'ordre public est seulement une règle plus importante parce qu'elle touche à des intérêts plus importants* »²²⁹. Or, les conventions en droit civil portent sur les intérêts privés. Et les règles relatives à la preuve des conventions portant sur des intérêts privés ont aussi un caractère d'intérêt privé, car elles ont précisément pour but la réalisation et la protection d'intérêts privés²³⁰.

²²⁵ R. LE BALLE, *op. cit.*, p. 21.

²²⁶ M. COCURAL, *Étude théorique et jurisprudentielle des conventions des parties en matière de preuve en droit civil français*, Thèse Toulouse, 1933, p. 29.

²²⁷ Ce qui est l'opinion de la Cour de cassation.

²²⁸ Cass. req., 1^{er} août 1906 ; DP, 1909, 1, 398 ; Cass. soc., 24 mars 1965 ; JCP G 1965, II, n° 14415, note C. LAPP.

²²⁹ R. JAPIOT, *Des nullités en matière d'actes juridiques*, Thèse Dijon, Paris, 1909, p. 303.

²³⁰ R. LE BALLE, *op. cit.*, p. 19 ; G. SESCOREANO, *op. cit.*, p. 26.

108. **Concordance entre règles de preuve et le droit auquel elles s'appliquent.**

Les règles de preuve sont d'ordre public si le droit, dont elles permettent l'établissement, est lui aussi d'ordre public. La coloration des règles de preuve est la même que celle du droit qui s'y rattache. Il apparaît légitime de ne pas accorder plus d'importance à la preuve d'un droit plutôt qu'au droit qu'il double.

109. **Une distinction imparfaite.** Cependant, ce n'est pas aussi manichéen qu'il n'y paraît. La division des règles concernant des intérêts purement publics et des règles sur des intérêts exclusivement privés n'est pas si évidente. Chaque règle de droit comporte des intérêts publics et privés qui se chevauchent, s'entrelacent, se mélangent. D'ailleurs, dans les domaines où les intérêts de la société sont les plus importants, les intérêts privés sont également exacerbés. Le droit de la famille en est la preuve. Par exemple, le mariage est un pilier de la société mais aussi le lieu d'épanouissement des intérêts individuels. La filiation présente les mêmes caractéristiques.

110. **Une distinction imparfaite, source de l'opposition doctrinale.** Ce constat explique certainement pourquoi les deux théories – des partisans et des opposants – ont chacune leur part de vérité bien qu'elles soient contradictoires. En effet, elles ne prennent pas l'entière mesure du problème et des conséquences. Même si le résultat obtenu par les partisans des conventions sur la preuve est celui qui serait issu d'une réflexion globale. La raison de l'acceptation ou du refus des conventions sur la preuve est sans doute à examiner sous un angle autre que celui des intérêts des parties ou de la société et en dehors d'une approche purement tributaire de la notion d'ordre public. Au final, les arguments en faveur des conventions sur la preuve ont emporté la conviction de la jurisprudence avant celle de la doctrine. Ce n'est que depuis l'arrêt *Crédicas*²³¹, que la doctrine admet la possibilité de déroger aux règles de preuve. En revanche, il faut dire que la consécration législative a été tardive.

²³¹ Cass. civ. 1^{re}, 8 novembre 1989 ; D. 1990, p. 369, note C. GAVALDA ; D. 1990, som. com., p. 327, J. HUET ; JCP G 1990, n° 46, n° 21576, note G. VIRASSAMY. CA Montpellier, 9 avril 1987, RTD civ. 1987, p. 758, obs. J. MESTRE ; JCP G 1998, n° 16, n° 20984, note M. BOIZARD.

Paragraphe 2 : Une consécration légale

111. **L'incidence des nouvelles technologies.** Avec l'essor des nouvelles technologies au XXe siècle, le droit de la preuve prévu par le législateur se retrouvait obsolète. Le droit de la preuve était basé essentiellement sur le papier. Mais l'évolution a eu pour effet de remplacer le papier par l'écrit électronique. Le système prévu par le législateur au début du XIXe siècle devenait difficilement applicable, voire obsolète dans certaines situations. Les échanges ont commencé à se faire de plus en plus à distance, avec des distances de plus en plus grandes. L'écrit papier ne répondait plus aux exigences des relations commerciales mondialisées. En raison de cette inadaptabilité, le législateur a réformé le droit de la preuve par une loi du 13 mars 2000. Par la même occasion, il en a profité pour insérer l'article 1316-2 dans le Code civil qui reconnaît les conventions sur la preuve. Le législateur n'a fait qu'entériner ce que les juridictions avaient autorisé aux praticiens.

112. **Annnonce du plan.** L'émergence de nouvelles technologies a mis en lumière l'inadaptabilité du système de preuve pour répondre à des exigences spécifiques (A). Le législateur a pris la mesure de cette obsolescence en insérant un ensemble de règles sur la preuve électronique (B).

A : L'inadaptabilité du système de preuve face aux nouvelles technologies

113. **La dématérialisation des rapports.** Avec les nouveaux moyens de communication, le commerce a connu un nouvel essor, notamment avec l'Internet. La possibilité de contracter avec une personne se trouvant à l'autre bout du monde a été alors facilitée. Plus besoin d'être présent, d'être au même endroit pour conclure une convention, les rapports contractuels sont dématérialisés²³².

114. **Le problème posé par la dématérialisation des rapports.** Le système de preuve était basé essentiellement sur l'écrit papier, qu'il soit authentique ou bien sous seing privé, alors que les échanges se faisaient par téléphone, par télécommunications, ou encore

²³² A. BENSOUSSAN, *Contribution théorique au droit de la preuve dans le domaine informatique*, Expertises 1997, p. 425 ; M.-H. TONNELIER et F. DUPUIS-TOUBOL, *Le commerce électronique vaut bien une réforme du droit de la preuve*, JCP E 1998, n° 51, p. 2011 ; C. LUCAS DE LEYSSAC, *Le droit fondamental de la preuve, l'informatique et la télématique*, Colloque du 10 novembre 1995 *Informatique et preuve*, Petites Affiches 29 mai 1996, n° 65, p. 3.

par l'Internet²³³. L'utilisation de document papier aurait ralenti les rapports commerciaux. Il devenait impossible, du moins difficile, de réussir à prouver par l'intermédiaire des règles classiques de preuve²³⁴, d'autant que l'écrit était défini de manière restrictive. C'était un document uniquement papier comportant obligatoirement une signature. Cet écrit devait émaner de celui contre lequel on l'opposait, en vertu du principe selon lequel il est impossible de se préconstituer une preuve à soi-même²³⁵. L'écrit devait être original et signé²³⁶. Cette définition fut un obstacle à la reconnaissance des documents informatiques comme preuve au regard du système probatoire français²³⁷.

115. **La délicate reconnaissance du document électronique.** Le document informatique est fixé sur un support électronique. Ce qui est produit n'est pas le document original, mais une simple transcription des données contenues dans la mémoire de l'ordinateur²³⁸. Il était considéré que l'écrit devait, et doit encore, être fidèle et durable. Les caractères de fidélité et de durabilité n'étaient pas garantis, en raison de la facilité des falsifications, sauf à sécuriser son système informatique et à s'assurer de son inviolabilité²³⁹. Pour toutes ces raisons, un document informatique ne pouvait se voir octroyer la qualification d'écrit au sens de l'article 1341 du Code civil, c'est-à-dire un écrit authentique ou sous seing privé.

116. **La reconnaissance jurisprudentielle du document électronique.** Toutefois, un arrêt avait ouvert la voie au document électronique, en précisant que « *l'écrit (...) [pouvait] être établi et conservé sur tout support, y compris par télécopie, dès lors que son intégrité et l'imputabilité de son contenu à l'auteur désigné [avaient] été vérifiées, ou n' [étaient] pas contestées (...)* »²⁴⁰. Il résultait de cet arrêt que la transcription de l'écrit sur un second support se hissait à la hauteur du support premier de l'écrit²⁴¹. Il n'était plus une simple copie, dès lors que l'intégrité de son contenu pouvait être garantie et que la signature permettait d'authentifier

²³³ H. CROZE, *Informatique, preuve et sécurité*, Dalloz Sirey 1987, 24^e cahier, Chron. 21, p.165.

²³⁴ M.-H. TONNELIER et F. DUPUIS-TOUBOL, *op. cit.* ; C. LUCAS DE LEYSSAC, *Plaidoyer pour un droit conventionnel de la preuve en matière informatique*, Expertises 1987, p. 265.

²³⁵ H. CROZE, *op. cit.* ; M.-H. TONNELIER et F. DUPUIS-TOUBOL, *ibid.* ; C. LUCAS DE LEYSSAC, *Plaidoyer pour un droit conventionnel de la preuve en matière informatique*, *ibid.*

²³⁶ M.-H. TONNELIER et F. DUPUIS-TOUBOL, *ibid.*

²³⁷ H. CROZE, *ibid.*

²³⁸ C. LUCAS DE LEYSSAC, *Le droit fondamental de la preuve, l'informatique et la télématique*, *op. cit.*

²³⁹ H. CROZE, *op. cit.*

²⁴⁰ P. CATALA et P.-Y. GAUTIER, *L'audace technologique à la Cour de cassation vers la libération de la preuve contractuelle*, JCP E 1998, n° 23, p. 884. Cass. com., 2 décembre 1997 ; JCP E 1998, p. 178, note T. BONNEAU ; D 1998, p. 192, note D. R. MARTIN.

²⁴¹ M.-H. TONNELIER et F. DUPUIS-TOUBOL, *op. cit.*

son auteur. Le document informatique n'était plus nécessairement qualifié de copie au sens de l'article 1348 du Code civil ou de commencement de preuve par écrit au sens de l'article 1347 du même code²⁴².

117. **Force probante.** La force probante du document informatique – et d'une preuve de manière générale – était inversement proportionnelle à sa facilité de falsification. Plus la fidélité et la durabilité étaient garanties, plus il était à même d'emporter la conviction du juge²⁴³. Il en est de même pour le témoignage, l'acte sous seing privé et l'acte authentique. La force probante est plus importante pour un acte authentique, car il fait intervenir un officier public ministériel. La confiance peut être importante car un représentant de l'État a notamment vérifié les éléments du document. L'acte sous seing privé est plus difficile à falsifier qu'un témoignage, qui peut être incertain ou corrompu. La force probante accordée à l'acte sous seing privé est donc plus importante que celle de la preuve testimoniale.

118. **L'importance de la signature.** La signature est absolument nécessaire pour désigner l'auteur de l'écrit. Il n'y avait pas de définition de la signature dans le Code civil jusqu'en 2000²⁴⁴. De manière traditionnelle, la signature est la reproduction manuelle d'un nom. La signature électronique n'était donc pas reconnue²⁴⁵, alors qu'elle est fondamentale dans le droit de la preuve écrite.

119. **Les fonctions de la signature.** Il est possible de définir la signature, non par sa forme, mais par ses fonctions d'identification du signataire et d'existence de la volonté de s'engager. La signature permet d'authentifier à la fois la personne et l'opération qu'elle veut réaliser. Cette définition, issue des deux arrêts *Crédicas*²⁴⁶, n'a pas donné une validité de principe des signatures non manuscrites, sauf à ce qu'elles soient admises par une convention sur la preuve²⁴⁷. Monsieur le professeur Jacques Mestre a remarqué que « *le droit de la preuve est, traditionnellement, considéré comme rigide. Or cette rigidité a fait problème, notamment, dans le domaine informatique vis-à-vis de la signature. Finalement, en 1989, la Cour de cassation a précisé que les conventions sur la preuve étaient possibles et que, à ce titre, on pouvait parfaitement admettre que l'établissement qui délivre une carte de crédit fixe par*

²⁴² C. LUCAS DE LEYSSAC, *Plaidoyer pour un droit conventionnel de la preuve en matière informatique*, *op. cit.*

²⁴³ A. BENSOUSSAN, *op. cit.* ; H. CROZE, *op. cit.* ; M.-H. TONNELIER et F. DUPUIS-TOUBOL, *op. cit.*

²⁴⁴ Définition depuis la loi du 13 mars 2000 à l'article 1316-4 du Code civil.

²⁴⁵ H. CROZE, *op. cit.* ; M.-H. TONNELIER et F. DUPUIS-TOUBOL, *op. cit.*

²⁴⁶ C. GAVALDA, *op. cit.* ; J. HUET, *op. cit.* ; G. VIRASSAMY, *op. cit.*

²⁴⁷ M.-H. TONNELIER et F. DUPUIS-TOUBOL, *op. cit.*

avance la manière dont l'écrit, au sens de l'article 1341 du Code civil, pourrait pré-constitué par la signature informatique »²⁴⁸.

120. **Les autres moyens de prouver un contrat électronique.** Un moyen supplémentaire de prouver un contrat électronique peut être de contourner l'écrit parfait en ayant recours aux deux exceptions des articles 1347 et 1348 du Code civil²⁴⁹. La première exception est le commencement de preuve par écrit, et la seconde exception est l'impossibilité de se préconstituer une preuve par écrit. Elles permettent de basculer dans un système de preuve libre. Le juge est alors libre d'accorder la force probante de son choix aux éléments de preuve. Il apprécie de manière souveraine les éléments de preuve que les plaideurs lui présentent.

121. **L'insuffisance du tel système.** Mais le mécanisme n'était pas satisfaisant. Lorsqu'une personne voulait démontrer le caractère vraisemblable de ce qu'elle alléguait par un document informatique, elle devait apporter les preuves du bon fonctionnement du système et du caractère fiable et durable de l'enregistrement informatique²⁵⁰. Au surplus, en cas de conflit entre un écrit classique et un écrit électronique, il ne fait aucun doute qu'à l'époque, le juge aurait fait prévaloir l'écrit classique sur l'écrit électronique²⁵¹. La méfiance du juge face aux nouveautés l'aurait emportée.

122. **L'indispensable réforme.** Dans ce contexte, il n'y avait plus de doute sur la nécessité d'une réforme afin de faciliter le commerce électronique. La pratique a dû suppléer la défaillance du législateur en utilisant la technique des conventions sur la preuve²⁵². Ces conventions permettaient de pallier aux problèmes d'inadaptabilité du système de preuve français. Ainsi par exemple, les parties décidaient de choisir un code, une suite de lettres ou de chiffres qui permettaient de remplacer la signature manuscrite²⁵³. Cette réforme ayant pour objectif de mettre en place un système de preuve permettant la simplification des transactions

²⁴⁸ J. MESTRE, *L'ordre public dans les relations économiques*, in *L'ordre public à la fin du XX^e siècle*, Dalloz, 1996, p. 39. Cass. civ. 1^{re}, 8 novembre 1989 ; *RTD civ.* 1990, p. 80, obs. J. MESTRE.

²⁴⁹ C. LUCAS DE LEYSSAC, *Plaidoyer pour un droit conventionnel de la preuve en matière informatique*, *op. cit.* ; M.-H. TONNELIER et F. DUPUIS-TOUBOL, *op. cit.*

²⁵⁰ M.-H. TONNELIER et F. DUPUIS-TOUBOL, *op. cit.*

²⁵¹ C. LUCAS DE LEYSSAC, *Plaidoyer pour un droit conventionnel de la preuve en matière informatique*, *op. cit.* ; M.-H. TONNELIER, F. DUPUIS-TOUBOL, *ibid.*

²⁵² C. LUCAS DE LEYSSAC, *Plaidoyer pour un droit conventionnel de la preuve en matière informatique*, *ibid.* ; F. PEROCHON et R. BONHOMME, *Entreprises en difficulté / Instruments de crédit et de paiement*, LGDJ, 8^e éd., 2009, n° 836 ; S. PIEDELIEVRE et E. PUTMAN, *Droit bancaire*, Economica, 2011, n° 318.

²⁵³ M.-H. TONNELIER et F. DUPUIS-TOUBOL, *op. cit.* ; C. GAVALDA, *op. cit.* ; J. HUET, *op. cit.* ; G. VIRASSAMY, *op. cit.*

ainsi qu'une certaine sûreté et efficacité²⁵⁴, a finalement été réalisée par la loi du 13 mars 2000 et l'insertion d'un article 1316-2 dans le Code civil²⁵⁵.

B : La consécration des conventions de preuve dans le Code civil par la loi du 13 mars 2000

123. **L'origine de la réforme.** À la fin du XXe siècle, le Conseil d'État a été chargé d'établir un rapport, à la demande du Gouvernement, sur les réformes à entreprendre du système de preuve en droit français²⁵⁶. À la même époque, la Chancellerie créa un groupe de travail pour proposer quelques modifications du Code civil sur le régime de la preuve et de la signature. Ce groupement d'intérêt public (GIP) était composé d'éminents professeurs de droit et de magistrats. Un avant-projet de loi fut ainsi établi en avril 1998²⁵⁷. Le Conseil d'État alla dans le même sens que le GIP, et au-delà dans le rapport qu'il rendit au cours de l'été 1998²⁵⁸ : « *La signature électronique remplit les fonctions d'une signature dès lors qu'elle est fiable ; Lorsqu'un document électronique assorti d'une signature est présenté pour établir la preuve d'un acte, il ne saurait être contesté au seul motif qu'il se présente sous forme électronique ; il tient lieu d'acte sous seing privé dès lors qu'il est assorti d'une signature fiable et qu'il est conservé avec celle-ci de façon durable ; Si le document est accompagné d'un certificat répondant à certaines exigences, délivré par une autorité de certification accréditée, la fiabilité de la signature et la conservation durable du document signé (si le certificat a aussi cet objet) sont présumées. Dans le cas inverse, il appartient à celui qui entend se prévaloir d'un document électronique signé mais non certifié de démontrer que les conditions de fiabilité et de conservation sont remplies* ». Dans son rapport, le Conseil d'État préconisait donc de mettre sur un même niveau l'écrit papier et l'écrit électronique à la condition de remplir les conditions de fiabilité et de durabilité. Dix ans auparavant, Monsieur le professeur Claude Lucas De Leyssac estimait qu'« *une telle réforme serait à l'heure actuelle, très malvenue* »²⁵⁹. Il considérait qu'un nouveau texte aurait pour conséquence de créer plus de problèmes juridiques qu'il n'en résoudrait. Si une réforme intervenait trop rapidement, c'est-à-dire en pleine évolution technologique, elle deviendrait aussitôt obsolète. Mais il était

²⁵⁴ M.-H. TONNELIER et F. DUPUIS-TOUBOL, *op. cit.*

²⁵⁵ L. GRYNBAUM, *v° Preuve*, in Rép. de droit commercial, 2011, n° 111.

²⁵⁶ M.-H. TONNELIER et F. DUPUIS-TOUBOL, *op. cit.*

²⁵⁷ H. CROZE, *op. cit.*

²⁵⁸ M.-H. TONNELIER et F. DUPUIS-TOUBOL, *op. cit.*

²⁵⁹ C. LUCAS DE LEYSSAC, *Plaidoyer pour un droit conventionnel de la preuve en matière informatique*, *op. cit.*

favorable à une réforme « *lorsque tout [aurait] été fait pour minimiser les problèmes juridiques posés, lorsque l'évolution [serait], sinon achevée, du moins ralentie* ». Pour lui « [viendrait] *le temps de l'étude des mesures législatives* »²⁶⁰. Dix ans plus tard, le temps fut venu d'entreprendre une réforme législative et il y participa.

124. **Le temps de la réforme.** C'est par la loi n° 2000-230 du 13 mars 2000 *portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique*²⁶¹, que cela se fit. Cette loi est codifiée aux articles 1316 et suivants du Code civil. L'article 1316 redéfinit la preuve littérale, l'article 1316-1 reconnaît la valeur juridique du document électronique, les articles 1316-2 et 1316-3 règlent les conflits de preuve littérale, et l'article 1316-4 définit la signature en y incluant la signature électronique²⁶².

125. **Les apports de la réforme.** Le premier apport de cette loi est l'assimilation pure et simple du support électronique au support papier. Cette loi définit de manière intemporelle la preuve littérale. Le risque d'inadaptabilité de notre système de preuve est *a priori* écarté pour l'avenir. À condition que l'intégrité et l'authenticité du support soient garanties, elle fait aussi une confiance totale à la télématique et l'électronique, en octroyant une force probante identique à celle accordée à l'écrit sur support papier²⁶³. En outre, elle donne, par la même occasion, la possibilité de signer de manière électronique l'écrit, ce qui paraît indispensable, lorsque l'écrit est lui-même sur un support électronique²⁶⁴. Mais surtout l'article 1316-2 reconnaît implicitement la validité des conventions sur la preuve. En effet, selon cet article « *lorsque la loi n'a pas fixé d'autres principes, et à défaut de convention valable entre les parties, le juge règle les conflits de preuve littérale en déterminant...* ». Cela signifie que les règles sur la preuve ne sont pas impératives. La loi laisse ainsi une place aux

²⁶⁰ C. LUCAS DE LEYSSAC, *Plaidoyer pour un droit conventionnel de la preuve en matière informatique*, *ibid.*

²⁶¹ P. NATAF et J. LIGHTBURN, *La loi portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information*, JCP E 2000, n°21-22, p. 863 ; J. ROCHFELD, *Loi n° 2000-230 du 13 mars 2000 portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique*, RTD civ. 2000, p. 423 ; S. PENNARUN, *De Gutenberg à Bill Gates : commentaire du projet de loi relatif à l'adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et à la signature électronique*, Petites affiches, 27 janvier 2000 n° 19, p. 4 ; F. G. TREBULLE, *La réforme du droit de la preuve et le formalisme*, Petites affiches, 20 avril 2000 n° 79, p. 10.

²⁶² S. PIEDELIEVRE et E. PUTMAN, *op. cit.*, n° 319.

²⁶³ L. GRYNBAUM, v° *Preuve*, in Rép. de droit commercial, 2011, n°s 108 et s. Pour un regard critique de la signature sécurisée, v. A. PENNEAU, *Rapport de droit français, La signature électronique*, Rev. Lamy Droit de l'Immatériel, 2009, supplément 59, n°s 5 et s.

²⁶⁴ P. NATAF et J. LIGHTBURN, *op. cit.*, p. 863.

conventions sur la preuve²⁶⁵, qui étaient déjà admises par la jurisprudence et par la majorité de la doctrine²⁶⁶.

126. **La licéité des conventions sur la preuve.** Sans être génératrice du moindre apport sur le régime en lui-même des conventions sur la preuve, cette loi clôt le débat doctrinal et préserve d'un revirement de jurisprudence potentiel en étant porteuse d'une très attendue consécration législative. En résumé, cette loi est intervenue à un moment opportun, mais aussi avec des termes et définitions généraux qui assureront sa pérennité. Surtout, elle reconnaît la licéité des conventions sur la preuve, qui jusque-là étaient le seul procédé permettant de créer des règles de droit à même de répondre aux exigences des nouvelles technologies. Le législateur a donc suivi la pratique, au lieu de la précéder. Cette reconnaissance tardive consacre la qualification de caractère d'ordre privé des règles de preuve par la jurisprudence. Pour autant est-ce que l'ordre public rend bien compte de la nature des règles de preuve ? Est-ce que l'ordre public est un critère suffisant d'admissibilité des conventions de preuve ?

Section 2 : La remise en cause de l'ordre public comme critère des conventions de preuve

127. **Un critère insuffisant.** L'ordre public ne semble pas être un critère suffisant pour savoir si l'on peut aménager par convention les règles de preuve. D'une part, le contenu de l'ordre public est en perpétuelle mutation²⁶⁷ et d'autre part, il est possible de déroger à des règles qui, traditionnellement, sont de plus en plus qualifiées d'ordre public. L'évolution de la société et des mœurs entraîne la possibilité, certes limitée, de pouvoir déroger à des règles d'ordre public classique. La liberté individuelle prend-elle le pas sur les intérêts de la société ? En droit du travail ou en droit de la consommation, le législateur intervient par des lois dont l'objet est de rétablir l'égalité dans les rapports entre le salarié et l'employeur ou entre le consommateur et le professionnel. La protection de la partie faible n'impose pas de manière

²⁶⁵ P. NATAF et J. LIGHTBURN, *op. cit.*, *loc. cit.*

²⁶⁶ V. DEPADT-SEBAG, *Les conventions sur la preuve*, in *La preuve*, sous la direction de C. PUIGELIER, Economica, 2004, p. 12 et s.

²⁶⁷ R. LEGAIS, *Les règles de preuve en droit civil : Permanences et transformations*, Thèse Poitiers, LGDJ, Paris, 1955, p. 19 où il indique que « *si des transformations sociales surviennent, des découvertes scientifiques, les textes pourront se trouver sans objet, porter à faux ou bien se révéler insuffisants. (...) Les lois sont toujours fonction d'une époque* », dont celles d'ordre public.

rigide le respect de la loi. Le contrat peut déroger aux prescriptions légales à condition de renforcer les droits de la partie protégée par la loi. La doctrine est unanime sur la possibilité de modifier les règles touchant à l'ordre public de protection, même si la dérogation est limitée dans son contenu.

128. **Annnonce du plan.** En principe les règles d'ordre public classique ne laissent pas de place aux volontés individuelles. Les individus ne peuvent pas modifier ces règles (§1). En revanche, pour les règles d'ordre public de protection, les dérogations sont permises dans certaines conditions (§2).

Paragraphe 1 : La dérogation en principe interdite aux règles d'ordre public classique

129. **L'ordre public : une notion délicate.** Plusieurs raisons participent à cette situation. La définition de l'ordre public n'est pas unanime. Son contenu est évolutif ce qui rend également difficile l'appréhension de cette notion²⁶⁸. Dès lors, faut-il parler de dérogation aux règles d'ordre public ou plutôt de modification du contenu de l'ordre public ? Le contenu variable de l'ordre public a pour conséquence d'autoriser certaines dérogations auparavant interdites. D'un autre côté, certaines règles d'ordre public vont céder face à des intérêts individuels. Il y aurait ainsi une dérogation ponctuelle autorisée à des règles d'ordre public notamment sous l'influence de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, mais surtout une modification du contenu de l'ordre public classique.

130. **Principe.** En principe les lois d'ordre public, c'est-à-dire celles qui ont un caractère impératif, ne permettent pas de dérogation. À nouveau des nuances seront apportées avec l'apparition de convention en matière pénale par exemple²⁶⁹, alors que ces règles sont impératives.

²⁶⁸ IHERING, *op. cit.*, 1901, p 288. Pour cet auteur : « C'est un problème insoluble, dira-t-on, de rechercher ce qui constitue le contenu du droit, car il est éternellement changeant ».

²⁶⁹ S. CIMAMONTI, *L'ordre public et le droit pénal*, in *L'ordre public à la fin du XX^e siècle*, Dalloz, 1996, p. 100. L'auteur fait le constat de possibilité de transaction avec le Ministère public depuis la loi du 29 décembre 1977 (art. 16) en matière de commissions indirectes de douanes et de relation monétaire avec l'étranger. « *Le Ministère public (...) transige sur l'action publique au moyen d'une convention dénommée contrat pénal* ».

131. **La concurrence à l'ordre public classique.** La doctrine est assez unanime pour déterminer les règles appartenant à l'ordre public classique. Mais l'ordre public classique se retrouve confronté à des principes qui peuvent permettre de déroger à ces règles. L'origine de cette permissivité²⁷⁰ se retrouve avec l'essor des « droits à »²⁷¹, témoignant désormais de la centralité de la personne dans notre société. L'ordre public classique est ainsi remis en cause.

132. **Annnonce du plan.** Il est possible de s'interroger sur les composantes de l'ordre public classique (A) qui sont remises en cause (B).

A : Les composantes des règles d'ordre public classique

133. **Les fondamentaux de la société.** « Traditionnellement, l'ordre public classique a été défini à partir de l'idée selon laquelle les règles contribuant à sa constitution ne concernent que ce qui est indispensable au bon fonctionnement des institutions nécessaires à la société »²⁷². Avec cette définition de Monsieur le professeur François Terré, l'ordre public classique semble contenir des règles essentielles et fondamentales pour la société. L'ordre public sert de limite aux libertés des membres de la société²⁷³. Reste à définir ce qui est fondamental pour le respect des « piliers de la société traditionnelle »²⁷⁴ ? Ces piliers correspondent à l'État, la famille²⁷⁵ et l'individu²⁷⁶. Un seul intéresse directement l'organisation conventionnelle des règles de preuve : l'État.

134. **Contenu des fondamentaux de la société.** Les règles ayant pour objet l'organisation constitutionnelle, administrative et judiciaire forment le pilier de l'État. À titre d'exemple, l'accès à la justice ne peut faire l'objet d'une renonciation tant que le différend

²⁷⁰ Ph. MALAURIE, *Rapport de synthèse*, in *L'ordre public à la fin du XX^e siècle*, Dalloz, 1996, p. 110 où l'auteur indique que « le recul des bonnes mœurs correspond à l'idéologie du temps, la théologie laïque de la Libération. (...) L'intimité devient un des modes d'élection majeurs de la liberté, à ce point qu'elle est maintenant un droit de la personnalité. L'homosexualité, l'avortement, la débauche, qui jadis étaient réprimés, sont aujourd'hui des droits individuels dignes de protection ».

²⁷¹ Revendication, par exemple, du droit au mariage ou du droit à la filiation.

²⁷² F. TERRÉ, *Introduction générale au droit*, Précis Dalloz, 9^e éd., 2012, n° 494.

²⁷³ IHERING, *L'évolution du droit*, *op. cit.*, p. 168 où l'auteur précise que « la société, c'est la réunion d'êtres égaux, unis dans un but commun, dont la sauvegarde est assurée contre l'intérêt particulier de l'individu isolé ».

²⁷⁴ F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, Précis Dalloz, 10^e éd., 2009, n° 376.

²⁷⁵ A. BENABENT, *L'ordre public en droit de la famille*, in *L'ordre public à la fin du XX^e siècle*, Dalloz, 1996, p. 27 où l'auteur pose une série de questions : « Est-ce l'ordre public dans le droit de la famille qui en cause ? Ou n'est-ce pas plus radicalement le droit de la famille tout entier qui serait lui-même d'ordre public ? Ne serait-il pas un bloc qui serait, en lui, d'ordre public ? »

²⁷⁶ F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, n° 377.

n'est pas né²⁷⁷. L'accès à la justice est d'ordre public, il n'est donc pas possible d'y déroger avant que ce droit devienne disponible. Comment peut-on renoncer à agir en justice alors que ce droit n'est pas encore né ? La renonciation ne peut se faire que sur un droit acquis et non sur un droit éventuel.

135. **Ordre public et ordre social.** Le droit pénal²⁷⁸ est une composante de ce pilier. En présentant le projet du nouveau Code pénal, Monsieur Badinter explique que la loi pénale « *exprime, par les sanctions qu'elle édicte, le système de valeurs d'une société* »²⁷⁹. D'ailleurs, « *une ancienne définition du droit pénal renvoie à la branche du droit qui a pour objet de prévenir par la menace, et au besoin de réprimer par l'application de différents moyens, les actions ou omissions de nature à troubler l'ordre social. L'enchaînement du passage de l'ordre public à l'ordre social paraît alors implacable. Les dispositions pénalement sanctionnées sont certainement d'ordre public en ce sens que leur violation trouble l'ordre social. Le droit pénal apparaît ainsi, en quelque sorte par hypothèse, comme un droit d'ordre public dans lequel les volontés particulières n'ont pas leur place. La mise en mouvement de l'action publique et le prononcé de la peine sont destinés à assurer le respect de l'ordre public* »²⁸⁰.

136. **La délicate conciliation entre la convention et la loi pénale.** La soustraction à l'application des lois pénales n'est pas possible par convention²⁸¹. Le procès pénal oppose le supposé coupable à la société qui est représentée par le Ministère public. La victime a une place moins importante dans le procès. Elle s'y joint seulement par l'action civile. Elle ne peut donc pas convenir, avec l'auteur du délit ou du crime, de soustraire les faits répréhensibles à l'application de la loi pénale. La seule partie qui peut l'envisager est le Ministère public. Celui-ci doit d'ailleurs s'interroger sur l'opportunité des poursuites. Mais en aucun cas, une convention sur l'application d'une loi pénale n'est permise, car elle porterait atteinte à l'ordre public.

²⁷⁷ F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, n° 378.

²⁷⁸ Traditionnellement le droit pénal tout entier est considéré comme d'ordre public. S. CIMAMONTI, *L'ordre public et le droit pénal*, in *L'ordre public à la fin du XX^e siècle*, Dalloz, 1996, p. 89.

²⁷⁹ S. CIMAMONTI, *ibid.*, p. 90.

²⁸⁰ S. CIMAMONTI, *ibid.*, *loc. cit.*

²⁸¹ F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, n° 378 ; CA Paris, 15 mai 1925, S. 1925, 2, 78.

B : La remise en cause des composantes des règles d'ordre public classique

137. **Les causes du changement.** « *Il y a (...) un incontestable courant d'allègement des contraintes, lié à une libéralisation des mœurs qui a entraîné ce que l'on a appelé, de manière sans doute équivoque, une libéralisation des règles de droit. Le phénomène a été constaté, surtout dans la seconde moitié du XX^e siècle, en droit des personnes et de la famille* »²⁸². Les valeurs de la société ont évolué au moins aussi vite, ce qui a influencé le contenu de l'ordre public classique²⁸³. L'ordre public classique a changé dans ses trois composantes qui sont l'État, la famille et l'individu. Ce changement démontre une adaptabilité de la notion en fonction des circonstances, la preuve en est dans son premier pilier : l'État. L'évolution s'effectue dans deux directions. D'une part, la technique de l'ordre public se diversifie, d'autre part, le contenu de cette notion se meut.

138. **L'exemple de la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité.** En matière pénale, le législateur laisse plus de place aux conventions. Les contrats, dont l'objectif est de soustraire à l'application d'une loi pénale, sont interdits. Des conventions sur la peine peuvent être permises. La loi du 26 juillet 2005²⁸⁴ a introduit une originalité en droit pénal, la possibilité de ne pas passer par un procès pour sanctionner l'auteur d'un délit²⁸⁵. La comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité permet au procureur de la République de proposer, directement et sans procès, une ou plusieurs peines à une personne qui reconnaît les faits qui lui sont reprochés. La preuve de la culpabilité n'a pas besoin d'être rapportée car le supposé coupable reconnaît les faits reprochés. En contrepartie, il bénéficie d'une peine allégée. Ce mécanisme est assez original par rapport à la conception française de la sanction pénale. Traditionnellement lors d'un procès, la preuve doit être ramenée de manière certaine pour sanctionner pénalement une personne. Avec ce système, la question du risque de perdre un procès rentre en compte. Une personne innocente peut préférer négocier une peine légère, que de prendre le risque d'être condamnée à une peine plus lourde. En définitive, l'ordre

²⁸² F. TERRÉ, *Rapport introductif*, in *L'ordre public à la fin du XX^e siècle*, Dalloz, 1996, p. 4.

²⁸³ F. TERRÉ, *Rapport introductif*, *ibid.*, p. 7 où l'auteur précise que « *l'ordre public classique a évolué. On observe son recul, là où un courant puissant porte à la libéralisation, notamment en droit pénal (L. 17 janv. 1975, sur l'interruption volontaire de la grossesse) ou en droit des personnes et de la famille (ex. : L. 11 juil. 1975, portant réforme du divorce)* », et p. 10 que « *la vie privée est protégée par des règles d'ordre public et il en va de même de la vie familiale, même si l'on observe à son propos un certain recul de l'impérativité et une poussée du contractualisme* ».

²⁸⁴ Loi n° 2005-847 du 26 juillet 2005 précisant le déroulement de l'audience d'homologation de la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité.

²⁸⁵ Le Conseil constitutionnel a déclaré cette loi conforme par la décision n° 2005-520 du 22 juillet 2005.

public est entamé par la contractualisation d'un droit par nature d'ordre public : le droit pénal²⁸⁶.

Paragraphe 2 : La dérogation possible aux règles d'ordre public de protection

139. **Notion.** Le législateur a pour fonction de garantir la paix sociale afin d'assurer l'existence de la société²⁸⁷. Là où le faible contracte avec le fort, l'État doit intervenir pour rééquilibrer leurs rapports²⁸⁸. Là où règnent les inégalités²⁸⁹, il faut venir protéger la partie faible²⁹⁰. Le législateur le fait en développant l'ordre public de protection²⁹¹. Cette protection est nécessaire pour le maintien de l'ordre public.

140. **Ordre public de protection : un objectif.** Si l'on prend l'ordre public comme un objectif auquel il ne faut pas porter atteinte et non comme le caractère d'une règle faisant d'elle une norme impérative, alors il faut vérifier que les comportements des individus dans la société ne portent pas préjudice à l'ordre public. Le législateur, en voulant protéger certaines personnes considérées comme faibles, ne donne qu'un modèle de règle pour y parvenir. Cependant, il est possible de modifier ces règles à la condition de ne pas porter atteinte à

²⁸⁶ Ce n'est pas la seule immixtion du contrat en la matière. Madame Cimamonti fait le constat de possibilité de transaction avec le Ministère public depuis la loi du 29 décembre 1977 (art. 16) en matière de commissions indirectes de douanes et de relation monétaire avec l'étranger : « *Le Ministère public (...) transige sur l'action publique au moyen d'une convention dénommée contrat pénal* ». Un autre cas de cette tendance : « *Le procureur de la République peut (dans le cadre de la médiation de l'art. 41-1 du Code de procédure pénale), désormais, préalablement à sa décision sur l'action publique et avec l'accord des parties, recourir à une telle mesure, lorsqu'il lui apparaît, entre autres conditions, qu'elle est susceptible de mettre fin au trouble résultant de l'infraction* ». S. CIMAMONTI, *op. cit.*, p. 100.

²⁸⁷ IHERING, *op. cit.*, p. 299. Pour l'auteur il y a « *quatre conditions absolument fondamentales intéressant l'existence de la Société : la conservation et la propagation de la vie, le travail, et les relations sociales* ».

²⁸⁸ R. LEGEAIS, *op. cit.*, p. 102 où il indique que « *tous les citoyens doivent être égaux pour les droits comme pour les devoirs ; Mais en fait tous n'ont pas les mêmes possibilités et l'organisation sociale doit en tenir compte* ».

²⁸⁹ R. LEGEAIS, *ibid.*, *loc. cit.* où il précise qu'« *il est faux de proclamer que tous les plaideurs se valent et que la justice sera satisfaite s'ils s'affrontent dans un combat judiciaire où ils ne disposeront que des mêmes armes* ».

²⁹⁰ ALAIN (Philosophe français, 1868-1951), *Propos d'un Normand (1906-1914)*, Gallimard, 1920, I, p. 206 : « *Qu'est ce que le droit ? C'est l'égalité. Dès qu'un contrat enferme quelque inégalité, vous soupçonnez aussitôt que ce contrat viole le droit... Le droit règne là où le petit enfant qui tient son sou dans sa main et regarde avidement les objets étalés, se trouve l'égal de la plus rusée des ménagères. On voit bien ici comment l'état de droit s'opposera au libre jeu de la force. Si on ne lui prend pas son sou par la force brutale, on lui fera croire sans peine qu'il doit échanger un vieux sou contre un centime neuf. C'est contre l'inégalité que le droit a été inventé. Et les lois justes sont celles qui s'ingénient à faire que les hommes, les femmes, les enfants, les malades, les ignorants soient tous égaux. Ceux qui disent, contre le droit, que l'inégalité est dans la nature des choses, disent donc des pauvretés* ».

²⁹¹ J. MESTRE, *L'ordre public dans les relations économiques*, in *L'ordre public*, Tome 49, Travaux de l'Association H. CAPITANT, 1998, p. 35 où l'auteur précise que « *cet ordre privé impératif [l'ordre public de protection] a pour souci de protéger la partie contractuelle présumée en situation de faiblesse* ».

l'ordre public. L'ordre public de protection est justifié par un état d'infériorité entre des acteurs de la vie sociale. La disparition de la raison de la protection a une incidence sur le pouvoir des individus protégés de déroger à ces règles. Les parties faibles retrouvent leur liberté de renoncer aux droits issus de cette protection. La protection n'est que temporaire.

141. **Annonce du plan.** L'ordre public de protection est une protection nécessaire (A), minimale (B) et temporaire (C).

A : Une protection nécessaire

142. **Liberté et paix sociale.** *« La liberté illimitée dans les relations et les transactions sociales est une prime donnée à l'extorsion, un permis de chasse délivré aux pirates et aux brigands, avec droit de prise sur tous ceux qui leur tombent entre les mains ! Malheur aux victimes ! Que les loups réclament la liberté, on le comprend, mais que les moutons continuent à faire chorus..., ils ne prouvent qu'une seule chose : qu'ils sont moutons ! »*²⁹² Le législateur ne peut pas regarder les loups dévorer les moutons. Son intervention devient aussi indispensable que celle du berger. La paix sociale le commande. L'ordre public joue le rôle du « chien de garde ». Il faut protéger les moutons même malgré eux. Cette protection sauve le mouton menacé par le loup mais aussi le troupeau tout entier²⁹³. Cette idée procède du droit naturel et du rôle de l'État.

143. **L'égalité, une question d'inégalité.** Le législateur ne peut pas faire comme si tous les membres de la société étaient égaux. Sinon *« on aboutit à une inégalité extérieure, mécanique, mettant tout le monde au même niveau, petits et grands, riches et pauvres, enfants et hommes faits, sages et fous, et qui, appliquant un traitement égal aux êtres les plus inégalement constitués, crée en réalité la plus flagrante inégalité (summum jus summa injuria). À pareil régime, la société ne saurait résister »*²⁹⁴.

144. **De l'expansion de la discrimination positive.** Le concept de « discrimination positive » est de plus en plus usité. Certains décrivent le phénomène. Or, il s'agit d'un correctif

²⁹² IHERING, *op. cit.*, p. 96.

²⁹³ F. TERRÉ, *Rapport introductif, op. cit.*, p. 10 où l'auteur indique que *« pourtant derrière toute règle de protection, il y a une considération sociale qui dépasse la prise en compte du seul cas particulier. De surcroît, il y a souvent une coexistence du général et du particulier »*.

²⁹⁴ IHERING, *op. cit.*, p. 247.

face aux inégalités qui existent par nature ou par habitude sociale. L'emblème de la justice, c'est-à-dire la balance, représente bien ce fonctionnement. Lorsqu'il y a un déséquilibre dans les rapports entre les cocontractants ou les membres de la société, le législateur intervient pour rééquilibrer la balance. Il existe des inégalités, c'est un fait, une certitude. Il n'est pas possible de nier que la condition des femmes face au travail est moins avantageuse à celle des hommes, la loi s'employant à lutter, par exemple, contre la différence de salaire entre eux. Le salarié est subordonné à son employeur. Le droit du travail met en place un système de protection du salarié depuis son embauche jusqu'à son licenciement. L'enfant est en situation de faiblesse vis-à-vis de l'adulte. Sa capacité juridique est limitée jusqu'à sa majorité ou son émancipation. Le consommateur est dépendant du professionnel. Le profane dispose d'une législation spécifique pour le mettre en position plus favorable face à l'expert...etc.

145. **De la loi en vue de l'égalité.** Le législateur, en mettant en place un correctif à ce déséquilibre, ne fait pas preuve de discrimination. Bien au contraire, il intervient dans un souci d'égalité. Il ne fait pas preuve de faveur en luttant contre cette discrimination de fait. Le législateur édicte des lois d'ordre public de protection qui sont impératives afin de combattre cette infériorité. L'ordre public de protection « *s'exprime par des règles impératives que le législateur adopte dans le souci de protéger une partie qu'il estime en situation de faiblesse dans une relation contractuelle* »²⁹⁵. Cette protection s'exerce sans le consentement de la partie protégée²⁹⁶. Si cette protection est nécessaire, indispensable, comment est-elle mise en œuvre ? Son application doit-elle être aussi rigide en apparence que celle de l'ordre public classique ?

B : Une protection minimale

146. **Un équilibre des pouvoirs.** Lorsque les parties ont les mêmes pouvoirs, les contrats qu'ils concluent sont de gré à gré, c'est-à-dire les parties discutent librement et

²⁹⁵ J. MESTRE, *L'ordre public dans les relations économiques*, op. cit., p. 34.

²⁹⁶ G. COUTURIER, *L'ordre public de protection, heurs et malheurs d'une vieille notion neuve*, in Mél. J. FLOUR, Répertoire du notariat Defrénois, Paris, 1979, p. 95, sp. p. 105 et s. où l'auteur précise que « *les règles ressortissant à l'ordre public de protection ne sont pas seulement impératives, elles visent à protéger un contractant placé dans une situation d'infériorité ; comme il s'agit de le prémunir contre les faiblesses prévisibles de son propre consentement, on ne saurait lui permettre d'abdiquer la protection légale : ce serait ruiner cette protection même. Tant que subsiste la situation d'infériorité qui explique et justifie l'intervention du législateur, la renonciation au bénéfice de la loi, alors même qu'elle porterait sur des droits acquis, paraît contrevenir aux exigences de l'ordre public de protection* ».

négoient les clauses du contrat. Dans les domaines où l'ordre public de protection intervient, les parties ne sont pas dans une négociation libre.

147. **Postulat de départ.** Le postulat est l'existence d'un déséquilibre social. Le salarié est en situation de faiblesse face à son employeur, parce que la balance entre la demande d'emploi et l'offre d'emploi penche vers la demande. Si la situation s'inverse, c'est-à-dire s'il y a plus d'emplois disponibles que de personnes cherchant un travail, alors le salarié deviendra la partie forte. La faiblesse et la force de l'un comme de l'autre dépendent de la société et non de la nature²⁹⁷. D'ailleurs, dans certains domaines d'activité, les salariés ont un véritable pouvoir face aux employeurs. La protection n'est plus indispensable²⁹⁸. Cependant, l'exception ne remplace pas le principe.

148. **Pour éviter le tout contrat adhésion.** L'une des parties étant en situation de faiblesse, elle ne peut pas négocier les éléments du contrat. Elle n'a que le choix d'accepter ou de refuser ce contrat d'adhésion proposé par la partie forte. Le risque est que la partie forte déséquilibre le contrat. On retrouverait ainsi le déséquilibre initial reporté dans le contrat. C'est pourquoi, le législateur encadre les pouvoirs de la partie forte. Il met en place une législation d'ordre public. Mais ces lois impératives sont particulières. Des dérogations sont permises sous certaines conditions. Ce mécanisme de protection s'observe principalement dans deux domaines : en droit de la consommation (1) et en droit du travail (2).

1 : Un mécanisme dérogatoire à l'impérativité des règles d'ordre public en droit de la consommation

149. **L'impérativité des lois d'ordre public.** Le droit de la consommation est composé par un nombre exponentiel de règles d'ordre public. Les lois d'ordre public sont impératives par définition. Comment se caractérise cette impérativité ?

150. **L'encadrement de la liberté contractuelle.** L'intervention du législateur n'est pas d'interdire la liberté contractuelle, mais de l'encadrer. Les lois sont édictées dans le but de protéger une partie. La volonté des parties ne peut pas porter atteinte à cette protection, au

²⁹⁷ Contrairement au mineur ou à l'incapable majeur.

²⁹⁸ J. MESTRE, *L'ordre public dans les relations économiques*, op. cit., p. 36 où l'auteur précise qu'« il est un certain nombre d'hypothèses où les deux parties au contrat peuvent apparaître comme des forces tout à fait équivalentes, et où la liberté contractuelle n'a donc plus de raison particulière d'être refoulée ».

risque de porter atteinte à l'ordre public. La règle qui protège le consommateur ne doit pas pouvoir subir une dérogation au profit du professionnel, sinon cette protection serait vaine. Cette solution découle du bon sens.

151. **L'appréciation du déséquilibre créé *in favorem*.** Cependant comment réagir face aux dérogations effectuées en faveur de la partie faible ? La loi rétablissant l'équilibre entre les parties, les parties ne vont-elles pas créer un nouveau déséquilibre au profit du consommateur en y dérogeant ? Faut-il refuser ces aménagements ou, au contraire, admettre cette faculté d'augmenter la protection légale ? La réponse dépend de l'effet de la convention par rapport à l'ordre public. Déroger à la protection en faveur du professionnel porte atteinte à l'ordre public. C'est la raison justifiant l'intervention du législateur par des lois d'ordre public. Traditionnellement, l'aménagement conventionnel au profit du profane ne trouble pas l'ordre public. Autrement dit, si la partie forte est prête à augmenter les avantages de la partie protégée, elle pourra le faire, car l'ordre public ne sera pas contrarié. Il faut toutefois rappeler, qu'en pratique, il est bien rare que la partie forte accorde un avantage supérieur au minimum prévu par la loi au profit de la partie faible.

152. **Les dérogations défavorables au consommateur.** Certaines dérogations sont possibles, alors qu'elles sont défavorables au consommateur. L'article L. 132-1 du Code de la consommation prévoit que les clauses « *qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du non-professionnel ou consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat* »²⁹⁹ sont abusives. Ainsi, un déséquilibre peut avoir lieu s'il n'est pas significatif. L'appréciation du caractère abusif d'une clause est l'apanage de la commission des clauses abusives.

153. **La commission des clauses abusives.** La commission des clauses abusives, instituée par l'article L. 132-2 du Code de la consommation est investie de deux missions principales. D'une part, elle examine les conventions habituellement proposées par les professionnels et recommande la suppression ou la modification des clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du non-professionnel ou du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat. D'autre part, elle peut être saisie par un juge à l'occasion d'une instance pour donner son avis sur le caractère

²⁹⁹ Mémento pratique Francis LEFEBVRE, Droit des affaires, concurrence et consommation, 2013-2014, n^{os} 520 et s.

abusif d'une clause contractuelle. Le législateur, sous l'influence de cette commission, a édicté une liste indicative, mais non exhaustive, de clauses pouvant être qualifiées d'abusives.

154. **Une liste indicative.** Dans cette liste, on retrouve, par exemple, la clause qui a pour effet ou pour objet « *de supprimer ou d'entraver l'exercice d'actions en justice ou des voies de recours par le consommateur (...), en limitant indûment les moyens de preuve à la disposition du consommateur...* »³⁰⁰. Les conventions sur les moyens de preuve sont permises mais strictement encadrées. Le consommateur doit pouvoir ramener la preuve en justice.

155. **La préservation de l'accès au juge.** Si la convention est telle que la preuve est, soit trop difficile, soit impossible à rapporter, alors le consommateur est empêché de pouvoir agir en justice. Une telle clause aurait pour effet de renoncer au procès avant même que le litige naisse. La règle conventionnelle de preuve n'est plus une règle de preuve. Les règles de preuve sont faites pour le juge. Si elles empêchent d'aller en justice, il y a une contradiction entre l'objectif et le résultat. La règle de preuve serait ainsi dénaturée, il s'agirait alors d'une règle de fond. Modifier les règles de preuve ne gêne pas l'ordre public, mais limiter excessivement les moyens de preuve porte atteinte à l'ordre public.

En définitive, les règles de preuve applicables en droit de la consommation et issues du Code civil sont susceptibles de faire l'objet de dérogations dans la mesure où elles ne sont pas d'ordre public. Cependant, le juge contrôle que ces clauses ne sont pas abusives. En d'autres termes, en matière de consommation, les dérogations aux lois d'ordre public de protection sont possibles à condition de respecter l'ordre public. La protection instaurée par le législateur est un minimum à respecter pour ne pas contrarier l'ordre public. Ce mécanisme est-il identique en droit du travail ?

³⁰⁰ M.-H. TONNELIER et F. DUPUIS-TOUBOL, *op. cit.* ; F. MAS, *La conclusion des contrats du commerce électronique*, Bibliothèque de droit privé, tome 437, LGDJ, 2005, n° 183.

2 : Un mécanisme dérogatoire à l'impérativité des règles d'ordre public en droit du travail

156. **Un droit par essence d'ordre public.** « *Les règles gouvernant les relations de travail ont, toujours et nécessairement, un caractère d'ordre public* »³⁰¹. Si les rapports concernent en premier lieu des intérêts privés, l'intérêt général est présent. Car « *l'intérêt général n'est pas, il s'en faut, désintéressé par la limitation des excès de la subordination, par l'établissement d'un certain équilibre entre employeurs et salariés : il n'est pas, pour autant, directement en cause, directement bénéficiaire des règles relevant de l'ordre public social, comme il peut l'être lorsque des valeurs essentielles, des intérêts supérieurs sont concernés* »³⁰².

157. **La recherche d'un rééquilibrage des rapports entre cocontractants.** Le principe en la matière est, comme en droit de la consommation, de rééquilibrer le rapport des cocontractants. Logiquement la partie forte rédige les obligations en sa faveur, à moins qu'elle n'ait une contrainte légale. « *L'ordre public constitue, en effet, un élément indispensable à la législation [du travail] en ce qu'elle s'impose des solutions qui ne pourraient émerger du dialogue [théorique] entre employeur et salarié, puisqu'elles sont défavorables au commettant et que, dans les faits, celui-ci est maître du contenu du contrat de travail*³⁰³ ». Le salarié doit être protégé pendant la phase de négociation du contrat de travail, durant l'exécution de ce contrat et enfin lors de la rupture. L'ordre public social joue ce rôle là. « *Comme le résume [le professeur] A. Supiot, "la caractéristique essentielle [de l'ordre public social] est de compenser la subordination par l'attribution de droits attachés à la qualité du salarié" ; ce pourquoi il constitue la "clé de voûte" du droit du travail* »³⁰⁴. Le législateur intervient par des règles d'ordre public pour contrebalancer l'inégalité sociale entre l'employeur et le salarié. Il faut limiter le pouvoir de l'employeur, au profit du salarié. « *L'ordre public est bien inhérent au droit du travail, plus précisément à l'une de ses fonctions essentielles, affirmée dès l'origine et pour longtemps : limiter les abus inévitablement engendrés par le règne de l'autonomie de la volonté dans un rapport structurellement inégalitaire ; établir un certain équilibre entre des parties qui doivent demeurer dans un rapport inégalitaire – sauf à*

³⁰¹ Th. REVET, *L'ordre public dans les relations de travail*, in *L'ordre public à la fin du XXe siècle*, Dalloz, 1996, p. 44.

³⁰² Th. REVET, *ibid.*, p. 45, note bas de page n° 14.

³⁰³ Th. REVET, *ibid.*, p. 44.

³⁰⁴ Th. REVET, *ibid.*, *loc. cit.* où l'auteur cite le professeur A. SUPIOT, *Critique du droit du travail*, Les voies du droit, PUF, 1994, p. 30 et 137.

prohiber le contrat de travail en refusant la soumission du salarié et le pouvoir de direction de l'employeur »³⁰⁵. Quelle place attribuer à l'autonomie de la volonté, une fois prise en compte cette considération ?

158. **L'instauration d'une « protection plancher ».** La loi indique le minimum à respecter pour ne pas porter atteinte à l'ordre public. Il est possible d'y déroger à la condition d'augmenter cette protection³⁰⁶. « *La protection justifie donc, tout à la fois, le caractère d'ordre public des normes sociales [ou des dispositions conventionnelles] et la possibilité d'y déroger pour les améliorer* »³⁰⁷. Prenons l'exemple du salaire minimum prévu par la loi. La logique veut que l'employeur ne puisse pas prévoir un salaire inférieur à ce montant, mais rien n'empêche ce dernier de rémunérer son salarié au-delà de cette somme légale³⁰⁸. Monsieur le professeur Revet a qualifié cet ordre public de relatif, car il est au bénéfice d'une partie et permet certaines dérogations³⁰⁹. Ce caractère ne lui enlève pas son rôle d'ordre public même s'il est original³¹⁰. La solution est identique à celle de l'ordre public en droit de la consommation. L'ordre public commande la protection et la dérogation. La justification se situe dans les raisons de l'impérativité. L'origine découle de l'état de subordination dans lequel se trouve le salarié vis-à-vis de son employeur³¹¹. Cela étant, toutes les règles en droit du travail ne présentent pas ce caractère. Certaines de ces règles sont absolues. Absolues, car

³⁰⁵ Th. REVET, *op. cit.*, *loc. cit.*

³⁰⁶ Th. REVET, *ibid.*, p. 54 où l'auteur précise que « *l'objectif de protection autorise les dérogations aux dispositions d'ordre public social lorsque la solution adoptée est plus favorable aux salariés que les dispositions écartées : la protection n'étant pas contrariée par les dispositions conventionnelles ou les stipulations contractuelles plus favorables aux salariés que les normes supérieures, les raisons d'interdire la dérogation disparaissent* ».

³⁰⁷ Th. REVET, *ibid.*, p. 46.

³⁰⁸ J.-J. DUPEYROUX, *Quelques questions*, Dr. soc. 1990, p. 11 où l'auteur précise que « *lorsqu'une règle d'ordre public a fixé un prix maximum, la vente du produit en question à un prix inférieur ne déroge en rien à cette règle. De la même manière, le smic étant par définition salaire minimum, les contrats prévoyant une rémunération supérieure usent de la latitude qui, justement, leur est laissée par les normes d'ordre public fixant ce plancher : où est la dérogation ?* »

³⁰⁹ Th. REVET, *op. cit.*, *loc. cit.*, où l'auteur indique que « *ces différents caractères particuliers de l'ordre public social se résument, tous, dans la notion de relativité. L'ordre public social est relatif, tant subjectivement – en ce qu'il est conçu relativement à l'une des parties à la relation de travail – qu'objectivement – en ce sens qu'il interdit certaines dérogations seulement* ».

³¹⁰ Th. REVET, *ibid.*, p. 48 où l'auteur précise que « *l'expression même "ordre public relatif" ne révèle-t-elle pas que l'ordre public social est, tout à la fois de l'ordre public – en ce qu'il interdit les dérogations défavorables au salarié –, mais un ordre public singulier, limité, partiel – puisqu'il admet et, plus encore, peut-être, il encourage les dérogations favorables au salarié, il autorise les renonciations et aménage les sanctions de sa violation ?* ».

³¹¹ Th. REVET, *ibid.*, p. 54 où l'auteur indique que « *s'il a toujours été possible de renoncer aux dispositions d'ordre public de protection, c'est à la condition que le motif justifiant l'impérativité ait disparu, soit, en la matière, qu'ait cessé l'état de subordination du salarié-renonçant : c'est à cette seule condition qu'il devient concevable de rendre disponibles les règles protectrices.(...)Ainsi peut-il, dès ce moment, conclure une transaction avec son employeur et, ce faisant, renoncer au bénéfice des dispositions d'ordre public social gouvernant aussi bien le licenciement que, plus généralement, la relation de travail, qu'elles émanent de la loi du droit conventionnel* ».

ces règles ne permettent aucune dérogation³¹² ! Certains impératifs poussent le législateur à intervenir de cette manière. L'intérêt général impose l'impérativité de ces règles. Par exemple, le travail des enfants est interdit. Cette loi est d'ordre public absolu. Un enfant n'a pas le droit d'y déroger. Toutefois, *« le fait dominant est l'accroissement constant du domaine couvert par l'ordre public relatif, donc, corrélativement, le recul du domaine couvert par l'ordre public absolu »*³¹³.

159. **Ordre public et ordre public social.** En définitive, l'ordre public social peut se résumer de la manière suivante : *« en premier lieu, même limitée à l'interdiction des réductions ou suppressions de minima légaux ou conventionnels, l'impossibilité de déroger existe ; or, si l'on considère qu'il y a ordre public lorsque l'autonomie des volontés particulières est restreinte ou orientée, l'ordre public social appartient bien à l'ordre public. L'existence même du contrat de travail n'est-elle pas, d'ailleurs, totalement dominée par l'impérativité, puisque, selon la chambre sociale de la Cour de cassation, "le statut social d'une personne est d'ordre public et s'impose de plein droit dès lors que sont réunies les conditions de son application" ? (...) Au demeurant, l'impérativité domine l'essentiel du contrat de travail, tant est rarement utilisée la faculté d'améliorer les dispositions légales et réglementaires, car cette possibilité est par elle-même insuffisante à équilibrer la négociation pré-contractuelle entre les parties (...). Sous cet angle, grande est la proximité entre l'ordre public social et ordre public général »*³¹⁴.

160. **Prospective.** Est-ce le déclin de l'ordre public qui est révélé par l'ordre public de protection ? Dans tous les cas, le fait de pouvoir déroger en principe³¹⁵ en faveur du salarié montre toute la spécificité de la technique juridique du caractère d'ordre public social de ces lois. *« L'État édicte de moins en moins de règles impératives s'imposant aux individus, mais en revanche est de plus en plus présent à travers des techniques plus subtiles, plus souples qui*

³¹² Th. REVET, *op. cit.*, p. 46 où l'auteur précise qu'*« au demeurant, certaines règles du droit du travail ou certaines règles trouvant à s'appliquer à la relation de travail ont un caractère d'ordre public au sens de l'article 6 c. civ., en ce que toute dérogation est interdite, fût-elle favorable au salarié.(...)On parle, alors d'ordre public "absolu", ou "intangibile" »*.

³¹³ Th. REVET, *ibid.*, p. 50.

³¹⁴ Th. REVET, *ibid.*, pp. 47 et 48.

³¹⁵ Le déclin peut se voir également dans certaines innovations. En effet, il existe de plus en plus la possibilité d'aller en dessous du minimum légal par l'utilisation de conventions et accords collectifs. V. en ce sens, Th. REVET, *ibid.*, p. 43 où l'auteur s'interroge sur ce phénomène : *« cette hypertrophie n'a-t-elle pas alors engendré, comme par réaction, le déclin de l'ordre public qui s'observe, notamment avec l'admission croissante de facultés de descendre en-dessous du minimum législatif et réglementaire par conventions et accords collectifs – d'y déroger, donc ? »*

ménagent ses intérêts »³¹⁶. Si la protection est nécessaire et minimale, elle est également temporaire.

C. Une protection temporaire

161. **Ordre public de direction et ordre public de protection.** La protection est justifiée à un moment, mais elle ne l'est peut-être pas tout le temps. L'ordre public de direction interdit strictement les renonciations, car l'intérêt de la société le commande. En revanche, l'ordre public de protection permet d'y déroger lorsque la raison expliquant cette protection disparaît³¹⁷. L'ordre public empêche de renoncer par avance à sa protection, car c'est à ce moment-là que la partie faible en a le plus besoin. « *La renonciation à un droit serait contraire à l'ordre public lorsqu'il est avéré que presque toujours elle se ferait sans connaissance de cause et sans liberté suffisante. C'est ce qui arriverait pour certains droits dont l'utilité est lointaine et éventuelle. Actuellement le titulaire n'en voit pas toute l'importance ; sa renonciation serait inattentive et faite à la légère ; aucun intérêt présent et sensible ne le protège contre les sollicitations de ceux qui bénéficieraient de la renonciation ; il y aurait presque mauvaise grâce à leur refuser un sacrifice qui, pour le moment, paraît si peu lourd ; la renonciation deviendrait de style dans les contrats où ces droits germent* »³¹⁸.

162. **L'appréciation de la jurisprudence.** La Cour de cassation admet la renonciation des effets acquis de ces règles d'ordre public de protection³¹⁹. Certaines jurisprudences laissent sous-entendre qu'il est parfois interdit de renoncer à des règles d'ordre public de protection, même lorsque les droits issus de ces règles sont acquis³²⁰. En analysant

³¹⁶ J. MESTRE, *L'ordre public dans les relations économiques*, op. cit., p. 39.

³¹⁷ M. LAMOUREUX, *L'aménagement des pouvoirs du juge par les contractants, Recherche sur un possible imperium des contractants*, Tome I, PUAM, 2006, p. 413 et s.

³¹⁸ G. DE LA BROUE DE VAREILLES-SOMMIERES, *Des lois d'ordre public et de la dérogation aux lois*, op. cit., p. 83.

³¹⁹ « *S'il est interdit de renoncer par avance aux règles de protection établies par la loi sous le sceau de l'ordre public, il est en revanche permis de renoncer aux effets acquis de telles règles* » : Cass. civ. 1^{re}, 17 mars 1998, Bull. civ. I., n° 120 ; JCP G 1998, II, 10148, note S. PIEDELIEVRE ; cont., conc., consom. 1998, n° 86, obs. L. LEVENEUR ; Defrénois 1998, p. 749, obs. J.-L. AUBERT.

³²⁰ Cass. civ. 1^{re}, 3 mars 1993, Bull. civ. I, n° 95 ; JCP G 1993, I, 3684, n° 6, obs. G. VIRASSAMY. Cass. civ. 1^{re}, 17 mars 1993, Bull. civ. I, n° 116. Cass. civ. 1^{re}, 16 mars 1994, Bull. civ. I, n° 100 ; cont., conc., consom. 1994, n° 152, obs. G. RAYMOND. Cass. civ. 1^{re}, 30 mars 1994, Bull. civ. I, n° 130 ; Defrénois 1994, p. 1476, obs. D. MAZEAUD ; cont., conc., consom. 1994, n° 129, obs. G. RAYMOND. Cass. civ. 1^{re}, 10 avril 1996, Bull. civ. I, n° 178 ; D. 1996, jurispr., p. 527, note T. HASSLER. Cass. civ. 1^{re}, 9 décembre 1997, Bull. civ. I, n° 368 ; JCP G 1998, II, 10148, note S. PIEDELIEVRE ; RTD civ. 1998, p. 670, obs. J. MESTRE. Cass. civ. 1^{re}, 18 janvier 2000 ; cont., conc., consom. 2000, n° 117, obs. G. RAYMOND. Cass. civ. 3^e, 9 juillet 2003, Bull. civ. III, n° 153 ; Defrénois 2004, p. 448, note H. PERINET-MARQUET. En ce sens, v. B. FAUVARQUE-COSSON, *L'ordre public, in*

plus attentivement ces jurisprudences, certains auteurs ont remarqué que la renonciation avait lieu avant que les droits soient acquis³²¹. La renonciation prématurée pendant l'exécution justifie sans doute ces décisions. La protection est toujours indispensable, tant que la raison de la protection n'a pas disparu.

163. **L'ordre public économique de protection.** La protection est-elle indispensable pour toutes les conventions de preuve intervenant sur des droits d'ordre public économique de protection ? La réponse est négative. « *Stipuler une clause dans un domaine touchant l'ordre public ne signifie pas nécessairement y porter atteinte* »³²². Les aménagements des règles de preuve dépendent fortement du domaine des règles de fond en cause. Les règles peuvent concerner un ordre public de protection, sans que la convention de preuve contrarie l'ordre public. Si la règle issue de la volonté des parties ne dérange pas les finalités du droit de la preuve³²³, pourquoi sanctionner cette volonté ? L'ordre public n'est pas atteint.

164. **L'ordre public, un critère insuffisant.** Les arguments des opposants aux conventions sur la preuve sont pertinents. L'ordre public n'est pas un critère infaillible pour admettre ou refuser ces conventions. Selon qu'est envisagé l'ordre public ou le caractère d'ordre public, les incidences seront totalement différentes. À cela s'ajoute le déclin du contenu de l'ordre public classique ainsi que la possibilité de modifier les règles qualifiées d'ordre public de protection. L'ordre public ne semble pas être un critère déterminant de l'admissibilité des conventions de preuve. Un élément a cependant toujours été commun dans la jurisprudence sur les conventions de preuve : la disponibilité des droits. Implicitement les juges y faisaient référence quand le caractère d'ordre privé – par opposition au caractère d'ordre public – des règles de preuve était avancé en premier et explicitement dans la jurisprudence contemporaine, notamment depuis les arrêts *Crédicas*. La validité des conventions de preuve doit s'analyser différemment, sans pour autant renoncer à l'utilisation de l'ordre public.

1804-2004 Le Code civil : Un passé, un présent, un avenir, Dalloz, 2004, p. 488 où l'auteur précise qu'« *exceptionnellement, on ne peut renoncer au bénéfice de la règle, même si le droit litigieux, d'ordre patrimonial et acquis, est disponible* ». V. aussi Cass. civ. 3^e, 7 novembre 2001 et Cass. civ. 1^{re}, 17 mars 1993, Bull. civ. I, n° 116, p. 78. Limitation également des aménagements conventionnels d'une disposition d'ordre public : loi du 13 juillet 1979 relatives à l'obtention d'un crédit immobilier, v. Cass. civ. 1^{re}, 7 juillet 1993 ; Defrénois 1994, p. 358, obs. D. MAZEAUD.

³²¹ JCP G 1993, I, 3684, n° 6, obs. G. VIRASSAMY note préc. sous Cass. civ. 1^{re}, 3 mars 1993.

³²² M. LAMOUREUX, *op. cit.*, tome 1, p. 215.

³²³ Les finalités du droit de la preuve sont la vérité, la sécurité juridique et surtout la légitimité. V. Première partie, Titre second, Chapitre premier de cette étude.

CONCLUSION DU CHAPITRE PREMIER

165. **L'acceptation des aménagements conventionnels des règles de preuve.** Assez rapidement la Cour de cassation et les juges du fond ont qualifié d'ordre privé l'article 1341 du Code civil, ce qui a permis l'acceptation des aménagements conventionnels des règles de preuve par les parties. La doctrine a été divisée quant à l'utilisation de cette technique. Le législateur a fini par intégrer un article dans le Code civil qui confirme de manière implicite la validité des conventions de preuve. Désormais la doctrine semble unanime sur l'utilité de cette pratique, même si elle reconnaît l'existence de risques nécessitant un encadrement.

166. **L'ordre public, un critère obsolète.** Le point de départ de l'acceptation de ces conventions est le refus de qualifier les règles de preuve d'ordre public. Les opposants considéraient, au contraire, que ces règles étaient justement d'ordre public. L'ordre public était donc le critère déterminant en la matière. Pourtant, plusieurs éléments amènent à penser autrement le rôle de l'ordre public. Le caractère variable du contenu de l'ordre public classique, voire exceptionnellement des dérogations à ce dernier, et la possibilité de déroger à l'ordre public de protection, remettent en cause son utilisation comme critère unique de validité des conventions sur la preuve. Cependant, à peine contesté, l'ordre public revient indirectement et directement comme critère indispensable à la validité de ces conventions.

CHAPITRE SECOND

LA RÉSURGENCE DE L'ORDRE PUBLIC

COMME CRITÈRE DES CONVENTIONS DE

PREUVE

167. **L'admissibilité et l'admission des conventions sur la preuve.** Les conventions sur la preuve sont permises par la jurisprudence. Encore faut-il s'interroger sur leurs critères de validité. Comme vu précédemment, l'ordre public a été exclu en tant que critère déterminant d'admissibilité de ces conventions. Quelles sont alors les conditions à respecter pour que les aménagements conventionnels des règles de preuve produisent leur plein effet ? La validité s'effectue en deux étapes : l'admissibilité puis l'admission. Il ne suffit pas qu'une convention intervienne dans un domaine où l'autonomie de la volonté trouve sa place. D'autres conditions sont à respecter. Mais quelles sont-elles ?

168. **Disponibilité des droits et ordre public.** La jurisprudence nous donne le premier critère de la validité des conventions de preuve : « *pour les droits dont les parties ont la libre disposition, ces conventions relatives à la preuve sont licites* »³²⁴. Les parties doivent intervenir dans un domaine dans lequel elles ont la libre disposition de leur droit³²⁵. L'indisponibilité est le premier rempart à l'autonomie de la volonté³²⁶. Le critère de l'admissibilité des conventions de preuve est la disponibilité des droits. Mais il n'est pas suffisant. Le contenu de la convention ne doit pas porter atteinte à l'ordre public. Ce critère constitue une seconde limite à l'autonomie de la volonté. Le critère d'admission est l'ordre public. Exclu comme critère d'admissibilité, l'ordre public revient comme modérateur du

³²⁴ Arrêts *Crédicas* : Cass. civ. 1^{re}, 8 novembre 1989, D. 1990, som. com., p. 327, J. HUET ; D. 1990, p. 369, C. GAVALDA ; JCP G 1990, n° 21576, G. VIRASSAMY.

³²⁵ M. LAMOUREUX, *op. cit.*, tome 1, p. 194.

³²⁶ B. FAUVARQUE-COSSON, *Libre disponibilité des droits et conflits de lois*, Bibliothèque de droit privé, tome 272, LGDJ, 1996, p. 58 où l'auteur précise que « *loin de traduire une liberté de disposer d'une chose ou d'un droit, la notion (d'indisponibilité) exprime au contraire une interdiction et vient donc restreindre la liberté du sujet* ».

contenu des conventions de preuve. Autrement dit, pour qu'une convention de preuve produise des effets, les parties devront respecter une condition d'admissibilité – la disponibilité des droits (**Section 1**) – et des conditions d'admission dont la principale est l'ordre public (**Section 2**).

Section 1 : La disponibilité des droits comme critère d'admissibilité des conventions de preuve

169. **La recherche d'un nouveau critère.** Il est possible de déroger aux règles d'ordre public selon les définitions classiques de l'ordre public, ce qui est totalement en contradiction avec la lecture habituelle faite de l'article 6 du Code civil. Le déclin de l'ordre public classique ainsi que les aménagements possibles de l'ordre public de protection conduisent à rechercher un critère plus pertinent de l'admissibilité des conventions de preuve. Le véritable critère est celui de la disponibilité des droits. C'est ce qui ressort de l'analyse de la jurisprudence depuis la fin du XX^e siècle. « *Pour les droits dont les parties ont la libre disposition, les conventions relatives à la preuve sont licites* »³²⁷. Par cette formule, la Cour de cassation délimite le domaine de validité des conventions sur la preuve.

170. **Un critère ancien.** « *Déjà sous la plume de Esmein, le traité de Planiol et Ripert énonçait que “la convention sur la preuve peut être souvent analysée comme une renonciation pure et simple ou conditionnelle à un droit ; une convention sur la preuve est au fond une convention sur le droit”, ce dont il tirait pour conséquence que “quand on peut disposer d'un droit, on peut également en régler conventionnellement l'attribution ou la perte, et par conséquent subordonner à tel mode de preuve”* »³²⁸.

171. **Annonce du plan.** Les droits disponibles doivent être déterminés afin de pouvoir connaître le domaine d'intervention des conventions relatives à la preuve. L'étude du concept de libre disponibilité doit précéder (§1) celle de la recherche des domaines disponibles (§2).

³²⁷ Arrêts *Crédicas* : Cass. civ. 1^{ère}, 8 novembre 1989.

³²⁸ M. LAMOUREUX, *op. cit.*, tome 1, p. 212.

Paragraphe 1 : La définition des droits disponibles

172. **La disponibilité des droits comme délimitation du domaine des conventions sur la preuve.** Les droits disponibles sont le nouveau critère d'admissibilité des conventions de preuve. « *La condition de libre disponibilité des droits, claire à énoncer, est en revanche difficile à cerner* »³²⁹, ce qui amène l'auteur à poser la question suivante : « *la libre disponibilité ferait-elle partie de ces notions vagues, imprécises et fuyantes, souvent utilisées, mais dont les contours n'ont jamais vraiment été dessinés ?* »³³⁰ Pour savoir si les parties vont pouvoir convenir de nouvelles règles sans risque, il faut être certain d'intervenir dans un domaine pour lequel une telle faculté est permise. L'étude préalable de la disponibilité des droits devient indispensable.

173. **Définition.** Un droit disponible est un droit dont les parties peuvent disposer, c'est-à-dire le céder ou y renoncer. « *Les renonciations au bénéfice de la loi peuvent être conventionnelles et ne sont pas nécessairement abdicatives, chacune des parties trouvant éventuellement un intérêt dans ce genre de renonciation qui emporte en principe la substitution d'un corps de règles à un autre* »³³¹. Modifier les règles légales de preuve par convention est possible et n'est pas forcément une abdication des droits en jeu. Renoncer à un droit n'est pas une remise en cause de ce droit. « *Cette renonciation, loin d'abolir l'effet que la loi voulait produire, le reconnaît et le confirme : on ne dispose du droit que parce qu'on l'a* »³³².

174. **Une définition insuffisante.** Cette définition des droits disponibles ne nous éclaire pas. La confrontation avec le caractère d'ordre public permet de mieux comprendre les spécificités de cette notion (A). De la même manière, l'étude de l'utilisation de la libre disponibilité des droits dans d'autres techniques juridiques participe à sa compréhension (B).

³²⁹ B. FAUVARQUE-COSSON, *op. cit.*, p. 57.

³³⁰ B. FAUVARQUE-COSSON, *ibid.*, *loc. cit.*

³³¹ B. FAUVARQUE-COSSON, *ibid.*, p. 114.

³³² G. DE LA BROUË DE VAREILLES-SOMMIERES, *Des lois d'ordre public et de la dérogation aux lois*, *op. cit.*, p. 62.

A : La comparaison des droits disponibles avec les règles d'ordre public

175. **Distinction et similitude.** Les droits disponibles ont des ressemblances avec une notion voisine, cousine : les règles d'ordre public. Peu importe l'épithète, l'intérêt est dans la distinction et non dans la similitude. L'analogie amène la réflexion mais c'est bien la différence qui permet de saisir cette notion. L'impérativité proche des droits disponibles s'en différencie.

176. **Une question temporelle.** « *On se contente généralement de dire que les droits disponibles sont ceux qui ne sont pas d'ordre public dans l'ordre substantiel interne, voire, de manière plus schématique encore, de désigner par cette expression tous ceux qui ne relèvent pas de la catégorie "état et capacité des personnes" »*³³³. L'auteur précise juste après que cette vision doit être affinée. Sans doute parce que c'est une erreur de limiter les droits indisponibles aux droits qui sont d'ordre public. Il y a dans la notion de disponibilité un élément temporel à ne pas négliger, contrairement à l'ordre public. D'ailleurs, certains droits deviennent disponibles alors qu'ils étaient indisponibles. Ce changement n'a pas d'effet pour autant sur le caractère d'ordre public de la règle. Une loi d'ordre public garde son caractère dans le temps. La raison d'être de la libre disponibilité ou de l'indisponibilité d'un droit dépend évidemment de la notion d'ordre public, mais elle ne peut être calquée sur le caractère d'ordre public d'une loi. Certaines lois d'ordre public sont indisponibles avant la réalisation du litige, mais seront disponibles après. Ainsi, par exemple l'article 1382 du Code civil est indisponible. À partir de la réalisation du préjudice, le droit issu de la responsabilité délictuelle pour faute devient disponible. Ce droit est-il vraiment indisponible ou n'existe-t-il tout simplement pas ?

177. **De la disponibilité du droit, du caractère d'ordre public d'une règle juridique.** Le caractère d'ordre public se rattache à une règle juridique, à une loi, alors que le terme disponible est lié au terme droit. Le terme « *droit* » dans ce sens est une « *prérogative attribuée à un individu dans son intérêt lui permettant de jouir d'une chose, d'une valeur ou d'exiger d'autrui une prestation* » et non comme l'ensemble des règles « *régissant la vie en société et sanctionnées par la puissance publique* »³³⁴. Le caractère d'ordre public se rattache

³³³ B. FAUVARQUE-COSSON, *op. cit.*, p. 92.

³³⁴ Le terme « droit » est pris dans le sens de droit subjectif en opposition au droit objectif, R. GUILLIEN et J. VINCENT, *V° Droit*, in *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 16^e éd., 2007.

aux droits objectifs alors que la disponibilité se joint aux droits subjectifs. « *Tandis que le critère de l'ordre public vise les règles de droit, celui de la libre disponibilité vise les droits qui naissent d'une situation juridique* »³³⁵.

178. **La disponibilité des droits issus de lois supplétives.** Est-ce que toutes les lois ne présentant pas d'impérativité, c'est-à-dire supplétives, deviendront disponibles ? L'essence même de ces règles est de pouvoir venir les modifier justement. La réponse est donc positive. Le législateur ne proposant qu'un modèle supplétif, les parties peuvent y déroger. Et les droits subjectifs issus de leur rapport d'obligations seront disponibles. L'individu a, dès l'origine, le choix entre un chemin proposé et un chemin imaginable, sorte d'itinéraire *bis*.

179. **La disponibilité des droits issus de lois d'ordre public ?** Le problème devient plus compliqué lorsque la loi est d'ordre public. Peut-il y avoir des lois d'ordre public qui, une fois mises en œuvre, deviendront des droits disponibles ? Le législateur imposant un chemin à suivre, pourquoi, une fois le chemin emprunté, serait-il permis de s'en éloigner ? « *Les règles édictées dans l'intérêt privé, quoique d'ordre public, peuvent parfois faire l'objet d'une renonciation* »³³⁶. Une loi d'ordre public peut subir une dérogation³³⁷. « *Il serait donc incorrect de déduire systématiquement du caractère d'ordre public de la matière que les droits litigieux sont par nature indisponibles* »³³⁸. Mais dans quel cas une loi d'ordre public peut connaître une modification conventionnelle ? En réalité, la renonciation sera possible à la condition que le droit soit acquis³³⁹. L'explication réside dans la disparition de la raison d'être de la protection³⁴⁰. « *C'est en effet la situation de dépendance de la partie protégée qui rend ces droits indisponibles, non le fait qu'il existe des règles d'ordre public. Si cet état de dépendance n'existe plus, les droits deviennent disponibles* »³⁴¹.

180. **La renonciation au-delà de l'ordre public économique.** La possibilité de renoncer à un droit acquis se trouve également en dehors de l'ordre public économique de

³³⁵ B. FAUVARQUE-COSSON, *op. cit.*, p. 57.

³³⁶ B. FAUVARQUE-COSSON, *ibid.*, p. 119.

³³⁷ B. FAUVARQUE-COSSON, *L'ordre public, in 1804-2004 Le Code civil : Un passé, un présent, un avenir*, Dalloz, 2004, p. 488 où l'auteur précise que « *le développement des renonciations aux règles d'ordre public de protection constitue, avec celui des sanctions alternatives à la nullité absolue, l'un des exemples les plus caractéristiques de cet affaiblissement de l'impératif juridique* ».

³³⁸ B. FAUVARQUE-COSSON, *Libre disponibilité des droits et conflits de lois, op. cit.*, p. 41.

³³⁹ Sachant que l'acquisition doit s'entendre comme le moment où « *l'état d'infériorité dans lequel est placée la partie protégée a cessé* ». B. FAUVARQUE-COSSON, *Libre disponibilité des droits et conflits de lois, ibid. loc. cit.*

³⁴⁰ B. FAUVARQUE-COSSON, *Libre disponibilité des droits et conflits de lois, ibid.*, p. 120.

³⁴¹ B. FAUVARQUE-COSSON, *Libre disponibilité des droits et conflits de lois, ibid.*, p. 41.

direction. La société a un intérêt à assurer une protection légale, à donner un cadre juridique à une situation donnée. Mais elle n'est plus intéressée lorsque ce droit entre dans le patrimoine d'une personne et que celle-ci y renonce au profit d'une autre³⁴². Pour pouvoir régler le conflit, le juge doit pouvoir utiliser des règles claires et préétablies. La paix sociale n'est plus atteinte si les personnes ne sont pas dans une relation conflictuelle parce qu'elles acceptent cette situation.

181. **Du droit objectif au droit subjectif.** Le plus souvent, les lois d'ordre public deviennent des droits indisponibles lors du passage du droit « objectif » au droit « subjectif ». L'ordre public commande cette solution. Cependant, des règles d'ordre public connaissent des dérogations, car les droits vont devenir disponibles.

182. **Les droits disponibles malgré l'ordre public de direction.** En matière d'ordre public de protection, les droits sont disponibles lorsque la raison de la protection disparaît. La société n'a pas d'intérêt à ce que la partie faible conserve après ce moment-là les droits issus de ces règles malgré eux³⁴³. La renonciation devient possible. Ainsi par exemple, en droit du travail, il faut attendre la fin de l'état de subordination du salarié vis-à-vis de son employeur, pour qu'il puisse avoir la libre disponibilité de ses droits. Dans cette situation des droits existent, mais ne peuvent être disponibles tant que la raison justifiant la protection ne disparaît pas. Le salarié ne peut pas donner librement son accord de renoncer à un droit tant qu'il est sous la subordination de son employeur. Ce dernier pourrait exercer une pression pour que son salarié y renonce. Aussi, le meilleur moyen pour empêcher que cette situation se produise n'est autre que l'indisponibilité des droits.

183. **L'exemple de la responsabilité civile délictuelle.** Le temps a un effet sur la disponibilité des droits dans d'autres cas où la loi est d'ordre public. En matière de responsabilité délictuelle, les articles 1382 et suivants du Code civil sont d'ordre public. Il est prohibé de convenir d'une renonciation par anticipation. En effet, à cet instant l'individu ne peut renoncer à un droit qui n'existe pas. Comment savoir par avance si l'individu va subir un

³⁴² G. DE LA BROUE DE VAREILLES-SOMMIERES, Des lois d'ordre public et de la dérogation aux lois, *op. cit.*, p. 29 où l'auteur indique qu'« une fois cette faculté (article 671 du Code civil) reconnue aux propriétaires, chacun d'eux est seul intéressé dans la question de savoir s'il l'exerce ou non. S'il y renonce, il ne fait tort qu'à lui-même. Ce qu'il perd bénévolement est gagné par ses voisins. Dès qu'il accepte cet état de choses, qu'importe à la société, nous voulons dire à l'ensemble des citoyens, que les racines et les branches de quelques arbres envahissent son terrain plutôt qu'un autre terrain ? »

³⁴³ G. DE LA BROUE DE VAREILLES-SOMMIERES, *ibid.*, p. 32.

préjudice ? Et qui en serait l'auteur ? C'est très difficile. Cependant, une fois le dommage subi, la victime a la libre disponibilité de son droit. La responsabilité délictuelle est prévue pour réparer notamment l'imprévu. Une convention prise avant la réalisation du fait dommageable est contraire à la logique de ce mécanisme. De la même manière, en droit pénal, on ne peut pas concevoir une convention sur la peine, alors que l'infraction n'est pas encore réalisée. Il en est de même ici. Pour qu'il y ait « droit disponible », encore faut-il qu'il y ait « droit ». Tant que l'élément constitutif de responsabilité n'a pas eu lieu, il n'y a pas de droit.

184. **L'importance du passage du droit objectif au droit subjectif.** À ce moment-là, le passage d'un droit objectif à un droit subjectif a pour effet de donner la possibilité au titulaire de ce droit de pouvoir en disposer. Le guidage par le législateur a eu lieu suffisamment longtemps pour permettre aux individus de choisir la fin de leur trajet.

185. **Les enseignements.** En définitive, la plupart du temps, il y a concordance entre le caractère de disponibilité et celui de règles supplétives. Mais dans certains cas, le caractère de disponibilité va aussi embrasser des règles impératives, des règles d'ordre public. D'ailleurs, l'analyse de Monsieur le professeur Ancel « conduit à relier les droits aux règles qui les protègent et à déduire le caractère disponible de ceux-ci de la nature d'ordre public de celles-là³⁴⁴. Or le fait qu'il existe des règles d'ordre public ne préjuge pas de la libre disponibilité des droits, ce qui compte, c'est la nature des droits qui naissent de la situation juridique »³⁴⁵. Un droit disponible est différent de l'impérativité des lois, car ils ne se situent pas au même niveau. L'impérativité va venir comme une interdiction à son pouvoir créateur, jusqu'au moment où le droit devient disponible. Cependant, tous les droits ne deviennent pas disponibles. Le législateur impose dans certains cas de ne pas sortir du sentier, le droit est alors indisponible. Cette notion de libre disponibilité permet ainsi de connaître l'étendue de la liberté des contractants. La volonté des parties dépendra donc de la nature des droits en jeu³⁴⁶. L'autonomie de la volonté ne peut pas intervenir si le droit n'est pas disponible. « La notion de libre disponibilité (...) entretient indiscutablement des liens étroits avec l'ordre public

³⁴⁴ Monsieur le professeur Ancel, en se basant sur les articles 2059 et 2060 du Code civil, en déduit des règles à finalité d'ordre public et des règles à caractère d'ordre public. Les premières « mettent en cause des intérêts publics réservés aux juges étatiques » alors que les secondes « ont pour objet la protection des intérêts privés des parties ». V. sur ce point B. FAUVARQUE-COSSON, *Libre disponibilité des droits et conflits de lois*, op. cit., p. 110.

³⁴⁵ B. FAUVARQUE-COSSON, *ibid.*, p. 111.

³⁴⁶ B. FAUVARQUE-COSSON, *ibid.*, p. 2.

qu'il ne saurait être question de sous-évaluer »³⁴⁷. Un droit est disponible, lorsque sa renonciation ne porte pas atteinte à l'ordre public³⁴⁸. « *Qu'importe qu'une fois le droit reconnu par la loi, il n'y ait point d'intérêt général à ce que les titulaires l'exercent ou y renoncent ? Il y a un intérêt général à ce que le droit leur soit reconnu et à ce qu'ils n'en soient privés que par une libre renonciation ; parce que cela, c'est la justice et la paix qui le réclament, et c'est tout ce qu'elles réclament* »³⁴⁹. La libre disponibilité des droits est d'ailleurs fréquemment utilisée dans d'autres domaines.

B : Les techniques juridiques utilisant le concept de droit disponible

186. **Les domaines topiques de la disponibilité des droits.** Le critère de disponibilité des droits se retrouve dans des techniques juridiques autres que celles des conventions sur la preuve. En droit interne, le compromis est un exemple de son utilisation³⁵⁰. La libre disponibilité est la condition d'arbitrabilité³⁵¹ (1). Également, la libre disponibilité a une place de choix en droit international privé avec la règle de conflit de lois, notamment sur l'office du juge dans la preuve du contenu de la loi étrangère (2). Dans ces deux exemples, dès que l'autonomie de la volonté peut jouer un rôle, la disponibilité des droits est présente, de sorte qu'il convient de voir comment cette notion pénètre ces deux techniques juridiques.

1 : En matière d'arbitrage

187. **Définition.** L'arbitrage ou le compromis se définit comme le mode « *juridictionnel de règlement d'un litige par une autorité qui tient son pouvoir de justice, non d'une délégation permanente de l'État ou d'une institution internationale, mais de la convention des parties* »³⁵².

³⁴⁷ B. FAUVARQUE-COSSON, *op. cit.*, p. 110.

³⁴⁸ G. DE LA BROUE DE VAREILLES-SOMMIERES, *op. cit.*, p. 82 et 83.

³⁴⁹ G. DE LA BROUE DE VAREILLES-SOMMIERES, *ibid.*, p. 31.

³⁵⁰ B. FAUVARQUE-COSSON, *Libre disponibilité des droits et conflits de lois*, *op. cit.*, p. 93 où l'auteur indique que « *depuis longtemps, la notion de libre disponibilité est utilisée en matière d'arbitrage afin de définir les litiges arbitrables* ».

³⁵¹ B. FAUVARQUE-COSSON, *ibid.*, p. 94 où l'auteur précise que « *l'arbitrabilité est l'aptitude d'un litige à faire l'objet d'un arbitrage* ».

³⁵² G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 4^e éd., PUF, 2003.

188. **Le recours à l'arbitrage délimité.** L'arbitrage est prévu dans le Code civil, mais également dans le Code de procédure civile. L'article 2059 du Code civil dispose que « *toutes personnes peuvent compromettre sur les droits dont elles ont la libre disposition* »³⁵³. L'alinéa premier de l'article suivant vient préciser et limiter l'utilisation du compromis : « *On ne peut compromettre sur les questions d'état et de capacité des personnes, sur celles relatives au divorce et à la séparation de corps (...) et plus généralement dans toutes les matières qui intéressent l'ordre public* ».

189. **Toujours le critère de la disponibilité des droits.** Comment s'articule ces deux articles ? A y regarder de plus près, le critère d'admissibilité des conventions d'arbitrage est la libre disponibilité des droits³⁵⁴. « *Une convention d'arbitrage "n'est licite que si elle porte sur des droits disponibles"* »³⁵⁵. Les individus peuvent convenir dans les domaines où les droits sont disponibles. Pour Monsieur le professeur Jarrosson, compromettre comme transiger correspond à disposer de ses droits. La libre disponibilité des droits devient alors le critère évident de l'admissibilité de l'arbitrage. Cependant, les droits disponibles se définissent assez difficilement de manière positive, et mieux, de manière négative³⁵⁶.

190. **Détermination des droits disponibles.** L'article 2060 du Code civil interdit ces conventions³⁵⁷, lorsqu'on se situe en matière d'état et de capacité des personnes, de divorce et de séparation de corps. Dans toutes ces matières les lois sont d'ordre public. Les droits qui vont naître seront indisponibles, car ils concernent des droits extrapatrimoniaux. L'indisponibilité « *coïncide, au minimum avec le domaine des droits extra-patrimoniaux* »³⁵⁸. Cet article paraît alors surabondant et inutile. Il n'est qu'une répétition de l'article précédent. La formule utilisée *in fine* de l'alinéa premier rappelle celle de l'article 6 du même Code : « *intéressent l'ordre public* ».

³⁵³ Avant c'était l'article 1003 de l'ancien Code de procédure civile qui prévoyait les conditions de l'arbitrage.

³⁵⁴ B. FAUVARQUE-COSSON, *op. cit.*, p. 60 où l'auteur précise que « *la référence à la libre disponibilité des droits (dans le Code de procédure civile) signifie, en effet, que les parties à un litige peuvent, soit recourir à l'arbitrage, soit bénéficier devant les juridictions étatiques d'une certaine souplesse dans l'application des règles de procédure* ».

³⁵⁵ M.-C. VINCENT-LEGOUX, *L'ordre public : étude de droit comparé interne*, Les grandes thèses du droit français, PUF, 2001, p. 411.

³⁵⁶ Ch. JARROSSON, *L'arbitrabilité : présentation méthodologique*, Rev. jur. com., 1996, n° 1, p. 1.

³⁵⁷ B. FAUVARQUE-COSSON, *Libre disponibilité des droits et conflits de lois*, *op. cit.*, p. 98 et 99 où l'auteur précise que « *l'arrêt S^{té} Ganz c. S^{té} nationale des chemins de fer tunisiens énonce en effet un principe général d'arbitrabilité et ne restreint ce principe que si la matière, est, par sa nature même, exclue de l'arbitrage* » ; Sur l'arrêt : *S^{té} Ganz c. S^{té} nationale des chemins de fer tunisiens*, 29 mars 1991, Rev. arb., 1991, p. 478, note L. IDOT.

³⁵⁸ P. CATALA, *Arbitrage et patrimoine familial*, Rev. arb., 1994, p. 279, sp. p. 284.

191. **« Intéresser l'ordre public ».** Quelles sont ces matières ou ces lois qui intéressent l'ordre public ? Cette formule est sans doute aussi vague et floue que la notion d'ordre public. Le législateur veut sans doute limiter l'utilisation des conventions d'arbitrage en raison de l'ordre public. Les conventions d'arbitrage ne sont pas autorisées, lorsque les lois sont d'ordre public, à moins que le droit soit patrimonial et acquis. L'amalgame de l'ordre public avec le caractère d'ordre public, autrement dit le caractère impératif, entraîne des difficultés dans la compréhension de ces articles. L'ordre public, et non le caractère d'ordre public, permet de déterminer les droits disponibles³⁵⁹. L'ordre public intervient directement en tant que modérateur de l'autonomie de la volonté lors de l'admission de ces conventions. Il ne sera qu'indirect pour la détermination des droits disponibles lors de l'admissibilité de l'arbitrage.

192. **Une confusion légale.** « *L'analyse de la notion de libre disponibilité a longtemps été occultée en raison du fait que, pour définir le domaine de l'arbitrage, le législateur s'est également référé à la notion d'ordre public* »³⁶⁰. La confusion entre droit disponible ou indisponible et ordre public émane du législateur qui emploie ces termes indifféremment pour définir le domaine où peut intervenir la volonté individuelle³⁶¹. Si ces concepts étaient définis clairement il y aurait moins de confusion et une meilleure sécurité juridique.

193. **Une situation doctrinale comparable.** Cette difficulté se retrouve aussi en doctrine³⁶². Certaines règles d'ordre public sont d'ailleurs à l'origine de droits disponibles. Monsieur le professeur Level propose la classification des droits disponibles suivante : les droits totalement et définitivement indisponibles portant sur l'état et la capacité des personnes ; les droits partiellement disponibles provenant de situations totalement indisponibles pour devenir disponibles dans leurs effets ; les droits indisponibles à l'état de droit éventuel et disponibles à l'état de droit né et actuel lorsque la protection n'a plus lieu d'être³⁶³. Pour la première catégorie, l'exemple du divorce peut être donné. La responsabilité civile délictuelle illustre la seconde catégorie. Enfin, les règles d'ordre public de protection en

³⁵⁹ B. FAUVARQUE-COSSON, *op. cit.*, p. 110 où l'auteur indique que « *la notion de libre disponibilité (...) entretient indiscutablement des liens étroits avec l'ordre public qu'il ne saurait être question de sous-évaluer* ».

³⁶⁰ B. FAUVARQUE-COSSON, *ibid.*, p. 94.

³⁶¹ B. FAUVARQUE-COSSON, *ibid.*, p. 93 et 94.

³⁶² B. FAUVARQUE-COSSON, *ibid.*, p. 111.

³⁶³ P. LEVEL, *L'arbitrabilité*, Rev. arb., 1992, p. 214 ; B. FAUVARQUE-COSSON, *ibid.*, *loc. cit.*

droit social, comme les indemnités de licenciement en fonction de la raison invoquée, appartiennent à cette dernière catégorie.

194. **Le caractère d'ordre public : révélateur de la disponibilité des droits.** « *Le recours à l'arbitrage serait impossible seulement dans les cas où la règle d'ordre public supprimerait la disponibilité même du droit contractuel, mais non dans l'hypothèse où la règle d'ordre public emporterait uniquement des restrictions à la mise en œuvre et à l'exercice de cette disponibilité ; dans ce dernier cas, il appartiendrait à l'arbitre de résoudre le litige dans le respect de l'ordre public et d'en tirer toutes les conséquences, telle que le prononcé d'une nullité d'ordre public* »³⁶⁴. L'auteur est proche de l'idée que nous essayons de démontrer. D'une part, la disponibilité permet de savoir si une convention est possible, sachant que cette disponibilité dépend en grande partie du caractère d'ordre public des règles en jeu. D'autre part, lorsqu'une convention est permise, son application ne doit pas heurter l'ordre public³⁶⁵. Le caractère d'ordre public permet principalement de déterminer les droits qui sont indisponibles. Ces droits deviennent disponibles dans certaines conditions³⁶⁶. En revanche, l'ordre public est l'objectif recherché par toute loi.

195. **La validité des clauses compromissaires.** Lorsque la loi n'est pas d'ordre public, les droits qui en découlent sont disponibles. La clause compromissoire, c'est-à-dire « *la clause par laquelle des contractants décident de soumettre leurs litiges éventuels à l'arbitrage* »³⁶⁷, est-elle alors valable ? La jurisprudence, en principe, n'accepte pas ces clauses³⁶⁸. Les juges condamnent ces clauses au motif que l'objet de la contestation n'était pas précisé. La nullité de la clause n'est que facultative, elle est d'ailleurs couverte par une exécution volontaire expresse ou tacite³⁶⁹. Une divergence entre la doctrine plutôt libérale en la matière et la jurisprudence a été levée par la loi du 5 juillet 1972. L'article 2061 du Code

³⁶⁴ Br. OPPETIT, *L'arbitrage en matière de brevets d'invention après la loi du 13 juillet 1978*, Rev. arb., 1979, p. 83, sp. p. 88.

³⁶⁵ D'après la Cour d'appel de Paris, « *la nullité du compromis ne découle pas de ce que le litige touche à des dispositions d'ordre public, mais uniquement du fait que l'ordre public a été violé* » : Paris, 15 juin 1955 ; D. 1957, p. 587, note J. ROBERT.

³⁶⁶ Le droit, issu de loi d'ordre public, devient disponible si le droit est patrimonial et acquis. En revanche, pour les lois supplétives, les droits sont disponibles dès l'origine.

³⁶⁷ S. GUINCHARD, C. CHAINAIS et F. FERRAND, *Procédure civile : Droit interne et droit de l'Union européenne*, 31^e éd., Précis, Dalloz, 2012, n° 2265.

³⁶⁸ « *En droit interne, (la convention d'arbitrage) est interdite dans la mesure où elle s'identifie à une renonciation anticipée qui porte atteinte au principe même de la protection voulue par la loi* ». B. FAUVARQUE-COSSON, *Libre disponibilité des droits et conflits de lois*, op. cit., p. 109.

³⁶⁹ S. GUINCHARD, C. CHAINAIS et F. FERRAND, op. cit., n° 2266.

civil prohibait les clauses compromissaires en matière civile, à moins qu'une loi l'autorise. Cette position pouvait paraître justifiée, en droit de l'état des personnes et de la famille, mais sévère, notamment en matière contractuelle. Son inadaptation a été levée dans les relations professionnelles dans le secteur civil par la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001³⁷⁰. L'article 2061 actuel prévoit que « *sous réserve des dispositions législatives particulières, la clause compromissoire est valable dans les contrats conclus à raison d'une activité professionnelle* ». Pourquoi ne pas accepter les clauses compromissaires dans tous les domaines lorsque les droits disponibles sont prévisibles ?

196. **De l'indisponibilité à la disponibilité des droits.** La libre disponibilité est donc le critère d'admissibilité de la clause compromissoire³⁷¹. Cependant, les conventions d'arbitrage ne sont possibles qu'après la naissance du litige. Ces droits sont « *indisponibles à l'état de droit éventuel et disponibles à l'état de droit né et actuel* »³⁷². De même, « *le cocontractant réputé faible doit être protégé contre d'éventuelles renonciations aux droits que lui accorde la loi* »³⁷³. Tant que le litige n'est pas né et tant que son état de faiblesse n'a pas disparu, il ne peut en disposer. Ce n'est que par exception qu'il peut en disposer avant même la naissance du litige.

197. **L'acceptation des clauses compromissaires en droit commercial.** En droit commercial, l'article L. 721-3 du Code de commerce³⁷⁴ autorise les clauses compromissaires en les limitant en matière commerciale³⁷⁵. L'article L. 721-5 du même code prévoit également la possibilité d'une clause compromissoire dans les statuts des sociétés de professions libérales³⁷⁶.

³⁷⁰ S. GUINCHARD, C. CHAINAIS et F. FERRAND, *op. cit.*, n° 2267.

³⁷¹ N. COIPEL-CORDONNIER, *Les conventions d'arbitrage et d'élection de for en droit international privé*, Bibliothèque de droit privé, Tome 314, LGDJ, 1999, p. 231.

³⁷² P. LEVEL, *L'arbitrabilité*, Rev. arb., 1992, p. 213 ; N. COIPEL-CORDONNIER, *Les conventions d'arbitrage et d'élection de for en droit international privé*, *ibid.*, p. 222.

³⁷³ N. COIPEL-CORDONNIER, *op. cit.*, p. 231.

³⁷⁴ Article L. 721-3 du Code de commerce : « *Les tribunaux de commerce connaissent : 1° Des contestations relatives aux engagements entre commerçants, entre établissements de crédit ou entre eux ; 2° De celles relatives aux sociétés commerciales ; 3° De celles relatives aux actes de commerce entre toutes personnes. Toutefois, les parties peuvent, au moment où elles contractent, convenir de soumettre à l'arbitrage les contestations ci-dessus énumérées* ».

³⁷⁵ Les clauses compromissaires sont autorisées « *aux litiges relatifs aux actes de commerce entre toutes personnes, aux contestations entre associés d'une société de commerce et à celles relatives aux engagements et transactions entre négociants, marchands et banquiers* ». S. GUINCHARD, C. CHAINAIS et F. FERRAND, *op. cit.*, n° 2268.

³⁷⁶ Article L. 721-5 du Code de commerce : « *Par dérogation au 2° de l'article L. 721-3 et sous réserve des compétences des juridictions disciplinaires et nonobstant toute disposition contraire, les tribunaux civils sont*

198. **Les clauses compromissoires dans les actes mixtes.** Les clauses compromissoires dans les actes mixtes, ne peuvent être annulées à la demande du professionnel. Si la demande émane du consommateur, l'annulation est soumise à l'appréciation du juge. Avant la loi du 1^{er} février 1995, ces clauses étaient nulles de nullité absolue³⁷⁷. L'évolution tend vers un élargissement des conventions d'arbitrage avant la naissance du litige.

199. **Le refus des clauses compromissoires en droit du travail.** En droit du travail, l'article L. 511-1 du Code de travail interdit ces clauses. Cette solution est légitime en raison de l'état de dépendance, de subordination lors de la conclusion du contrat de travail. La clause compromissoire est donc nulle. Il faut attendre la naissance du litige, mais aussi la fin de sa subordination envers son employeur pour pouvoir compromettre³⁷⁸. La disponibilité des droits a bien un caractère temporel dicté par l'ordre public et non le caractère d'ordre public (qui pourrait être remplacé par le terme « impératif »).

200. **Un critère important.** La disponibilité des droits est un critère important en matière de clause compromissoire et prend une place plus importante en matière de compromis. Le législateur ne fait pas preuve d'une grande confiance dans la clause compromissoire. Cette méfiance se retrouve dans la jurisprudence. L'évolution se fait lentement. La disponibilité des droits devrait être le seul critère d'admissibilité des clauses compromissoires, et l'ordre public aurait pour rôle de contrôler la volonté des parties. L'ordre public interviendrait indirectement lors de l'admissibilité des conventions d'arbitrage par la libre disponibilité, mais directement par le contrôle du contenu³⁷⁹. La distinction entre clause

seuls compétents pour connaître des actions en justice dans lesquelles l'une des parties est une société constituée conformément à la loi n° 90-1258 du 31 décembre 1990 relative à l'exercice sous forme de sociétés des professions libérales soumises à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé, ainsi que des contestations survenant entre associés d'une telle société.

Néanmoins, les associés peuvent convenir, dans les statuts, de soumettre à des arbitres les contestations qui surviendraient entre eux pour raison de leur société ».

³⁷⁷ S. GUINCHARD, C. CHAINAIS et F. FERRAND, *op. cit.*, n° 2269.

³⁷⁸ Sur ce thème : Paris, 4 juin 1992, *Wattelet*, *Rev. arb.*, 1993, p. 449 : « l'article 511-1 du Code du travail disposant que les conseils de prud'hommes sont seuls compétents pour connaître des conflits individuels de travail, les parties à un contrat de travail ne peuvent valablement compromettre qu'après la rupture du contrat de travail ». Le compromis se définit à l'article 1447 du Code de procédure civile comme « la convention par laquelle les parties à un litige né soumettent celui-ci à l'arbitrage d'une ou plusieurs personnes ».

³⁷⁹ B. FAUVARQUE-COSSON, *Libre disponibilité des droits et conflits de lois*, *op. cit.*, p. 96 où l'auteur précise que « l'ordre public intervient à deux niveaux : pour définir, en premier lieu, la liberté des parties de passer une convention d'arbitrage ; pour déterminer, en second lieu, les règles que la justice arbitrale ne peut transgresser ».

compromissoire et le compromis n'aurait plus de raison d'être. Mais ce n'est pas encore le cas.

201. **Transition.** La disponibilité des droits trouve également une place importante en matière de conflit de lois dans l'espace.

2 : En matière de règle de conflit de lois dans l'espace

202. **Détermination de la loi applicable.** Lorsqu'il y a un élément d'extranéité, la question qui se pose, hormis celle du juge compétent, est celle de la loi applicable au litige. La résolution se fait de manière très méthodique en utilisant la règle de conflit pour déterminer la loi que le juge va appliquer pour résoudre le litige. « *Le propre de la règle de conflit était de restituer à la loi étrangère le caractère d'impératif que le passage de la frontière lui fait normalement perdre* »³⁸⁰. Pour Motulsky, le juge doit rechercher la loi étrangère sans pour autant la connaître de la même manière que la loi française.

203. **Méthode de détermination et prévalence des lois de police.** Lorsque le juge français doit trancher un litige comportant un élément d'extranéité³⁸¹, il va procéder de la manière suivante. Si la règle de droit en jeu est une loi de police, alors c'est la loi française qui s'appliquera automatiquement. Les lois de police n'évincent pas la loi applicable en fonction de la règle de conflit, mais interviennent avant même de rechercher la loi applicable en fonction des règles de conflit. Dans l'hypothèse où n'est pas en jeu une loi de police, la règle de conflit permet de connaître la loi applicable. Si la loi applicable est la loi étrangère, il faudra rapporter la preuve de son contenu. Si les plaideurs ne désirent pas l'application de la loi étrangère à leur litige, alors la loi française s'appliquera comme une loi supplétive. Le juge « *est affranchi [d'appliquer d'office les règles de conflit] lorsque la règle de conflit est d'origine nationale et qu'elle porte sur une matière où les parties ont la libre disposition de leurs droits. (...) Il faut aussi compter avec la liberté, récemment accordée aux parties qui ont la libre disposition, d'exclure conventionnellement la règle de conflit que le juge s'apprêtait à*

³⁸⁰ H. MOTULSKY, *L'évolution récente de la condition de la loi étrangère en France*, in Mél. René SAVATIER, Dalloz, Paris, 1965, p. 681.

³⁸¹ B. FAUVARQUE-COSSON, *Libre disponibilité des droits et conflits de lois*, op. cit., p. 1 où l'auteur précise que « *le juge, organe de l'État, a pour mission de trancher le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables, même si celles-ci n'ont pas été appelées par la volonté expresse de l'une au moins des parties, et même si elles donnent compétence à une loi étrangère* ».

appliquer. Une telle exclusion résulte d'un accord intervenu entre les parties au litige »³⁸². La règle de droit applicable normalement (*lex causæ*) va être remplacée par la loi du tribunal (*lex fori*). Quand la loi étrangère applicable porte atteinte à l'ordre public, la loi française s'applique à la place de la loi étrangère.

204. **Similitude entre loi d'ordre public et autonomie de volonté.** Le mécanisme de recherche de la loi applicable en droit international privé ressemble fortement à celui du conflit entre la loi et l'autonomie de la volonté en droit interne. La loi d'ordre public empêche l'application d'une convention, et s'applique automatiquement avant même de se poser la question de savoir si une convention existe, de la même manière que la loi de police en droit international privé. Les contractants peuvent évincer la loi supplétive au profit de leur convention. Lorsque cette convention porte atteinte à l'ordre public, le juge applique la règle de droit supplétive. Le parallèle peut se faire avec la loi étrangère qui ne doit pas porter atteinte à l'ordre public français. La loi de police fonctionne donc comme une loi d'ordre public et l'exception d'ordre public de la même manière que l'ordre public. On retrouve la distinction du caractère d'ordre public avec l'ordre public, sous un autre nom simplement.

205. **La disponibilité dans les conflits de lois.** Il faut s'intéresser maintenant à l'incidence du rôle de la disponibilité des droits en matière de conflit de loi³⁸³. La notion de libre disponibilité permet de déterminer le rôle du juge face à la détermination de la règle de droit qu'il utilisera pour résoudre le litige. Cette notion permet également de connaître l'étendue de la liberté des contractants. La volonté des parties dépend donc de la nature des droits en jeu³⁸⁴. Les parties peuvent empêcher le juge d'appliquer la loi compétente d'après la règle de conflit. Pour cela, depuis l'arrêt *Roho contre Caron* du 19 avril 1988³⁸⁵, dès lors que la loi est supplétive ou facultative, les parties doivent se mettre d'accord.

206. **Evolution jurisprudentielle.** Avec l'arrêt *Amerford*, « *dans les matières où les parties ont la libre disposition des droits, il incombe à la partie qui prétend que la mise en*

³⁸² B. FAUVARQUE-COSSON, *op. cit.*, *loc. cit.*

³⁸³ B. FAUVARQUE-COSSON, *ibid.*, p. 10 et 11 où l'auteur précise que « *c'est pourquoi la notion de libre disponibilité des droits mérite d'être transposée du plan interne au plan international, conformément au mouvement habituel du droit. Si l'objet du droit international privé est de régler les rapports internationaux, la discipline demeure en grande partie organisée par chaque législateur national, qui se réfère pour cela aux lois internes* ».

³⁸⁴ B. FAUVARQUE-COSSON, *ibid.*, p. 2.

³⁸⁵ Cass. civ. 1^{re}, 19 avril 1988, *Roho c. Caron*, Bull. civ., I, n°104, p. 71 ; Rev. crit. dr. intern. priv., 1989, p. 68, note H. BATIFFOL ; D. 1988, som. com., p. 345, obs. B. AUDIT.

œuvre du droit étranger, désigné par la règle de conflit de lois, conduirait à un résultat différent de celui obtenu par l'application du droit français, de démontrer l'existence de cette différence par la preuve du contenu de la loi étrangère qu'elle invoque »³⁸⁶. Cette solution a connu depuis une évolution jurisprudentielle qui s'est finalisée par les arrêts de la Chambre commerciale et de la 1^{re} Chambre civile du 28 juin 2005. Les deux Chambres ont apporté une réponse identique à ce point de droit. Elles ont décidé qu'en matière de droits disponibles, lorsque le juge reconnaît un droit étranger applicable, il doit en rechercher sa teneur, soit parce qu'il le fait d'office, soit parce qu'une partie l'a invoqué. Plus exactement, le juge français, reconnaissant applicable un droit étranger, doit rechercher sa teneur soit d'office³⁸⁷, soit à la demande d'une partie qui désire son application. Cette recherche du juge s'effectue personnellement ou avec le concours des parties. Le but est de donner à la question litigieuse une solution conforme au droit étranger.

207. **L'interdiction faite au juge.** En outre, il y a une « *interdiction pour le juge d'appliquer d'office la règle de conflit lorsque les parties ont la libre disposition de leurs droits et qu'elles lui en ont expressément demandé la mise à l'écart au terme d'un accord procédural* »³⁸⁸. Il est légitime d'autoriser les parties à exclure la règle de conflit lorsque les droits sont disponibles, afin de garder les litiges dans la voie judiciaire classique. Si l'inverse était retenu, les plaideurs seraient incités à entreprendre la voie de l'arbitrage qui permet d'écarter la règle de conflit³⁸⁹ ; d'autant plus que la renonciation à la règle de conflit se fait souvent en faveur de la mise en place de la loi du *for*³⁹⁰. En acceptant cette renonciation au profit de la loi du *for*, le juge est moins gêné car c'est la loi qu'il utilise habituellement.

³⁸⁶ Cass. com., 16 novembre 1993, *S^{te} Amerford France et autre c. C^{ie} Air France et autres*, D. 1993, inf. rap., p. 258 ; JCP 1994, IV, p. 144 ; Rev. crit. dr. intern. priv., 1994, p. 332, note P. LAGARDE ; Journal du droit international, 1994, p. 98, note J.-B. DONNIER.

³⁸⁷ A. PONSARD, *Rapport français, La vérité et le droit*, Travaux de l'association Henri CAPITANT, Tome 38, Economica, Paris, 1989, p. 673 où l'auteur précise que « *la règle française étatique ne donne lieu ni à allégation ni à preuve. C'est seulement pour les usages et les sources corporatives, et surtout pour la loi étrangère, que le problème de leur établissement peut se poser devant le juge, et aussi la question de savoir si celui-ci peut les appliquer d'office* ».

³⁸⁸ B. FAUVARQUE-COSSON, *Libre disponibilité des droits et conflits de lois*, op. cit., p. 5.

³⁸⁹ B. FAUVARQUE-COSSON, *ibid.*, p. 70 où l'auteur précise qu'« *afin d'éviter une fuite des justiciables devant les instances judiciaires, il ne faut pas systématiquement interdire aux parties de faire ce qu'elles pourraient obtenir par la voie détournée de l'arbitrage* ».

³⁹⁰ B. FAUVARQUE-COSSON, *ibid.*, p. 114 où l'auteur indique que « *les renonciations au bénéfice de la loi peuvent être conventionnelles et ne sont pas nécessairement abdicatives, chacune des parties trouvant éventuellement un intérêt dans ce genre de renonciation qui emporte en principe la substitution d'un corps de règles à un autre* ».

208. **Parallèle jurisprudentiel.** Il est intéressant de faire le parallèle entre la jurisprudence en matière de convention sur la preuve et celle sur la règle de conflit de lois. Dans les deux cas, les juges ont commencé à se référer à l'ordre public avant d'abandonner ce critère au profit de la libre disponibilité³⁹¹. Ainsi, Madame le professeur Fauvarque-Cosson, dans sa thèse, souhaite « *montrer que le juge devrait toujours appliquer d'office la règle de conflit, quelle que soit la nature des droits litigieux, ce qui n'empêcherait pas les parties qui ont la libre disposition de leurs droits de corriger les résultats de la localisation défectueuse par un accord procédural emportant l'éviction de la règle de conflit de lois* »³⁹². Elle rappelle qu'une technique permet au juge de pouvoir écarter la loi désignée et d'appliquer une loi autre que celle désignée par la règle de conflit, lorsque des liens sont plus étroits avec ce dernier ordre juridique. C'est la technique des clauses d'exception qui est assez limitée dans son application en droit français³⁹³. Là aussi, la liberté des droits serait le critère permettant l'autonomie de la volonté et non l'ordre public.

209. **L'exclusion conventionnelle des règles de preuve de la loi étrangère au profit de la loi française.** L'article 12, alinéa 3, du Code de procédure civile, peut être le fondement de l'exclusion conventionnelle des règles de preuve attachées à la loi étrangère au profit de ceux de la loi française : « *Toutefois, il ne peut changer la dénomination ou le fondement juridique lorsque les parties, en vertu d'un accord exprès et pour les droits dont elles ont la libre disposition, l'ont lié par les qualifications et points de droit auxquels elles entendent limiter le débat* ». Il l'est déjà pour l'acceptation des accords procéduraux tendant à évincer la règle de conflit de lois³⁹⁴.

210. **L'autonomie de la volonté ou le moyen de lier le juge.** Ces exemples de l'utilisation des droits disponibles traduisent à merveille son importance dans la place de l'autonomie de la volonté entre les parties ; vis-à-vis du juge, « *la notion de libre disponibilité traduit une liberté exceptionnelle : celle de lier le juge* »³⁹⁵.

211. **Disponibilité des droits en droit international privé.** La qualification de droit disponible nécessite des explications. Quand un droit est-il disponible ? En droit

³⁹¹ B. FAUVARQUE-COSSON, *op. cit.*, p. 21 et s.

³⁹² B. FAUVARQUE-COSSON, *ibid.*, p. 5.

³⁹³ B. FAUVARQUE-COSSON, *ibid.*, p. 8.

³⁹⁴ B. FAUVARQUE-COSSON, *ibid.*, p. 64 et 68.

³⁹⁵ B. FAUVARQUE-COSSON, *ibid.*, p. 75.

international privé, pour qualifier de droits disponibles les droits litigieux, le juge doit se fonder sur la *lex fori* d'après l'opinion majoritaire de la doctrine. Et cela, même si dans certaines situations la qualification pourrait être envisagée par la *lex causæ*³⁹⁶.

212. **Disponibilité des droits en droit interne.** La recherche du domaine des droits disponibles en droit interne permet de délimiter le domaine d'applicabilité des conventions de preuve. Lorsque les droits en jeu sont disponibles, les parties peuvent aménager conventionnellement les règles de preuve. La disponibilité des droits correspond à la possibilité de conclure des clauses de preuve.

Paragraphe 2 : Le domaine des droits disponibles

213. **Principe.** Pour savoir dans quel cas les parties peuvent modifier les règles de preuve, il faut savoir si la convention intervient dans un domaine dans lequel les droits sont disponibles ou non. La détermination du domaine est essentielle³⁹⁷, car les règles de preuve prennent la coloration des droits auxquels elles se rattachent. Si les droits en jeu sont disponibles, alors les règles de preuve permettant la réalisation de ces droits seront disponibles, et inversement³⁹⁸. Les conventions sur la preuve peuvent donc intervenir si le droit qu'elles doublent est disponible. A l'inverse, lorsque les droits sont indisponibles, il n'est pas permis de modifier conventionnellement les règles de preuve s'y rapportant.

214. **La patrimonialité comme critère.** On peut différencier les droits disponibles des droits indisponibles par la notion de patrimonialité. « *Si la prérogative extra-patrimoniale et fondée sur l'intérêt public est insusceptible de renonciation, inversement, celle qui est patrimoniale et d'intérêt purement privé peut faire l'objet d'une renonciation* »³⁹⁹. Comment rechercher les droits disponibles parmi toutes les règles de droit existantes ?

³⁹⁶ B. FAUVARQUE-COSSON, *op. cit.*, p. 56.

³⁹⁷ Un lien très puissant existe entre le droit et la preuve de ce droit. En cas de litige, la preuve d'un droit est nécessaire à l'exécution de ce droit. Un auteur a, d'ailleurs, écrit qu'« *il y a même degré d'importance à attacher aux preuves qui assurent ces droits qu'aux droits eux-mêmes* ». J. BENTHAM, *Traité des preuves judiciaires*, tome 1, Ed. Hector Bossange, Paris, 2^e éd., 1830, p. 252.

³⁹⁸ « *La preuve double le droit, comme l'ombre suit le corps* ». H. ROLAND et L. BOYER, *in Adages du droit français*, Litec, 4^e éd., 1999.

³⁹⁹ B. FAUVARQUE-COSSON, *Libre disponibilité des droits et conflits de lois, op. cit.*, p. 118.

215. **Méthode.** Deux possibilités d'étudier les droits disponibles sont possibles. L'analyse peut s'effectuer de manière analytique, c'est-à-dire droit par droit, l'ampleur du travail devient alors considérable, voire impossible. Elle peut également se réaliser de manière globale, matière par matière, avec l'inconvénient que toutes les lois dans une matière n'ont pas la même qualification. « *Les limites du raisonnement en termes de matière apparaissent également dans les domaines où les règles, originellement impératives, deviennent supplétives à un moment donné* »⁴⁰⁰ (après l'ouverture de la succession par exemple, ou après la réalisation du fait générateur du dommage). Les deux méthodes d'analyse sont défectueuses. Malgré ce constat, la seconde permet de mieux rendre compte du phénomène de la disponibilité. Dans chaque domaine en principe indisponible, certains droits demeurent disponibles. Nonobstant l'existence d'exceptions, l'examen portera sur les deux domaines : disponible (A) et indisponible (B).

A : Le domaine en principe disponible

216. **Le lien insécable entre la preuve d'un droit et l'existence de ce droit.** La preuve d'un droit est intimement attachée à son existence. Lorsqu'un droit est disponible, pourquoi interdire les conventions sur celui-ci ? Les conventions sur la preuve sont possibles lorsque le domaine dans lequel elles interviennent est disponible. « *Dans un domaine purement patrimonial, où aucun ordre public n'est concerné (ni dans un intérêt public, ni même dans un intérêt privé), on peut renoncer à un droit non encore acquis* »⁴⁰¹. En revanche, dans un domaine patrimonial où les lois sont d'ordre public, la renonciation n'est possible qu'une fois le droit acquis. Où se situent les droits patrimoniaux ?

217. **Annnonce du plan.** Les droits disponibles se retrouvent, en principe, dans le droit commun (1), mais aussi en dehors du droit commun (2).

⁴⁰⁰ B. FAUVARQUE-COSSON, *op. cit.*, p. 41.

⁴⁰¹ B. FAUVARQUE-COSSON, *ibid.*, p. 121.

1 : Les droits disponibles dans le droit commun

218. **Sens strict.** Le terme « droit commun » doit ici être pris dans son sens strict qui renvoie aux règles en principe applicables en droit privé. Le droit commun réside dans le droit civil.

219. **Une convention sur le droit.** La délimitation du domaine des conventions sur la preuve pourrait s'expliquer par le fait « *qu'une convention sur la preuve est au fond une convention sur le droit, donc, quand on peut disposer d'un droit, on peut également régler conventionnellement l'attribution ou la perte, et par conséquent la subordonner à tel mode de preuve* »⁴⁰². Le domaine des conventions sur la preuve dépend donc directement des droits dont elle modifie les règles de preuve.

220. **En matière contractuelle.** En droit commun, la matière où les conventions sur la preuve peuvent intervenir est la matière contractuelle, que les contrats soient spéciaux ou non⁴⁰³. La matière contractuelle étant l'expression de l'autonomie de la volonté, les droits issus de ces contrats peuvent naturellement faire l'objet de conventions sur leur mode de preuve. Mais ce n'est pas le seul domaine dans lequel ce type de convention peut intervenir.

221. **En matière de régimes matrimoniaux.** Il est également possible de conclure une convention de preuve en matière de régimes matrimoniaux⁴⁰⁴. Notamment, il existe des conventions relatives à la preuve de la propriété des biens des époux. Par principe, lorsque les époux sont mariés sous le régime de la communauté légale, les articles 1401 et suivants du Code civil déterminent la propriété des biens. Cependant, rien ne les empêche de renverser la présomption prévue à l'article 1402 du Code civil, selon laquelle tous les biens sont réputés acquêts, sauf preuve du contraire, par une présomption simple de propriété à l'un ou l'autre des époux⁴⁰⁵.

⁴⁰² M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité de droit civil français*, Tome 7 par P. ESMEIN, G. GABOLDE et J. RADOUANT, 2^e éd., 1954, n° 1428.

⁴⁰³ M.-H. TONNELIER et F. DUPUIS-TOUBOL, *Le commerce électronique vaut bien une réforme du droit de la preuve*, JCP E 1998, n° 51, p. 2011 où les auteurs précisent que « *les conventions sur la preuve seraient ainsi admises pour les cas où l'article 1341 serait applicable selon le droit commun* ».

⁴⁰⁴ M. COCURAL, *Étude théorique et jurisprudentielle des conventions des parties en matière de preuve en droit civil français*, *op. cit.*, p. 98 et s. ; G. SESCOREANO, *Des conventions relatives à la preuve de la libération du débiteur*, *op. cit.*, p. 115 et s.

⁴⁰⁵ F. TERRÉ et Ph. SIMLER, *Droit civil. Les régimes matrimoniaux*. Précis Dalloz. 6^e éd., 2011, n° 302 ; Ph. SIMLER, *Le conflit des présomptions légales en régime de communauté*, RTD civ. 1970, p. 478.

222. **Absence d'exhaustivité.** Cette liste n'est pas exhaustive, car il serait fastidieux et inutile de répertorier une à une ces matières. Un point commun rattache néanmoins toutes ces matières : l'utilisation de la technique contractuelle pour disposer des droits.

223. **Dénominateur commun.** Grâce au principe de l'autonomie de la volonté⁴⁰⁶, il est possible de disposer de ses droits, et plus loin de convenir de modes de preuve différents que ceux prévus par le Code civil⁴⁰⁷. Tous les contrats dont l'écrit est requis *ad probationem* peuvent faire l'objet d'une convention sur les procédés de preuve. En revanche, quand l'écrit est prescrit *ad validitatem*, les conventions sur les procédés de preuve sont interdites, dans la mesure où l'écrit ne sert pas à prouver un droit, mais à le constituer⁴⁰⁸. En principe les contrats civils sont consensuels, ils ne sont solennels que par exception. Il en va de même pour le domaine des conventions sur les procédés de preuve. Elles sont possibles lorsque les contrats civils sont consensuels et interdites lorsque les contrats civils sont solennels. Il est aussi possible de prévoir une convention sur la charge de la preuve, alors que le contrat exige une forme solennelle pour sa validité. Ici, la convention de preuve ne touche pas à l'écrit qui est requis *ad validitatem*.

224. **Principe et tempérament.** Dans le droit commun, le principe des conventions sur la preuve est admis dans le domaine contractuel. Le seul tempérament est l'impossibilité de conclure des conventions sur les procédés de preuve lorsque l'écrit est requis sous peine de validité. Mais le domaine des conventions sur la preuve ne se limite pas aux droits issus du droit commun.

2 : Les droits disponibles en dehors du droit commun

225. **En matière commerciale.** Le droit commercial est le domaine d'admission par excellence dans lequel il est possible d'envisager des conventions de preuve. En droit commercial, la preuve est libre⁴⁰⁹ en principe. Tous les procédés de preuve sont admis dans la mesure où la rapidité des échanges s'accorde mal avec la pré-constitution d'une preuve par

⁴⁰⁶ R. LE BALLE, *Des conventions sur le procédé de preuve en droit civil*, *op. cit.*, p. 20.

⁴⁰⁷ A. HUET, *Les conflits de lois en matière de preuve*, *op. cit.*, p. 39.

⁴⁰⁸ M.-H. TONNELIER et F. DUPUIS-TOUBOL, *op. cit.*, p. 2019.

⁴⁰⁹ Article L. 110-3 du Code de commerce : « À l'égard des commerçants, les actes de commerce peuvent se prouver par tous moyens à moins qu'il n'en soit autrement disposé par la loi ».

écrit⁴¹⁰. De surcroît, le législateur considère les commerçants comme n'ayant pas besoin d'être protégés par des règles strictes. Les commerçants sont les mieux placés pour conclure entre eux des conventions de preuve prévoyant des modes de preuve en adéquation avec leurs échanges commerciaux. Les commerçants en affaires peuvent décider de prouver leurs droits au moyen des registres du commerce. Mais il ne faut pas que cette convention empêche de discuter sur la véracité des écritures sur ces livres, car elles n'émanent pas de la personne à qui on les oppose⁴¹¹. En d'autres termes, le principe processuel du contradictoire doit être respecté⁴¹².

226. **Autres domaines.** Les conventions sur la preuve se retrouvent dans bien d'autres domaines, comme en droit des assurances, en droit des transports ou encore, par exemple, en droit bancaire⁴¹³. C'est d'ailleurs en droit bancaire que les conventions sur la preuve sont le plus souvent utilisées. La preuve de l'accord du titulaire du compte lors des paiements par carte bancaire s'effectue par la composition d'un code secret. Ce code secret signifie que le titulaire du compte accepte le paiement, il équivaut à la signature⁴¹⁴. Ce code a ainsi une double fonction. D'une part, il donne accord de paiement et d'autre part, il prouve que cet ordre a été effectué par le titulaire de la carte. Cette pratique a donné lieu à deux arrêts célèbres dits « *Crédicas* »⁴¹⁵.

227. **Arrêts « *Crédicas* ».** Une société de crédit avait consenti à une personne la délivrance d'une carte de paiement. Pour effectuer les paiements, le client devait composer un numéro de code confidentiel. Le titulaire de la carte donnait ainsi l'ordre à cette société de payer le vendeur et créait, par la même occasion, l'obligation de rembourser cette somme, soit en la déduisant de ses ouvertures de crédit, soit en la prélevant sur son compte bancaire. La société *Crédicas* se retrouvant impayée assigna son client en paiement de la somme due. Le

⁴¹⁰ M.-H. TONNELIER et F. DUPUIS-TOUBOL, *op. cit. loc. cit.*

⁴¹¹ En ce sens, DEPADT-SEBAG, *Les conventions sur la preuve*, in *La preuve*, sous la direction de C. PUIGELIER, Economica, 2004, p. 12 et s.

⁴¹² M.-H. TONNELIER et F. DUPUIS-TOUBOL, *op. cit.*

⁴¹³ Pour un exemple d'inefficacité d'une convention de preuve protégeant l'établissement bancaire en cas d'utilisation frauduleuse de la carte bancaire avec la composition du code confidentiel : Cass. com., 2 octobre 2007, Gaz. Pal., 31 janvier 2008 n° 31, p. 15, note J. BOSSAN.

⁴¹⁴ F. PEROCHON et R. BONHOMME, *Entreprises en difficulté, Instruments de crédit et de paiement*, LGDJ, 8^e éd., 2009, n° 836 ; S. PIEDELIEVRE et E. PUTMAN, *Droit bancaire*, Economica, 2011, n° 318 ; C. GAVALDA et J. STOUFFLET, *Droit bancaire*, Litec, 8^e éd., 2010, n° 199-5.

⁴¹⁵ CA Montpellier, 9 avril 1987 ; JCP G 1998, n° 20984, note M. BOIZARD. Cass. civ. 1^{re}, 8 novembre 1989 ; D. 1990, som. com., p. 327, J. HUET ; D. 1990, p. 369, C. GAVALDA ; JCP G 1990, cahier n° 46, n° 21576, G. VIRASSAMY ; RTD civ. 1990, p. 80, J. MESTRE ; M. VASSEUR, D. 1991, p. 38.

tribunal d'instance de Sète⁴¹⁶ la débouta, au motif de ne pas avoir rapporté la preuve de la créance au moyen de la signature du client sur les ordres de paiement. La Cour de cassation cassa le jugement en ces termes : « *Attendu qu'en statuant ainsi, alors que la société Crédicas invoquait l'existence, dans le contrat, d'une clause déterminant le procédé de preuve de l'ordre de paiement et que, pour les droits dont les parties ont la libre disposition, ces conventions relatives à la preuve sont licites, le tribunal a violé les textes susvisés* »⁴¹⁷.

228. **Enseignement.** Les conventions relatives à la preuve sont licites, car les parties ont la libre disposition des droits auxquels elles se rattachent. Le juge ne fait plus référence à l'ordre public ou au caractère d'ordre privé des règles de preuve. Est-ce une coïncidence ? Certainement pas. D'ailleurs les arrêts postérieurs aux arrêts *Crédicas* sont aussi fondés sur la libre disponibilité des droits.

229. **Une solution logique.** La logique prédomine cette solution. Comment refuser aux parties la possibilité de modifier des règles de preuve, alors qu'il est possible de renoncer aux droits qui s'y rattachent ? Avant la loi sur l'écrit électronique et la signature électronique⁴¹⁸, seules les conventions sur la preuve permettaient à ce type de signature d'emporter la conviction du juge⁴¹⁹. Désormais, avec l'admission légale de la signature électronique, les choses sont un peu différentes. Cependant, la pratique bancaire continue de conclure de telles conventions pour permettre plus de sécurité juridique.

230. **En droit des assurances.** En droit des assurances, les conventions sur la preuve sont florissantes. Contrairement au droit bancaire, elles portent sur la charge de la preuve et non sur les procédés probatoires. Pour les assurances décès, la charge de la preuve relative à l'absence de suicide du défunt appartiendra aux bénéficiaires de cette assurance⁴²⁰, alors que le principe légal eût voulu que cette charge pèse sur l'assureur⁴²¹.

⁴¹⁶ TI Sète, 9 mai 1984 ; D. 1985, p. 359, A. BENABENT.

⁴¹⁷ Pour l'évolution de cette jurisprudence : H. ALTERMAN, *Les cartes bancaires, Colloque du 10 novembre 1995 Informatique et preuve*, Petites affiches 29 mai 1996, n° 65, p. 11.

⁴¹⁸ P. NATAF et J. LIGHTBURN, *op. cit.*

⁴¹⁹ M.-H. TONNELIER et F. DUPUIS-TOUBOL, *op. cit.*

⁴²⁰ M. COCURAL, *op. cit.*, p. 93.

⁴²¹ LAMY ASSURANCES (contrat d'assurance ; assurances de dommages ; assurances de personnes ; intermédiaires d'assurance), éd. 2012, n° 3422.

231. **En droit de la consommation.** Un autre domaine de notre droit prend de l'importance depuis quelques années. La traditionnelle séparation entre le droit civil et le droit commercial, entre le particulier et le commerçant, tend à être supplantée par la distinction entre le consommateur et le non-professionnel d'une part, et le professionnel d'autre part. Le droit de la consommation devient un droit primordial dans notre société. Le législateur souhaite protéger les plus faibles face à ces professionnels. C'est pour protéger le consommateur qu'il existe des règles beaucoup plus strictes. Certaines clauses dans les contrats de consommation, c'est-à-dire des contrats conclus entre un consommateur ou un non-professionnel et un professionnel, seront réputées non écrites lorsqu'elles ont un caractère abusif. Ainsi, l'article L. 132-1 du Code de la consommation définit les clauses abusives comme celles « *qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du non-professionnel ou consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat* »⁴²². À ce titre, une liste indicative et non exhaustive de clauses pouvant être qualifiées d'abusives est fournie par le législateur. Notamment, peut être abusive la clause ayant pour effet ou pour objet « *de supprimer ou d'entraver l'exercice d'actions en justice ou des voies de recours par le consommateur (...), en limitant indûment les moyens les moyens de preuve à la disposition du consommateur...* »⁴²³. Cependant, toutes les clauses de preuve dans les contrats de consommation ne sont pas forcément abusives, à condition qu'elles respectent l'article L. 132-1 du Code de la consommation. Il n'y a pas d'interdiction de principe des clauses de preuve mais seulement une limitation, une condition de validité supplémentaire à respecter. Ces clauses n'entrent donc pas dans les domaines interdits des conventions sur la preuve mais dans le domaine accepté. Cependant, la possibilité de renverser la charge de la preuve est limitée. L'article R. 132-1 du Code de la consommation présume abusive de manière irréfragable les clauses ayant pour objet ou pour effet d'imposer la charge de la preuve, qui devrait, en principe, peser sur le professionnel, au consommateur⁴²⁴. Après une exploration du domaine disponible, il convient de s'intéresser maintenant au domaine prohibé de ces conventions : le domaine en principe indisponible.

⁴²² Mémento pratique Francis Lefebvre, Droit des affaires, concurrence et consommation, 2012-2013, n^{os} 520 et s.

⁴²³ M.-H. TONNELIER et F. DUPUIS-TOUBOL, *op. cit.* ; F. MAS, *La conclusion des contrats du commerce électronique*, Bibliothèque de droit privé, Tome 437, LGDJ, 2005, n^o 183.

⁴²⁴ A. AYNES et X. VUITTON, *Droit de la preuve, principes et mise en œuvre processuelle*, LexisNexis, 2013, n^o 94.

B : Le domaine en principe indisponible

232. **L'indisponibilité.** Le domaine prohibé des conventions de preuve est directement issu d'une lecture *a contrario* des solutions récentes de la Cour de cassation. Le critère d'interdiction de ces conventions dans tel ou tel domaine est l'indisponibilité. L'indisponibilité est due à l'ordre public. Les règles d'ordre public prises principalement dans l'intérêt de la société sont indisponibles car les droits issus de ces lois ne sont jamais disponibles. Cela correspond notamment aux lois naturelles⁴²⁵. Le droit de la preuve est à mi-chemin entre le droit substantiel et le droit processuel. Est ainsi justifiée une distinction selon que la règle de droit est substantielle (1) ou processuelle (2).

1 : En droit substantiel

233. **Licéité de principe.** En droit substantiel, les conventions de preuve sont licites par principe. Il faudra que la matière, l'intérêt en jeu, soit contraire à l'ordre public pour qu'elles deviennent illicites. L'ordre public permet d'expliquer la raison de la disponibilité d'un droit ou de son indisponibilité. L'ordre public est ainsi indirectement présent, mais présent malgré tout. À ce propos, les règles de droit privé ne devraient pas être d'ordre public, car elles sont édictées dans un but supplétif. D'ailleurs, les lois sont supplétives en principe, elles ne sont qu'exceptionnellement impératives⁴²⁶. Les intérêts principaux en jeu sont ceux des particuliers et non de la société. Mais l'intérêt social est quand même présent.

234. **L'impérativité des règles.** Cependant, il arrive que l'intérêt social, dans certains domaines, soit trop important pour ne pas produire d'effets. Dès lors, les règles deviennent impératives pour protéger l'ordre public. L'intérêt général est plus important que l'intérêt particulier, ce qui explique le caractère d'ordre public des règles juridiques dans un domaine qui touche également fortement les individus. Cela concerne notamment les règles probatoires relatives à l'état et à la capacité des personnes⁴²⁷. L'individu, ou son statut, est

⁴²⁵ G. DE LA BROUË DE VAREILLES-SOMMIERES, *Des lois d'ordre public et de la dérogation aux lois*, op. cit., p. 81 où l'auteur précise qu'« il en est ainsi, d'abord, toutes les fois que le droit dont il s'agit est en même temps un devoir prescrit par la loi naturelle. On ne peut renoncer à un devoir ».

⁴²⁶ R. LE BALLE, op. cit., p. 21.

⁴²⁷ R. LE BALLE, *ibid.*, p. 128.

touché directement de telle façon que les règles sont impérieuses⁴²⁸. En revanche, les règles relatives aux biens, à la propriété des individus sont généralement supplétives.

235. **L'exemple du mariage.** Ainsi, par exemple, en principe, le mariage doit être prouvé par acte d'état civil⁴²⁹. La preuve par un autre moyen serait irrecevable au motif que les époux auraient conclu une convention sur la preuve le leur permettant. Le juge serait dans l'obligation de refuser une telle preuve pour cause d'indisponibilité des droits et de violation de l'ordre public.

236. **L'exemple de la filiation.** De la même manière, en ce qui concerne la filiation, des règles permettent de prouver la paternité ou la maternité. En effet, la mère ne peut pas convenir d'une convention dérogeant à l'établissement de la paternité avec une personne, et cela même s'il s'agit du véritable père. Une mère ne peut reconnaître à une personne sa qualité de père afin que cette dernière puisse la produire aux services fiscaux pour bénéficier d'avantages réservés aux parents. Un autre exemple émane du nouvel article 310-3 du Code civil introduit par l'ordonnance du 4 juillet 2005. L'alinéa 1^{er} précise les modes de preuve de la filiation, qui sont l'acte de naissance, l'acte de reconnaissance et l'acte de notoriété constatant la possession d'état. L'alinéa 2^{ème}, quant à lui, prévoit une possibilité de contestation par tout moyen, lorsqu'une action est engagée selon le chapitre 3 du présent titre (« Des actions relatives à la filiation »). Peu importe de préciser le motif de la contestation, l'essentiel est de voir quel est l'intérêt du législateur dans le choix de la preuve libre. Il veut simplement que la vérité juridique soit la plus proche possible de la vérité absolue. Pour l'ordre public d'une société, il est important que tout puisse être fait pour ramener la preuve d'une filiation lorsqu'une infraction a porté atteinte à l'établissement de la filiation d'une personne. Le droit de la filiation n'est pas disponible. L'interdiction de pouvoir contester la filiation légalement établie procède de la préservation de l'ordre public. La vérité sociologique doit être préservée au détriment de la vérité biologique, le temps a fait son œuvre. L'ordre public commande cette solution pour le législateur. Les droits sont là encore indisponibles.

⁴²⁸ F. TERRÉ et D. FENOUILLET, *Droit civil, Les personnes La famille Les incapacités*, Précis, Dalloz, 7^e éd., 2005, n° 125 ; M. COCURAL, *op. cit.*, p. 111 ; V. DEPADT-SEBAG, *op. cit.*

⁴²⁹ Voir l'article 194 du Code civil.

237. **L'exemple des successions.** Dans sa thèse, Le Balle prit l'exemple suivant⁴³⁰ : avant de partir en voyage dans un pays lointain, une personne contracte avec un de ses héritiers. Ils se mettent d'accord sur la preuve de sa mort au bout d'une certaine durée de son absence. Une telle convention ne peut être valable. La succession ne pourra pas être ouverte, car elle reposerait sur une présomption conventionnelle de mort contraire aux règles légales. Certes, l'intérêt privé est présent en l'espèce, mais l'intérêt général l'est également. C'est la paix sociale qui est ici protégée. La mort juridique n'est pas un droit disponible. Si une telle convention était possible, que se passerait-il si, quelques jours après le délai prévu dans la convention, la personne réapparaissait ? Elle serait ruinée. L'indisponibilité de l'état des personnes est voulue par le législateur, car l'inverse porterait atteinte à l'ordre public.

238. **Enseignements.** En matière de droits de la personne et de la famille, l'ordre public est omniprésent. L'intérêt général prime sur l'autonomie de la volonté. La naissance, le mariage, la filiation, la mort sont des domaines primordiaux pour une société⁴³¹. Si une société veut être pérenne, elle doit absolument contrôler ces domaines par des règles impératives, car l'ordre public est en jeu. Les lois dans ces matières sont d'ordre public. Les droits subjectifs issus de ces lois ne sont pas disponibles, car ce ne sont pas les personnes qui sont directement protégées, mais la société et son existence.

239. **L'exemple de la responsabilité civile extracontractuelle.** Un autre domaine du Code civil n'admet pas de convention sur la preuve. Il s'agit de la responsabilité civile délictuelle et quasi délictuelle. Pour établir un préjudice résultant d'une responsabilité issue des articles 1382 et suivants du Code civil, la preuve se fait par tout moyen. En principe, le fait juridique est imprévisible de sorte que la pré-constitution d'un écrit n'est pas imaginable. Le principe même de cette responsabilité est qu'elle n'est pas prévisible. Il n'y a pas de contrat entre la victime et le responsable. Il est impossible de prévoir des conventions sur la preuve avant la survenance du dommage. Si une telle convention existait, cela voudrait dire que le responsable avait prévu, voire prémédité, son fait générateur. Une convention sur la preuve en matière de responsabilité délictuelle civile serait donc contraire à l'ordre public. Néanmoins, une fois le droit à réparation né, la victime peut en disposer, notamment par une convention de preuve. Si le dommage s'est réalisé, alors la victime est titulaire d'un droit à réparation auquel elle peut renoncer. Son droit est disponible. La protection par

⁴³⁰ R. LE BALLE, *op. cit.*, p. 130.

⁴³¹ R. LE BALLE, *ibid.*, p. 128.

l'indisponibilité n'a plus lieu d'être lorsque la victime a connaissance des droits auxquels elle renonce. Le droit devient disponible lorsque le droit est acquis dans ce cas-là.

240. **L'exemple du droit pénal.** La matière pénale intéresse également l'ordre public. En droit pénal, le procès n'oppose pas l'accusé à la victime, mais l'accusé à la société. Le comportement du présumé coupable est dirigé contre telle personne ou contre tel bien d'une personne ou de la société. Dans tous les cas, c'est la société dans son ensemble qui subit les répercussions de l'acte répréhensible. La recherche de la vérité doit être la moins relative possible car les sanctions sont graves à l'image d'une peine d'emprisonnement. Il serait inconcevable que le juge pénal soit soumis à une convention sur la preuve, qu'elle porte sur la charge de la preuve, sur l'objet de la preuve, sur les procédés de preuve ou encore sur la force probante. Le droit pénal est très fortement coloré par l'ordre public. Les règles pénales ne sont pas disponibles. Toutefois, l'évolution tend à la contractualisation des peines lors de la commission de certaines infractions pénales. Si une personne reconnaît sa culpabilité, il se verra sanctionner par une peine moins importante que s'il y avait eu un procès classique. Cette reconnaissance permet de ne pas avoir besoin de ramener la preuve, devant un tribunal correctionnel, la culpabilité du supposé coupable. Egalement, certaines infractions pénales ne peuvent être mises en action qu'avec l'accord de la victime. La plainte est donc une condition nécessaire à la poursuite de l'action publique. L'ordre public n'est pas atteint si la victime ne l'est pas. Il s'agit ici d'un droit disponible, ce qui est l'exception en droit pénal⁴³². Cependant le principe est toujours l'impossibilité de déroger aux règles de preuve en droit pénal.

241. **Enseignement.** « *La barrière des droits indisponibles vient rappeler, fort à propos, que les intérêts privés ne sauraient l'emporter sur l'intérêt général et que la satisfaction des attentes légitimes des parties ne doit primer l'impératif de sécurité juridique, vu du côté des tiers* »⁴³³. La supériorité de l'intérêt général sur les intérêts privés explique d'une part, pourquoi la loi est d'ordre public et d'autre part, que les droits restent indisponibles bien qu'ils soient nés. En résumé, si les règles sont indisponibles, les dérogations ne sont pas permises. Elles sont indisponibles car l'atteinte à l'ordre public est directe. Ces règles sont d'ordre public car le législateur ne veut pas qu'il y ait de place à l'autonomie de la volonté. Il en va de même en droit processuel.

⁴³² S. CIMAMONTI, *L'ordre public et le droit pénal*, op. cit., p. 98.

⁴³³ B. FAUVARQUE-COSSON, *Libre disponibilité des droits et conflits de lois*, op. cit., p. 12.

2 : En droit processuel

242. **Définition.** Le droit processuel est le droit qui régit la procédure lors de l'exercice d'une action en justice. Ce droit permet d'éviter l'arbitraire et de rendre une justice équitable. De ce fait, les règles de procédure sont d'ordre public⁴³⁴. Les dérogations sont interdites⁴³⁵. Il n'y a pas de droit acquis à une règle de procédure. En la matière, l'application de la loi dans le temps le démontre bien. Les règles de procédure sont toujours considérées comme étant plus favorables aux justiciables, car c'est l'administration de la justice qui est en cause et non un droit à la disposition des plaideurs.

243. **Le principe du contradictoire et la liberté des parties.** Dans l'objectif de rendre une justice équitable, le nouveau Code de procédure civile, dans ses articles 14 et suivants, impose le principe du contradictoire parmi les principes directeurs du procès. Longtemps non formulé par la loi, ce principe encadre la liberté, pour toutes les parties, de porter à la connaissance du juge tout ce qui est nécessaire au succès de leurs prétentions. Toutes les pièces et éléments de preuve d'une partie doivent être portés à la connaissance de son adversaire afin que ce dernier puisse les discuter. Le respect du contradictoire est une condition indispensable au respect des droits de la défense. Si une convention prévoit l'impossibilité pour l'une des parties de contredire tel procédé de preuve, alors cette convention a pour effet de déroger au principe du contradictoire et, de ne pas respecter les droits de la défense⁴³⁶. Le juge doit alors considérer cette convention comme contraire à l'ordre public. Cependant, l'accès à la justice étatique est différent des règles de procédure lors d'un procès. Il est possible de passer par un autre biais que celui d'un juge normalement compétent en vertu des règles de procédure civile. L'arbitrage permet de sortir le contentieux de la voie judiciaire classique pour l'amener devant un arbitre avec la possibilité de modifier les règles de preuve classique.

244. **De l'intérêt général.** Pour conclure sur le domaine d'admissibilité des conventions de preuve, c'est-à-dire le domaine des droits disponibles, il convient de citer Gabriel de Labroue de Vareilles-Sommières : « *L'aliénabilité d'un droit n'est pas le moins du monde la preuve qu'il est peu important et que son existence est de médiocre intérêt pour le*

⁴³⁴ F. MAS, *op. cit.*, n° 183.

⁴³⁵ H. ROLAND et L. BOYER, *Introduction au droit*, Litec, 2003, n° 1669.

⁴³⁶ M.-H. TONNELIER et F. DUPUIS-TOUBOL, *op. cit.* ; F. MAS, *op. cit.*, n° 183 ; V. DEPADT-SEBAG, *op. cit.*

bonheur de la société. Elle prouve que l'intérêt général ne réclame pas qu'il soit conservé bon gré, mal gré, par tous ceux qui l'ont et rien de plus... En sorte que pour certains droits, il y a intérêt général à ce que le droit soit reconnu aux sujets, à ce qu'ils ne puissent pas en disposer ; pour certains autres il y a intérêt général à ce que le droit soit reconnu aux sujets, à ce qu'ils puissent en disposer »⁴³⁷. Dans certains cas, l'intérêt général empêche les individus de disposer de leurs droits, notamment par des conventions de preuve. Dans d'autres situations, ce même intérêt n'étant pas atteint permet ces conventions. Sans doute, l'intérêt des particuliers est omniprésent dans ce cas-là.

245. **Conclusion.** Les lois qui ne sont pas d'ordre public renvoient systématiquement au domaine des droits disponibles. En revanche, lorsqu'une loi est d'ordre public, il faut distinguer entre les droits patrimoniaux et extrapatrimoniaux. Lorsque les lois d'ordre public concernent des droits patrimoniaux, les droits ne deviennent disponibles qu'après leur acquisition. Lorsqu'il s'agit de droits extrapatrimoniaux, les droits sont indisponibles, le temps n'a sur eux aucun effet. Dans le domaine des conventions sur la preuve ainsi délimité, les parties doivent respecter des règles de formation pour que ces conventions produisent enfin leurs effets. L'ordre public explique pourquoi un droit est indisponible. Il est également une limite lorsque le droit est disponible. À première vue, le fait qu'un droit soit disponible détermine la possibilité d'action des parties. Les conventions de preuve ne sont permises que si les droits en jeu sont disponibles. L'ordre public est quant à lui au bout du processus, comme un garde-fou. Les parties doivent respecter l'ordre public lorsque les conventions de preuve sont permises. Le juge vérifiera dans un premier temps que les parties ont convenu sur des droits disponibles, et dans un second temps il examinera les effets de cette convention de preuve. Cependant le fait qu'une règle soit indisponible en raison de l'ordre public explique sans doute pourquoi la doctrine et la jurisprudence ont utilisé l'ordre public comme critère de validité des aménagements conventionnels des règles de preuve. Désormais, la jurisprudence contemporaine est attentive à l'utilisation de la notion de disponibilité des droits. La disponibilité des droits permet à la volonté individuelle de s'exprimer en matière de convention de preuve. Les conventions sur la preuve, en tant que contenant, sont permises lorsque les droits sont disponibles. Pour autant, le contenu de ces conventions n'est pas illimité. L'ordre public revient directement pour encadrer la volonté individuelle.

⁴³⁷ G. DE LA BROUË DE VAREILLES-SOMMIERES, *Des lois d'ordre public et de la dérogation aux lois*, op. cit., p. 52 ; R. LE BALLE, op. cit., p. 133.

Section 2 : L'ordre public comme critère d'admission des conventions de preuve

246. **Les conditions de validité des conventions.** Les conventions sur la preuve doivent respecter les conditions de formation des contrats requises en droit commun. Le Code civil prévoit « *quatre conditions (...) essentielles pour la validité d'une convention* » dans son article 1108. Ces conditions sont : « *Le consentement de la partie qui s'oblige ; Sa capacité de contracter ; Un objet certain qui forme la matière de l'engagement ; Une cause licite dans l'obligation* ». Seuls les éléments spécifiques aux conventions sur la preuve de ces conditions seront approfondis.

247. **Des conditions parfois insuffisantes.** Mais ces conditions de droit commun ne suffisent pas forcément selon la matière dans laquelle intervient la convention de preuve. Dans certains cas, les conventions de preuve doivent respecter d'autres conditions pour être efficaces. En matière de preuve, la permission de convenir est restreinte dans les domaines dans lesquels le législateur protège des parties dites faibles. La dérogation est possible, mais des conditions spécifiques sont à respecter.

De manière générale, une convention de preuve ne doit pas porter atteinte à l'ordre public pour être efficace. « *L'article 1134 du Code civil qui admet la force obligatoire du contrat la subordonne à la conformité du contrat aux exigences légales fondées sur l'ordre public. Mais il donne une valeur de principe à l'autonomie de la volonté, même si l'article 6 du Code civil ne pose le principe de la liberté contractuelle qu'a contrario afin de souligner l'importance du respect de l'ordre public pour la cohésion du système juridique et de la société tout entière* »⁴³⁸.

248. **Annnonce du plan.** Les parties, en convenant sur de nouvelles règles de preuve, doivent respecter systématiquement un ensemble de conditions. Ces conditions communes (§1) sont parfois accompagnées de conditions spéciales (§2) en fonction du domaine des droits des contractants.

⁴³⁸ M.-C. VINCENT-LEGOUX, *L'ordre public : étude de droit comparé interne*, Les grandes thèses du droit français, PUF, 1^e éd., 2001, p. 109.

Paragraphe 1 : Les conditions communes

249. **De la volonté avant toute chose.** S'il est légitime « *d'assurer la prévisibilité des décisions de justice* », la volonté des contractants n'est pas sans limite⁴³⁹. La validité d'une convention sur la preuve nécessite le respect des conditions classiques de la formation des contrats prévues à l'article 1108 du Code civil. La volonté des parties se manifeste par leur consentement aux futurs contrats. L'existence du contrat dépend de la volonté des parties (A). Comment est-elle encadrée ? Les conditions d'existence ne suffisent pas pour qu'une volonté produise des effets de droit. Les cocontractants ne doivent pas porter atteinte à l'ordre public. L'ordre public vient ainsi directement limiter la liberté contractuelle (B).

A : La volonté déclarée

250. « *La volonté est la cause première du droit* »⁴⁴⁰. Les parties doivent se mettre d'accord sur les obligations qu'elles veulent créer. Pour ce faire, elles doivent extérioriser leur volonté et être d'accord sur le contenu de cette volonté⁴⁴¹. En pratique, un individu effectue une offre à une autre personne qui a le choix entre une acceptation pure et simple, une acceptation partielle ou un refus total. Dans la première situation, le contrat est formé, alors que dans la troisième situation le contrat ne l'est pas. La deuxième situation est plus délicate. Les individus sont d'accord sur une partie du contrat, mais pas sur la totalité. Alors, une contre-proposition est présentée au premier offrant, et peut s'ensuivre une série de contre-propositions jusqu'à la concrétisation d'un accord total ou la révélation d'une impasse⁴⁴².

⁴³⁹ M. LAMOUREUX, *op. cit.*, p. 46.

⁴⁴⁰ Voilà comment Rieg commence sa thèse sur le rôle de la volonté dans l'acte juridique. A. RIEG, *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique*, Bibliothèque de droit privé, Tome 19, LGDJ, 1961, p. 5.

⁴⁴¹ A. RIEG, *ibid.*, *loc. cit.* où l'auteur précise que « *le commerce juridique repose tout entier sur la volonté des individus, à savoir le contrat, ou plus généralement l'acte juridique* ».

⁴⁴² A. RIEG, *ibid.*, p. 17 où l'auteur indique que « *l'acte se présente à l'esprit avec toutes ses composantes, avec ses avantages et ses défauts, et ce n'est qu'après avoir pesé le pour et le contre que l'homme prend sa décision. Pendant cette phase de conception de l'acte, son auteur doit être libre de toute contrainte et conscient de ce qu'il va décider* ».

Dans tous les cas, l'élément commun est la volonté de contracter⁴⁴³ (1) et une déclaration de cette volonté⁴⁴⁴ (2). On peut se demander si la déclaration ne prime pas sur la volonté.

1 : La volonté de contracter

251. **Définition du consentement.** L'article 1108 du Code civil prévoit quatre conditions, dont la première est le consentement. Il peut être défini de deux manières. Dans sa première acception, il est la manifestation de volonté des parties, alors que dans sa seconde acception, il peut être pris comme un accord des volontés⁴⁴⁵. Les contractants doivent être d'accord sur l'ensemble des conditions de la convention pour créer les rapports d'obligations les liant. Autrement dit, « *l'unité de la volonté dans le contrat (consensus) n'est autre chose que l'accord des parties sur la concordance complète de leurs intérêts respectifs* »⁴⁴⁶. L'acceptation d'une partie de la proposition faite par le futur contractant entraîne un accord de volonté créateur de droit⁴⁴⁷. Cet échange de consentements lie les parties⁴⁴⁸. « *La volonté est donc la véritable force créatrice du monde* »⁴⁴⁹. Encore faut-il que les parties aux contrats aient la capacité juridique de contracter.

252. **La capacité de contracter.** L'état d'une partie ne doit pas l'empêcher de se rendre compte de la portée exacte de son engagement. Pour éviter cela, la loi prévoit un système de protection pour les incapacités durables et circonstanciées. La personne, dont

⁴⁴³ A. RIEG, *ibid.*, p. 15 où l'auteur précise que « *l'acte juridique étant défini comme une manifestation de volonté destinée à créer des effets de droit, l'existence même de cette volonté constitue la condition de base sans laquelle aucun acte juridique ne saurait naître* ».

⁴⁴⁴ A. RIEG, *ibid.*, p. 13 où l'auteur indique qu'« *il est évident que [la volonté] doit exister non seulement dans le for interne ; encore doit-elle s'extérioriser c'est-à-dire faire l'objet d'une déclaration* ».

⁴⁴⁵ F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Les obligations*, *op. cit.*, n° 91.

⁴⁴⁶ IHERING, *L'évolution du droit*, *op. cit.*, p. 26.

⁴⁴⁷ M.-C. VINCENT-LEGOUX, *L'ordre public*, *op. cit.*, p. 108 où l'auteur indique que « *selon la doctrine classique inspirée par la philosophie individualiste des droits naturels de l'homme et par l'école économique libérale, le pouvoir de créer des règles juridiques appartient par nature à la volonté des personnes et cette autonomie de la volonté fonde d'une part la liberté contractuelle et plus largement la libre formation des actes juridiques, d'autre part la force obligatoire du contrat* ».

⁴⁴⁸ F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, n°s 104 et s. ; A. BENABENT, *Droit civil, les obligations*, Montchrestien, 13^e éd., 2012, n°s 57 à 61 et 64 à 69 ; Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Droit civil, Les obligations*, Defrénois, 6^e éd., 2013, n°s 457 et 465 à 476 ; Ph. MALINVAUD et D. FENOUILLET, *Droit des obligations*, LexisNexis, 12^e éd., 2012, n°s 106 et s.

⁴⁴⁹ IHERING, *op. cit.*, p. 17.

émane le consentement, doit avoir l'aptitude à consentir. Elle doit être capable juridiquement de conclure une convention⁴⁵⁰. La capacité est la faculté d'émettre une volonté véritable.

253. **Une capacité de principe.** D'après l'article 1123 du Code civil « *Toute personne peut contracter, si elle n'est pas déclarée incapable par la loi* ». Toute personne est donc capable sauf exception. Le principe étant posé, quels sont les cas dans lesquels le législateur restreint l'autonomie de la volonté ?

254. **Une capacité restreinte.** La loi déclare incapables « *les mineurs non émancipés, et les majeurs protégés* »⁴⁵¹. Les majeurs autres que ceux touchés par une mesure de protection et les mineurs émancipés⁴⁵² peuvent conclure valablement des conventions sur la preuve⁴⁵³.

255. **Deux types d'incapacités.** À la lecture de l'article 1123 du Code civil, deux types d'incapables peuvent être différenciés : les incapables mineurs et les incapables majeurs. D'une part, les incapables mineurs ne peuvent pas donner leur accord de volonté. D'autre part, les incapables majeurs ne peuvent pas en principe contracter seuls⁴⁵⁴. Cependant, en cas d'incapacité légère ou en fonction du type d'acte, l'incapable majeur peut donner seul son consentement. Pour les autres cas, il peut contracter, selon le régime auquel il appartient soit avec l'aide d'un curateur ou d'un tuteur, soit se faire représenter tout simplement par son tuteur. Pour le mariage notamment, l'intervention du conseil de famille est requise. L'incapable majeur doit donner son consentement avant que le conseil de famille en fasse de même.

⁴⁵⁰ F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, n° 95 ; A. BENABENT, *op. cit.*, n° 31 ; Ph. MALINVAUD et D. FENOUILLET, *op. cit.*, n° 84 à 85.

⁴⁵¹ Article 1124 du Code civil : « *Sont incapables de contracter, dans la mesure définie par la loi : les mineurs non émancipés ; les majeurs protégés au sens de l'article 488 du présent code* ». La référence à l'article 488 du Code civil est erronée depuis la loi n°2007-308 du 5 mars 2007 entrée en vigueur le 1er janvier 2009.

⁴⁵² V. les articles 413-1 et s. du Code civil pour les cas d'émancipation.

⁴⁵³ Un individu capable juridiquement peut également se trouver dans l'impossibilité de donner à une convention un véritable consentement. La sanction est alors la nullité de l'acte. L'origine de cette altération des facultés mentales est diverse. Elle peut être due à l'alcool, la prise de drogue ou encore elle peut être d'origine médicale. Certaines pathologies ne sont que temporaires. Une fois les facultés mentales retrouvées, la personne redevient capable juridiquement. Ainsi elle récupère sa faculté d'user de son pouvoir de contracter.

⁴⁵⁴ G. DE LA BROUE DE VAREILLES-SOMMIERES, *Des lois d'ordre public et de la dérogation aux lois*, *op. cit.*, p. 82 et 83 où l'auteur précise que « *la renonciation à un droit serait contraire à l'ordre public et est prohibée lorsque le renonçant est un incapable. La justice et le bien commun réclament que ceux qui sont incapables ne puissent pas valablement disposer de leurs droits. Si l'enfant, si l'insensé... pouvaient valablement disposer de leurs droits, c'est-à-dire y renoncer, leurs biens, dans la réalité, seraient livrés au pillage, des ruines iniques et des désordres scandaleux troubleraient la société* ».

256. **Qui peut contracter, peut contracter sur la preuve.** En toutes hypothèses, les conventions sur la preuve sont des accessoires de contrats. Si les parties ont la capacité de conclure ces contrats, elles ont *ipso facto* l'aptitude juridique à former une convention sur la preuve. De la même manière, si une personne n'a pas la capacité de conclure le contrat principal, elle ne peut pas conclure de convention sur la preuve s'y rattachant.

257. **Quid des personnes morales ?** Ayant la personnalité juridique, les personnes morales peuvent conclure de telles conventions à condition de respecter le principe de spécialité des personnes morales. D'après ce principe, une personne morale peut contracter dès lors qu'elle respecte sa forme et son objet⁴⁵⁵. L'acte juridique doit être conforme à l'objet social pour que la convention de preuve relative à cet acte, entre aussi dans l'objet social. Une personne morale n'a pas le droit d'effectuer des actes totalement étrangers à l'objet pour lequel elle a été créée. Fréquemment, les conventions sur la preuve sont à l'initiative d'une personne morale. Ainsi, par exemple, les sociétés bancaires, les sociétés d'assurance, les sociétés de fourniture d'électricité, d'eau et de gaz utilisent les clauses de preuve systématiquement.

258. **Les vices du consentement.** Selon l'article 1109 du Code civil, « *il n'y a pas de consentement valable, si le consentement n'a été donné que par erreur, ou s'il a été extorqué par violence ou surpris par dol* ». Les articles suivants définissent les différents vices du consentement⁴⁵⁶. Pour que le consentement soit donné en connaissance de cause, il faudra qu'une des parties propose de conclure une convention sur la preuve et qu'elle obtienne l'accord de l'autre ou des autres parties. La liberté de conclure cette convention est entravée en cas de contraintes extérieures⁴⁵⁷, ce qui entraîne la disparition du consentement d'une partie⁴⁵⁸. « *Il peut devenir bien difficile de discerner le point où cesse la contrainte et où la liberté commence* »⁴⁵⁹. Pour être valable, l'accord doit être exempt de tout vice du consentement. Les parties doivent comprendre ce qu'est une convention sur la preuve. Leur accord ne doit pas être donné suite à une manœuvre dolosive, ou suite à un quelconque acte de violence.

⁴⁵⁵ Ph. MALINVAUD et D. FENOUILLET, *op. cit.*, n° 88 ; F. TERRÉ et D. FENOUILLET, *op. cit.*, n° 269.

⁴⁵⁶ F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, n°s 207 et s. ; A. BENABENT, *op. cit.*, n°s 75 et s. ; Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *op. cit.*, n°s 495 et s. ; Ph. MALINVAUD et D. FENOUILLET, *ibid.*, n°s 151 à 199.

⁴⁵⁷ IHERING, *op. cit.*, p. 11 où l'auteur indique que « *toute liberté viendrait donc à disparaître chez quiconque cèderait à des influences extérieures* ».

⁴⁵⁸ IHERING, *ibid.*, p. 12 où l'auteur précise que « *la loi peut refuser au fait son efficacité juridique* » en cas de contrainte.

⁴⁵⁹ IHERING, *ibid.*, p. 11 et 12.

259. **Au-delà des vices du consentement.** « Plus largement, la jurisprudence sanctionne de toute façon les clauses illisibles ou incompréhensibles pour le commun des mortels »⁴⁶⁰. Le Code de la consommation reprend cette exigence de rédaction « claire et compréhensible » pour qualifier certaines clauses d'abusives⁴⁶¹. Pour résumé, le consentement doit être donné par une personne capable de s'engager et il ne doit pas être vicié⁴⁶². La volonté de contracter doit s'extérioriser par une déclaration. Une volonté intérieure ne prend pas corps. La déclaration de volonté est indispensable.

2 : Le rôle de la déclaration

260. **Une forme indifférente.** Peu importe comment s'extériorise la déclaration de volonté pourvu qu'elle existe. Si une personne a l'intention de former une convention, elle doit faire part de sa volonté. La déclaration est indispensable. La question de la forme de la déclaration se pose. *A priori*, le droit français n'a aucune exigence particulière à cet égard. Cela se comprend très bien puisque le principe du consensualisme sous-entend que la simple rencontre des consentements forme le contrat. La forme de la déclaration de volonté n'est pas directement prise en compte pour la perfection du contrat, à l'exception de certains contrats.

261. **Une forme indifférente qui n'est pas sans incidence.** Cependant, la forme de la déclaration peut avoir une incidence non négligeable. Lorsque les parties exécutent leur obligation, l'examen de la déclaration de volonté n'a pas de raison d'être. En cas de litige, elle a une force considérable, car c'est sur cette dernière que l'on va déterminer l'engagement des parties. Lorsqu'il existe un désaccord sur le contenu de la convention, le juge recherche et analyse la volonté des parties. La difficulté réside dans la preuve de cette volonté commune. Le rôle de la déclaration de volonté est primordial. Quel est l'intérêt de choisir une déclaration expresse ou tacite **(a)** ? Le fait qu'elle soit écrite ou orale a-t-il une incidence **(b)** ?

⁴⁶⁰ M. LAMOUREUX, *L'aménagement des pouvoirs du juge par les contractants, Recherche sur un possible imperium des contractants*, tome 2, PUAM, 2006, p. 553. CA Paris, 15 juin 2001 ; cont., conc., consom. 2002, n° 15, obs. G. RAYMOND. Cass. civ. 1^{re}, 19 juin 2001, Bull. civ. I, n° 181 ; JCP G 2001, II, 10631, note G. PAISANT. TI Vienne, 14 mars 2003 ; cont., conc., consom. 2003, n° 118, obs. G. RAYMOND. V. également, l'article L. 132-1, alinéa 7, du Code de la consommation, dans sa rédaction issue de l'ordonnance n° 2001-741 du 23 août 2001.

⁴⁶¹ Article L. 132-1 du Code de la consommation.

⁴⁶² Pourtant dans sa thèse, Sescioreano n'avait pas considéré évident d'appliquer à ce type de convention l'absence de vices du consentement et la capacité des parties contractantes. G. SESCOIREANO, *op. cit.*, p. 115 et s.

a : La déclaration expresse ou tacite

262. **L'expression de la volonté.** La loi française n'exige pas une forme particulière pour qu'une convention soit valable. Le consensualisme suggère que la seule rencontre des volontés forme la convention. Autrement dit, si les cocontractants sont d'accord sur leurs obligations, la convention tient lieu de loi entre eux. Aucun formalisme en principe n'est obligatoire. Par exception, le législateur a prévu un certain formalisme ou une certaine solennité pour la validité d'une convention. La volonté non déclarée ne peut pas être prise en compte juridiquement. D'ailleurs, en matière de responsabilité contractuelle, le préjudice réparé est seulement celui qui était prévisible et non l'entier préjudice, contrairement à la responsabilité extracontractuelle. En effet, seul le contenu de la déclaration de volonté forme le contrat. Le cocontractant s'engage, parce qu'il connaît les risques qu'il encourt en cas d'inexécution. Le plus souvent la déclaration est expresse, mais elle peut également être tacite. Elle est expresse lorsque le contractant déclare ouvertement sa volonté de contracter. Elle est tacite lorsque le consentement se déduit de son comportement.

263. **De l'expression expresse de la volonté en matière de convention sur la preuve.** La conclusion d'une convention à l'aide d'un *instrumentum* dans lequel figure une convention de preuve est une déclaration expresse de volonté des contractants de s'y soumettre. Lors d'un procès, le fait de ne pas soulever l'article 1341 du Code civil alors qu'il aurait vocation à s'appliquer démontre la volonté tacite de ne pas l'appliquer. Dans un tel cas, les parties ne souhaitent pas que la preuve soit rapportée par un écrit sous seing privé ou authentique. Pour autant, la volonté est-elle vraiment présente dans ces deux hypothèses ?

264. **Une volonté présente ?** Dans la première hypothèse, il s'agit d'un contrat d'adhésion très souvent. L'acceptant n'a d'autre choix que d'accepter ou de refuser de se soumettre au contrat. Il n'a pas le pouvoir d'émettre une contre-proposition. En acceptant, il doit respecter les obligations issues du contrat ainsi que les clauses de conditions générales. Par exemple, tous les fournisseurs d'eau mentionnent des conditions générales dans leur contrat prévoyant notamment des règles de preuve⁴⁶³. Il est difficile d'affirmer que les clients désirent s'y soumettre. S'ils peuvent décider de passer par le fournisseur de leur choix, ils ne

⁴⁶³ V. par ex., Cass. civ. 1^{re}, 30 mars 1999, n° 97-13047, Bull. civ. I, n° 113 ; D. 2000, p. 596, note D. AMMAR ; JCP G 2000, II, 10334, note C. GHICA-LEMARCHAND ; RTD civ. 1999, p. 642, obs. P.-Y. GAUTIER.

l'ont pas dans le contenu du contrat⁴⁶⁴. De la même manière, lorsque le plaideur laisse son adversaire ramener la preuve de ses allégations par tous moyens, alors qu'en vertu de l'article 1341 du Code civil un écrit parfait était nécessaire, il n'est pas certain que le plaideur ait véritablement cette volonté. Son comportement peut provenir de l'absence de connaissance des règles probatoires. Son ignorance n'est pas excusable juridiquement pour deux raisons. D'une part, nul n'est censé ignorer la loi, d'autre part, son avocat doit le conseiller au mieux de ses intérêts. Dans les deux cas, il a un comportement actif, exprès ou tacite, d'acceptation d'une modification des règles de preuve.

265. **De la volonté passive.** Les comportements passifs sont-ils sources de déclaration de volonté ? En principe, le silence ne vaut pas acceptation. Dans certains cas, le législateur prévoit que le silence peut être à l'origine d'un acte juridique. Dans l'exemple du plaideur qui n'invoque pas l'article 1341 du Code civil, est-ce son silence qui le lie ? Ou est-ce le fait pour lui de se défendre en ramenant des preuves pour emporter la conviction du juge qui est considéré comme une déclaration tacite de ne pas vouloir bénéficier de cet article ? La Cour de cassation considère à ce propos « *que les dispositions légales ci-dessus [article 1341 du code civil] ne sont pas d'ordre public, pouvant être invoquées pour la première fois devant la Cour de cassation ; que les parties peuvent y renoncer* »⁴⁶⁵. Le comportement de la personne pouvant invoquer cet article laisse présumer sa renonciation tacite. La déclaration expresse est plus aisée à prouver et, sans doute, moins sujette à controverse sur l'intention véritable des parties. Cette déclaration de volonté expresse peut être écrite ou orale.

b : La déclaration écrite ou orale

266. **L'écrit *ad probationem*.** En principe l'écrit n'est pas exigé *ad validitatem* mais *ad probationem*. De ce fait, la déclaration de volonté peut aussi bien être écrite ou orale. Le support utilisé a une incidence non négligeable en matière de preuve. Si le *negotium* n'a pas besoin d'*instrumentum* pour sa validité, ce dernier peut être obligatoire pour prouver la

⁴⁶⁴ M. LAMOUREUX, *op. cit.*, tome 1, p. 46 où l'auteur indique qu'« *un certain nombre de ces clauses, en particulier lorsqu'elles sont stipulées dans un contrat d'adhésion ou dans le cadre d'une relation contractuelle déséquilibrée, peuvent aisément s'avérer être les instruments d'une justice unilatérale et partielle* ».

⁴⁶⁵ La Cour de cassation reprend de nouveau la référence à la renonciation possible des règles de preuve. Le critère de la disponibilité des droits est-il en devenir ?

convention lorsque le montant est au-dessus d'un seuil⁴⁶⁶. Au-dessus de 1500 euros⁴⁶⁷, la preuve ne peut être rapportée que par un écrit sous seing privé ou authentique. En cas de litige sur le contenu de la convention, il sera plus aisé de prouver celui-ci s'il est contenu dans un document écrit. Si la convention a été conclue oralement, la preuve est difficile à rapporter. Un témoignage est moins fiable qu'un document émanant des parties, ou authentifié par un notaire.

267. **La force probante de la preuve littérale.** L'écrit sous seing privé ou authentique est sans conteste la meilleure solution pour qu'une convention sur la preuve soit efficace. Si un litige naît de la convention principale, il y a peu de chance que les parties soient d'accord pour reconnaître la convention accessoire, c'est-à-dire la convention sur la preuve. Lorsque la convention sur la preuve est conclue oralement, il sera difficile de la prouver préalablement. Si la convention est réalisée par un écrit parfait, alors la preuve de la convention de preuve est facilitée, ce qui permet également de faciliter la preuve des allégations des plaideurs.

268. **L'effectivité de la volonté conditionnée par la loi.** La volonté doit s'intégrer dans un ordre juridique⁴⁶⁸. La volonté est à l'origine de la convention⁴⁶⁹. Cette dernière ne trouve pas sa force obligatoire dans la volonté⁴⁷⁰ mais dans des lois par lesquelles elle prend forme. « *De plus, le respect de la parole donnée est, outre un devoir moral, un élément de la paix sociale* »⁴⁷¹. La volonté doit respecter la loi pour prendre corps. La volonté est donc limitée par l'ordre public. D'ailleurs, Madame Vincent-Legoux constate « *le déclin de l'autonomie de la volonté en raison de la multiplication des règles d'ordre public* »⁴⁷².

B : La volonté limitée

269. **Contenu du consentement.** Pour Sescioreano, « *juridiquement, deux conditions sont nécessaires pour l'existence d'une convention : il faut que les parties aient la*

⁴⁶⁶ D'après l'article 1341 du Code civil.

⁴⁶⁷ Décret n° 2004-836 du 20 août 2004, art. 56 et 59 (JO 22 août 2004).

⁴⁶⁸ H., L. et J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil, Obligations, théorie générale, biens, droit de propriété et ses démembrements*, tome 2, Montchrestien, Paris, 1956, n° 116.

⁴⁶⁹ A. RIEG, *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique, op. cit.*, p. 6.

⁴⁷⁰ A. RIEG, *ibid.*, p. 9.

⁴⁷¹ M.-C. VINCENT-LEGOUX, *L'ordre public, op. cit.*, p. 109.

⁴⁷² M.-C. VINCENT-LEGOUX, *ibid.*, p. 108.

liberté d'accepter ou de refuser l'objet de leur convention. Sans poser le problème métaphysique de la liberté, il suffit que la partie ait conscience qu'elle choisit et que les choses se passent comme si elle choisissait librement. En second lieu, il faut, pour achever la convention, que les parties se rendent compte du but envisagé et proposé juridiquement »⁴⁷³. Cet auteur n'envisage pas véritablement les problèmes de vices du consentement, ni ceux de la capacité, et il mêle le consentement à l'objet⁴⁷⁴. Peut-être cet oubli est-il dû au fait que selon lui, ces conditions ne suscitent aucune remarque particulière. Il met l'accent sur le contenu du consentement qui doit respecter l'ordre public. Les articles 686 et 1133 du Code civil, par exemple, y font directement référence. Cependant, l'article 6 du Code civil suffirait pour limiter la formation des actes juridiques au nom du respect de l'ordre public. Les limites du droit commun peuvent ainsi s'orienter dans plusieurs directions⁴⁷⁵ : l'objet et la cause.

270. **Annnonce du plan.** Laisser une liberté totale aux contractants peut être dangereux. C'est pourquoi la liberté doit être encadrée⁴⁷⁶ par l'ordre public dès lors que l'on envisage le contenu des conventions de preuve. Le contrôle de ce contenu s'effectue par la vérification de l'objet et de la cause. L'objet (1) et la cause illicites (2) permettent au juge de rendre inefficaces les clauses de preuve.

1 : L'objet illicite

271. **À quoi sert l'objet ?** L'objet du contrat permet de qualifier « *l'opération juridique que les parties ont voulu effectuer* »⁴⁷⁷. En revanche, l'objet de l'obligation correspond à la prestation, à ce qui est convenu entre les parties. Il faut que l'objet soit déterminé, qu'il existe, qu'il soit possible et qu'il soit licite. Ces exigences permettent de s'assurer que cet objet ne contrevient, ni à l'intérêt des parties au contrat, ni à l'intérêt général.

⁴⁷³ G. SESCIORIANO, *op. cit.*, p. 40 et s.

⁴⁷⁴ R. LE BALLE, *op. cit.*, p. 49 et s.

⁴⁷⁵ V. DEPADT-SEBAG, *op. cit.*, p. 22 et s.

⁴⁷⁶ P. MOUSSERON, J. RAYNARD et J.-B. SEUBE, *Technique contractuelle*, Ed. F. Lefebvre, 4^e éd., 2010, n° 1715 ; Les limites sont consubstantielles aux libertés. Les libertés ont besoin d'être encadrées pour rester des libertés. Le législateur veille au respect de l'exercice des libertés. D'ailleurs pour Ihering, « *la loi déclare nulles les conventions immorales ; qui ne s'est jamais avisé de leur refuser le caractère d'actes de volonté ? L'État aussi nous contraint par ses lois ; cessons-nous donc d'être libres parce que nous les observons ?* » IHERING, *L'évolution du droit. op. cit.*, p. 12.

⁴⁷⁷ R. GUILLIEN et J. VINCENT, *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 16^e éd., 2007.

272. **Des effets de droit oui, des obligations non.** Les conventions sur la preuve ne sont pas des contrats en ce sens qu'elles ne créent pas d'obligations de faire, de ne pas faire ou de donner. En d'autres termes, un effet de droit est produit sans créer un rapport d'obligations entre les parties⁴⁷⁸. Ainsi, la convention sur la preuve crée une situation juridique nouvelle, un droit, n'instaurant pas une relation entre un créancier et un débiteur contrairement à l'obligation.

273. **Objet de la convention sur la preuve.** L'objet de cette convention se définit comme le remplacement des règles de preuve du Code civil par d'autres règles convenues par les parties. Lorsqu'on se retrouve face à cet objet, alors on peut en déduire que la convention est une convention sur la preuve. L'objet, qui est donc l'aménagement des règles légales de preuve, doit respecter l'ordre public. Pour ce faire, plusieurs règles sont à respecter.

274. **Un contrôle judiciaire des intérêts en présence.** Une partie de la doctrine considère que les conventions de preuve ne doivent pas déséquilibrer les intérêts en présence⁴⁷⁹. Les parties doivent avoir un traitement égalitaire dans l'administration de la preuve. Il ne faut pas que la convention de preuve avantage celui qui l'a rédigée. La convention de preuve contraignant une partie à ramener la preuve selon des procédés plus difficiles que ceux pouvant être employés par l'autre partie est interdite. Le juge doit veiller au respect du principe du traitement égalitaire des parties, au respect de l'équilibre des intérêts en présence. Il doit vérifier que l'une des parties ne profite pas de son pouvoir sur l'autre pour imposer une telle convention. Pour qu'une convention sur les procédés de preuve respecte l'équilibre des intérêts en présence, les parties devront disposer des mêmes procédés admissibles pour rapporter la preuve de leur droit⁴⁸⁰.

275. **La prohibition de la dissimulation d'une règle de fond dans une règle de preuve.** Une autre limite à respecter est celle du « *traitement égalitaire des parties dans l'administration de la preuve* »⁴⁸¹. C'est sans doute l'équilibre contractuel qui se cache derrière cette obligation de traitement égalitaire. Ce principe, appliqué aux conventions sur le

⁴⁷⁸ P. ANCEL, *Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat*, RTD civ. 1999, p. 771 et s.

⁴⁷⁹ M.-H. TONNELIER et F. DUPUIS-TOUBOL, *Le commerce électronique vaut bien une réforme du droit de la preuve*, JCP E 1998, p. 2019 ; P. MOUSSERON, J. RAYNARD et J.-B. SEUBE, *op. cit.*, n° 1715.

⁴⁸⁰ P. LECLERCQ, *Evolutions et constantes du droit civil ou commercial de la preuve*, Rapport de la Cour de cassation 1991, La Documentation française, 1991, p. 145.

⁴⁸¹ P. LECLERCQ, *op. cit.*, p. 135 ; M.-H. TONNELIER et F. DUPUIS-TOUBOL, *op. cit.*, p. 2019.

risque de la preuve, signifie que ces dernières ne doivent pas avantager une partie au détriment de l'autre. Il revient au juge de veiller au respect de ce principe. Cette limite tient au fait que la convention sur le risque de la preuve ne doit pas dissimuler une règle de fond⁴⁸². En effet, lorsque le fardeau de la preuve pèse sur une partie qui n'a pas de moyen pour la rapporter, la preuve est considérée comme impossible. Dans ce cas, la règle conventionnelle de preuve est, en réalité, une règle de fond⁴⁸³. Monsieur le professeur Lucas De Leyssac a fait remarquer que « *la tentation est grande de jouer sur la charge de la preuve* ». « *La démarche est en effet radicale, voire expéditive : l'impossibilité de preuve sera supportée par celui qui en aura contractuellement assumé la charge* »⁴⁸⁴. La convention ne doit donc pas « *acculer l'autre partie dans une impasse juridique lui interdisant de faire la preuve contraire car il s'agirait non plus d'un aménagement de la règle de preuve, mais bien d'un aménagement d'une règle de fond* »⁴⁸⁵. Cette limite s'applique également aux conventions sur les procédés de preuve. Par exemple, une convention peut avoir pour objet de permettre aux parties d'apporter la preuve de leur obligation par la preuve testimoniale, alors que normalement il faudrait une preuve littérale. La preuve doit être possible. En convenant de procédés plus rigoureux, les parties ne doivent pas parvenir à rendre impossible la preuve⁴⁸⁶. Les conventions sur la preuve touchent à la règle de droit et non à la règle de fond du droit. Sous couvert de conclure une convention de preuve, il est interdit de convenir en fait d'une règle de fond⁴⁸⁷.

276. **L'incidence de la dissimulation d'une règle de fond dans une règle de preuve.** Les parties qui rendent impossible la preuve du droit font disparaître le droit. Si la preuve d'un droit n'est plus possible, alors l'inexécution de ce droit ne pourra pas être sanctionnée. S'il n'y a pas de sanction, cette soi-disant convention de preuve constitue alors

⁴⁸² La décision de justice doit être vraisemblable. La volonté des parties ne doit pas empêcher d'atteindre cet objectif. C'est l'idée de charge de la vraisemblance qui est sous-jacent. Le risque du doute est attribué par la loi à l'une des parties en fonction de la vraisemblance de la situation de fait. S'il est permis de renverser la charge du doute, la limite tient nécessairement à la vraisemblance. Pour une étude de la notion de « la charge de la vraisemblance » ou de « l'allégation de la vraisemblance », v. M. MEKKI, *Rapport général : Regard de droit substantiel sur le risque de la preuve*, in *La preuve*, Colloque du 29 novembre 2013, Publication à paraître.

⁴⁸³ V. DEPADT-SEBAG, *op. cit.*, p. 27.

⁴⁸⁴ C. LUCAS DE LEYSSAC, *Le droit fondamental de la preuve, l'informatique et la télématique*, *op. cit.*

⁴⁸⁵ C. LUCAS DE LEYSSAC, *Plaidoyer pour un droit conventionnel de la preuve en matière informatique*, Expertises 1987, juillet – août, p. 265.

⁴⁸⁶ M.-H. TONNELIER et F. DUPUIS-TOUBOL, *op. cit.*, p. 2019.

⁴⁸⁷ D. AMMAR, *Preuve et vraisemblance, contribution à l'étude de la preuve technologique*, RTD civ. 1993, p. 514 où l'auteur précise que « *convenir de ce qui devra être considéré comme vrai revient à écarter certaines des règles relatives à la formation du contrat, règles qui sont impératives, et à confondre, par le fait d'un raccourci juridique, la preuve technologique – instrument, en tant que mode de preuve avec, et l'objet de la preuve, et son résultat. Cette confusion aboutit à transformer la règle de preuve en règle de fond* ».

une clause d'irresponsabilité. Ne pas s'engager ou s'engager sans encourir de sanction revient au même. Autrement dit, cette convention de preuve permettrait de renoncer à un droit avant même qu'il n'existe, ce qui est interdit. Or, il n'est possible de renoncer à un droit que s'il existe. En définitive, on comprend alors les motifs qui président à l'interdiction des conventions sur les procédés de preuve ayant pour résultat d'aggraver la preuve au point de la rendre impossible. S'il est possible de modifier les règles de preuve prévues par le législateur, en aucune manière la nouvelle règle de preuve conventionnelle ne doit avoir pour effet d'empêcher de rapporter la preuve au point qu'elle devienne une règle de fond⁴⁸⁸.

277. **De l'objet à la cause.** La limite entre l'objet illicite et la cause illicite peut être tenue. Lorsqu'une convention de preuve a pour effet de créer une règle de fond, l'objet est illicite. Si l'intention d'une des parties était justement d'obtenir une preuve impossible à rapporter alors la cause aussi devient contraire à l'ordre public. La convention de preuve doit avoir un objet licite. Cette condition est essentielle mais pas suffisante. La cause permet également de sanctionner les atteintes à l'ordre public.

2 : La cause illicite

278. **Notion.** Pour exister une convention doit avoir un but, une cause : « *Un acte sans but aucun ne peut exister, pas plus que ne peut exister un effet sans cause* »⁴⁸⁹. La nécessité d'une cause licite⁴⁹⁰ signifie que la cause ne doit être contraire, ni aux bonnes mœurs, ni à l'ordre public⁴⁹¹.

279. **Cause illicite et ordre public.** Un auteur propose de réécrire l'article 1133 du Code civil : « *La cause est illicite quand elle est contraire à l'ordre public, car l'ordre public*

⁴⁸⁸ M. LAMOUREUX, *op. cit.*, tome 1, p. 213 où l'auteur indique que « *quelques auteurs ont en effet fait valoir qu'en octroyant une force probante absolue au procédé de preuve stipulé, certaines clauses, sous couvert de concerner la preuve, aménagent en réalité une règle de fond et deviennent alors critiquables. C'est donc lorsque les parties prétendent établir une preuve irréfutable que les clauses stipulées ne seraient plus des clauses relatives à la preuve mais bien des clauses relatives au fond* ».

⁴⁸⁹ IHERING, *L'évolution du droit, op. cit.*, p. 1 et 9. Pour Ihering, la cause est indispensable à la volonté de l'homme. « *Sans raison suffisante, une manifestation de la volonté est aussi inconcevable qu'un mouvement de la matière* ».

⁴⁹⁰ Une des quatre conditions de l'article 1108 du Code civil est : « *Une cause licite dans l'obligation* ».

⁴⁹¹ F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, n° 359 ; A. BENABENT, *op. cit.*, n° 190 ; Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *op. cit.*, n° 626 ; Ph. MALINVAUD et D. FENOUILLET, *op. cit.*, n° 268.

exige et comprend avant tout le respect des lois et de la morale »⁴⁹². L'ordre public comprend les règles d'ordre public ou impératives, mais aussi les comportements portant atteinte à l'ordre public alors que les règles sont respectées⁴⁹³.

280. **Des effets sur la clause de preuve.** Si l'une des parties souhaite intégrer dans une convention une clause rendant la preuve impossible, alors la convention, ou du moins la clause de preuve, sera nulle puisque la cause est contraire à l'ordre public. Si les parties ne risquent pas de sanction en cas de non-respect de leurs obligations, elles ne s'engagent pas véritablement. Une convention sur la preuve ne doit pas avoir pour résultat l'irresponsabilité certaine de l'une des parties. Le mobile de la convention de preuve peut être de faciliter la preuve ou, au contraire, de la rendre plus difficile. Mais la convention ne doit pas permettre de se décharger de sa responsabilité en cas d'inexécution.

281. **Le rééquilibrage du contrat par la cause.** La cause est une condition de plus en plus importante en droit des contrats. Elle permet souvent au juge de rééquilibrer le contrat⁴⁹⁴. En effet, le juge peut déclarer illicite la clause sur la preuve, même si le mobile ne viole pas formellement un texte de loi. D'ailleurs, la Cour de cassation a décidé que « *la cause est illicite quand elle est contraire à l'ordre public sans qu'il soit nécessaire qu'elle soit prohibée par la loi* »⁴⁹⁵.

282. **Le pouvoir modérateur du juge.** La cause offre ainsi au juge un formidable pouvoir modérateur notamment pour les conventions relatives à la preuve. Le juge peut limiter le pouvoir des parties qui ont conclu une convention sur les procédés de preuve⁴⁹⁶. Les parties, en voulant durcir la preuve de leur droit par la détermination de procédés différents, ne pensent pas toujours au pouvoir d'appréciation du juge. Ce dernier est libre d'apprécier la pertinence des procédés et des moyens de preuve qui lui sont présentés en vertu de la convention de preuve. Si une partie de la doctrine pense que le juge doit pouvoir apprécier

⁴⁹² G. DE LA BROUE DE VAREILLES-SOMMIERES, *Des lois d'ordre public et de la dérogation aux lois*, *op. cit.*, p. 91.

⁴⁹³ G. DE LA BROUE DE VAREILLES-SOMMIERES, *ibid.*, *loc. cit.*

⁴⁹⁴ F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, n° 342 ; Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *op. cit.*, n° 624.

⁴⁹⁵ Cass. civ., 4 décembre 1929, S. 1931, 1, 49, note P. ESMEIN.

⁴⁹⁶ F. MAS, *La conclusion des contrats du commerce électronique*, *op. cit.*, n° 183 ; P. MOUSSERON, J. RAYNARD et J.-B. SEUBE, *op. cit.*, n° 1715 ; M.-H. TONNELIER et F. DUPUIS-TOUBOL, *op. cit.*, p. 2019.

souverainement la force probante des moyens de preuve qui sont invoqués⁴⁹⁷, une autre partie considère qu'il est possible de déterminer la force probante des procédés de preuve par l'intermédiaire de conventions de preuve⁴⁹⁸. La jurisprudence a admis ce type de convention⁴⁹⁹. Il en découle que si les parties n'ont pas prévu par convention la force probante des procédés respectifs de preuve, le juge garde son pouvoir d'appréciation sur ces procédés.

283. **Conclusion.** « *il faut donc, pour que la volonté agisse, une raison suffisante, une cause* »⁵⁰⁰, mais une cause licite, c'est-à-dire qui ne porte pas atteinte à l'ordre public. Une convention de preuve ne doit pas empêcher à l'une des parties de pouvoir ramener la preuve de ses allégations. La sécurité juridique ne doit pas être poussée à l'extrême au détriment de la vérité. « *Voilà donc tout ce qu'a voulu dire l'article 6 : en principe le législateur permet de renoncer aux droits qu'il nous reconnaît ou nous donne ; il le défend seulement lorsque la renonciation serait contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public* »⁵⁰¹. À toutes ces limites s'ajoutent les limites issues de ce droit qui ne cesse de prendre de l'importance, le droit de la consommation. Avec le nombre croissant de contrats entre professionnels et consommateurs ou non-professionnels, le législateur a dû s'intéresser à ce phénomène⁵⁰².

Paragraphe 2 : Les conditions spéciales

284. **L'ordre public de protection.** « *Les règles d'ordre public de protection ont pour finalité un intérêt public catégoriel : l'exercice effectif de l'autonomie de la volonté des personnes placées dans une situation de faiblesse, qui est censé conditionner la justice commutative, c'est-à-dire l'équilibre des contrats* »⁵⁰³. Le législateur, en cas d'inégalité de fait, rectifie la loi en créant une inégalité de droit pour rétablir une égalité⁵⁰⁴. Un bref rappel

⁴⁹⁷ Y. FLOUR et A. GHOZI, *Les conventions sur la forme*, Defrénois 2000, art. 37211, p.911, n° 15 et s.

⁴⁹⁸ D. AMMAR, *Preuve et vraisemblances, contribution à l'étude de la preuve technologique*, RTD civ. 1993, p. 518.

⁴⁹⁹ Cass. civ. 1^e, 8 novembre 1989 ; D. 1990, p. 369, C. GAVALDA ; D. 1990, p. 327, J. HUET ; JCP 1990, n° 21576, note G. VIRASSAMY. CA Montpellier, 9 avril 1987 ; RTD civ. 1987, p. 758, obs. J. MESTRE.

⁵⁰⁰ IHERING, *L'évolution du droit*, op. cit., p. 2.

⁵⁰¹ G. DE LA BROUE DE VAREILLES-SOMMIERES, op. cit., p. 84.

⁵⁰² V. DEPADT-SEBAG, op. cit.

⁵⁰³ M.-C. VINCENT-LEGOUX, *L'ordre public*, op. cit., p. 202.

⁵⁰⁴ ALAIN (Philosophe français, 1868-1951), *Propos d'un Normand (1906-1914)*, Gallimard, 1920, I, p. 206 où l'auteur pose une question et y répond dans la continuité : « *Qu'est ce que le droit ? C'est l'égalité. Dès qu'un contrat enferme quelque inégalité, vous soupçonnez aussitôt que ce contrat viole le droit... Le droit règne là où le petit enfant qui tient son sou dans sa main et regarde avidement les objets étalés, se trouve l'égal de la plus*

de la technique de l'ordre public de protection (A) permet de mieux appréhender l'exemple de la protection du consommateur et du non-professionnel face au professionnel (B).

A : La défense de l'ordre public par la technique des règles d'ordre public de protection

285. **Finalité des règles d'ordre public de protection.** Le déséquilibre des parties est à l'origine du caractère d'ordre public de protection d'une règle. Le législateur essaie de mettre en place une législation pour que les cocontractants soient sur un pied d'égalité dans leurs rapports d'obligations : « *Conscient que l'égalité réelle des parties ne peut naître que d'une différenciation visant à rétablir un équilibre, il a doté certaines catégories de contrats d'un régime spécifique* »⁵⁰⁵.

286. **Des exemples.** Les exemples les plus remarquables se trouvent dans les législations du droit de la consommation et du droit social. Les deux fonctionnent de la même façon. Le législateur oppose la partie faible à la partie forte, c'est-à-dire le consommateur ou le salarié face au professionnel ou à l'employeur⁵⁰⁶. Le législateur dispose en faveur de la partie à protéger. Les dispositions d'ordre public de protection signifient que la partie faible bénéficie d'un minimum qui peut être augmenté par convention. Cette protection s'effectue même contre la volonté de la partie faible. Il faut attendre la fin de sa dépendance pour pouvoir renoncer à cette protection.

287. **L'ordre public social.** L'ordre public social qui « *se contente d'imposer le franchissement du seuil "plancher" qu'il édicte mais laisse toute latitude aux parties au-delà* »⁵⁰⁷. « *L'ordre public présente ici un caractère relatif puisqu'il est loisible aux parties de*

rusée des ménagères. On voit bien ici comment l'état de droit s'opposera au libre jeu de la force. Si on ne lui prend pas son sou par la force brutale, on lui fera croire sans peine qu'il doit échanger un vieux sou contre un centime neuf. C'est contre l'inégalité que le droit a été inventé. Et les lois justes sont celles qui s'ingénient à faire que les hommes, les femmes, les enfants, les malades, les ignorants soient tous égaux. Ceux qui disent, contre le droit, que l'inégalité est dans la nature des choses, disent donc des pauvretés ».

⁵⁰⁵ M.-C. VINCENT-LEGOUX, *L'ordre public*, op. cit., p. 204.

⁵⁰⁶ Cette vision manichéenne peut ne pas être en adéquation avec la réalité. Il se peut que la partie forte dans un contrat soit le consommateur ou le salarié. Cependant, le législateur a mis en place une protection en fonction de la catégorie des parties et non en fonction de l'importance économique, par exemple de ces derniers. Une personne ayant une formation de haute technicité aura plus facilement la possibilité de négocier d'égal à égal avec son cocontractant, voire d'imposer certaines conditions.

⁵⁰⁷ M.-C. VINCENT-LEGOUX, *L'ordre public*, op. cit., p. 221.

déroger aux règles qu'il fonde, dans un sens favorable au salarié »⁵⁰⁸. Le caractère d'ordre public ne peut pas être enlevé sous prétexte qu'une dérogation est possible. Tout n'est pas autorisé : il est interdit de déroger au minimum instauré par le législateur. Le rétablissement de l'égalité dans leur rapport commande cette protection, mais rien n'interdit à la partie forte d'aller au-delà⁵⁰⁹. Le salarié peut renoncer à une protection, dès lors qu'il n'est plus sous l'état de dépendance de son employeur. Le droit n'est véritablement acquis qu'à partir de ce moment-là⁵¹⁰. Ce mécanisme se retrouve quasiment de la même manière en droit de la consommation. Comment l'ordre public de protection limite-t-il les pouvoirs des cocontractants dans l'aménagement des règles de preuve ?

B : La défense de l'ordre public en droit de la consommation

288. **Idee poursuivie : un rééquilibrage.** Le droit de la consommation est dirigé par un esprit de protection des parties faibles face aux parties fortes. Il y a inégalité des forces entre consommateur et professionnel.

289. **Les clauses abusives.** Ce rééquilibrage s'effectue notamment par « *la lutte contre les clauses abusives* »⁵¹¹. Pour assurer cette protection, le législateur légifère régulièrement en la matière⁵¹². Il a notamment prévu des dispositions relatives aux clauses abusives insérées dans les contrats conclus avec un consommateur ou un non-professionnel. Ces clauses abusives peuvent limiter substantiellement l'organisation des règles probatoires que les parties ont ou souhaitent insérer dans leur convention.

290. **Législations relatives aux clauses abusives.** La directive du 5 avril 1993, relative aux clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, a été transposée par le législateur français par la loi n° 95-96 du 1^{er} février 1995 relative aux clauses abusives et à la présentation des contrats. Ainsi, l'alinéa premier de l'article L. 132-1 du Code de la consommation dispose que « *dans les contrats conclus entre professionnels et*

⁵⁰⁸ M.-C. VINCENT-LEGOUX, *ibid.*, *loc. cit.*

⁵⁰⁹ Même si en pratique c'est plutôt rare.

⁵¹⁰ M.-C. VINCENT-LEGOUX, *op. cit.*, p. 222 et 223 où l'auteur précise qu'« *il est exclu qu'un salarié puisse, après la conclusion du contrat de travail, renoncer à un droit acquis "d'ordre public social". La notion de droit acquis n'assure pas une protection suffisante quand l'une des parties est sous la dépendance économique de son cocontractant* » ; voir la jurisprudence pour la renonciation, Cass. soc., 30 mars 1995 ; D. 1995, IR., p. 112.

⁵¹¹ M. LAMOUREUX, *op. cit.*, tome 1, p. 47.

⁵¹² Mémento pratique Francis Lefebvre, Droit des affaires, concurrence et consommation, 2013-2014, n°s 500 à 540.

non-professionnels ou consommateurs, sont abusives les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du non-professionnel ou du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat». En outre, les deux alinéas suivants prévoient qu'« un décret en Conseil d'État, pris après avis de la commission instituée à l'article L. 132-2, détermine une liste de clauses présumées abusives ; en cas de litige concernant un contrat comportant une telle clause, le professionnel doit apporter la preuve du caractère non abusif de la clause litigieuse. Un décret pris dans les mêmes conditions détermine des types de clauses qui, eu égard à la gravité des atteintes qu'elles portent à l'équilibre du contrat, doivent être regardées, de manière irréfragable, comme abusives au sens du premier alinéa ». La première liste présume de manière irréfragable un certain nombre de clauses, alors que la seconde ne pose qu'une présomption simple.

291. **L'incidence de cette législation sur les conventions sur la preuve.** La première législation sur les clauses abusives a fait douter de la validité des clauses de preuve en droit de la consommation. Après quelques hésitations⁵¹³, la doctrine considère que cette nouvelle loi n'a pas remis en cause le principe de la validité des conventions sur la preuve en droit de la consommation. Cette loi a simplement imposé aux professionnels des limites à l'insertion de telles clauses dans les contrats conclus avec des consommateurs⁵¹⁴. D'ailleurs, l'alinéa 3 *in fine* de l'article L. 132-1 du Code de la consommation dans sa rédaction initiale précise que « le demandeur n'est pas dispensé d'apporter la preuve du caractère abusif de cette clause ». Le demandeur doit rapporter la preuve du caractère abusif de la clause de preuve limitant les moyens de preuve mis à sa disposition. Le caractère abusif était reconnu à condition de satisfaire à la définition du premier alinéa de cet article⁵¹⁵. La nécessité de prouver le caractère abusif, c'est-à-dire la création d'un déséquilibre significatif entre les parties, signifie qu'elle est, en principe, valable. Il faut rapporter la preuve de l'abus. Désormais, le caractère abusif des clauses de preuve n'a pas besoin d'être démontré pour les

⁵¹³ C. LUCAS DE LEYSSAC, *Le droit fondamental de la preuve, l'informatique et la télématique, Colloque du 10 novembre 1995 : Informatique et preuve*, Petites affiches 29 mai 1996, n° 65, p. 3.

⁵¹⁴ M.-T. TONNELIER et F. DUPUIS-TOUBOL, *op. cit.*, *loc. cit.* ; V. DEPADT-SEBAG, *op. cit.*, p. 26 et s. ; H. ALTERMAN, *Les cartes bancaires, Colloque du 10 novembre 1995 : Informatique et preuve*, Petites affiches 29 mai 1996, n° 65, p. 11.

⁵¹⁵ A. KARIMI, *Les clauses abusives et la théorie de l'abus de droit*, Bibliothèque de droit privé, Tome 306, LGDJ, 2001, n°s 834 et s. ; F. MAS, *op. cit.*, n° 183.

clauses renversant la charge de la preuve au profit du professionnel⁵¹⁶. Pour les clauses limitant les procédés de preuve, la preuve du caractère abusif doit toujours être rapportée⁵¹⁷.

292. **La sanction des clauses abusives.** Une clause sur les procédés de preuve trop contraignante pour le consommateur risque d'être réputée « non écrite ». Pour cela, le juge apprécie le caractère abusif de la clause de preuve *in concreto*, « *en se référant, au moment de la conclusion du contrat à toutes les circonstances qui entourent sa conclusion, de même qu'à toutes les autres clauses du contrat* »⁵¹⁸. Le juge regardera l'économie du contrat, le contexte général dans lequel s'inscrit la clause de preuve. Une clause aggravant les procédés de preuve n'est pas systématiquement réputée non écrite⁵¹⁹ car elle n'est pas toujours qualifiée d'abusive.

293. **Conséquences pratiques.** Les professionnels rédacteurs de contrats doivent faire attention au maintien d'un certain équilibre entre les parties s'ils veulent insérer une clause durcissant le procédé de preuve, sous peine d'être réputée non écrite. Lorsque l'objectif poursuivi est la recherche de la vérité et non plus celui de la sécurité, les parties peuvent simplifier la preuve. La protection du consommateur ne se résume pas aux dérogations en faveur de ce dernier. Lorsque c'est le cas, il n'y a aucun doute sur la validité d'une telle convention. C'est la limite classique et naturelle en droit de la consommation. Elle provient de l'idée d'ordre public de protection. Améliorer la protection du consommateur ne porte pas atteinte à l'ordre public.

294. **Une modification des règles de preuve conditionnée.** Le Code de la consommation prévoit la possibilité de modifier les règles de preuve à la condition de permettre au consommateur de ramener la preuve. La modification pourrait lui être défavorable mais jusqu'à un certain point. En effet, il ne faut pas que cela devienne une règle de fond.

⁵¹⁶ A. AYNES et X. VUITTON, *Droit de la preuve, principes et mise en œuvre processuelle*, LexisNexis, 2013, n° 94.

⁵¹⁷ V. article R. 132-2 du Code de la consommation.

⁵¹⁸ Article L. 132-1, alinéa 5, du Code de la consommation.

⁵¹⁹ F. MAS, *op. cit.*, n° 183 ; V. DEPADT-SEBAG, *op. cit.*, p. 27.

295. **La limite du droit de la consommation.** Une limite à respecter est issue du droit de la consommation⁵²⁰. Le point de départ est celui de la protection de la partie faible face au fort, c'est-à-dire le professionnel. L'article L. 132-1 du Code de la consommation dispose que les clauses abusives sont réputées non écrites. Une clause abusive est une clause créant un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat. Deux listes sont données dans le code précité. La première interdit certaines clauses qui pouvaient être licites avant la loi du 18 mars 2009. Anciennement, une liste indicative de clauses abusives était donnée. L'une d'elles était une clause qui a pour conséquence « *de supprimer ou d'entraver l'exercice d'actions en justice ou des voies de recours par le consommateur (...), en limitant indûment les moyens de preuve à la disposition du consommateur ou en imposant à celui-ci une charge de preuve qui en vertu du droit applicable devrait revenir normalement à une autre partie au contrat* ».

296. **Quid du renversement de la charge de la preuve ?** Sous l'ancienne législation, Mesdames Marie-Hélène Tonnelier et Frédérique Dupuis-Toubol avaient conclu sur la réglementation des clauses abusives concernant les conventions sur la preuve qu'elles « *ne peuvent en aucun cas aller jusqu'à avoir pour effet un renversement de la charge de la preuve au détriment du consommateur* »⁵²¹. Pour autant, cette idée devait être combattue puisque les clauses sur le renversement de la charge de la preuve intervenant entre un professionnel et un non-professionnel ou un consommateur au détriment de ce dernier paraissent en principe licites. En effet, une clause correspondant à cette liste indicative n'encourt pas de sanction de ce seul fait. Encore faut-il qu'elle ait pour effet ou pour objet de créer un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties pour être abusive. Théoriquement, il était tout à fait imaginable d'être en présence d'une clause renversant la charge de la preuve au détriment du consommateur sans que ne soit créé pour autant un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat. Une convention sur la preuve ne crée pas forcément un déséquilibre entre les parties et encore moins un déséquilibre significatif. Un simple déséquilibre ne suffit pas⁵²². Pour s'assurer de la validité

⁵²⁰ F. LABARTHE, *op. cit.*, n° 107 ; F. MAS, *op. cit.*, *loc. cit.*

⁵²¹ M.-H. TONNELIER et F. DUPUIS-TOUBOL, *op. cit.*, p. 2020.

⁵²² Une clause est abusive si elle est à l'origine d'un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties selon l'article L. 132-1 du Code de la consommation (loi du 1^{er} février 1995). Cet article cite, en annexe et à titre indicatif, que la clause est abusive lorsqu'elle « *supprime ou entrave l'exercice d'actions en justice ou des voies de recours par le consommateur, notamment (...) en limitant indûment les moyens de preuve à la disposition du consommateur ou en imposant à celui-ci une charge de preuve qui, en vertu du droit applicable devrait normalement revenir à une autre partie au contrat* ». Depuis, les clauses renversant la charge de la

de la clause sur la charge de la preuve, le juge devait l'apprécier au regard de l'entier contrat et des circonstances de sa conclusion. Désormais, la liste, comprenant la clause ayant pour objet ou pour effet d'inverser la charge de la preuve au détriment du consommateur, impose la qualification d'abusives à d'une telle clause⁵²³.

297. **Une jurisprudence favorable.** Avant cette modification, un arrêt a admis une clause de renversement de la charge de la preuve au détriment du consommateur⁵²⁴. Le 7 juillet 1998, la première chambre civile de la Cour de cassation a rendu un arrêt concernant un contrat d'assurance⁵²⁵. Une association de consommateurs invoquait le caractère abusif de clauses faisant peser la preuve de l'événement délictueux sur l'assuré, en cas de vol sans effraction. Le consommateur devait rapporter « *la preuve de ce qu'il a été commis par escalade, par usage de fausses clés ou par introduction clandestine* ». La Cour de cassation a rejeté le pourvoi au motif que la cour d'appel n'avait pas reconnu de déséquilibre significatif dans les clauses litigieuses. Par conséquent, le juge n'est pas systématiquement protecteur du consommateur. La remarque vaut tout autant en l'absence de convention sur la charge de la preuve. Dans cette lignée, peut être citée une décision du 30 mars 1999 de la première chambre civile de la Cour de cassation⁵²⁶ qui a estimé qu'un abonné de la compagnie des eaux, contestant une facture nettement plus élevée qu'habituellement, supportait la charge de la preuve du fait ayant produit l'extinction de son obligation. Cependant, la Cour de cassation ne validait pas toutes les clauses de renversement de la charge de la preuve entre professionnels et consommateurs. Dorénavant, va-t-elle sanctionner toutes les conventions inversant la charge de la preuve au profit du professionnel ?

298. **Une jurisprudence pas toujours favorable.** D'ailleurs, un arrêt, antérieur au droit applicable en la matière, relatif aux conventions sur la preuve, et plus particulièrement à la charge de la preuve, a déclaré illicite une telle clause. Le 1^{er} février 2005, la première chambre civile de la Cour de cassation⁵²⁷ a jugé illicites des offres de crédit remises par des

preuve au détriment du consommateur sont présumées abusives de manière irréfutable. Elles sont entrées dans la liste « noire » des clauses abusives.

⁵²³ B. BEIGNIER, *Droit des assurances*, Domat droit privé, Montchrestien, 2011, n° 405.

⁵²⁴ V. DEPADT-SEBAG, *op. cit.*, p. 28.

⁵²⁵ Cass. civ. 1^{re}, 7 juillet 1998, Bull. civ. I, n° 240 ; D. 1999, som. com., p. 111.

⁵²⁶ Cass. civ. 1^{re}, 30 mars 1999, Bull. civ. I, n° 113 ; JCP G 2000, n° 10 334, note C. GHICA-LEMARCHAND ; RTD civ. 1999, p. 642, obs. P.-Y. GAUTIER ; cont., conc., consom. 1999, n° 108, note L. LEVENEUR ; D. 1999, IR., p. 115 et 2000 ; D. 1999, p. 596, note D. AMMAR ; D. affaires 1999, p. 708, obs. J. FADDOUL. Dans le même sens : J.-L. CLERGERIE, *Conseil d'État, 26 sept. 1986*, Recueil Dalloz Sirey 1988, 1^{er} cahier, Jurispr., p. 8.

⁵²⁷ Cass. civ. 1^{re}, 1^{er} février 2005, Bull. civ. I, n° 60.

magasins en direction de ses clients. La cour d'appel de Rennes, le 21 septembre 2001, avait estimé que « *la convention de preuve incluse dans ces offres de crédit avait pour effet de créer au détriment du non-professionnel ou du consommateur un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties* ». Dans son pourvoi, la société alléguait que « *les conventions sur la preuve sont licites et que celle-ci était compensée par une limitation des coûts du crédit, étant au surplus observé qu'aucune contrainte formelle n'était imposée à l'emprunteur désireux de mettre un terme à l'ouverture de crédit* ». La Cour de cassation a rejeté le pourvoi en ces termes : « *Mais attendu que la cour d'appel retient qu'en stipulant que “ de convention expresse, pour limiter les coûts de crédit, la délivrance de cette information sera établie par la production de l'enregistrement informatique de l'envoi”, la société Facet s'exonérait de la preuve lui incombant du contenu de l'information de l'emprunteur sur les conditions de la reconduction du contrat, et, par ce biais, excluait toute contestation ultérieure ; qu'elle a exactement décidé que cette clause, qui inverse, au détriment du consommateur, la charge de la preuve, crée, à l'encontre de ce dernier, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties* ».

299. **Conclusion.** Les clauses sur le risque de la preuve sont possibles en faveur du consommateur. Elles sont prohibées dans le sens inverse. Le professionnel doit être vigilant de ne pas faire peser la charge de la preuve sur le consommateur, alors qu'en principe elle lui revient. Le juge apprécie souverainement la clause. Déjà dans son rapport annuel de l'année 1991, la Cour de cassation mentionnait que les clauses sur la charge de la preuve « *seront probablement considérées avec réticence lorsqu'il s'agira de transférer le risque de la preuve incombant à un professionnel de haute qualification sur un partenaire non averti, a fortiori s'il s'agit d'un transfert de responsabilité, et plus encore si l'une des parties, tout en conservant le risque et la charge de la preuve était soumise à la préconstitution unilatéralement maîtrisée par son partenaire* »⁵²⁸.

⁵²⁸ P. LECLERCQ, *Evolutions et constantes du droit civil ou commercial de la preuve*, op. cit., p. 140.

CONCLUSION DU CHAPITRE SECOND

300. **Une validité conditionnée.** La validité des conventions de preuve se vérifie en distinguant la possibilité de modifier les règles de preuve d'une part, et, d'autre part, le contenu de ces conventions. Autrement dit, pour qu'une convention sur la preuve produise des effets juridiques, les parties doivent respecter une condition d'admissibilité – la libre disponibilité des droits – et des conditions d'admission dont principalement l'ordre public. Pour déterminer les droits disponibles, le rôle de l'ordre public n'est pas négligeable.

301. **L'utilité de l'ordre public.** L'ordre public explique pourquoi un droit ne devient pas disponible et empêche ainsi la conclusion de convention de preuve. Il faut déterminer la nature des droits en jeu pour savoir si les règles de preuve s'y rattachant permettent des dérogations. *A contrario*, l'ordre public permet d'expliquer la disponibilité des droits par le mécanisme de la renonciation⁵²⁹, autorisant ainsi une certaine liberté à la volonté pour modifier les règles de preuve issues de la loi. « *Qu'importe qu'une fois le droit reconnu par la loi, il n'y ait point d'intérêt général à ce que les titulaires l'exercent ou y renoncent ? Il y a un intérêt général à ce que le droit leur soit reconnu et à ce qu'ils n'en soient privés que par une libre renonciation ; parce que cela, c'est la justice et la paix qui le réclament, et c'est tout ce qu'elles réclament* »⁵³⁰.

302. **De l'admissibilité à l'admission.** L'admissibilité d'une convention de preuve ne suffit pas. Les conditions d'admission doivent être respectées en plus des conditions d'admissibilité. Les conditions d'admission sont les conditions classiques du droit des obligations qui sont appliquées aux conventions sur la preuve. Certaines conventions de preuve doivent en plus respecter des conditions supplémentaires. C'est le cas, par exemple, en droit de la consommation. Toutes ces conditions ont un point commun : elles existent dans le but de respecter l'ordre public. Autrement dit, les conventions de preuve ne doivent pas porter atteinte dans leur contenu à l'ordre public. L'ordre public est ainsi présent indirectement dans

⁵²⁹ G. LA BROUE VAREILLES-SOMMIERES, *Des lois d'ordre public et de la dérogation aux lois*, op. cit., p. 81.

⁵³⁰ G. LA BROUE VAREILLES-SOMMIERES, *ibid.*, p. 31.

l'admissibilité et directement dans l'admission des aménagements conventionnels des règles de preuve.

CONCLUSION DU TITRE PREMIER

303. **Une reconnaissance progressive des conventions sur la preuve.** Dans un premier temps, la Cour de cassation a qualifié de règle d'ordre privé l'article 1341 du Code civil pour valider les conventions sur la preuve. Dans un second temps, les juges ont utilisé la disponibilité des droits pour justifier la validité de ces conventions. La doctrine, divisée dans un premier temps, est maintenant unanime sur la validité des conventions de preuve. Le législateur a été le dernier à reconnaître ces conventions. Il aura fallu attendre une loi sur l'écrit électronique pour admettre tacitement les clauses de preuve.

304. **Les conditions de la reconnaissance des conventions sur la preuve.** Eu égard aux nombreux fondements gouvernant la reconnaissance des conventions sur la preuve, comment les parties pouvaient-elles convenir valablement des aménagements de preuve ? L'ordre public est le critère omniprésent pour atteindre cet objectif. Il intervient indirectement par l'intermédiaire de la notion de disponibilité des droits pour savoir si les cocontractants ont le droit de modifier les règles édictées par le législateur. Il participe directement pour vérifier le contenu de la convention. L'ordre public n'exige pas forcément que toutes les règles de preuve soient indisponibles. Cependant, lorsque les règles de preuves sont disponibles, la convention ne doit pas contenir des modifications qui auraient pour conséquence de troubler l'ordre public, la paix sociale. La protection est d'autant plus importante que l'une des parties est faible. L'inégalité des cocontractants justifie la protection du législateur et la vigilance du juge à propos du comportement de la partie forte qui ne doit pas porter atteinte à l'ordre public. Ce n'est que dans le respect de ces conditions d'admissibilité et d'admission que les conventions de preuve sont pleinement efficaces. L'ordre public est le critère fondamental de ces deux conditions : indirectement pour le contenant, directement pour le contenu.

TITRE SECOND

L'ORDRE PUBLIC, CONDITION

FONDAMENTALE DE LA VALIDITÉ DES

CONVENTIONS RELATIVES À LA PREUVE

305. **L'omniprésence de deux notions.** L'ordre public et la preuve ont plusieurs points communs puisqu'ils innervent tout le droit. Les deux revêtent une importance considérable dans l'application du droit dans les prétoires. L'ordre public est un motif de sanction des volontés individuelles par le juge. La preuve est indispensable pour emporter la conviction du juge. L'ordre public et la preuve jouent un rôle primordial dans l'élaboration d'une décision de justice. Leur omniprésence amène à se poser la question d'un hypothétique lien unissant ces deux notions.

306. **L'intérêt de la preuve.** L'ordre public et la preuve sont peu étudiés durant les études universitaires. Toujours cités, rarement approfondis, pourquoi un tel désintérêt ? Pour la preuve, la réponse tient au fait qu'elle est souvent pensée de manière pratique car elle permet la réalisation des droits en justice. Pourtant, la preuve présente un intérêt théorique non négligeable lorsqu'on s'intéresse à la finalité des règles de preuve. Le législateur édicte des systèmes de preuve différents selon l'objectif recherché. Dès lors, la preuve présente de nombreuses fonctions permettant aux justiciables de faire reconnaître leurs droits devant les juges, même si au final c'est l'ordre public qui est recherché. Afin de ne pas troubler l'ordre public, les conventions de preuve doivent respecter les finalités premières de la preuve (**chapitre 1**).

307. **L'intérêt de l'ordre public.** L'ordre public pose de nombreuses difficultés en raison de la pluralité de ses définitions. Une des justifications peut se situer dans son domaine et ses modes d'intervention. Par exemple, en droit de la famille, l'ordre public empêche la volonté individuelle de s'exercer, alors qu'en droit de la consommation, l'ordre public de protection autorise des dérogations en faveur du consommateur. L'ordre public peut limiter ou empêcher la liberté contractuelle. Partout et nulle part à la fois, la diversité de l'ordre public entraîne la question de l'existence d'un ordre public ou de plusieurs ordres publics. Il n'existe donc pas une, mais des conceptions de l'ordre public. Pourtant, à bien y regarder, il est possible de substituer à la diversité l'unité, de donner à l'ordre public une conception renouvelée qui éclairerait davantage la validité des conventions sur la preuve (**chapitre 2**).

CHAPITRE PREMIER

LA PRÉSERVATION DE L'ORDRE PUBLIC PAR LE RESPECT DES FONCTIONS DE LA PREUVE

308. **Un moyen pour une fin.** Le droit de la preuve est omniprésent devant les tribunaux. La preuve revêt une importance considérable tant en pratique qu'en théorie. La preuve est l'outil servant l'avocat à la réalisation des droits de son client. Ce qui fit dire à Bentham que « *la preuve est un moyen pour une fin* »⁵³¹. « *Quand un particulier s'adresse au juge, c'est pour lui demander une décision, qui ne peut être relative qu'à un point de fait ou à un point de droit. Dans le point de fait, il s'agit de savoir s'il estime que le fait qu'on lui soumet soit vrai ou non ; et dans ce cas la décision ne peut avoir d'autre base que les preuves. Dans le point de droit, il s'agit de savoir quelle est la loi sur telle ou telle matière, quel droit elle donne ou quelle obligation elle impose dans une certaine supposition* »⁵³². Le juge accepte de modifier la situation de fait à la condition que la preuve des allégations soit rapportée. En d'autres termes, les faits prouvés sont confrontés aux règles de droit applicables par le juge. L'objectif final de la preuve est de permettre la réalisation des droits en justice. Les règles légales de preuve permettent de comprendre ce qu'autorise le législateur. Le système de preuve n'est jamais absolument libre. Il existe de nombreuses règles limitant l'action probatoire en justice. Pourquoi venir encadrer le droit de la preuve ?

309. **Un droit de la preuve encadré.** Traditionnellement, la doctrine se pose la question de l'objectif recherché par la preuve sous le rapport entre la vérité et la sécurité. Les systèmes probatoires permettent de favoriser soit la vérité, soit la sécurité juridique, passant de l'une à l'autre au gré du législateur. Le législateur a le choix d'être très libéral dans les éléments de preuve pouvant être rapportés, ou d'être très restrictif. Dans le premier cas, l'objectif caché du législateur est de permettre aux parties de pouvoir rapporter la preuve de la

⁵³¹ J. BENTHAM, *Traité des preuves judiciaires*, Tome 1, Ed. Hector Bossange, Paris, 1830, 2^e éd., p. 17.

⁵³² J. BENTHAM, *ibid.*, p. 2.

réalité des faits par tous moyens. La vérité judiciaire se rapproche, voire se confond avec la vérité absolue. Dans la seconde hypothèse, la possibilité de contester en justice les situations de fait est restreinte afin de limiter les litiges. La paix sociale est préservée grâce au renforcement de la sécurité juridique au détriment de la vérité souvent plus longue et délicate à découvrir. La preuve est préconstituée en amont du litige. Bentham définit la preuve préconstituée comme, « *celle dont la loi a ordonné la création et la conservation antérieurement à l'existence d'un droit ou d'une obligation, tellement que l'exhibition de cette preuve sera nécessaire pour le maintien de ce droit ou de cette obligation* »⁵³³.

310. **Deux systèmes inscrits dans le Code civil.** Le Code civil contient les deux systèmes en son sein. Selon l'objet de la preuve, la preuve est soit libre, soit légale. Les cocontractants, en établissant des règles de preuve applicables à leur litige, ont le choix entre ces objectifs : vérité ou sécurité. Selon les modalités de preuve qu'ils viendront mettre à la place de celles proposées par le législateur, la sécurité juridique pourra être renforcée au détriment parfois de la vérité.

311. **Vérité, sécurité juridique et légitimité.** Monsieur le professeur Xavier Lagarde a démontré que les règles de preuve étaient sans doute plus établies pour légitimer les décisions de justice que pour atteindre des objectifs de vérité ou de sécurité juridique. Cette légitimité permet notamment aux justiciables de mieux accepter et comprendre la décision rendue par le magistrat. Le litige étant source de trouble à la paix sociale, la décision ne doit pas produire l'inverse. De la même manière qu'une loi est mieux appliquée lorsqu'elle est comprise et acceptée, une décision de justice subit le même sort. Le duo devenant alors triptyque : vérité, sécurité juridique, légitimité. L'intérêt final est l'apaisement du conflit entre les plaideurs. C'est pour cette raison que le législateur met en place des règles de preuve pour préserver *in fine* l'ordre public.

312. **Intérêt des parties et fonction de la preuve.** Au vu du rôle de la preuve, quel intérêt pour les parties aux contrats d'aménager les règles de preuve ? Quel pourrait être l'intérêt pour les parties de conclure des clauses de preuve en fonction de la recherche de la vérité, de la préservation de la sécurité juridique, et surtout dans de la légitimation de la décision de justice ? Les règles de preuve conventionnelles modifient les effets initiaux recherchés par le législateur qui sont la recherche de la vérité (**Section 1**), la préservation de la

⁵³³ J. BENTHAM, *op. cit.*, p. 252.

sécurité juridique (**Section 2**), dans un souci de légitimation des décisions de justice (**Section 3**). Ces aménagements ne doivent pas contrarier l'ordre public.

Section 1 : La recherche de la vérité

313. **Notion.** La vérité⁵³⁴ peut être définie comme la réalité des faits⁵³⁵. C'est ce qui est et non ce qui paraît être ou ce qu'on déduit. L'objectivité est indispensable pour y parvenir. Malheureusement pour la vérité, la subjectivité est omniprésente dans sa recherche⁵³⁶.

314. **Vérité et chose jugée.** « *La vérité, certainement, la vérité, mais jusqu'à un certain point !* »⁵³⁷ Voilà sans doute la pensée du législateur lorsqu'il édicte des règles de preuve. Si dans l'opinion commune des profanes, le procès sert à la découverte de la vérité, étape nécessaire pour le juge avant de statuer, pour les juristes il en est tout autre. « *Le but du procès n'est pas plus la découverte de la vérité que le but de la guerre n'est le triomphe du droit. On fait la guerre pour imposer la paix, on fait un procès pour aboutir à la chose jugée* »⁵³⁸. Pour y parvenir, les parties doivent convaincre le juge avec des éléments de preuve admissibles et pertinents. Le regard doit se poser sur les règles légales de preuve pour savoir ce qui est interdit. « *Dès lors, la vérité judiciaire a ceci de particulier que la loi impose les moyens de son obtention. Contrairement à l'historien ou au scientifique, les acteurs du procès civil ne sont pas libres de leur démarche. Le processus devant conduire à la vérité judiciaire est dicté par des textes* »⁵³⁹.

⁵³⁴ « *La joie qui naît de la vérité, voilà le bonheur* » : ST AUGUSTIN cité par P. TESSIER, *Rapports belges, Deuxième partie : La vérité et le juge, les parties, les témoins et les auxiliaires de justice*, in *La vérité et le droit*, Travaux de l'Association H. CAPITANT, Tome 38, Economica, Paris, 1989, p. 671.

⁵³⁵ G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, v° vérité, Association H. CAPITANT, PUF, 4^e éd., 2003 : « *Propriété intrinsèque de la réalité* ». X. LAGARDE, *Réflexion critique sur le droit de la preuve*, préf. J. GHESTIN, Bibliothèque de droit privé, Tome 239, LGDJ, p. 22 et 23 où l'auteur rappelle que pour la doctrine « *prouver c'est convaincre de la vérité d'un fait* », « *la manifestation de la vérité [est le] critérium du droit de la preuve* ».

⁵³⁶ M. ROUSSELET, *Histoire de la magistrature française*, Tome 1, Librairie Plon, 1957, p. 218 où l'auteur reprend des croyances anciennes : « *Les hommes qui louchent ont le jugement faux* » car ils « *voient de travers* ». Il n'y a pas eu d'écho en pratique. Cependant un second sens plus métaphorique peut être donné. Ne pas voir en face la réalité entraîne une interprétation fautive. Le juge doit avoir une vision droite sur les affaires qu'il juge.

⁵³⁷ L. PIRANDELLO, Extrait de : *Six personnages en quête d'auteur*.

⁵³⁸ H. ROUSSEAU, note sous Trib. de Nice, 18 novembre 1937, S. 1939, 2, 16.

⁵³⁹ J.-M. LE MASSON, *La recherche de la vérité dans le procès civil*, Droit et Société n° 38, 1998, p. 23.

315. **Règles de preuve et vérité.** Les parties peuvent avoir la tentation de modifier ce lien déterminé par la loi pour le rendre plus conforme à leur volonté, à leur situation. Ayant conclu une convention de preuve, ils atténuent volontairement ou involontairement ou, au contraire, augmentent la distance entre la vérité et la vérité judiciaire. Un lien insécable existe ainsi entre les règles de preuve et la vérité (§1). Ce lien est altéré lorsque les plaideurs modifient contractuellement ces règles (§2).

Paragraphe 1 : Le lien entre les règles de preuve et la vérité

316. **Dire la vérité judiciaire.** « *Socialement, le droit de la preuve est perçu comme un droit qui a partie liée avec l'idée de vérité* »⁵⁴⁰. Comment expliquer aux justiciables que l'objectif du droit de la preuve n'est pas de déterminer la vérité mais de mettre un terme au procès ? La vérité est au centre des préoccupations du juge et des justiciables. « *La vérité judiciaire se caractérise par la nécessité de son établissement* »⁵⁴¹. La preuve est le moyen pour aider le juge dans cette recherche. D'ailleurs, la preuve peut être définie comme un « *moyen dont on se sert pour établir la vérité d'un fait, moyen qui peut être bon ou mauvais, complet ou incomplet* »⁵⁴². Les parties veulent absolument ramener la preuve de leurs prétentions pour emporter la conviction du juge. Ce dernier, quand il est certain de l'exactitude des faits présentés devant lui, détermine le plaideur qui aura gain de cause. Le juge a le pouvoir de dire la vérité. Pour lui, « *affirmer la vérité d'un fait, c'est faire triompher l'une des parties au litige* »⁵⁴³.

317. **Mettre fin au litige peu important la vérité.** Pour certains auteurs, le juge civil a pour office l'extinction des litiges entre personnes privées sans se soucier de la vérité⁵⁴⁴. Les règles de preuve ne sont pas forcément édictées en ce sens. L'extinction du litige a lieu que la vérité soit ou non au cœur des préoccupations. La justice sert à rétablir la paix sociale : « *la manifestation de la vérité est trop essentielle à une bonne justice (...)* »⁵⁴⁵. Les règles de preuve doivent parvenir à cette bonne justice. En autorisant tous les moyens de

⁵⁴⁰ X. LAGARDE, *Réflexion critique sur le droit de la preuve, op. cit.*, p. 83.

⁵⁴¹ X. LAGARDE, *ibid.*, p. 34.

⁵⁴² J. BENTHAM, *Traité des preuves judiciaires, op. cit.*, p. 24.

⁵⁴³ X. LAGARDE, *Réflexion critique sur le droit de la preuve, op. cit.*, p. 172.

⁵⁴⁴ V. J.-M. LE MASSON, *La recherche de la vérité dans le procès civil, op. cit.*, p. 22.

⁵⁴⁵ R. LEGAIS, *Les règles de preuve en droit civil, Permanences et transformations*, Thèse Poitiers, LGDJ, Paris, 1955, p. 245.

preuve dans d'autres situations, le législateur permet de rapprocher la vérité judiciaire de la vérité, tout en mettant fin au conflit. Des règles permettent de rechercher la vérité par le droit de la preuve (A), mais un certain nombre d'entre elles s'écartent au contraire de l'établissement de la vérité, du moins y sont indifférentes (B).

A : La recherche de la vérité par le droit de la preuve

318. **Vérité et justice.** Instinctivement, une question se pose quant au rôle du juge : le juge n'a-t-il pas pour tâche de découvrir la vérité⁵⁴⁶ ? La réponse pourrait être : « *Justice et vérité forment un binôme dont les termes se confondent parfois, (...), la vérité étant, dans la procédure, la condition de la justice et, du point de vue philosophique, la justice devant être, avant tout et surtout, une vraie Justice* »⁵⁴⁷. Une vraie justice dépend de la réalité des faits. Une décision fondée sur une ou plusieurs inexactitudes ne peut pas satisfaire cet idéal de justice⁵⁴⁸. Autrement dit, « *l'idéal de vérité judiciaire procède d'une identification du jugement à la réalité des faits* »⁵⁴⁹. Pour obtenir une décision de justice conforme à la vérité, il faut en rapporter la preuve.

319. **Preuve et réalisation des droits.** La preuve permet la réalisation des droits en justice. Le juge accorde la puissance attachée aux décisions de justice au plaideur qui démontre les faits conformes à ses allégations avec conviction et selon le système de preuve établi par la loi. Autrement dit, les plaideurs doivent rapporter la preuve des faits qui leur sont favorables⁵⁵⁰. Le juge qualifie juridiquement les faits ainsi prouvés en fonction de son intime conviction et conformément aux systèmes probatoires. En d'autres termes, le juge utilise le

⁵⁴⁶ P. GODE, *Le mensonge dans le procès civil (Impressions d'audience)*, in Mél. A. WEILL, Dalloz-Litec, 1983, p. 259 ; G. DEL VECCHIO, *L'obligation juridique de la véracité spécialement dans le procès civil*, in *La justice – la vérité*, essais de philosophie juridique et morale, Dalloz, 1955, p. 195 et s.

⁵⁴⁷ A. WALD, *Rapport général*, in *La vérité et le droit*, Travaux de l'association Henri Capitant, Tome 38, Economica, Paris, 1989, p. 531.

⁵⁴⁸ J.-M. LE MASSON, *La recherche de la vérité dans le procès civil*, Droit et Société n°38, 1998, p. 30 où l'auteur précise qu'« *il n'en reste pas moins qu'en termes de vérité judiciaire il s'avère "profondément choquant que l'inexactitude de la qualification attribuée par le demandeur à un acte ou un fait puisse avoir pour conséquence soit de faire accueillir une prétention non fondée en droit soit, au contraire, d'entraîner le rejet d'une demande qui serait fondée si le fait ou l'acte était autrement qualifié"* ». L'auteur cite A. JOLY, note sous Cass. com., 2 mai 1983, D. 1985, p. 371.

⁵⁴⁹ J.-M. LE MASSON, *ibid.*, p. 23.

⁵⁵⁰ Article 9 du Code de procédure civile : « *Il incombe à chaque partie de prouver conformément à la loi les faits nécessaires au succès de sa prétention* ». La même règle se retrouve de manière légèrement différente à l'article 1315 du Code civil : « *Celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver. Réciproquement, celui qui se prétend libéré doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation* ».

mécanisme du syllogisme juridique afin de confronter les faits établis par les preuves à la règle de droit. La solution retenue est consubstantielle à la preuve, c'est-à-dire à la réalité des faits⁵⁵¹. La vérité judiciaire⁵⁵² est dépendante de la preuve. C'est pourquoi, « *l'activité judiciaire, tant civile que pénale, a en effet pour premier devoir de s'assurer de la vérité, laquelle, manifestement, est une prémisse essentielle de la juste application de la loi et donc d'une juste sentence* »⁵⁵³.

320. **Vérité et justice : le lien par la preuve.** La vérité et la justice sont conjointes⁵⁵⁴, interdépendantes, le lien de dépendance étant la preuve. Pour permettre tant aux parties qu'au juge d'établir la preuve des faits, le législateur édicte des règles dont la finalité est la manifestation de la vérité, notamment en permettant la liberté des moyens de preuve. Il s'agit du système de la preuve morale par opposition au système de la preuve littérale (ou preuve par écrit). La recherche de la vérité est plus aisée dans le système de la preuve morale (1). Malgré cette liberté de la preuve, le juge reste tributaire de la présentation des éléments de preuve par les parties. De ce fait, si une des parties ne soumet pas certaines preuves en sa possession, le juge ne pourra peut-être pas atteindre la vérité. Le juge doit avoir les moyens d'obtenir ces preuves. C'est la raison pour laquelle depuis plusieurs années, le législateur augmente les pouvoirs d'instruction du juge aux fins de rechercher la vérité (2).

1 : La recherche de la vérité grâce au système de la preuve morale

321. **Présentation.** Le système de la preuve morale « *est habituellement perçu comme celui donnant le plus de chances à la manifestation de la vérité* »⁵⁵⁵. Par opposition au système de la preuve littérale, le système de la preuve morale consacre la liberté des moyens de preuve admissibles devant le juge, sous réserve du respect de la loyauté de la preuve⁵⁵⁶.

⁵⁵¹ X. LAGARDE, *Réflexion critique sur le droit de la preuve*, *op. cit.*, p. 22 où selon l'auteur, pour la doctrine « *prouver, c'est convaincre de la vérité d'un fait* ».

⁵⁵² P. DEUMIER, *Introduction générale au droit*, LGDJ, 2^e éd., 2013, n° 89. V. également, J.-F. CESARO, *Avant-propos*, in *La preuve*, Rapport annuel 2012 de la Cour de cassation, La Documentation française, 2013, p. 85 et s.

⁵⁵³ G. DEL VECCHIO, *L'obligation juridique de la véracité spécialement dans le procès civil*, *op. cit.*, p. 198.

⁵⁵⁴ G. DEL VECCHIO, *ibid.*, p. 201.

⁵⁵⁵ X. LAGARDE, *op. cit.*, *loc. cit.*

⁵⁵⁶ A. AYNES et X. VUITTON, *Droit de la preuve, principes et mise en œuvre processuelle*, LexisNexis, 2013, n° 155 et s.

« Lorsque la preuve est libre, ce n'est pas pour autant que tout soit permis. Certaines restrictions peuvent subsister »⁵⁵⁷.

322. **Preuve morale et preuve littérale.** Dans notre système juridique les deux systèmes cohabitent. « La limitation de la preuve par témoins ou indices est devenue le corollaire nécessaire de l'obligation de préconstituer »⁵⁵⁸. Sans entrer dans les détails, la preuve est libre pour les faits et les actes juridiques inférieurs à un montant prévu par décret. À l'inverse, la preuve ne peut être rapportée que par un écrit sous seing privé ou authentique pour les actes juridiques dont la valeur est supérieure à ce montant. Seul le système de la preuve morale certifie la possibilité théorique de pouvoir atteindre la vérité. Pour atteindre la vérité, tous les éléments doivent être admis afin d'avoir une chance d'y arriver. Ce qui ne veut pas dire qu'à chaque fois que la preuve est libre, la vérité est découverte. Pour la preuve littérale, c'est-à-dire la preuve par un écrit authentique ou sous seing privé, la limitation des procédés de preuve empêche théoriquement de parvenir systématiquement à la vérité. Même si en pratique la vérité peut être découverte, une question s'impose : « Pourquoi le droit répugne à consacrer un principe général de liberté de la preuve, lequel est au fondement de toute vérité scientifique ? »⁵⁵⁹

323. **L'opportunité de la dualité du système probatoire.** Le législateur a pris le parti de distribuer les systèmes probatoires en fonction d'une part, de la logique et d'autre part, des réalités économiques. En matière de fait, l'écrit est difficile à prévoir, voire même impossible. En matière d'acte juridique, la préconstitution d'un écrit est possible et fréquente. Si les contractants prenaient le temps de réaliser un *instrumentum* à chaque fois qu'un acte juridique est créé, cela ralentirait notablement les relations économiques dans notre société. Voilà pourquoi la liberté est de mise pour les actes juridiques modiques et pour les actes entre commerçants. Il faut aller vite dans le domaine des affaires. Toutefois, la préconstitution d'un écrit n'est pas interdite quand la sécurité des transactions l'exige. Le législateur a choisi en fonction des circonstances « entre des solutions qui garantissent la sécurité dans les relations juridiques et d'autres beaucoup plus imprécises, mais peut-être plus équitables, non

⁵⁵⁷ R. LEGEAIS, *Les règles de preuve en droit civil, op. cit.*, p. 109.

⁵⁵⁸ R. LEGEAIS, *ibid.*, p. 81.

⁵⁵⁹ X. LAGARDE, *Réflexion critique sur le droit de la preuve, op. cit.*, p. 17.

déterminées d'avance et qui tiennent mieux compte de toutes les nuances des situations humaines »⁵⁶⁰.

324. **Origine de la dualité du système probatoire.** Le système de la preuve libre est aussi appelé preuve testimoniale. À l'origine, l'opposition était entre l'écrit et le témoignage. « *Témoins passent lettres* » puis « *lettres passent témoins* », avec l'ordonnance de Moulins de 1566, ces adages illustrent cette opposition. La faveur donnée au témoignage a laissé place à la domination de l'écrit. A une époque où peu de personnes savaient lire et écrire, le témoignage était naturellement la « reine » des preuves. Avec l'augmentation des personnes sachant lire et écrire au Moyen Age, et surtout les nombreux abus de témoins corrompus⁵⁶¹, l'écrit a pris le pas sur le témoignage, et par là même, sur la liberté de la preuve.

325. **Le témoignage et la vérité.** Il est vrai que le témoignage encourt de nombreuses critiques, remettant en cause l'idée de vérité grâce à la liberté de la preuve. Il existe plusieurs types de problèmes en matière de témoignages. Les difficultés du témoignage peuvent être soit involontaires, soit volontaires. Involontaires d'abord en raison des risques d'erreur⁵⁶² consécutifs à la difficulté de se souvenir précisément des faits⁵⁶³. Ensuite peuvent s'ajouter les problèmes du déclin de la mémoire⁵⁶⁴. Également, une même scène, vue par des personnes différentes, suscitera des témoignages différents⁵⁶⁵. Par ailleurs, des critiques peuvent venir du comportement volontaire des témoins. Ils peuvent être tentés par des motifs séducteurs de mentir. L'intérêt de mentir⁵⁶⁶ trouve sa source dans l'intérêt procuré en contrepartie de ce mensonge : intérêt financier, par exemple.

326. **La valeur du témoignage.** Que la différence entre la réalité des faits et le contenu du témoignage soit volontaire ou involontaire, quelle place lui accorder⁵⁶⁷ au vu de ces critiques ? Les inconvénients des erreurs ne sont pas en contradiction avec la recherche de

⁵⁶⁰ R. LEGAIS, *op. cit.*, p. 113.

⁵⁶¹ Adage de LOYSEL : « *Qui mieux abreuve, mieux preuve* ».

⁵⁶² R. LEGAIS, *Les règles de preuve en droit civil, op. cit.*, p. 212 et s. (pour les erreurs volontaires et involontaires).

⁵⁶³ J. BENTHAM, *Traité des preuves judiciaires, op. cit.*, p. 48.

⁵⁶⁴ J. BENTHAM, *ibid.*, p. 54.

⁵⁶⁵ J. BENTHAM, *ibid.*, p. 50.

⁵⁶⁶ J. BENTHAM, *ibid.*, p. 47.

⁵⁶⁷ J. BENTHAM, *ibid.*, p. 179 où l'auteur se questionne sur le serment et y répond : « *Le serment fournit-il une garantie de la vérité du témoignage ? Si on en juge par la pratique universelle des tribunaux, la question est résolue dans un sens affirmatif ; mais, d'après l'expérience et la raison, elle le serait dans le sens contraire* ».

la vérité. Le juge reste souverain pour apprécier la véracité des témoignages et la force probante qu'il estime devoir leur accorder. Des témoignages fallacieux n'emportent pas la conviction du juge si ce dernier s'en rend compte, ou du moins a un doute.

327. **Les présomptions du fait de l'homme.** Les présomptions permettent également de s'approcher au plus près de la vérité. Partant d'un fait connu, le juge en déduit un fait inconnu. « *On analyse classiquement (les présomptions légales) comme opérant renversement de la charge de la preuve. Mais on tend à considérer aujourd'hui qu'elles opèrent plutôt un déplacement de l'objet de la preuve, celle-ci devant porter sur le fait auquel la loi attache la présomption* »⁵⁶⁸. Le mécanisme des présomptions permet de passer de la preuve des faits voisins à la preuve des faits permettant l'application des règles de droit : l'affirmation de la vérité des premiers permet l'affirmation de la vérité des seconds. Cela provient d'une idée de probabilité⁵⁶⁹ : « *s'il est vrai que la certitude ne peut jamais véritablement être atteinte, les magistrats pour déclarer si la preuve est ou non rapportée doivent exiger une grande probabilité* »⁵⁷⁰. Plus la probabilité est grande, plus la certitude du fait présumé est importante⁵⁷¹. On n'atteint peut être pas la vérité, mais on y approche au plus près.

328. **Liberté de la preuve et évolutions techniques.** Enfin, la liberté de la preuve présente l'avantage de prendre en compte les évolutions techniques permettant de découvrir plus facilement la vérité. Elle favorise ainsi le travail du juge. « *Aujourd'hui, les moyens de preuve se sont multipliés ; quelquefois grâce à l'ingéniosité des praticiens, le plus souvent grâce aux découvertes scientifiques. Les intérêts de la liberté de la preuve sont ainsi devenus considérables, puisque dans les litiges où elle s'applique, les plaideurs peuvent, d'une part présenter des documents probatoires plus variés et apportant plus de clarté, d'autre part demander au juge des mesures d'instruction qui sont devenues beaucoup plus efficaces* »⁵⁷².

⁵⁶⁸ A. PONSARD, *Rapport français*, in *La vérité et le droit*, *op. cit.*, p. 684.

⁵⁶⁹ A. WALD, *Rapport général*, in *La vérité et le droit*, *op. cit.*, p. 536 où l'auteur précise que « *sur le plan judiciaire, les présomptions et les fictions ont fini par faire admettre, à côté de la vérité réelle, la vérité présumée et même la fiction, qui sont exceptionnelles et prétendent constituer des instruments d'une justice plus rapide et plus effective et, au fond, d'une justice plus juste et plus vraie* ».

⁵⁷⁰ R. LEGEAIS, *Les règles de preuve en droit civil*, *op. cit.*, p. 234.

⁵⁷¹ X. LAGARDE, *Réflexion critique sur le droit de la preuve*, *op. cit.*, p. 355.

⁵⁷² R. LEGEAIS, *op. cit.*, p. 131.

2 : La recherche de la vérité par les pouvoirs d'instruction du juge

329. **Rôle du juge.** À l'origine, le juge était limité dans la recherche de la vérité par le respect du principe de neutralité. Le juge n'était qu'un simple « arbitre » statuant en fonction des éléments que les plaideurs lui présentent. En général, les parties ne rapportent pas les preuves qui leur sont défavorables. Traditionnellement, il appartient à chaque plaideur de fournir ses preuves. Son adversaire n'est pas obligé de l'y aider⁵⁷³, conformément à l'adage « *nemo tenetur edere contra se* »⁵⁷⁴. À l'inverse, comment accepter la passivité du juge ayant pris connaissance de la détention par l'un des plaideurs d'un élément de preuve pouvant l'influencer fortement dans sa prise de décision ? Une vérité fictive ne semble pas souhaitable⁵⁷⁵. « *L'obligation la plus essentielle à la manifestation de la vérité et à la moralité du procès est assurément celle pour les plaideurs de ne pas dissimuler les preuves qui leur sont défavorables* »⁵⁷⁶.

330. **Positionnement du juge eu égard aux parties.** La question porte sur la place des pouvoirs du juge par rapport aux prérogatives des parties. Les pouvoirs du juge sont-ils subsidiaires ou, au contraire, les dominant-ils ? En cas de domination, la volonté du législateur de permettre la recherche de la vérité objective ou absolue dans le procès est révélée⁵⁷⁷. Lorsque le juge découvre la réalité des faits, il rétablit l'équilibre social rompu en privilégiant l'intérêt supérieur de la société face à l'intérêt individuel des parties⁵⁷⁸. Le législateur garantit ainsi l'ordre public dans la société.

331. **Le pouvoir du juge tiré de la loi.** Le législateur doit permettre au juge d'exercer sa mission en lui donnant le pouvoir d'obliger la révélation des éléments de preuve lui permettant de découvrir la réalité des faits. Cette obligation n'est efficace qu'à la condition que le juge puisse sanctionner le plaideur refusant de participer à la manifestation de la vérité. En matière de recherche de la vérité, plus son pouvoir d'instruction est grand, plus le principe de neutralité est mis à mal. Le législateur a dû concilier le principe de neutralité avec la

⁵⁷³ A. PONSARD, *Rapport français, op. cit.*, p. 689.

⁵⁷⁴ Personne n'est tenu de produire les preuves susceptibles de lui nuire.

⁵⁷⁵ R. LEGAIS, *Les règles de preuve en droit civil, op. cit.*, p. 27 où l'auteur précise que « *les progrès de la science semblent promettre que désormais le juge pourra approcher davantage la réalité et ne plus se contenter d'une vérité fictive* ». Les progrès de la science permettront également de plus en plus au juge d'approcher la réalité.

⁵⁷⁶ R. LEGAIS, *ibid.*, p. 198.

⁵⁷⁷ J.-M. LE MASSON, *La recherche de la vérité dans le procès civil, op. cit.*, p. 24.

⁵⁷⁸ J.-M. LE MASSON, *ibid.*, p. 27.

découverte de la vérité qui semble essentielle pour une bonne décision de justice. « *Les exigences de l'équité et la bonne marche de la procédure demandant une revalorisation du rôle du juge* »⁵⁷⁹.

332. **De la recherche objective de la vérité.** Depuis plus de trente ans, la recherche de la vérité objective est au cœur des discussions en procédure civile, notamment avec la création de la mise en état des causes dans le nouveau Code de procédure civile en 1976⁵⁸⁰. La mise en état est la phase de la procédure écrite pendant laquelle se déroule l'instruction de la cause. « *Les textes de procédure contemporains ont entendu combattre la conception traditionnelle d'une vérité judiciaire relative, en donnant au juge un pouvoir d'intervention dans l'établissement de la matière litigieuse tout en confortant son rôle prépondérant dans la qualification des faits* »⁵⁸¹.

333. **De la vérité judiciaire au détriment de la neutralité judiciaire.** La procédure civile donne de plus en plus au juge le pouvoir de rechercher la vérité au mépris de la neutralité judiciaire⁵⁸², qui était à l'origine un principe fondamental de bonne administration de la justice. « *Au point de vue procédural, le droit de la preuve est passé d'un strict principe de neutralité judiciaire à un certain interventionnisme du juge, en particulier depuis que lui a été reconnu le pouvoir d'ordonner, même d'office, toute mesure d'instruction nécessaire à la résolution du litige* »⁵⁸³. Les parties et le juge ont donc des pouvoirs concurrents dans la recherche de la vérité. En matière de preuve, les parties perdent une partie de leur rôle au profit du juge⁵⁸⁴.

334. **La cause de la relativité de la vérité judiciaire.** La vérité judiciaire trouve une part de relativité à cause de l'application de l'article 1315 du Code civil. Cet article organise la charge de la preuve entre les parties⁵⁸⁵. Le demandeur doit ramener la preuve de

⁵⁷⁹ R. LEGEAIS, *op. cit.*, p. 170.

⁵⁸⁰ J.-M. LE MASSON, *op. cit.*, p. 22.

⁵⁸¹ J.-M. LE MASSON, La recherche de la vérité dans le procès civil, *op. cit.*, p. 21.

⁵⁸² S. GUINCHARD, C. CHAINAIS et F. FERRAND, *Procédure civile : droit interne et droit de l'Union européenne*, Précis, Dalloz, 31^e éd., 2012, n^{os} 994 et s. ; L. CADIET et E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, Litec, 8^e éd., 2013, n^{os} 1167 et s.

⁵⁸³ M. LAMOUREUX, *L'aménagement des pouvoirs du juge par les contractants, Recherche sur un possible imperium des contractants*, tome 1, *op. cit.*, p. 193.

⁵⁸⁴ A. PONSARD, *Rapport français*, in *La vérité et le droit*, *op. cit.*, p. 673.

⁵⁸⁵ A. PONSARD, *ibid.*, p. 682 où l'auteur précise qu'« *actori incumbit probatio. Mais en réalité, ce n'est pas nécessairement sur celui qui a, procéduralement, la position de demandeur que pèsent la charge et le risque de la preuve, c'est sur celui qui demande la modification de la situation existante, ce dont on a donné diverses*

l'obligation dont il réclame l'exécution. Le défendeur doit, quant à lui, prouver les circonstances qui lui permettent de ne pas exécuter cette obligation préalablement prouvée ou qui justifient sa libération. Chaque fait allégué doit ainsi être prouvé par la personne qui l'invoque. Cette répartition permet à son adversaire de rester passif. Faute de démontrer ses allégations, le plaideur perd automatiquement le procès. « *La preuve incomberait à celui qui va contre la situation normale ou vraisemblable, ou à celui qui a la meilleure aptitude à la preuve* »⁵⁸⁶.

335. **Le Code de procédure civile au service du juge.** La position classique de la charge de la preuve prévue à l'article 1315 du Code civil « *n'est plus défendable depuis qu'une loi du 5 juillet 1972 a inséré un article 10 dans le Code civil* »⁵⁸⁷. Plusieurs articles se trouvent dans le Code de procédure civile pour aider le juge à découvrir la vérité au-delà de la charge de la preuve. D'après l'article 10 du Code civil, « *chacun est tenu d'apporter son concours à la justice en vue de la manifestation de la vérité. Celui qui, sans motif légitime, se soustrait à cette obligation lorsqu'il en a été légalement requis, peut être contraint d'y satisfaire, au besoin à peine d'astreinte ou d'amende civile, sans préjudice de dommages et intérêts* ». Par ailleurs, l'article 11 du Code de procédure civile impose également la production de preuve à la demande du juge. « *Les parties sont tenues d'apporter leur concours aux mesures d'instruction sauf au juge à tirer toute conséquence d'une abstention ou d'un refus. Si une partie détient un élément de preuve, le juge peut, à la requête de l'autre partie, lui enjoindre de le produire, au besoin à peine d'astreinte. Il peut, à la requête de l'une des parties, demander ou ordonner, au besoin sous la même peine, la production de tous documents détenus par des tiers s'il n'existe pas d'empêchement légitime* ».

336. **Les moyens de l'inquisition.** Dans ces deux articles, cette aide est sanctionnée financièrement, ce qui la rend plus efficace. Le juge a un rôle très important dans la manifestation de la vérité en pouvant obliger toutes personnes, dont la partie adverse, détenant des éléments de preuve à les rapporter afin d'établir la réalité des faits et donc la vérité. Ces mesures sont d'autant plus inquisitoires que le juge exerce ce pouvoir de façon discrétionnaire. Le juge utiliserait son pouvoir avec une grande modération, « *sans doute par*

explications, la vraisemblance de la situation apparente, voire le souci de la sécurité collective et de la paix sociale qui ne doit pas permettre de remettre trop facilement en question les situations existantes ».

⁵⁸⁶ A. PONSARD, *ibid.*, p. 683.

⁵⁸⁷ J.-M. LE MASSON, *La recherche de la vérité dans le procès civil*, *op. cit.*, p. 25.

crainte de tomber dans la perquisition judiciaire »⁵⁸⁸. Il limite l'utilisation de cette procédure en restreignant le champ à des pièces précises, refusant très souvent la mesure sollicitée⁵⁸⁹.

337. **La subsidiarité des mesures d'instruction.** L'article 146, alinéa 2, du Code de procédure civile prévoit un caractère subsidiaire des mesures d'instruction ordonnées par le juge, car cette possibilité ne peut pas avoir pour but de suppléer la carence d'une partie.

338. **Du rôle passif au rôle actif du juge.** En quelques décennies, le juge est ainsi passé d'un rôle passif à un rôle actif dans la recherche de la vérité absolue⁵⁹⁰. « *La phase du procès-duel est révolue et la procédure devient donc une technique judiciaire de recherche de vérité* »⁵⁹¹. La non-découverte de la vérité devient alors « *un constat de carence dans l'administration de la preuve et non l'affirmation de ce que la vérité des propositions de preuve est introuvable* »⁵⁹². Le législateur refusant cela préfère dans certaines situations être indifférent dans la recherche de la vérité objective.

B : L'indifférence de la vérité dans le droit de la preuve

339. **Un système encadré.** Le système de la preuve légale prévu dans le Code civil s'explique par « *la méfiance des révolutionnaires à l'égard du juge [conduisant] à un accroissement de légalité avec un corollaire le dogme de neutralité du juge* »⁵⁹³. En principe, le juge est neutre, il n'est qu'un arbitre. Il doit statuer en fonction des éléments de preuve qui lui sont soumis et des règles légales de preuve⁵⁹⁴. Pour les actes juridiques, l'article 1341 du Code civil impose la préconstitution de la preuve des actes juridiques supérieurs à 1500 euros. Sans écrit préalablement constitué, la preuve du contrat n'est pas autorisée, à moins de rentrer dans l'une des exceptions à cette exigence⁵⁹⁵. « *Il est bien certain que l'obligation de prouver*

⁵⁸⁸ J.-M. LE MASSON, *op. cit.*, p. 26.

⁵⁸⁹ J.-M. LE MASSON, *ibid.*, *loc. cit.*

⁵⁹⁰ A. PONSARD, *Rapport français, op. cit.*, p. 679.

⁵⁹¹ A. WALD, *Rapport général, op. cit.*, p. 534.

⁵⁹² X. LAGARDE, *Réflexion critique sur le droit de la preuve, op. cit.*, p. 270.

⁵⁹³ R. LEGAIS, *Les règles de preuve en droit civil, op. cit.*, p. 13.

⁵⁹⁴ A. PONSARD, *Rapport français, op. cit.*, p. 674 où l'auteur précise que « *neutralité du juge et légalité des preuves sont les deux principes cardinaux, qui expriment tous deux la relativité de la vérité judiciaire* ». Cheminement de la preuve : charge de la preuve, preuve admissible, force probante attachée à ces éléments de preuve

⁵⁹⁵ Avec les articles 1347 et 1348 du Code civil. V. par ex., P. DEUMIER, *La preuve d'un acte juridique et usages : impossibilité morale ou possibilité de dérogation ?*, RTD civ. 2011, p. 491 et s.

par preuve préconstituée se présente avec un côté rigide et rigoureux qui peut dans certains cas choquer le sentiment de la justice »⁵⁹⁶.

340. **Place du juge dans un système encadré.** La jurisprudence a voulu réduire l'étendue de la préconstitution de preuve des actes juridiques⁵⁹⁷ en distinguant la preuve de l'acte de celle du contenu : la première doit respecter l'article 1341, la seconde est libre⁵⁹⁸. Le juge est également lié dans l'appréciation de ces preuves parfaites. La force probante s'impose dans la décision qu'il doit prendre. *« Or, ce qui est curieux et qui doit, parce que prenant à défaut le sens commun, retenir l'attention du théoricien, c'est que ce droit de la vérification se compose de règles autres que celles régissant le comportement de celui qui opère cette vérification, à savoir le juge. On y trouve des règles excluant le pouvoir souverain d'appréciation du juge dans l'établissement des propositions de preuve »⁵⁹⁹.* Lorsque le législateur met en place un système de règles de preuve structuré, il cherche à éviter que les juges statuent directement sur la vérité des faits, objet du litige⁶⁰⁰.

341. **La vérité relative perçue comme une vérité objective.** Le législateur n'a donc pas édicté que des règles de preuve permettant la réalisation de la vérité. Dès que la preuve est trop strictement encadrée, la vérité devient de plus en plus relative. Emprunt de réalisme, le législateur doit donner au juge les outils pour mettre un terme au litige qui lui est soumis, que la vérité absolue soit trouvée ou non. Le juge statue en fonction des arguments développés devant lui. Le procès devant avoir une fin, si la vérité n'est pas trouvée de façon certaine, le juge tranche le litige avec les éléments de preuve en sa possession. *« Néanmoins, le syllogisme n'offrant qu'une vérité formelle tant que les prémisses ne sont pas vérifiées, une telle acceptation pérennise l'idée d'une vérité judiciaire toute relative, le juge ayant beau jeu de rester dans son "ghetto" strictement juridique, laissant à chaque plaideur le labeur de le convaincre de la justesse de ses vues en en fournissant la preuve »⁶⁰¹.* Le trouble social à l'origine du procès doit être apaisé pour préserver l'ordre public. Le juge statue en fonction de ce qu'il estime vraisemblable. La solution retenue est tenue pour vrai⁶⁰². La décision de

⁵⁹⁶ R. LEGEAIS, *op. cit.*, p. 125.

⁵⁹⁷ R. LEGEAIS, *ibid.*, p. 117 où l'auteur indique que de manière générale, *« la jurisprudence a interprété d'une manière restrictive la plupart des textes limitant la liberté de la preuve »*.

⁵⁹⁸ Cass. req., 6 août 1855, DP 1855, 1, 418 ; Cass. civ., 10 juillet 1945, D. 1946, jur., p. 181, note MIMIN.

⁵⁹⁹ X. LAGARDE, *Réflexion critique sur le droit de la preuve, op. cit.*, p. 83.

⁶⁰⁰ X. LAGARDE, *ibid.*, p. 287 à 289.

⁶⁰¹ J.-M. LE MASSON, *La recherche de la vérité dans le procès civil, op. cit.*, p. 24.

⁶⁰² M. LAMOUREUX, *op. cit.*, tome 1, p. 221.

justice ainsi rendue doit avoir la même force que celle basée sur la vérité objective. Si la décision n'avait pas la même force, alors le conflit ne serait pas éteint et l'ordre public serait toujours troublé. D'après la maxime de Justinien, la chose jugée est reçue à la place de la vérité : « *Res judicata pro veritate accipitur* » (ou *habetur*).

342. **Une vérité toujours relative.** Le juge a pour fonction de qualifier les faits qui lui sont présentés. Même si son pouvoir de recherche de la réalité des faits augmente, il confronte les faits recueillis aux règles juridiques. La décision est tributaire de ces faits. Ainsi obtenue, la réponse judiciaire n'a d'effet que pour les parties au procès. C'est l'effet relatif des décisions de justice. La seule affirmation possible est qu'au vu des faits, le juge découvre une vérité relative. En prenant l'exemple d'un conflit de propriété entre deux personnes, le juge détermine qui est le propriétaire au vu des éléments de preuve présentés devant lui. Rien n'empêche par la suite qu'un tiers vienne contester la propriété attribuée par cette décision de justice. Il peut ramener la preuve qu'il est le véritable propriétaire. Si le juge avait pour fonction de déterminer la vérité absolue, cette possibilité serait interdite. Les décisions de justice auraient un effet absolu. Les tiers devraient respecter la solution retenue entre les plaideurs. La propriété reconnue au demandeur ou au défendeur s'impose au tiers et cela jusqu'à une nouvelle décision de justice remettant en cause la première solution. En revanche, les mêmes parties au procès ne peuvent plus remettre en cause la décision entre eux, sauf à utiliser les voies de recours. « *Il ressort des articles 1350 et suivants qu'il est interdit de prouver à l'encontre de la chose jugée, interdiction bien nécessaire pour mettre fin aux litiges et assurer la sécurité* »⁶⁰³. La relativité de la chose jugée s'explique par le fait que la décision de justice ne cherche pas forcément à identifier la vérité. Si c'était une vérité absolue alors les décisions de justice seraient opposables à tous. La vérité judiciaire ne peut être que relative – ce qui explique la relativité de la chose jugée –, la vérité absolue est l'apanage de sciences dites dures⁶⁰⁴. Les vérités scientifiques ne sont pas absolues. Un nombre important de vérités scientifiques a été battu en brèche. « *La connaissance scientifique, elle-même, adopte le relativisme et reconnaît l'impossibilité de saisir le monde réel d'une façon absolue, en se limitant à déterminer et à prévoir des relations de dépendance* »⁶⁰⁵. De la maxime spatiale

⁶⁰³ R. LEGAIS, *Les règles de preuve en droit civil, op. cit.*, p. 75.

⁶⁰⁴ J.-M. LE MASSON, *La recherche de la vérité dans le procès civil, op. cit.*, p. 23 où l'auteur précise que « *sans doute est-ce cette dernière affirmation qui donne à penser que la vérité judiciaire ne peut être que relative, au regard d'une vérité scientifique éprise d'absolu* ».

⁶⁰⁵ A. WALD, *Rapport général, op. cit.*, p. 533.

« vérité en deçà (...), erreur au-delà »⁶⁰⁶, on peut déduire une maxime temporelle « vérité aujourd'hui, erreur demain ».

343. **L'indifférence de la vérité absolue, l'importance du rétablissement de l'équilibre rompu.** La société n'a donc pas forcément besoin que les décisions de justice soient en conformité avec la vérité absolue. Le rétablissement de l'équilibre rompu est plus important⁶⁰⁷. Il suffit très souvent que la solution retenue par le juge soit probable, vraisemblable. Le juge doit être convaincu par les preuves rapportées par les plaideurs, et convaincant en motivant sa décision.

344. **De la conviction du juge.** La conviction du juge est ainsi au centre de la décision qu'il prend⁶⁰⁸. Les règles de preuve sont essentiellement tournées vers l'appréciation souveraine des éléments de fait qui lui sont présentés⁶⁰⁹. La vérité « *n'est pas la fin essentielle des règles de preuve. En général, seule importe la perception que le juge a de la vérité. La conviction, autrement dit, est la vraie fin des règles de preuve* »⁶¹⁰. Il peut en être déduit que « *la décision de justice n'a pas à s'enquérir de vérité absolue, notion qui confine à l'inaccessible pour le droit, dont le domaine ne peut être que celui de la vérité relative* »⁶¹¹. Lorsqu'elles ne permettent pas de rechercher une vérité objective, les règles de preuve en droit civil doivent permettre au juge de s'en approcher au plus près afin que la solution retenue soit la plus probable⁶¹². « *C'est finalement dire que si la justice peut parfois se contenter d'une vérité relative et incertaine, la vérité étant souvent difficile à connaître, qu'en tout cas il n'appartient pas aux parties d'en décider en contraignant le juge à se contenter de ce qui ne satisfait même pas le test de la vraisemblance, celui-ci constituant toujours un*

⁶⁰⁶ PASCAL, *Pensées*, Paris, Garnier-Flammarion, 1976, Ed. Brunshwicg, fragment n°294-60 : « *plaisante justice qu'une rivière borne ! Vérité au-deçà des Pyrénées, erreur au-delà* ».

⁶⁰⁷ A. WALD, *op. cit.*, *loc. cit.* où l'auteur indique que « *le pragmatisme et le conventionnalisme nous font admettre respectivement une vérité, qui s'impose, parce qu'elle est utile, ou qui, au fond, dépend d'une convention, considérant vrai ce qui est commode, simple, correspondant à certaines données de l'expérience* ».

⁶⁰⁸ A. PONSARD, *Rapport français*, *op. cit.*, p. 675 où l'auteur précise qu'« *il ne faut pas oublier que le but de la preuve est d'entraîner la conviction du juge* ».

⁶⁰⁹ M. LAMOUREUX, *op. cit.*, tome 1, p. 221.

⁶¹⁰ P. THERY, *Les finalités du droit de la preuve en droit privé*, *Droits* n° 23, 1996, p. 41 et s., sp. p. 48.

⁶¹¹ J.-M. LE MASSON, *op. cit.*, p. 22.

⁶¹² R. LEGEAIS, *op. cit.*, p. 3 où l'auteur précise que « *le but de la preuve, comme celui du procès, est la vérité judiciaire, c'est-à-dire ce que le juge tiendra pour vrai. Les règles de preuve se ressentent de cette vérité relative (...)* ».

minimum nécessaire »⁶¹³. Les parties peuvent ainsi modifier ce degré de vraisemblance par un aménagement des règles de preuve.

Paragraphe 2 : Le lien entre les conventions de preuve et la vérité

345. **Quid de la volonté ?** Un lien légal existe entre la preuve et la vérité. Quelle place peut prendre la volonté des contractants dans ce rapport ? « *Le procès étant considéré avant tout comme la chose des parties, et le juge n'ayant pas mission de rechercher une vérité qui serait absolue, la question qui se pose est finalement beaucoup moins celle du rôle respectif du juge et des parties que celle du rôle respectif des deux parties dans la preuve (...)* »⁶¹⁴. Dans quelles circonstances les parties peuvent-elles modifier le rapport prévu par la loi entre la vérité et la preuve ?

346. **De l'intérêt de modifier les règles de preuve.** En droit civil, contrairement au droit pénal, le procès n'est pas obligatoire. Les parties ont la possibilité de régler leurs différends sans passer devant le juge. Dans l'hypothèse où les contractants décident de soumettre leur litige à l'autorité judiciaire, ils conservent une grande maîtrise de la preuve des faits⁶¹⁵. Lorsque les règles applicables sont d'ordre public, l'examen par l'organe judiciaire est incontournable. Les faits sont automatiquement contrôlés par le juge, même si les parties ne contestent pas la véracité de ces faits⁶¹⁶. Si les parties gardent la disponibilité de leurs droits, les plaideurs peuvent avoir un intérêt à modifier les règles de preuve afin, soit de favoriser la recherche de la vérité (**B**), soit, au contraire, de s'en éloigner en limitant la liberté de la preuve (**A**). « *Or, si l'on admet que l'objectif de la preuve n'est pas tant d'établir absolument la vérité que d'emporter la conviction du juge, toutes les conventions sur la preuve affectent d'une certaine manière l'office du juge* »⁶¹⁷. Le juge est ainsi omniprésent dans la manifestation de la vérité.

⁶¹³ M. LAMOUREUX, *op. cit.*, tome 1, p. 222.

⁶¹⁴ A. PONSARD, *Rapport français, op. cit.*, p. 674.

⁶¹⁵ J.-A. JOLOWICZ, *Rapport anglais, in La vérité et le droit, op. cit.*, p. 547 où l'auteur indique que « *le juriste d'outre-Manche trouvera, peut-être, dans cette observation un cynisme excessif ou, du moins, un respect exagéré pour le principe dispositif. Son confrère anglais, en revanche, considère non seulement que tout litige civil est l'affaire des parties mais aussi qu'il vaut mieux, pour faire prévaloir la vérité, laisser et le choix et l'administration des preuves aux plaideurs, dont chacun se démène pour réussir, que de permettre au juge de mener une enquête d'office* ».

⁶¹⁶ A. PONSARD, *op. cit.*, p. 676.

⁶¹⁷ M. LAMOUREUX, *op. cit.*, tome 1, p. 195.

A : L'éloignement entre la vérité et la vérité judiciaire

347. **Réalité des faits et faits prouvés.** Si la recherche de la vérité est naturellement difficile, elle n'en demeure pas moins l'objectif principal du droit de la preuve. Les plaideurs sont tenus de rapporter la preuve des faits. La découverte de la réalité des faits permet au juge de les qualifier juridiquement⁶¹⁸. La vérité juridique dépend des faits qui sont prouvés. Entre la réalité des faits et les faits prouvés, il peut y avoir une différence qui éloigne la vérité juridique de la vérité absolue. Dès lors la vérité absolue correspond-t-elle à la vérité juridique ? La réponse est le plus souvent négative, même si le législateur et la jurisprudence recherchent la vérité. Dans un souci de sécurité juridique et dans un désir de maintien de la paix sociale, le législateur met en place une législation en matière de preuve qui a pour effet une distanciation entre la vérité et la vérité judiciaire.

348. **La sécurité contractuelle au détriment de la vérité.** Pour sécuriser leurs rapports contractuels, les contractants peuvent vouloir limiter les moyens de preuve. Par cette limitation, la vérité absolue peut s'éloigner de la vérité judiciaire découverte en application de ces règles conventionnelles. La volonté des parties de sécuriser par excès leur situation peut devenir choquante pour le juge et pour la société. L'ordre public serait alors contrarié. Ce dernier va rendre une décision en sachant qu'il n'a pas pu mettre tout en œuvre pour accéder à la vérité, ou du moins arriver à un certain degré de probabilité suffisant pour que la décision soit acceptable. Le juge va alors contrôler la convention de preuve pour éviter que la solution rendue soit trop éloignée de la vérité. « *La disqualification systématique de règles de preuve en règles de fond [que la Cour de cassation] opère, dès lors qu'elle est confrontée à certaines règles excluant la réserve de la preuve contraire, montre bien qu'elle érige la possibilité de faire céder une règle devant la manifestation de la vérité en critérium du droit de la preuve* »⁶¹⁹. Si les parties respectent un minimum de vraisemblance dans leur convention, le juge l'applique sans censure.

349. **Des exemples.** Quelques exemples d'éloignement entre la vérité judiciaire et la vérité absolue peuvent être donnés. Héritage d'une époque où les hommes avaient le respect

⁶¹⁸ J.-A. JOLOWICZ, *Rapport anglais, op. cit.*, p. 547 où l'auteur précise que « le seul rôle du juge, a insisté en 1983 un juge de la Chambre des Lords, est de trancher le litige qui lui est soumis compte tenu, en ce qui concerne les faits, seulement des allégations et admissions des parties et des preuves par elles apportées ».

⁶¹⁹ X. LAGARDE, *Réflexion critique sur le droit de la preuve, op. cit.*, p. 23.

de la parole et la peur du jugement de Dieu en cas de mensonge, le serment décisore⁶²⁰ est aujourd'hui obsolète. « *Le serment décisore, (...), a été rapproché, à tort ou à raison, d'une convention sur la charge de la preuve* »⁶²¹. C'est la preuve de la dernière chance. Un des plaideurs, voyant ses chances de gagner le procès devenues infimes voire nulles, décide de déférer un serment décisore à son adversaire. Celui-ci a le choix entre refuser de prêter serment et perdre le procès, ou prêter serment et emporter la victoire. Le juge est lié par ce serment, contrairement au serment supplétoire⁶²². La prime au mensonge devient tentante. Ce n'est plus la preuve, mais le mensonge qui devient la rançon des droits. La probabilité que l'adversaire ne prête pas serment est extrêmement faible. Pourquoi, alors que la victoire est à portée de voix, tout perdre par un sursaut d'honnêteté qui faisait défaut jusqu'alors ? Les pouvoirs du juge étant très limités dans cette situation, il ne peut déférer un serment décisore dans tous les domaines.

L'aveu judiciaire est un mécanisme qui peut également être considéré comme une convention sur la preuve, au même titre que le serment décisore. « (L'aveu judiciaire) *est un acte juridique par lequel la partie délimite la portée du litige ; ainsi s'explique-t-on qu'il ne soit pas admis dans certaines matières où les parties ne sont pas maîtresses de leurs droits* »⁶²³. À nouveau le plaideur, en utilisant l'aveu judiciaire, empêche le juge de rechercher la vérité, même si celle-ci est donnée par l'aveu dans certaines situations. Le simple fait de limiter le pouvoir du juge éloigne la vérité judiciaire de la vérité absolue. Le contenu de l'aveu judiciaire n'est pas vérifié par le juge. La vérité ne rime pas avec l'aveu. Différentes raisons peuvent expliquer un aveu judiciaire mensonger. Le mobile importe peu, le constat est certain en revanche. Pour les situations dans lesquelles l'aveu correspond à la réalité des faits, la volonté d'une des parties d'avouer permet de rapprocher la vérité judiciaire de la vérité.

⁶²⁰ Le serment décisore est le serment déféré par l'un des plaideurs à l'autre conformément aux articles 317 et suivants du Code de procédure civile. Il est qualifié de « décisore » en ce que, lorsqu'il a été prêté, le juge est lié dans la motivation de sa décision par son contenu. Autrement dit, le juge doit tenir pour vrais les faits sur lesquels le serment a porté.

⁶²¹ A. PONSARD, *op. cit.*, p. 684.

⁶²² Le serment est supplétoire lorsqu'il est déféré à l'initiative du juge pour compléter une preuve qu'il estime insuffisante. Dans ce cas le juge n'est pas lié par les faits sur lesquels ce serment a porté.

⁶²³ A. PONSARD, *op. cit.*, *loc. cit.*

B : Le rapprochement entre la vérité et la vérité judiciaire

350. **La preuve libre au service de la vérité.** Avec le système de preuve par tout moyen, le législateur opère un rapprochement, du moins une tentative de rapprochement, entre la vérité et la vérité juridique. En faisant cela, il décide de risquer la sécurité juridique et de faire perdurer le litige. Ce choix est logique en matière de preuve des faits. Il n'est pas possible de se préconstituer un fait par écrit. Seuls les actes juridiques supérieurs à 1500 euros doivent être prouvés par un écrit parfait. Pour les autres actes juridiques, la preuve est libre.

351. **Les aménagements contractuels.** Les parties peuvent prévoir la liberté de la preuve là où l'écrit est obligatoire, augmentant ainsi l'office du juge. Si le juge a le droit de rechercher la vérité, « *la vérité judiciaire voudrait alors être une vérité absolue* »⁶²⁴. Dans cette hypothèse, le juge va plus facilement accepter cette augmentation de pouvoir que dans les cas où les plaideurs limitent son appréciation. Les conventions permettant l'augmentation des modes de preuve admissibles devant le juge, alors que le législateur avait fait le choix d'un encadrement plus strict, sont moins fréquentes que les conventions réduisant la façon de prouver. Les parties veulent sans doute plus souvent rajouter de la sécurité dans leur relation.

Section 2 : La préservation de la sécurité juridique

352. **Notion.** La sécurité juridique peut se définir comme l'absence de danger juridique, ou encore l'état de confiance consistant à se sentir à l'abri d'un danger juridique. La sécurité juridique est avant tout un état psychologique. Pour les individus, le sentiment de sécurité juridique est souvent plus important que la sécurité juridique elle-même. Elle a une fonction pacificatrice évidente. La notion de sécurité juridique est de plus en plus utilisée, notamment en raison de l'inflation législative et des revirements de jurisprudence. La sécurité juridique a un effet psychologique sur les sujets de droit.

353. **Sécurité juridique et droit de la preuve.** En droit de la preuve, la sécurité juridique a une place prépondérante, notamment avec le système de la preuve légale. L'exigence de la préconstitution d'une preuve par écrit ne se préoccupe pas de la vérité

⁶²⁴ A. PONSARD, *op. cit.*, p. 674.

contrairement à l'opinion de certains auteurs⁶²⁵. S'il est vrai que dans bon nombre de situations l'écrit correspond à la réalité des faits, ce n'est pas pour autant son objectif. « *La sécurité juridique est l'une des finalités du droit de la preuve, comme le démontre l'exigence de preuve préconstituée prévue par l'article 1341 du Code civil, l'écrit étant traditionnellement considéré comme le mode de preuve le plus sûr* »⁶²⁶. Le système de la preuve légale limite l'accès à la vérité absolue au profit de la sécurité juridique⁶²⁷. Les contractants peuvent modifier les règles de preuve afin d'augmenter la sécurité de leur transaction. « *Au regard de la finalité de la preuve, la liberté contractuelle va permettre d'obtenir la sécurité juridique voulue par les parties, en la faisant passer avant la vérité recherchée par le juge et, plus généralement, par le droit* »⁶²⁸.

354. **L'incidence de la sécurité juridique sur l'ordre public.** En privilégiant la sécurité juridique au détriment de la vérité, le législateur ne risque-t-il pas de contrarier l'ordre public ? La réponse est négative. Au contraire, le législateur limite les moyens de preuve pour assurer l'ordre public.

355. **Annonce du plan.** Les parties peuvent limiter les moyens de preuve pour sécuriser leurs relations. Un système de preuve conventionnel gagne en sécurité juridique à condition de respecter certains caractères. Si l'objectif des contractants n'est pas la protection de l'ordre public, cet effet peut se réaliser involontairement. L'étude de la notion de sécurité juridique (§1) précèdera celle de ses effets (§2).

Paragraphe 1 : La notion de sécurité juridique appliquée aux conventions sur la preuve

356. **Traits de la sécurité juridique.** Les caractères de la sécurité juridique sont la stabilité (A), l'accessibilité (B) et la prévisibilité (C). Chacun de ces caractères a une influence sur les autres. La stabilité permet de faciliter l'accessibilité. À son tour l'accessibilité permet la prévisibilité. La prévisibilité est sans doute le caractère le plus proche

⁶²⁵ A. PONSARD, *op. cit.*, p. 688 où l'auteur précise qu'« ainsi évite-t-on un effet "pervers" de l'obligation de préconstituer la preuve : destinée à inciter les parties à se réserver des preuves et donc à faciliter la recherche de la vérité dans le procès, cette obligation pourrait aboutir à la consécration de l'erreur si elle était trop strictement entendue. En en atténuant la portée et la sanction, la jurisprudence facilite pour le juge la recherche de la vérité au détriment d'une fixation trop rigide des charges des parties à cet égard ».

⁶²⁶ M. LAMOUREUX, *op. cit.*, tome 1, p. 217.

⁶²⁷ X. LAGARDE, *Réflexion critique sur le droit de la preuve*, *op. cit.*, p. 22.

⁶²⁸ D. FERRIER, *La preuve et le contrat*, *op. cit.*, n° 9.

de la sécurité juridique, les deux autres assurent sa réalisation. Ces trois éléments réunis sont indispensables pour réaliser la sécurité juridique des conventions de preuve.

A : La stabilité

357. **La stabilité : une notion tournée vers le passé.** La stabilité consiste à respecter les règles qui étaient applicables lors de la conclusion d'un engagement. La stabilité est rassurante pour les individus. Pour autant, la stabilité n'impose pas au législateur l'inertie. Le législateur doit changer la loi lorsqu'elle devient désuète. Par essence, cette instabilité n'est pas problématique, bien au contraire. Ce qui le devient, c'est la multiplicité des interventions législatives dans un même domaine et dans un laps de temps très court: « *Il y a toutefois dans le terme même d'instabilité l'idée d'une pathologie : l'instabilité, ce n'est pas le changement en tant que tel de l'état du droit positif, c'est la multiplication des changements* »⁶²⁹.

358. **La loi garante de la stabilité.** Le droit a besoin de stabilité pour assurer ce sentiment de sécurité juridique⁶³⁰. Le législateur doit édicter des lois qui vont perdurer dans le temps à l'image des rédacteurs du Code civil⁶³¹. D'après Demogue, « *rien n'est plus contraire au respect et à l'idée même de droit, que l'instabilité législative et juridique* »⁶³². Cependant, dans certaines situations le droit doit évoluer.

359. **La stabilité remise en cause par le progrès.** La stabilité du droit objectif⁶³³ peut être contrée par l'idée de progrès. La loi nouvelle est censée meilleure que la loi ancienne pour la société, c'est la raison qui semble pousser le législateur justement à légiférer. Cela justifie l'application immédiate de la loi nouvelle dans de nombreuses situations. Un autre argument justifie que le changement ne soit pas forcément contraire à la sécurité juridique :

⁶²⁹ Th. PIAZZON, *La sécurité juridique*, Collection de thèses, Tome 35, Defrénois, 2009, p. 32.

⁶³⁰ G. RIPERT, *Le déclin du droit*, LGDJ, 1949, n° 50, p. 154 où l'auteur précise qu'« *il ne faut s'imaginer que le droit puisse être autre chose qu'ordre et continuité, ni que le monde puisse vivre dans le bonheur lorsque manque la sécurité que donne le droit* ».

⁶³¹ Encore quelques articles du Code civil actuel proviennent de la rédaction du code de 1804.

⁶³² DEMOGUE cité par Th. PIAZZON, *La sécurité juridique*, op. cit., loc. cit.

⁶³³ Le droit objectif peut être défini comme l'ensemble « *des règles de conduite qui gouvernent les rapports des hommes dans la société et dont le respect est assuré par l'autorité publique* ». V° *droit objectif*, in Dictionnaire du vocabulaire juridique, sous la dir. R. CABRILLAC, LexisNexis, 2012, p. 190.

l'adage « *nul n'est censé ignorer la loi* »⁶³⁴. Lorsque la loi est modifiée, les individus doivent la connaître et ne peuvent se cacher derrière l'ignorance de ce changement. Il n'y a donc pas d'insécurité objective. L'insécurité n'est qu'un sentiment, elle est subjective.

360. **De la stabilité maintenue en matière de droits subjectifs.** La stabilité du droit objectif est différente de celle des droits subjectifs⁶³⁵. L'instabilité des droits subjectifs est véritablement source d'insécurité juridique objective. La stabilité commande en matière de droit subjectif, et plus particulièrement en matière contractuelle, le respect de la loi des parties par le législateur, par les parties elles-mêmes et enfin par le juge. Tout d'abord, lorsque le droit est acquis, appliquer la loi nouvelle serait alors source d'insécurité juridique. Les parties ont accepté de se lier juridiquement entre elles en fonction de droits et d'obligations réciproques en vigueur au moment de la conclusion de leur accord. La modification de leur rapport d'obligations est contraire à leur prévision contractuelle. Elles n'auraient sans doute pas contracté si elles avaient connu ce risque. Ensuite, la stabilité du contenu des conventions entre les parties procède du même esprit. La modification des obligations ne peut avoir lieu qu'avec l'accord des parties en vertu de l'article 1134, alinéa 2, du Code civil. L'intangibilité des conventions peut parfois être remise en cause par la théorie de l'imprévision. Lorsque des circonstances imprévisibles viennent modifier l'équilibre des obligations entre les parties, soit on protège la volonté initiale par l'intangibilité des conventions, soit le juge rétablit l'équilibre initial qui a été bouleversé par un événement imprévisible. La théorie de l'imprévision permet de sauver le contrat au détriment de son intangibilité. Enfin, le juge doit respecter la volonté des parties. Il doit appliquer la convention voulue par les cocontractants. Une difficulté survient lorsque la clarté n'a pas été le souci principal des auteurs de la convention, le juge doit alors interpréter les obligations à la lumière de la volonté des parties. Le risque est de dénaturer leur volonté initiale. L'instabilité sera le fruit à la fois de la mauvaise rédaction de la convention et, ou, de l'interprétation que pourrait en faire le juge.

361. **La stabilité, un moyen avant tout.** La stabilité n'est pas une fin en soi, mais un moyen d'atteindre la sécurité juridique. La stabilité est justifiée par la nécessité de prévisibilité. La stabilité permet aux individus de prévoir ce qui pourrait se passer.

⁶³⁴ Sur une critique de cet adage, v. P. DEUMIER, *La publication de la loi et le mythe de sa connaissance*, Petites Affiches 06 mars 2000, n° 46.

⁶³⁵ Les droits subjectifs sont les prérogatives accordées « *par le droit et permettant à une personne d'user d'une chose ou d'exiger d'une autre personne l'exécution d'une prestation* ». *V° droit subjectif*, in Dictionnaire du vocabulaire juridique, sous la dir. R. CABRILLAC, *op. cit.*, p. 192.

L'accessibilité est le moyen d'y arriver. La stabilité des droits subjectifs est une composante pour protéger les individus et atteindre cet objectif de bonheur qui semble être devenu indispensable à la paix sociale. La règle stable et accessible permet aux individus de prévoir leur droit assurant ainsi la préservation de l'ordre public.

B : L'accessibilité

362. **Notion.** L'accessibilité signifie que les sujets de droit doivent avoir accès aux règles juridiques susceptibles de s'appliquer à leur situation, peu importe l'origine des règles juridiques. Les règles émanent principalement du législateur, mais la jurisprudence devient de plus en plus une source informelle du droit. Une partie des règles de droit provient des sujets de droit directement dans la mesure où les conventions sont créatrices de la loi des parties. L'accessibilité peut s'entendre de manière classique comme l'accès matériel aux règles de droit **(1)**. Mais l'accessibilité doit être également intellectuelle **(2)**. Autrement dit, les règles de droit doivent pouvoir être connues, mais aussi comprises⁶³⁶.

1 : L'accessibilité matérielle

363. **Accéder au contenu.** L'emplacement de la clause au sein du contrat est déterminant⁶³⁷. Entre les clauses au dos des documents contractuels, celles figurant en annexes ou encore le renvoi aux conditions générales, l'accessibilité du contenu des conventions est un réel problème. Fondre une clause dangereuse pour le contractant dans le contrat est tentant. Les clauses accessoires à l'opération réalisée sont souvent déterminantes pour l'acceptation du contrat. L'envie de dissimuler les clauses qui pourraient empêcher la formation de cette convention est forte. Plusieurs techniques pour obtenir le consentement malgré certaines clauses, ont vu le jour même si certaines ont été sanctionnées par les juges.

⁶³⁶ Sur l'application de cette double exigence dans un autre domaine, v. P. DEUMIER, *Introduction générale au droit*, LGDJ, 2^e éd. 2013, n° 253 et s.

⁶³⁷ Il faut distinguer selon que le contrat indique la remise de la notice (par ex. v., Cass. civ. 1^{re}, 9 décembre 1992, n° 91-13757 ; Cass. civ. 2^e, 14 juin 2012, n° 11-13951) ou qu'il renvoie aux conditions générales (Cass. civ. 1^{re}, 3 février 1993, n° 91-12463, Bull. civ. I, n° 48). Les premières sont opposables, pas les secondes. En ce sens, v. *La preuve, Rapport annuel 2012 de la Cour de cassation*, La Documentation française, 2013, p. 244 et 245.

364. **L'obtention du consentement.** Dans de nombreux contrats entre professionnel et consommateur, une référence est faite aux conditions générales qui pénètrent le contrat. L'accessibilité de ces clauses est indispensable pour qu'elles soient opposables au consommateur. Dans certains cas, elles sont annexées au contrat ; dans d'autres cas, il est fait référence à ces conditions générales qui doivent être accessibles au cocontractant. L'insertion d'une clause de preuve est quasi systématique. Il est important pour le professionnel de mettre à la disposition du consommateur ces conditions générales. L'absence de référence à ces conditions aurait pour effet de ne pas leur donner de valeur contractuelle.

365. **Une clause lisible et apparente.** L'accessibilité matérielle nécessite que la clause soit lisible et apparente dans la convention⁶³⁸. La typographie est analysée avec attention par les juges. Certains rédacteurs de contrat avaient trouvé la solution en insérant en caractère minuscule et, en bas ou au dos de l'*instrumentum*, des conditions qui auraient pu être gênantes. La Cour de cassation a sanctionné l'emploi, l'insertion de ces clauses écrites en caractère minuscule dans un contrat⁶³⁹. Ces clauses ne pouvaient pas être lues correctement. Elles étaient difficilement déchiffrables. Les juges les ont réputées non écrites. L'utilisation du caractère minuscule n'est pas la seule technique pour rendre inaccessible une clause. Parfois, les clauses sont mélangées entre elles, ce qui rend difficile l'accès. Ainsi par exemple, la Cour d'Aix-en-Provence a examiné une clause rédigée, non seulement en très petits caractères, mais aussi insérée sans distinction parmi 36 articles⁶⁴⁰. Les rédacteurs doivent classer les clauses de manière logique. Une clause de preuve mise au milieu de clauses qui n'ont rien en commun avec la preuve aurait pour effet d'empêcher l'accessibilité du contenu de cette clause par l'acceptant. Avec cette pratique, on est à la limite entre l'accessibilité matérielle et l'accessibilité intellectuelle.

⁶³⁸ Dans un autre domaine que celui des conventions de preuve, le législateur a expressément prévu que les clauses de compétence territoriale doivent être « *spécifiées de façon très apparente dans l'engagement de la partie à qui elle[s] [sont] opposée[s]* », selon l'article 48 du Code de procédure civile.

⁶³⁹ Exemple de décisions des juges du fond sur le caractère minuscule de clause dans le domaine maritime : La Cour d'appel de Rennes dénonce « *une clause imprimée en caractères minuscules, difficilement déchiffrables à l'œil nu* ». CA Rennes, 26 septembre 1990 ; Dr. mar. fr. 1993, p. 309 ; v. les nombreuses références au *Lamy Transports maritimes*, n° 579.

⁶⁴⁰ CA Aix-en-Provence, 20 mars 1979, Dr. mar. fr. 1980, p. 416.

2 : L'accessibilité intellectuelle

366. **Des clauses compréhensibles.** La détermination des clauses applicables aux parties n'est pas suffisante. Elles doivent être intelligibles. Il est primordial pour les parties, et surtout pour celle qui accepte la clause, de pouvoir saisir son contenu et ses effets. L'accessibilité intellectuelle protège le consentement lors de la formation de la convention mais aussi la prévisibilité pendant son exécution. La clarté du contenu des clauses, l'absence d'ambiguïté et la précision des termes permettent de parvenir à cet objectif. Les rédacteurs des contrats doivent se comporter de la même manière que le législateur.

367. **L'ambiguïté proscrite.** En matière de clause de preuve, la rédaction doit être dépourvue d'ambiguïté. En lisant la clause, les parties doivent comprendre qu'il s'agit d'une clause de preuve et de ses effets. La clause doit être claire. Le risque d'une clause ambiguë réside dans l'interprétation du juge. Il peut dénaturer la clause si elle n'est pas assez précise. Certaines conventions de preuve ont pour objectif de limiter les moyens de preuve. Dans certaines situations, les juges les appliquent comme des clauses de renversement de la charge de la preuve. Il y a dénaturation de la clause pour respecter la possibilité de ramener la preuve des faits pertinents. Par ce biais, le juge sauve la clause mais au prix d'une modification de la volonté initiale des parties. La conséquence sur la prévisibilité et, au final, sur la sécurité juridique peut être considérable. La précision et la clarté dans la rédaction de la clause sont importantes. Les parties doivent comprendre l'étendue de leur engagement, sous peine d'être sanctionnées par le juge. Une rédaction précise a pour effet de lier le juge dans l'interprétation, se prémunissant ainsi de toute dénaturation de leurs volontés. Comprendre la clause permet de prévoir les conséquences. La volonté de s'engager impose la possibilité pour les parties de connaître l'ensemble des engagements qui vont les lier. L'accessibilité intellectuelle permet ainsi la prévisibilité.

C : La prévisibilité

368. **La prévisibilité, c'est l'avenir.** La prévisibilité est l'aboutissement des deux premiers traits de la sécurité juridique. Les clauses stables et accessibles sont nécessaires pour prévoir ce qui attend les parties au contrat. La prévisibilité est tournée vers l'avenir. Alors que la stabilité a un rôle important, notamment lorsqu'on se situe dans l'exécution des obligations,

la prévisibilité, au contraire, est primordiale au moment de la conclusion de la convention. La prévision est une « *représentation actuelle de l'avenir* »⁶⁴¹. La prévision du futur est un élément déterminant dans l'accord de volonté. « *La sécurité juridique s'entend donc du respect des prévisions juridiques des parties* »⁶⁴². Les individus doivent pouvoir prévoir ce qui pourra se passer dans le futur. Le fait de pouvoir prévoir l'avenir est sécurisant pour les individus. Lorsque les parties donnent leur accord, elles le font en connaissant les obligations qu'elles devront respecter et les droits qu'elles vont acquérir en contrepartie. Modifier les obligations des parties après la conclusion de la convention, aurait pour effet de ruiner la prévisibilité des parties et la sécurité juridique. La prévisibilité est essentielle dans le processus de la formation des conventions. Pour qu'il y ait une véritable prévisibilité, il faut que la convention soit figée. La force obligatoire des conventions ainsi que l'intangibilité des conventions protègent la prévision des parties. L'intangibilité empêche la modification du contenu de la convention, la force obligatoire impose le respect de la parole donnée.

369. **La prévisibilité assurée par les conventions sur la preuve.** La présence d'une clause de preuve permet aux parties de prévoir les éléments pouvant être ramenés en cas de conflit. Ou encore savoir quel contractant sera soumis à la charge de la preuve. Tout dépend du contenu de la convention de preuve. Dans tous les cas, l'homme averti a plus de chance de pouvoir se préconstituer des éléments de preuve. « *Gardant à l'esprit la potentialité d'une intervention judiciaire, les parties peuvent alors tenter d'en assurer la prévisibilité en envisageant les prérogatives que le juge pourrait être amené à mettre en œuvre* »⁶⁴³. Les parties, dans un souci de prévisibilité, veulent parfois mettre en place une « *stratégie anti-juge* »⁶⁴⁴, « *du moins anti-imprévisibilité* »⁶⁴⁵. Le juge doit satisfaire les attentes des contractants conformément à la convention de preuve⁶⁴⁶. Ce n'est qu'à cette condition que la sécurité juridique recherchée par la convention de preuve va produire tous ses effets.

⁶⁴¹ P. HEBRAUD, *Observations sur la notion du temps dans le droit civil*, in Mél. P. KAYSER, tome 2, PUAM, 1979, p. 28.

⁶⁴² Th. PIAZZON, *La sécurité juridique*, op. cit., p. 47.

⁶⁴³ M. LAMOUREUX, op. cit., tome 1, p. 28.

⁶⁴⁴ J.-M. MOUSSERON, *La gestion contractuelle des risques par le contrat*, RTD civ. 1998, p. 481.

⁶⁴⁵ M. LAMOUREUX, op. cit., tome 1, p. 30.

⁶⁴⁶ M. LAMOUREUX, *ibid.*, loc. cit.

Paragraphe 2 : Les effets de la sécurité juridique grâce aux conventions de preuve

370. **De la sécurité conventionnelle pour éviter l'insécurité juridictionnelle.** L'élément le plus important de la sécurité juridique est la prévisibilité, les deux autres caractères permettent d'accéder à cette prévisibilité. Quels sont les conséquences de la sécurité juridique sur le comportement des parties à une convention de preuve ? La convention de preuve permet d'éviter l'insécurité résultant de l'appréciation souveraine des éléments de preuve par les juges du fond. « *Conscientes des aléas inhérents à l'interprétation judiciaire des contrats, les parties doivent avoir pour premier objectif de l'éviter* »⁶⁴⁷. Les parties, ayant donc la possibilité de prévoir les effets de l'application de leur convention de preuve, peuvent limiter leur recours au juge. La partie qui a une forte probabilité de perdre l'hypothétique procès en application de la convention de preuve, préfère éviter d'aller en justice. La sécurité juridique est un argument favorable aux clauses relatives à la preuve⁶⁴⁸. Les conflits se pacifient (A), l'ordre public se trouve préservé (B).

A : La pacification des conflits

371. **Prévoir et vérifier le rôle du juge.** La connaissance du mécanisme de la charge de la preuve ainsi que des éléments de preuve admissibles, permet aux parties de pouvoir déterminer leurs chances de succès en cas de litige. Il est préférable, pour la personne voyant ses chances de succès très réduites, de trouver une solution alternative. La négociation est une opportunité intéressante lorsque les chances de victoire sont trop aléatoires. L'apaisement du conflit par la négociation est essentiel tant pour les cocontractants que pour la société. De la même manière, le juge doit respecter les règles établies par le législateur ou les plaideurs lorsque cela sera permis pour donner une réponse au conflit. C'est grâce à la sécurité juridique que les parties au procès peuvent prévoir et vérifier le rôle du juge. « *La protection contre l'arbitraire suppose, par exemple, que le juge ne soit pas libre de trancher les conflits comme bon lui semble. Ainsi d'un point de vue technique, la sécurité juridique s'oppose à ce que le législateur énonce des règles de droit en termes flous qui laissent tout*

⁶⁴⁷ M. LAMOUREUX, *op. cit.*, tome 1, p. 134.

⁶⁴⁸ M. LAMOUREUX, *ibid.*, tome 1, p. 217.

pouvoir d'appréciation au juge »⁶⁴⁹. La sécurité juridique impose également le respect de la parole donnée par l'effet obligatoire des conventions et son intangibilité⁶⁵⁰.

372. **Une question de rapports.** La pacification peut trouver son origine dans la construction des rapports entre les membres de la société. C'est l'aspect négatif de la sécurité juridique qui empêche l'harmonie dans ces rapports. Les parties ne recherchent pas dans le droit son accessibilité, sa stabilité et sa prévisibilité, mais la sécurité juridique par le fait qu'il n'est ni inaccessible, ni instable. Il n'est donc pas imprévisible⁶⁵¹. Les parties au contrat doivent avoir la sécurité de construire les rapports qui leur permettent d'atteindre leur bonheur dans la société.

B : La préservation de l'ordre public

373. **De l'ordre dans la société.** « *La sécurité juridique, envisagée comme technique des modes d'expression et de réalisation du droit, est un moyen indispensable à la réalisation de l'ordre social* »⁶⁵². Le droit sert à réglementer les rapports entre les membres dans la société. Il y a une idée d'ordre nécessaire à la vie en société. Cet ordre, c'est l'ordre public. La sécurité juridique intéresse ainsi l'ordre public. En limitant le nombre ainsi que la durée des conflits, l'ordre public est préservé. La paix sociale y trouve son intérêt. La solution étant rendue plus rapidement, ou en réduisant les conflits, il y a moins de périodes conflictuelles. L'apaisement des conflits a été à l'origine de l'intervention de l'État dans les rapports entre particuliers. La justice privée était contraire à l'existence sociale. La justice étatique est intervenue afin de supplanter la justice privée dans un souci de paix sociale. La procédure, les règles de preuve, les règles de fond permettent d'éviter l'arbitraire du juge et garantissent la sécurité juridique.

374. **Du renforcement à l'excès de sécurité juridique.** Lorsque les parties décident de renforcer les règles de preuve, le législateur devrait se réjouir d'un renforcement

⁶⁴⁹ Th. PIAZZON, *La sécurité juridique, op. cit.*, p. 13.

⁶⁵⁰ Th. PIAZZON, *ibid.*, *loc. cit.* où l'auteur précise qu'« *on imagine aisément le désordre et l'anarchie qui résulteraient d'un droit des contrats qui laisserait au débiteur le soin d'apprécier l'opportunité d'exécuter ses obligations ou, plus sérieusement, qui lui permettrait de se défaire du lien contractuel dès lors qu'il éprouve quelques difficultés à satisfaire à ses obligations* ».

⁶⁵¹ Th. PIAZZON, *ibid.*, *loc. cit.*

⁶⁵² Th. PIAZZON, *ibid.*, p. 12 ; Sur l'idée d'ordre comme objectif de la sécurité juridique, v. également p. 58.

de la sécurité juridique. Cependant un excès de sécurité juridique peut avoir l'inconvénient d'éloigner les décisions judiciaires de la réalité des faits. La paix sociale peut être en danger. La sécurité juridique n'est pas une finalité du droit, c'est une technique juridique⁶⁵³ au même titre que les règles d'ordre public, c'est-à-dire l'impérativité. La sécurité juridique permet de préserver l'ordre public, la paix sociale⁶⁵⁴. « *La sécurité est une qualité du droit offerte à ses usagers* »⁶⁵⁵. Y a-t-il forcément un hiatus entre la sécurité juridique et la vérité ? Pas nécessairement ! La sécurité juridique est au service de la vérité. La vérité ne pouvant pas être découverte à cause des règles privilégiant la sécurité est une incidence non voulue de ce système probatoire. Malgré cet effet pervers, les conséquences ne sont peut-être pas si dommageables au regard de l'ordre public. Le rôle de la preuve est en fait pragmatique. La légitimité des décisions de justice suffit à rétablir le déséquilibre à l'origine du procès.

Section 3 : La légitimité des décisions de justice

375. **Légitimité et vérité.** En partant de l'idée que les décisions de justice doivent consacrer la réalité des faits, en quoi la légitimité des décisions de justice aurait-elle une importance ? Ici se pose le problème de la légitimation des décisions judiciaires au détriment de la vérité. Est-ce l'idée de vérité ou celle de légitimité qui doit dominer ? Les règles de preuve permettent davantage au juge de trancher un litige afin d'apaiser le conflit que de rechercher la vérité absolue. La vérité n'est pas nécessaire dans ce processus. L'acceptation de la décision judiciaire est plus importante. Pour y parvenir, la légitimation de la décision est le choix le plus efficace⁶⁵⁶.

376. **Deux fonctions opposées de la preuve.** S'oppose la fonction intellectuelle (la recherche de la vérité) de la preuve judiciaire à sa fonction sociale (la recherche de l'adhésion du corps social au nom de qui la justice est rendue). La seconde prime la première⁶⁵⁷. Le déséquilibre, à l'origine du trouble social porté devant le juge, doit disparaître avec la décision de justice. Cette décision doit, non seulement rééquilibrer au mieux les rapports, mais

⁶⁵³ Th. PIAZZON, *op. cit.*, p. 13.

⁶⁵⁴ Th. PIAZZON, *ibid.*, p. 58.

⁶⁵⁵ Th. PIAZZON, *ibid.*, *loc. cit.*

⁶⁵⁶ X. LAGARDE, *Réflexion critique sur le droit de la preuve*, *op. cit.*, p. 135 où l'auteur précise que « *les règles de recevabilité (...) apparaissent comme un moyen pour l'institution de ne rendre que des décisions dont la légitimité soit indispensable* ».

⁶⁵⁷ H. LEVY-BRUHL, *La preuve judiciaire, étude de sociologie juridique*, p. 21 et s., sp. p. 29, 30 et 53.

également avoir un effet psychologique plus important qu'économique. La partie qui gagne le procès doit avoir l'impression que le juge a réparé le préjudice subi. La partie qui succombe doit comprendre la raison de son échec et la sanction qui doit être en conformité avec le trouble qu'elle a causé. En droit pénal, les peines doivent être proportionnées, comme en droit civil. Par exemple, en matière de responsabilité contractuelle, le préjudice réparé est le préjudice prévisible.

377. **La motivation des juges ou la compréhension de la partie qui succombe.** Le juge doit motiver sa décision. « [Si le juge] *a juridiquement l'obligation d'en dire plus, c'est vraisemblablement parce qu'un détour par la parole s'avère socialement nécessaire, en tout cas utile* »⁶⁵⁸. Cela permet la compréhension, étape nécessaire, pour l'acceptation. « *Si les décisions de justice mettent en œuvre un discours d'une haute technicité et jouissant du privilège de la rationalité, c'est parce que ce discours permet d'accroître l'autorité de ces décisions, et partant leur efficacité. Il intervient pour désamorcer l'éventuelle contestation de celui qui succombe dans ses prétentions et plus généralement de ceux que cet échec pourrait affecter* »⁶⁵⁹. Grâce à l'explication donnée par le juge, la partie qui succombe comprend la raison de sa défaite et peut être moins tentée de contester cette décision. La paix sociale est là aussi préservée.

378. **Une compréhension qui s'impose à tous.** Dans tous les cas, les membres de la société doivent comprendre les décisions rendues dans nos prétoires. La légitimité est plus importante que la vérité. « *La justice n'est pas toujours rendue au nom de la vérité, et un mensonge, s'il peut prendre l'apparence de la vérité, peut parfois être consacré. Ce qui constitue en revanche toujours un minimum nécessaire, c'est que la justice ne soit pas rendue au nom de ce qui n'est pas vraisemblable. Le jugement ne peut plus dans ces conditions recevoir l'adhésion du corps social et manque totalement son but de pacification et de régulation sociale* »⁶⁶⁰. Si l'idée de vérité absolue était au centre de notre justice, comment accepter la décision de justice pour la partie qui la subit lorsque la vérité n'est pas atteinte de façon certaine ? « *L'institution judiciaire n'a en effet pas d'intérêt à mettre en avant l'idée de vérité objective. Dès lors qu'on la présente comme un but impossible à atteindre, on s'expose à ce que celui qui subira les conséquences de cette impossibilité n'accepte pas d'être victime*

⁶⁵⁸ X. LAGARDE, *op. cit.*, p. 10.

⁶⁵⁹ X. LAGARDE, *ibid.*, *loc. cit.*

⁶⁶⁰ M. LAMOUREUX, *op. cit.*, tome 1, p. 221.

d'une situation sur laquelle il a été préalablement dit qu'il n'avait pas prise »⁶⁶¹. Un argument supplémentaire, au profit de la légitimité face à la vérité, réside dans l'impossibilité d'atteindre la vérité absolue.

379. **La légitimation issue du droit de la preuve.** Le principe de légitimation des décisions de justice issue du droit de la preuve explique ce désintéressement de l'idée de sécurité juridique et de recherche intellectuelle de la vérité pour Monsieur le professeur Xavier Lagarde⁶⁶². L'idée de vérité permet d'accroître la légitimité des décisions de justice. L'autorité de la chose jugée présume la vérité de la décision de justice⁶⁶³. « *Ainsi, ce qui fait l'autorité d'un jugement de preuve, ce n'est pas qu'il est vrai, c'est que sa vérité ne peut être efficacement contestée* »⁶⁶⁴. La solution doit suffisamment être motivée et difficilement contestable pour les parties au procès et, plus généralement, pour les membres de la société.

380. **L'exigence d'une vérité vraisemblable.** « *Comme il a été relevé dès l'abord de la question de la preuve, si le droit de la preuve ne peut garantir la consécration de la vérité absolue, il a au moins pour objectif de consacrer une situation vraisemblable* »⁶⁶⁵. Si les décisions de justice ne peuvent pas garantir la vérité absolue, encore faut-il que la situation semble vraisemblable pour être acceptée par les justiciables. Une situation invraisemblable consacrée par une décision de justice serait un trouble à l'ordre public.

381. **Définition.** La légitimité peut ainsi se définir « *comme la qualité d'une décision par laquelle cette décision cesse de paraître arbitraire et devient de ce fait acceptable* »⁶⁶⁶. Le législateur a mis en place un ensemble de règles permettant de faire accepter au mieux les décisions de justice, indépendamment des notions de vérité et de sécurité. La légitimation des décisions de justice domine les finalités classiques – la vérité et la sécurité juridique – de la preuve (§1). En aménageant les règles de preuve, les contractants confortent cette idée de légitimité de ces décisions (§2).

⁶⁶¹ X. LAGARDE, *op. cit.*, p. 410 et 411.

⁶⁶² V. not. X. LAGARDE, *ibid.*, p. 17.

⁶⁶³ X. LAGARDE, *ibid.*, p. 402.

⁶⁶⁴ X. LAGARDE, *ibid.*, p. 405.

⁶⁶⁵ M. LAMOUREUX, *op. cit.*, tome 1, p. 221.

⁶⁶⁶ X. LAGARDE, *op. cit.*, p. 10.

Paragraphe 1 : Les moyens de légitimation des décisions de justice

382. **La légitimation avant toute chose.** La légitimation est au-dessus des concepts de vérité et de sécurité. « *Plutôt que de distinguer rigoureusement le vrai du faux, comme en matière de sciences, il est question d'obtenir un résultat politiquement utile ; plus précisément de terminer, le mieux possible, un procès* »⁶⁶⁷. Le juge va mettre un terme au litige⁶⁶⁸, en se souciant peut-être moins de la vérité et plus de la légitimité. « *L'efficacité sociale ne doit rien à l'idée de vérité* »⁶⁶⁹. Monsieur le professeur Xavier Lagarde a proposé une classification des moyens de légitimation. Il existe trois possibilités de légitimer une décision au regard de notre droit de la preuve : la légitimation par adhésion (A), la légitimation par sanction (B) et la légitimation par normalisation (C).

A : La légitimité par adhésion

383. **Définition.** La légitimité par adhésion peut se définir comme l'acceptation de la future décision par les parties en accomplissant des actes qui préconstituent la preuve future en cas de litige. Les déclarations inscrites dans le marbre du contrat s'imposent au juge avec d'autant plus de force qu'elles lui permettent de faire accepter sa décision sur les énonciations des parties. La préconstitution d'un écrit n'est pas faite pour aider la recherche de la vérité, mais plutôt pour sécuriser l'engagement et faire prendre conscience de l'étendue de son engagement. Cette technique permet de légitimer la décision judiciaire qui a été prise en fonction de l'acte. Il y a une légitimité par adhésion pour les actes instrumentaires⁶⁷⁰. La partie succombe en fonction de ses propres déclarations. Ainsi, il est plus facile pour elle de comprendre et d'accepter la décision de justice. « *Lorsque la décision judiciaire trouve son fondement dans une déclaration de ce type, et tel est le cas lorsque le juge dispose d'un acte instrumentaire, tout se passe comme si l'acte d'autorité qui est au principe de toute décision s'effaçait derrière l'acte de volonté des parties à l'origine de l'acte instrumentaire. Ces dernières apparaissent alors comme les auteurs mêmes de la décision destinée à les*

⁶⁶⁷ G. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, *Essai d'introduction au droit français*, n° 575, p. 298.

⁶⁶⁸ J.-M. LE MASSON, *La recherche de la vérité dans le procès civil*, *op. cit.*, p. 22 où l'auteur indique que « *certains pensent qu'il est prudent d'affirmer qu'en définitive le juge civil n'a que faire de la vérité et que son office est beaucoup plus modestement d'éteindre les litiges entre personnes privées* ».

⁶⁶⁹ X. LAGARDE, *op. cit.*, p. 17.

⁶⁷⁰ Les actes instrumentaires sont les écrits authentiques ou sous seing privé destinés à établir la preuve d'une situation juridique.

contraindre, ce qui diminue l'efficacité sociale de l'éventuelle contestation à laquelle la décision donnerait lieu et accroît d'autant la légitimité de celle-ci »⁶⁷¹.

384. **Une force probante importante.** Les actes instrumentaires sont accompagnés d'une force probante très importante⁶⁷². Les juges sont liés par ces actes, même s'ils doutent de la véracité des énonciations. « *La doctrine explique généralement la force probante reconnue aux actes instrumentaires par le fait que ceux-ci permettraient d'approcher au mieux l'expression de vérité, ou encore parce qu'ils tendraient à promouvoir des impératifs de sécurité juridique* »⁶⁷³. Il existe une autre vision de l'intérêt de la force probante des actes instrumentaires. La force probante des preuves parfaites envisage de légitimer la décision, car les parties ont inscrit, accepté de signer un écrit reprenant, non pas forcément la réalité, mais ce sur quoi ils sont d'accord. Ils l'ont choisi volontairement donc en connaissance de cause⁶⁷⁴, du moins ils auraient dû y penser. Pourquoi le juge remettrait-il en cause la volonté des parties. Le but est de mettre un terme au litige. Si les parties aident le juge dans sa tâche, cela permet la fin du conflit. L'ordre public est plus rapidement rétabli. « *Les juges obtiennent, par ce moyen [la preuve préconstituée], une sûreté complète dans leur décision* »⁶⁷⁵. La décision judiciaire fondée sur un acte sous seing privé ou sur un acte authentique est légitimée par la volonté des contractants à l'origine de cet acte. Les parties sont responsables de la décision qui les touche. De la même façon, si l'un des plaideurs décide de déférer un serment décisoire, il adhère par son acte à la décision qui doit être rendue. Il sait qu'il suffira à son adversaire de prêter serment pour gagner le litige. La partie perdante a conscience de son geste. Il accepte l'issue du procès. À l'inverse, si le plaideur refuse de prêter serment, lui aussi accepte les conséquences de son refus. Ce mécanisme a, au moins, cet avantage de légitimer la décision de justice, faute de déterminer la vérité. La responsabilité des parties peut également se retrouver, non pas dans une idée d'adhésion, mais, dans un esprit de sanction.

⁶⁷¹ X. LAGARDE, *op. cit.*, p. 183.

⁶⁷² R. LEGAIS, *Les règles de preuve en droit civil, op. cit.*, p. 37 où l'auteur précise qu'« *en réalité, l'existence de preuves sérieuses est d'intérêt public, et leur exigence conditionne une bonne administration de la justice car elle est un moyen très sûr de réduire le nombre des mauvaises contestations, de limiter les procès. Il apparaît donc que des intérêts permanents justifient la création par le législateur d'une obligation de préconstituer la preuve chaque fois où les circonstances le permettent, sous peine de se voir refuser justice, mais aussi l'assurance que cette preuve aura une très grande valeur probante* ».

⁶⁷³ X. LAGARDE, *op. cit.*, p. 182.

⁶⁷⁴ X. LAGARDE, *ibid.*, p. 172 et 173.

⁶⁷⁵ J. BENTHAM, *Traité des preuves judiciaires*, tome 1, Hector Bossange, Paris, 2^e éd., 1830, p. 255.

B : La légitimité par sanction ou par imputation

385. **But poursuivi.** Dans cette légitimité, la décision judiciaire sanctionne le comportement fautif ou négligent d'un des plaideurs : « *Il sera question de légitimité par imputation chaque fois que le rejet des prétentions trouvera sa cause dans une négligence ou même une faute de la partie succombante* »⁶⁷⁶. En principe, le juge ne modifie une situation de fait qu'à la condition que le demandeur lui rapporte la preuve de ses allégations. Faute d'y parvenir, le demandeur perd le litige. Il est sanctionné à cause de son manquement dans la charge de la preuve. De manière identique, si le défendeur n'arrive pas à ramener la justification du fait qui le libère d'une obligation préalablement établie, alors il succombe face à son adversaire. Le juge impute le manquement fautif ou négligent dans la charge de la preuve à ce plaideur. Il serait injuste pour la partie, non tenue par la charge de la preuve, de supporter l'absence de preuve qui pèse sur son adversaire.

386. **L'aveu judiciaire, exemple topique de la légitimité par sanction.** La légitimité par sanction se retrouve dans le mécanisme de l'aveu judiciaire. Lorsqu'un plaideur décide d'avouer pendant une instance judiciaire, le juge rend un jugement, ou un arrêt selon le degré de juridiction conformément aux dires de cette partie. La décision sanctionne ce plaideur. Ce mécanisme peut s'analyser également comme une légitimation par adhésion. En avouant, le justiciable accepte la solution délivrée en tenant compte de ses déclarations. Autrement dit, elle adhère à la sanction prononcée en réponse à l'aveu judiciaire. L'auteur de cet aveu, en reconnaissant ses torts, met fin au conflit. Le juge n'a plus, en principe, à s'intéresser à la vérité. Evidemment, dans certains domaines, cette technique ne peut pas être reçue. Tout dépend de la disponibilité des droits en jeu. Une dernière technique de légitimation des décisions de justice se rapproche de l'idée de vérité, mais sans toutefois l'atteindre. Il s'agit de la légitimité par normalisation.

C : La légitimité par normalisation

387. **Définition.** La légitimité par normalisation concerne les cas dans lesquels la loi met en place un système selon lequel la décision prise par le juge est fondée sur l'idée de normalité. Le but n'est pas d'affirmer que c'est la vérité absolue. Faute d'arriver à cette vérité,

⁶⁷⁶ X. LAGARDE, *op. cit.*, p. 17.

le juge procède par probabilité. En général dans cette situation, la déduction logique veut que ce soit de cette manière que les faits se soient passés⁶⁷⁷. Il existe une possibilité plus faible dans le sens contraire.

388. **L'exemple des présomptions.** « À titre subsidiaire, [l'institution judiciaire] se servira de procédés de preuve faisant implicitement référence à l'idée de vérité ; il s'agira essentiellement des présomptions. Dans ces hypothèses, ce n'est cependant pas l'idée de vérité qui se réalise dans le droit de la preuve. C'est tout au contraire le droit de la preuve qui utilise l'idée de vérité en vue de se réaliser »⁶⁷⁸. Les présomptions procèdent de cet esprit. Un fait inconnu est déduit d'un fait connu. La probabilité vient de l'évidence. C'est ce qui est légitime de croire à la vue de certains faits : l'enfant, qui a du chocolat sur les mains (fait connu), est certainement celui qui a mangé le chocolat (fait inconnu). Ce n'est pas une vérité absolue, même si en probabilité c'est très souvent le cas.

389. **Une question de probabilité.** C'est donc l'idée de probabilité qui induit celle de normalité, et plus particulièrement dans les décisions de justice. La légitimité s'effectue par normalisation. « Il faut partir de l'idée que si l'ordre juridique choisit d'exprimer les solutions qu'il promeut en terme de présomption, c'est qu'il y trouve un intérêt. Celui-ci vient de ce qu'intuitivement la notion de présomption appelle celle de probabilité, si bien qu'en utilisant cette notion, l'ordre juridique donne l'impression de conformer ses solutions au cours normal des choses »⁶⁷⁹. Les parties doivent comprendre que le juge décide dans le sens de la normalité, parfois au détriment de la vérité en cas de carence de la preuve contraire. Si la légitimité est si importante dans notre système juridique, pourquoi ne pas favoriser les comportements permettant d'accroître cette légitimité ? Les conventions de preuve en sont un moyen qui semble efficace.

⁶⁷⁷ X. LAGARDE, *op. cit.*, p. 364 où l'auteur précise que « lorsqu'un juge fonde sa décision sur une présomption légale simple, laquelle constitue le cas de figure le plus fréquent, il ne se prononce cependant pas directement sur la vérité des propositions de preuve. Il se borne à dire qu'en général, et eu égard aux autres circonstances du litige, la proposition de preuve qu'il retient correspond à la réalité. Le juge ne dit pas : telle proposition est vraie ; il dit : la situation que décrit cette proposition s'inscrit dans le cours normal des choses. D'une certaine manière, le juge normalise la situation des intéressés. Nous serions tentés de parler de "légitimité par normalisation" ».

⁶⁷⁸ X. LAGARDE, *ibid.*, p. 18.

⁶⁷⁹ X. LAGARDE, *ibid.*, p. 362.

Paragraphe 2 : Les conventions de preuve comme moyen de légitimation des décisions de justice

390. **De l'intérêt des conventions sur la preuve.** Quand les parties ne contestent pas la réalité d'un fait, le juge accepte que ce fait soit tenu pour vrai, même si ce n'est pas le cas. L'idée repose sur la légitimité de la décision. Si les deux parties sont d'accord en amont pour aider le juge dans sa prise de décision, pourquoi ne pas l'accepter ? Attention, cette hypothèse n'est vraie que pour les droits disponibles. Lorsque l'ordre public est trop présent dans un domaine en rendant indisponible un droit, le juge doit vérifier la réalité des faits. C'est le cas en droit pénal, en droit de la famille ou encore en matière de filiation⁶⁸⁰. À l'origine, la doctrine était majoritairement opposée aux conventions de preuve, sans doute parce que le système de preuve était suffisant pour légitimer les décisions de justice. Le système de preuve prévu par le législateur était certainement efficace dans la grande majorité des situations. Désormais, la doctrine a inversé sa position en acceptant le caractère supplétif des règles de preuve⁶⁸¹.

391. **Une question d'évolution.** Est-ce à cause des progrès scientifiques ? Fréquemment, les techniques nouvelles permettent de rendre obsolète la rigueur des règles de preuve. Comment accepter de se limiter aux règles légales, alors que des preuves nouvelles arriveraient à la découverte de la vérité ? Comment accepter d'empêcher d'apporter la preuve de son droit à cause du système légal prévu par le législateur ? Une telle situation limite l'accès à la vérité et va à l'encontre de la légitimité des décisions de justice qui préserve la paix sociale.

392. **Pas qu'une question de fonctions.** Au vu des fonctions de la preuve, il est temps de s'intéresser plus particulièrement à la possibilité d'aménager les règles de preuve pour, d'une part, se rapprocher des objectifs contractuels des contractants et, d'autre part, aider le juge dans son office. Dans tous les cas, la validité des conventions sur la preuve ne peut se limiter aux finalités de la preuve.

⁶⁸⁰ X. LAGARDE, *op. cit.*, p. 171 et 172.

⁶⁸¹ R. LEGEAIS, *Les règles de preuve en droit civil, op. cit.*, p. 137.

CONCLUSION DU CHAPITRE PREMIER

393. **La dualité du système de preuve : entre sécurité juridique et vérité juridique.** En présence d'un litige entre des individus, l'ordre public est directement menacé. Il convient d'apaiser ce conflit en donnant une réponse à ce problème. Pour ce faire, les plaideurs doivent rapporter la preuve de leurs allégations devant le juge. Le législateur a organisé la preuve en distinguant les actes juridiques des faits juridiques. La liberté de la preuve n'est autorisée que pour ces derniers. Les actes juridiques supérieurs à 1500 euros doivent être prouvés par un système de preuve parfaite. Il faut soit un acte sous seing privé, avec ou sans le concours d'un avocat, soit un acte authentique. Pourquoi un système tant encadré ? La liberté de la preuve aurait pu être généralisée. Le législateur en a décidé autrement. Si la liberté de la preuve permet l'accès plus facile à la découverte de la vérité, les preuves littérales sont le moyen de sécuriser les situations de faits. Dans les deux cas, ce choix est guidé par un souci d'apaisement du litige. Il faut donner une réponse le plus rapidement possible afin de protéger l'ordre public. L'obligation de se préconstituer une preuve par écrit permet de préparer un éventuel conflit futur. Cet écrit peut être contesté par un écrit de valeur probante soit identique, soit supérieure.

394. **La légitimité comme limite.** Le législateur privilégie peut-être la sécurité juridique au détriment de la vérité mais seulement parce que la décision rendue est légitime. Les parties, en se préconstituant une preuve par écrit, ont adhéré à cet écrit. La décision de justice qui consacre les énonciations de cet écrit est légitime. La légitimité permet la protection de l'ordre public. Le conflit social s'éteint par l'acceptation de la décision. La légitimité de la décision de justice permet aux plaideurs d'apaiser leur litige. La légitimité peut provenir soit de la vérité, soit de la sécurité juridique. Dans les deux cas, le législateur recherche la fin de l'atteinte à l'ordre public.

395. **Modifier les règles de preuve pour modifier les fonctions de la preuve.** Lorsque les parties décident de modifier ces règles de preuve, le risque de modifier les fonctions propres de la preuve devient possible. Les parties peuvent vouloir augmenter la

sécurité de leurs conventions, ou au contraire permettre la liberté de la preuve pour assurer la recherche de la vérité. Le premier objectif comme le second ne semblent pas contraires à l'ordre public, puisque le législateur procède de la même manière. Encore faut-il que cet aménagement ne soit pas contraire à la légitimité des décisions de justice. Accepter un tel comportement ne réduit-il pas la légitimité de la décision prise par le juge ? Pour savoir si ces conventions sur la preuve respectent les fonctions de la preuve et *in fine* l'ordre public, encore faut-il donner une conception efficace de cette notion.

CHAPITRE SECOND

LE NÉCESSAIRE RENOUVELLEMENT DE LA CONCEPTION DE L'ORDRE PUBLIC

396. **Existe-t-il une définition ?** L'ordre public⁶⁸², « *cheval fougueux indomptable* »⁶⁸³, son étude est décourageante et excitante pour une même raison : la difficulté d'en donner une définition⁶⁸⁴. Est-ce possible⁶⁸⁵ ? Phénomène étrange car, « *il est peu d'expressions qui apparaissent aussi souvent dans les textes (...) et dans les décisions [juridictionnelles] que celle de l'ordre public. Et pourtant, en dépit d'études remarquables, la notion conserve son mystère ; celui qui l'aborde éprouve rapidement une impression de découragement. Elle ne se laisse en effet ni définir, ni circonscrire et l'on s'essouffle à la suivre dans sa diversité, dans l'apparente fantaisie de ses évolutions* »⁶⁸⁶. Le Professeur Catala commença son rapport de synthèse sur l'ordre public en mentionnant que son propos aurait pu s'intituler « *À la recherche de l'ordre public* »⁶⁸⁷. Cela montre bien la difficulté de définir cette notion. Monsieur le professeur Malaurie, dans sa thèse, en avait dénombré plus

⁶⁸² Pour une étude d'ensemble sur l'ordre public, v. not. P. CATALA, *À propos de l'ordre public*, in Mél. P. DRAI, Dalloz, 2000, p. 511 et s. ; J. GHESTIN, *L'ordre public, notion à contenu variable en droit privé français*, in Les notions à contenu variable en droit, Trav. du centre national de recherches de logique, Bruxelles, 1984, p. 77 et s.

⁶⁸³ Ph. MALAURIE, *L'ordre public et le contrat (Étude de Droit civil comparé France, Angleterre, U. R. S. S.)*, Ed. Matot-Braine, Reims, 1953, p. 3.

⁶⁸⁴ A. PLANTEY, *Définitions et principes de l'ordre public*, in L'ordre public, sous la dir. de R. POLIN, Politique d'aujourd'hui, PUF, Paris, 1995, p. 27 où l'auteur précise que « *le concept d'ordre public est une notion vague, complexe, changeante, quelque peu mystérieuse, en tout cas difficile et même dangereuse à définir car elle est relative à la circonstance, à l'époque et au lieu où elle est invoquée, et en même temps dépend d'un environnement politique, moral et religieux* ».

⁶⁸⁵ J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, Dalloz, 5 éd., 2012, n° 185 où l'auteur affirme que « *ces concepts élastiques sont indispensables au droit qui, institué pour discipliner la matière vivante, est tenu d'épouser la plasticité de la vie et qui ne peut le faire que grâce à l'existence de définitions larges* » ; D. HOUTCIEFF, *L'atteinte à l'ordre public et aux bonnes mœurs*, in Lamy Droit du contrat, sous la dir. de B. FAGES, 2009, n° 236-9 où l'auteur indique que « *ces notions permettent ainsi au droit de s'adapter aux réalités* ».

⁶⁸⁶ J. VINCENT, *La procédure et l'ordre public*, in Mél. P. ROUBIER, Tome 2, 1961, p. 303.

⁶⁸⁷ P. CATALA, *Rapport de synthèse*, in L'ordre public, Travaux de l'Association H. CAPITANT, Journées libanaises, Tome 49, LGDJ, 1998, p. 1.

de vingt définitions⁶⁸⁸ en 1953. Aucune n'étant satisfaisante, il en proposa une de plus. Depuis, le nombre de définitions a considérablement augmenté.

397. **Utilité d'une nouvelle définition.** Le critère principal des conventions relatives à la preuve est l'ordre public. Il détermine les droits disponibles pour l'admissibilité et limite le contenu de la convention pour l'admission. Il est indispensable d'être unanime sur l'acceptation des termes « ordre public ». L'efficacité de ce critère est dépendante de la conception retenue. Actuellement, trop de conceptions différentes de l'ordre public existent (**Section 1**) pour qu'il soit un critère pertinent. L'effectivité de l'utilisation de cette notion pour la validité des conventions de preuve suppose de déterminer une conception certaine de l'ordre public (**Section 2**)

Section 1 : L'ordre public : une conception morcelée

398. **Un ordre public ou des ordres publics ?** Ordre public procédural, ordre public écologique, ordre public économique⁶⁸⁹, ordre public pénal, ordre public administratif, ordre public social ou encore, par exemple, ordre public fiscal⁶⁹⁰. Il semble qu'il y ait autant d'ordres publics que de domaines dans le droit⁶⁹¹. L'ordre public se trouverait dans tous les pans du droit : « *Le domaine d'intervention de l'ordre public est tentaculaire : aucune branche du droit n'y échappe en droit interne comme en droit international ; la notion d'ordre public est utilisée en droit international, en droit européen, en droit constitutionnel,*

⁶⁸⁸ Le nombre se situe entre 21 et 22 selon les auteurs. Peu important est l'exactitude de ce nombre, le constat reste identique : il existe trop de définitions différentes de l'ordre public pour pouvoir être un critère efficace de la validité des conventions relatives à la preuve.

⁶⁸⁹ J. HAUSER et J.-J. LEMOULAND, *Ordre public et bonnes mœurs*, in Rép. Civ. Dalloz, 2004, n° 37, p. 10 où les auteurs précisent que « dans la mesure où l'article L. 110-1 (I et II) du Code de l'environnement énonce que « les espaces, ressources et milieux naturels, les sites et paysages, la qualité de l'air, les espèces animales et végétales, la diversité et les équilibres biologiques auxquels ils participent font partie du patrimoine commun de la nation. Leur protection, leur mise en valeur, leur restauration, leur remise en état et leur gestion sont d'intérêt général », il y a bien naissance d'un ordre public écologique dans la mesure où l'intérêt général est bien concerné et où le résultat sera inéluctablement de limiter la propriété privée ou la liberté contractuelle au nom de la protection de l'environnement ».

⁶⁹⁰ Sur la pluralité des ordres, v. G. PIGNARRE, *Et si on parlait de l'ordre public (contractuel) ?*, RDC 2013, n° 1, p. 251, sp. n° 3 où l'auteur remarque « une pulvérisation de l'ordre public en ordres publics ».

⁶⁹¹ D. HOUTCIEFF, *op. cit.*, n° 236-7 où l'auteur indique que « l'ordre public varie d'une branche du droit ou d'un ordre juridictionnel à l'autre, se chargeant d'un contenu différent suivant la matière où il s'exerce et l'institution qu'il défend » ; B. FAUVARQUE-COSSON, *L'ordre public, in 1804-2004 Le Code civil : Un passé, un présent, un avenir*, Dalloz, 2004, p. 475 où l'auteur pense qu'il existe plusieurs ordres publics : « *Ordre public national, communautaire, international : à chacun son visage et son mode d'intervention. Il n'existe plus un ordre public, mais des ordres publics qui s'additionnent et s'entrechoquent* ».

en droit administratif, en contentieux administratif, en droit pénal, en procédure pénale, en droit civil, en procédure civile, en droit du travail, en droit du sport, etc »⁶⁹². L'ordre public est tout simplement partout⁶⁹³.

399. **Diversité des domaines, unité de la notion ?** L'ordre public est présent là où le législateur intervient pour réguler les comportements dans la société. Cette multiplicité des domaines ne veut pas dire pour autant qu'il existe plusieurs ordres publics. Les différentes classifications de l'ordre public « *se bornent en réalité à révéler les multiples facettes de l'ordre public sans condamner l'idée d'une notion unitaire* »⁶⁹⁴. L'ordre public est peut-être de l'essence de la loi. Sa force est différente selon la volonté du législateur, selon les besoins à un moment donné, dans un espace donné. Par exemple, la différence de sexe dans le mariage était une condition d'existence de cette institution. Désormais, le mariage entre personnes du même sexe s'impose pour garantir l'égalité entre les citoyens. L'ordre public, naguère contrarié par le mariage entre personnes de même sexe, ne l'est plus aujourd'hui.

400. **Des ordres publics, des finalités communes.** En droit administratif, l'ordre public se définit par le triptyque suivant : sécurité, tranquillité et salubrité publique⁶⁹⁵. On peut ajouter à cette trilogie la dignité humaine depuis la jurisprudence « *Commune de Morsang-sur-Orge* »⁶⁹⁶. L'ordre public en droit administratif est pris dans un sens très strict, sens trop strict par rapport à la conception privatiste de cette notion. En droit privé, l'ordre public dépasse le domaine d'intervention du droit administratif. D'ailleurs, Madame Vincent-

⁶⁹² M.-C. VINCENT-LEGOUX, *L'ordre public : étude de droit comparé interne*, Collection les grandes thèses du droit français, PUF, 2001, p. 11 et 12.

⁶⁹³ F. HAGE-CHAHINE, *L'ordre public dans l'économie, Rapport général*, in *L'ordre public*, Travaux de l'Association H. CAPITANT, Tome 49, LGDJ, 1998, p. 23 où l'auteur considère qu'« *il n'y a pas un ordre public unique mais des ordres publics. (...) on constate qu'il y a un ordre public moral, politique, économique, social et religieux. Le législateur peut, parfois, être nuancé dans le choix de ses objectifs. Ce qui a permis à la doctrine, en France, de distinguer, à l'intérieur de l'ordre public économique, entre l'ordre public économique de direction, et l'ordre public de protection. (...) Sous l'angle des matières auxquelles s'applique l'ordre public, on constate que l'ordre public existe partout, en droit interne comme en droit international, en droit public comme en droit privé. À l'intérieur du droit privé, il intervient en droit civil, en droit commercial, en droit du travail et en droit pénal. (...)* ».

⁶⁹⁴ M.-C. VINCENT-LEGOUX, *op. cit.*, p. 13.

⁶⁹⁵ A. PLANTEY, *op. cit.*, p. 47 pour ce qui de la conception en droit administratif de l'ordre public ; D. HOUTCIEFF, *op. cit.*, n° 236-7.

⁶⁹⁶ CE, 27 octobre 1995, n° 136-727 ; RFD adm. 1995, p. 1204, concl. FRYDMAN ; JCP G 1996, II, n° 22630, note F. HAMON ; M. LONG, P. WEIL, G. BRAIBANT, P. DELVOLVE et B. GENEVOIX, *Grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Dalloz, 19^e éd., 2013, n° 108.

Legoux, dans sa thèse de doctorat, plaide pour l'unité de ces conceptions. Il s'agit, pour elle, du même ordre public⁶⁹⁷.

401. **Annonce du plan.** En s'intéressant exclusivement à la branche du droit privé, il est possible de remarquer que l'unité ne règne pas non plus. Les divergences au sein de la *summa divisio* du droit et les divergences au sein du droit privé sont nécessairement justifiées. Malgré ces contrariétés, ces morcellements aboutissent à un résultat unique : la limitation de la volonté (§1). Les difficultés ne se sont pas atténuées avec le temps. Avec l'émergence de la nécessité de protéger les individus en situation de faiblesse, le législateur a mis en place tout un système fondé sur l'ordre public pour rétablir l'équilibre des parties au sein du contrat (§2).

Paragraphe 1 : Des divergences anciennes aboutissant à la limitation contractuelle

402. **L'ordre public renvoyant aux principes fondamentaux.** Les auteurs, ayant travaillé sur la notion d'ordre public, la rattachent souvent à des principes fondamentaux de la société tels que : « *L'arrangement des institutions, l'organisation des règles indispensables à l'exercice et au fonctionnement de l'État* »⁶⁹⁸, « *les idées auxquelles la société s'est très nettement arrêtée, repoussant la liberté sur ce point puisqu'elle croit tenir la vérité sur ce point* »⁶⁹⁹, « *l'intérêt social* »⁷⁰⁰, « *les canons fondamentaux* »⁷⁰¹, « *l'intérêt vital de la société* »⁷⁰², ou encore « *l'intérêt général* »⁷⁰³.

Monsieur le professeur Malaurie ne déroge pas à cette tendance : « *le petit faisceau des cadres fondamentaux sur lesquels repose la société, son bâti élémentaire* »⁷⁰⁴. D'ailleurs, pour cet auteur, l'ordre public « *est une notion conservatrice ayant pour objet la sauvegarde des*

⁶⁹⁷ M.-C. VINCENT-LEGOUX, *op. cit.*

⁶⁹⁸ H. CAPITANT, *Introduction à l'étude du Droit civil*, Ed. Pedone, Paris, 3^e éd., 1912, n° 27.

⁶⁹⁹ R. DEMOGUE, *Notions fondamentales de Droit privé*, Ed. Rousseau, Paris, 1911, p. 146.

⁷⁰⁰ L. DUGUIT, *L'État, le droit objectif et la loi positive*, Tome 1, Ed. Fontemoing, Paris, 1901, p. 566.

⁷⁰¹ J. DABIN, *Autonomie de la volonté et lois impératives, Ordre public et bonnes mœurs, sanction de la dérogation aux lois, en droit privé interne*, Annales de droit et de sciences politiques, t. VIII, Louvain, 1940, p. 232.

⁷⁰² J. HEMARD, *Précis élémentaire*, I, Sirey, Paris, 3^e éd., 1943, n° 118.

⁷⁰³ M. PLANIOL, G. RIPERT et J. BOULANGER, *Traité élémentaire*, Tome 1, LGDJ, Paris, 4^e éd., 1948, cité par G. FARIAT, *L'ordre public économique*, Thèse Paris, Préface B. GOLDMAN, 1963, p. 29.

⁷⁰⁴ Ph. MALAURIE, *L'ordre public et le contrat*, *op. cit.*, p. 41, n° 52.

valeurs essentielles de la société à un moment donné »⁷⁰⁵. Mais quelles sont ces valeurs si importantes aux yeux de la société pour venir limiter la volonté de ses membres ? La doctrine est partagée sur les intérêts protégés en raison de la conception retenue de l'ordre public (A), même si, *in fine*, un point commun ressort : son effet est de limiter la liberté (B).

A : Des divergences doctrinales issues des différentes conceptions de l'ordre public : les intérêts protégés

403. **Annnonce du plan.** Il existerait un intérêt supérieur justifiant la limitation des comportements des membres de la société. Quel est donc cet intérêt ? Est-ce un intérêt regroupant tous les intérêts individuels ? Est-ce un intérêt représentant la majorité des intérêts des membres de la société ? Ou est-ce un intérêt transcendant les intérêts des membres de la société ? La doctrine a du mal à choisir entre l'intérêt général et l'intérêt social pour déterminer l'objectif recherché par l'ordre public (1). Pourtant ce choix, bien que pouvant paraître anodin, peut avoir des conséquences sur la qualification des règles juridiques. Les auteurs, choisissant l'intérêt général, sont plus enclins à distinguer les règles d'ordre public des règles impératives (2).

1 : La distinction entre l'intérêt général et l'intérêt social

404. **L'État protège.** L'État a pour objectif de protéger les intérêts de la société et les membres qui la composent. « *L'État organise le bonheur familial des individus, au besoin contre eux-mêmes, parce qu'une partie importante du jugement leur échappe* »⁷⁰⁶. Si l'État intervient, c'est dans un but d'intérêt supérieur, pour certains « général », pour d'autres « social ». Quelle différence existe-t-il entre l'intérêt général et l'intérêt social ?

405. **Notion d'intérêt général.** Une partie de la doctrine a défini l'ordre public par la notion « d'intérêt général » afin de déterminer son contenu. Cependant, il faudrait commencer par définir cette notion. La tâche n'est pas plus simple. L'« intérêt général »

⁷⁰⁵ Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, Defrénois, 6^e éd., 2013, n° 649.

⁷⁰⁶ J. HAUSER, *L'ordre public dans les relations de famille, Rapport français*, in *L'ordre public*, Travaux de l'Association H. CAPITANT, Tome 49, LGDJ, 1998, p. 478.

s'oppose aux intérêts privés. Une mesure est prise dans l'intérêt général tout en protégeant à la fois l'intérêt privé d'un groupe d'individus face à une autre catégorie⁷⁰⁷.

406. **Notion d'intérêt social.** Le doyen Carbonnier préférerait quant à lui la référence à l'« intérêt social » plutôt qu'à l'« intérêt général », permettant une plus grande souplesse de la notion d'« ordre public ». La question de l'opposition de l'intérêt général et des intérêts privés ne se poserait plus⁷⁰⁸. L'intérêt social peut comprendre en son sein des intérêts privés ou catégoriels⁷⁰⁹. Portalis écrivit que « *la loi est d'ordre public quand elle intéresse plus directement la société que les particuliers* »⁷¹⁰.

407. **Une notion, plusieurs sens.** Cette pluralité de termes, de définitions donne le sentiment que les auteurs ne définissent pas la même notion⁷¹¹. Monsieur le professeur Malaurie en a déduit que « *nul n'a jamais pu définir le sens, chacun en vante l'obscurité, et tout le monde s'en sert* »⁷¹². C'est sans doute le lot de ces notions qui sont des contenants dont le contenu est mouvant.

408. **Ordre public et liberté contractuelle**⁷¹³. L'État s'efforce de maintenir la paix sociale. L'ordre public permet de réaliser cet équilibre dans la société. « *Le maintien de l'ordre public dans une société est la loi suprême* »⁷¹⁴. Pour ce faire, l'ordre public intervient en limitant la liberté⁷¹⁵ des individus afin de préserver la paix sociale. « *L'ordre public n'apparaît que par les atteintes qui lui sont portées* »⁷¹⁶. Liant ainsi les principes fondamentaux de la société à sa fonction limitative de liberté, Monsieur le professeur

⁷⁰⁷ J. HAUSER et J.-J. LEMOULAND, *op. cit.*, 2004, n° 1, p. 3.

⁷⁰⁸ J. HAUSER et J.-J. LEMOULAND, *ibid.*, *loc. cit.*

⁷⁰⁹ J. HAUSER, *L'ordre public dans les relations de famille*, *op. cit.*, p. 478 où l'auteur précise que « *les instruments de l'ordre public traduisent le primat de l'intérêt public. Le cadre fondamental est celui de l'intérêt de la société dont on présume qu'il rejoint l'intérêt de chacun, au moins à long terme, même si, dans l'immédiat, l'aspect contraignant apparaît plus nettement aux sujets destinataires* ».

⁷¹⁰ PORTALIS cité par D. HOUTCIEFF, *op. cit.*, n° 236-23.

⁷¹¹ D. TALLON, *Considérations sur la notion d'ordre public dans les contrats en droit français et en droit anglais*, in MéL. R. SAVATIER, Dalloz, 1965, p. 884 où l'auteur remarque qu'« *on a parfois l'impression que ce n'est plus la même notion qui se cache derrière les mêmes mots* ».

⁷¹² Ph. MALAURIE, *L'ordre public et le contrat*, *op. cit.*, n° 1.

⁷¹³ G. PIGNARRE, *op. cit.*, p. 251.

⁷¹⁴ PORTALIS, *Exposé des motifs du projet du Code civil présenté au corps législatif à propos de l'article 6*, Procès-verbaux du Conseil d'État contenant la discussion du projet de Code civil, t. II. Séance du 5 ventôse, An II, p. 396. L'auteur continue en déclarant que les bonnes mœurs sont le « *véritable ciment de l'édifice social* ». L'ordre public serait alors les briques, et les bonnes mœurs le ciment permettant la structure sociale de tenir.

⁷¹⁵ D. HOUTCIEFF, *op. cit.*, n° 236-19 où l'auteur considère que « *l'ordre public ne paraît pouvoir se définir que par antiphrase : il consiste en "une idée repoussant la liberté"* ». L'auteur cite R. DEMOGUE, *Les notions fondamentales du droit privé*, Rousseau, 1911, p. 146.

⁷¹⁶ Ph. MALAURIE, *L'ordre public et le contrat*, *op. cit.*, p. 105 ; Dans le même sens, D. HOUTCIEFF, *op. cit.*, n° 236-19.

Houtcieff définit l'ordre public « *comme une atteinte nécessaire à la liberté contractuelle fondée sur un intérêt supérieur. Cet intérêt supérieur correspond souvent à l'intérêt général, du moins à des valeurs essentielles et collectives* »⁷¹⁷. Un autre auteur met également en relation ces deux éléments : « *La règle d'ordre public est une norme, fondée sur des raisons d'ordre religieux, moral, politique, social et économique, jugées indispensables à l'organisation et la sauvegarde de la société qui impose le commandement qu'elle contient ou qui évince tout acte de volonté, toute décision ou toute autre règle qui lui est contraire* »⁷¹⁸. L'ordre public est alors une notion consubstantielle à l'existence sociale. Il est un « *instrument* »⁷¹⁹ indispensable.

409. **L'importance d'un choix.** Le choix de fonder l'ordre public sur la recherche de l'intérêt général ou sur celle de l'intérêt social a des répercussions sur la qualification des règles juridiques auxquelles on ne peut déroger. En d'autres termes, la règle d'ordre public est-elle identique à la règle impérative ? La réponse dépend certainement de ce choix initial.

2 : La distinction entre la règle d'ordre public et la règle impérative

410. **Synonymie ?** La question, qui se pose au sein de la doctrine, est de savoir si toutes les règles impératives sont d'ordre public. L'impérativité d'une règle limite la liberté et l'ordre public est l'antithèse de la liberté. Les deux ont la même fonction. Sont-ils des synonymes ?

411. **Positionnement doctrinal.** La doctrine est unanime sur le fait de dire que l'ordre public va au-delà des règles impératives, avec l'ordre public virtuel. En revanche, la doctrine est divisée sur le point de savoir si toutes les règles impératives appartiennent à l'ordre public textuel et par la même à l'ordre public de manière plus générale⁷²⁰. L'ordre public textuel doit-il se confondre avec l'impérativité ?

⁷¹⁷ D. HOUTCIEFF, *op. cit.*, n° 236-23.

⁷¹⁸ F. HAGE-CHAHINE, *op. cit.*, p. 20.

⁷¹⁹ F. HAGE-CHAHINE, *ibid.*, p. 21.

⁷²⁰ B. FAUVARQUE-COSSON, *L'ordre public, in 1804-2004 Le Code civil : Un passé, un présent, un avenir*, Dalloz, 2004, p. 485 où l'auteur remarque que « *l'idée selon laquelle l'ordre public sous-tend les lois impératives et les absorbe toutes est loin d'emporter l'unanimité doctrinale* ». Dans le même sens MARTY et RAYNAUD, *Introduction générale*, Sirey, 1972, n° 98 et 99 ; *Les obligations*, t. 1 Les sources, Sirey, 1988, n° 49 ; Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations, op. cit.*, note 4, n° 648 ; D. TALLON, *op. cit.*, p. 883.

412. **Toutes les règles impératives ne relèvent pas de l'ordre public.** Certains auteurs considèrent que toutes les règles impératives ne sont pas édictées dans un souci d'intérêt général⁷²¹. Autrement dit, certaines règles impératives ne protègent pas l'intérêt supérieur de la société, mais des intérêts privés ou catégoriels⁷²². Par exemple, les règles en matière de bail d'habitation défendent les intérêts des locataires. Pour ces auteurs, ces lois sont impératives, mais ne concernent pas l'ordre public. « *Si, quand la loi commande il arrive souvent que c'est parce que l'ordre public est intéressé on aurait pourtant tort d'en inférer qu'il en est toujours ainsi* »⁷²³. La confusion provient de l'utilisation, par le législateur, de la qualification d'ordre public des lois pour obtenir la fonction d'impérativité, entraînant ainsi cette confusion entre ordre public et caractère impératif⁷²⁴. Le contenu de l'ordre public devient alors difficilement explicable avec la notion d'intérêt général. L'ordre public n'est plus que l'impérativité des règles⁷²⁵, ce qui peut paraître réducteur et faux, pour ces auteurs. D'après leur opinion, la règle impérative est d'ordre public seulement si elle tend à protéger l'intérêt général, elle ne l'est pas si elle concerne un intérêt privé ou catégoriel.

413. **Toutes les règles impératives relèvent de l'ordre public.** Une autre partie de la doctrine est favorable à l'assimilation des règles impératives avec l'ordre public⁷²⁶. Dans un sens large, toutes les lois impératives sont d'ordre public⁷²⁷. Soit le qualificatif d'impératif signifie que la règle est d'ordre public, sans se soucier des intérêts en jeu, soit contrairement à

⁷²¹ G. PIGNARRE, *op. cit.*, n° 10. V. aussi, J. PINEAU, *L'ordre public dans les relations de famille, Rapport général*, in *L'ordre public*, Travaux de l'association Henri Capitant, journées libanaises, tome XLIX, 1998, p. 337 et 338 où l'auteur indique que « *certain auteurs ont contesté que toutes les lois impératives fussent d'ordre public, ce qui est d'ailleurs très vraisemblable : ainsi en est-il de MM. Marty et Raynaud et notamment de M. Hauser* » ; B. FAUVARQUE-COSSON, *op. cit.*, p. 484 où l'auteur précise que « *le premier défi consiste donc à restaurer l'ordre public dans son identité propre, ce qui suppose de le distinguer de la notion de règles impératives avec laquelle il est trop souvent confondu, par facilité. (...) Ce dérapage est d'autant plus contestable que le caractère impératif de la règle, s'il sert de révélateur de l'ordre public, n'en constitue pas même un effet systématique* ».

⁷²² J. PINEAU, *ibid.*, p. 338 où l'auteur considère qu'« *il importe peu, en vérité, de savoir si la loi commande ou prohibe, mais il importe de déterminer si la règle obligatoire a pour but de protéger la collectivité ou, plutôt, certains intérêts catégoriels ou particuliers* ». Pour les partisans de la distinction, ce n'est qu'à partir de ce moment là qu'il sera possible de déterminer si la règle impérative est d'ordre public ou non.

⁷²³ J. HAUSER, *L'ordre public dans les relations de famille, op. cit.*, p. 475. V. dans le même sens B. AUDIT, *Droit international privé*, Economica, 6^e éd., 2010, n° 300 et s.

⁷²⁴ J. HAUSER et J.-J. LEMOULAND, *op. cit.*, n° 2, p. 3.

⁷²⁵ B. FAUVARQUE-COSSON, *L'ordre public, op. cit.*, p. 475 où l'auteur précise qu'« *au surplus, force est de constater que l'ordre public interne se réduit actuellement à un réceptacle d'interdictions ponctuelles, véritable panier percé tant la notion de règle impérative, avec laquelle il est trop souvent confondu, est-elle-même dévaluée* ».

⁷²⁶ J. PINEAU, *L'ordre public dans les relations de famille, Rapport général*, in *L'ordre public*, Travaux de l'association Henri Capitant, journées libanaises, tome XLIX, 1998, p. 338 où l'auteur cite les auteurs favorables à l'assimilation des règles impératives aux règles d'ordre public : « *MM. Carbonnier, Ghestin, Weill et Terré* ».

⁷²⁷ P. DEUMIER, *Introduction générale au droit*, LGDJ, 2^e éd., 2013, n° 23. L'auteur remarque que la règle impérative poursuit un objectif d'ordre public.

l'opinion de certains auteurs, toutes les lois impératives ont pour but la protection de la société, de façon directe ou indirecte. Cette dernière vision tient compte de la finalité de la règle et non de son effet direct. Parfois, pour atteindre l'intérêt social, il est indispensable de protéger l'individu ou une catégorie d'individu. Ces intérêts ne sont pas systématiquement antinomiques.

414. **Conséquences.** En considérant que toutes les règles impératives sont d'ordre public ou, au contraire, en qualifiant des règles impératives comme étrangères à l'ordre public, la conséquence est unique. En effet, sous l'angle de sa fonction, l'ordre public est une limite à la liberté individuelle.

B : Un point de convergence doctrinale constaté des différentes conceptions de l'ordre public : la limitation de la volonté

415. **Un effet, rien qu'un effet.** La limitation de la liberté des individus en raison de l'ordre public ne constitue pas son contenu et encore moins sa raison d'être, mais décrit simplement son effet⁷²⁸. L'ordre public est la justification de la barrière à l'autonomie de la volonté. C'est pour protéger et préserver l'ordre public que l'autonomie de la volonté est limitée. « *L'ordre public c'est l'antithèse de la liberté contractuelle, c'est une barrière à l'autonomie de la volonté individuelle* »⁷²⁹.

416. **Une liberté pas totalement annihilée.** Les individus peuvent avoir une part de liberté dans le choix de s'inscrire dans une situation réglementée par l'ordre public. Autrement dit, une personne a le choix de s'engager dans une voie (adoption, mariage, divorce). Une fois ce choix fait, elle est obligée de suivre les règles prévues par le législateur. Ainsi par exemple, en matière de mariage, les futurs époux sont libres de se marier⁷³⁰. En revanche, la volonté n'a plus de place dans le choix des règles qui s'appliquent dans leur

⁷²⁸ J. HAUSER, *L'ordre public dans les relations de famille*, op. cit., p.476.

⁷²⁹ J. HAUSER et J.-J. LEMOULAND, *Ordre public et bonnes mœurs*, op. cit., n° 23, p. 8. Des exemples en sont donnés juste après ; et n° 5, p. 4 où les mêmes auteurs remarquent que « *pour une part de la doctrine, on accepte de se tourner vers une définition purement négative que la philosophie de base du Code civil aurait favorisée. Dans cette perspective, l'ordre public est tout simplement l'antithèse de la liberté contractuelle, laquelle est bien sûr la règle* ».

⁷³⁰ J. PINEAU, op. cit., p. 338 et 339 où l'auteur indique que « *même si la volonté de l'individu joue un rôle important, tel le consentement de chacun des époux lorsqu'ils se marient, cette volonté n'exprime qu'une adhésion à un cadre légal qui en détermine les effets juridiques, qui est le modèle, bon pour tous* ».

rapport personnel, dans la mesure où le régime primaire, d'ordre public, s'applique automatiquement à tous les couples mariés de sorte qu'ils ne peuvent y déroger⁷³¹. Ces règles contraignent donc la liberté des époux.

417. **La détermination d'un contenu.** Si l'ordre public limite ou encadre la liberté contractuelle, encore faut-il en déterminer le contenu pour pouvoir permettre aux membres de la société de ne pas enfreindre cet ordre par leur volonté créatrice. « *Il est essentiel que le sujet de droit connaisse d'avance au moins les grandes lignes de ce qu'il peut faire ou ne pas faire* »⁷³². Les rapports des individus influencent son contenu. « *La notion d'ordre public est liée aux intérêts des hommes qui entretiennent des rapports avec le pouvoir et entre eux-mêmes, à l'intérieur et en dehors des frontières. Elle est donc irriguée de la sève de la vie et, par conséquent, appelée à évoluer* »⁷³³. L'ordre public a un contenu qui « *varie avec l'espace et avec le temps* »⁷³⁴. Les mêmes comportements en des lieux différents, à des époques différentes, entraînent des réactions de la société toutes aussi différentes. Ce qui trouble l'ordre public l'année « n » dans la société française, ne contrarie pas forcément la société américaine la même année. De même, ce qui portait atteinte à l'ordre public en France au milieu du XX^e siècle, n'atteint plus l'ordre public français actuellement. Le contenu varie indépendamment du contenant, mais toujours en fonction de nécessités de la société⁷³⁵. « *Cela étant, l'ordre public serait cet ordre flou et changeant qui prime les intérêts privés et qui est nécessaire au maintien de l'organisation sociale ou au mieux-être de la société en général, et l'on sait qu'il se manifeste dans tous les domaines de l'activité humaine* »⁷³⁶. La limitation à

⁷³¹ J. PINEAU, *op. cit.*, p. 339 où l'auteur précise que « *c'est ainsi que sont interdites les conventions relatives aux devoirs et droits résultant du mariage ou relatives à l'autorité parentale, les pactes de séparation amiable, la convention par laquelle une personne renoncerait à son droit aux aliments etc. : il y aurait là une atteinte aux bases mêmes sur lesquelles repose la société, atteinte à l'ordre public classique de direction* ».

⁷³² J. HAUSER et J.-J. LEMOULAND, *op. cit.*, n° 3, p. 4.

⁷³³ F. HAGE-CHAHINE, *op. cit.*, p. 20.

⁷³⁴ F. HAGE-CHAHINE, *ibid.*, p. 21.

⁷³⁵ J. HAUSER et J.-J. LEMOULAND, *op. cit.*, n° 31, p. 9 où les auteurs précisent qu'« *il faut donc admettre que l'ensemble ordre public a un contenu éminemment variable en fonction de ce que la société, à un moment donné, estime suffisamment important pour l'élever à la consécration de l'intérêt général* ». Not., P. CATALA, *op. cit.*, p. 6 où l'auteur indique qu'en matière d'organisation familiale, « *d'ores et déjà, l'organisation familiale n'est plus placée, comme elle le fut longtemps, sous le double signe de l'indisponibilité et de l'immutabilité. (...) Les institutions familiales donnent prise, désormais, à la négociation, aux conventions privées qui favorisent une adaptabilité conforme à la demande sociale* ». Dans le même sens, J. PINEAU, *op. cit.*, p. 339 où l'auteur considère que l'ordre public classique de direction « *marque un recul certain dans les pays soumis à un droit laïque ; mais ce n'est pas à dire que l'ordre public disparaît ; on constate en effet l'émergence d'un nouvel ordre public familial, le plus souvent de protection, mais à contenu variable : protection de la personne, protection des époux, protection de l'enfant, protection du consentement* ».

⁷³⁶ J. PINEAU, *ibid.*, p. 338.

la liberté est donc essentielle à la société. Est-il possible de considérer que ces limites font disparaître la liberté ?

418. **Que devient la liberté ?** La liberté ne disparaît pas avec la contrainte, elle peut, justement, se voir renforcée. La contrainte des uns est la protection de la liberté des autres. La liberté s'épanouirait dans la contrainte. « *Il n'est pas sûr que toutes les dispositions d'ordre public soient d'office des atteintes à cette liberté, et on peut soutenir sans sophisme et sans même déroger aux croyances libérales les plus orthodoxes, que certaines d'entre elles ont au contraire pour but de mieux l'assurer* »⁷³⁷. Dans certaines situations, notamment avec les règles d'ordre public de protection⁷³⁸, elles permettent les deux corrélativement. En d'autres termes, la liberté est à la fois limitée et préservée : limite pour la partie forte, protection pour la partie faible. Le législateur prend en compte ces nouvelles situations afin de rééquilibrer la force des parties dans le contrat.

Paragraphe 2 : Des considérations nouvelles à l'origine d'un rééquilibrage contractuel

419. **Une évolution.** Avec le passage de l'État-gendarme à l'État-providence⁷³⁹, le législateur a voulu protéger l'économie de la société⁷⁴⁰. Pour ce faire, il a utilisé un ensemble de règles impératives d'un ordre public nouveau, appelé ordre public économique⁷⁴¹. « *L'ordre public économique peut être défini comme l'ensemble des règles obligatoires dans les rapports contractuels, relatives à l'organisation économique, aux rapports sociaux et à*

⁷³⁷ J. HAUSER et J.-J. LEMOULAND, *op. cit.*, n° 5, p. 4.

⁷³⁸ Les règles d'ordre public de protection sont celles édictées pour rétablir une inégalité en fonction de la situation des parties. Comme par exemple en droit de la consommation, le consommateur est protégé face au professionnel. Ou encore en matière de bail d'habitation, le locataire est en situation de faiblesse par rapport au bailleur.

⁷³⁹ F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Les obligations, Droit civil*, Précis, Dalloz, 10^e éd., 2009, n° 376. J. CARBONNIER, *Droit civil, Les obligations*, Thémis Droit Privé, PUF, 22^e éd., 2000, n° 70.

⁷⁴⁰ J. HAUSER et J.-J. LEMOULAND, *op. cit.*, n° 57, p. 14 où les auteurs indiquent que l'ordre public économique « *est celui qui s'applique dans l'échange des biens et services. A l'époque de Napoléon, le libéralisme économique et la liberté contractuelle ne permettaient guère d'imaginer des conventions contraires à cet ordre public économique* » ; V. aussi, J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, L'acte juridique*, Sirey, 15^e éd., 2012, n° 292 et s.

⁷⁴¹ Un auteur préfère le terme d'« *ordre public moderne* » à celui d'ordre public économique, « *tant la conception de l'économie à laquelle il renvoie est large* » : D. HOUTCIEFF, *op. cit.*, n° 236-71.

l'économie interne du contrat »⁷⁴². Cet ordre public est en perpétuelle expansion. Certains auteurs se posent d'ailleurs la question de la place restante de la liberté contractuelle⁷⁴³.

420. **Contenu de l'ordre public économique.** L'ordre public économique se compose de règles ayant pour objet d'équilibrer la concurrence dans l'économie de marché, et d'un corps de règles permettant de protéger la partie économiquement en état de faiblesse⁷⁴⁴. « *L'ordre public économique (...) a été mis en place d'abord pour défendre l'intérêt général économique de la Nation, ensuite, plus tardivement, pour protéger les faibles contre les puissants. C'est ainsi qu'on distingue l'ordre public économique de direction, et l'ordre public économique de protection* »⁷⁴⁵.

421. **Ordre public de protection ou de direction.** Pour savoir s'il s'agit d'un ordre public de protection ou de direction, il faut s'intéresser aux conséquences, vis-à-vis de la société, quant à l'autorisation de déroger aux règles en faveur de la personne protégée. L'intérêt social est-il plus important que l'intérêt immédiat de la partie faible ? En cas de réponse positive, l'ordre public économique est de direction. Une grande partie de l'ordre public social appartient ainsi à l'ordre public économique de direction. En revanche, quand l'intérêt de la société passe par la protection de la partie faible, l'ordre public économique est de protection. L'ordre public économique de protection se différencie du mécanisme classique de l'ordre public en raison du rapport inégalitaire des contractants.

422. **Annnonce du plan.** Le législateur part d'une inégalité des contractants (**A**) afin de donner à la partie protégée les moyens de rééquilibrer ses rapports contractuels (**B**). Cette intervention législative n'a d'autre objectif final que de préserver l'ordre public en contrebalançant les inégalités initiales.

⁷⁴² G. FARJAT, *L'ordre public économique*, Préf. B. GOLDMAN, Thèse Paris, 1963, p. 38.

⁷⁴³ D. HOUTCIEFF, *ibid.*, *loc. cit.* ; G. RIPERT, *L'ordre économique et la liberté contractuelle*, Études F. GENY, t. II, 1934, p. 347 ; R. SAVATIER, *L'ordre public économique*, D. 1965, chr., p. 37.

⁷⁴⁴ J. HAUSER et J.-J. LEMOULAND, *op. cit.*, n° 57, p. 14 où les auteurs constatent qu'« *aujourd'hui, l'État s'immisce directement dans les activités de production et de distribution pour protéger la partie jugée la plus faible ou imposer l'orientation économique, qui lui paraît souhaitable* ».

⁷⁴⁵ Ph. MALINVAUD et D. FENOUILLET, *Droit des obligations*, LexisNexis, 12^e éd., 2012, n° 259 ; Dans le même sens : F. HAGE-CHAHINE, *op. cit.*, p. 27 où l'auteur précise que « *l'ordre public économique est celui par lequel le législateur intervient pour réaliser des objectifs économiques présentant une utilité sociale. A l'intérieur de cet ordre public économique, on a distingué entre l'ordre public de direction, par le moyen duquel le législateur cherche à orienter l'économie nationale dans un sens déterminé, comme les lois monétaires, le droit de la concurrence, et l'ordre public économique de protection par le moyen duquel il compte rééquilibrer le contrat au profit de la partie économiquement, socialement ou techniquement faible comme le salarié, le locataire, le fermier, l'assuré et le consommateur* ».

A : L'inégalité supposée des contractants

423. **L'incidence des contrats d'adhésion.** Les conventions étant de moins en moins négociées, le risque de perpétuer les inégalités des contractants dans leurs rapports s'est fait ressentir. Dans un contrat d'adhésion, la partie qui prend l'initiative de rédiger l'*instrumentum* a un avantage considérable, puisqu'elle impose sa volonté à son cocontractant. Ce dernier n'ayant qu'un seul choix sur le contenu de la convention : accepter ou refuser le tout. Bien souvent, en refusant, il se tournera vers un autre cocontractant, mais y trouvera les mêmes conditions. La nécessité de réaliser cette opération juridique supprime l'option du refus pour le contractant.

424. **L'intervention du législateur.** Le législateur, conscient de cette situation, a pris en compte ce déséquilibre entre les parties, qualifiant l'une de « faible » par opposition à l'autre dite « forte » (1). En systématisant cette inégalité de manière abstraite, le risque de voir des situations concrètes en contradiction avec cette vision est considérable (2).

1 : L'existence d'un déséquilibre entre la partie faible et la partie forte

425. **Définition.** L'ordre public économique de protection peut se définir comme l'ensemble des règles édictées pour protéger la partie au contrat dans une situation de faiblesse vis-à-vis de son cocontractant supposé dans une situation de supériorité⁷⁴⁶. L'ordre public économique de protection⁷⁴⁷ a donc pour objectif, comme son nom l'indique, de protéger. Mais protéger qui ?

⁷⁴⁶ G. FARJAT, *L'ordre public économique*, op. cit., p. 33 ; Ph. MALAURIE, D. 1954, note p. 519.

⁷⁴⁷ Plusieurs autres termes ont été proposés pour remplacer l'ordre public économique de protection ; V. par exemple, J. MESTRE, in *l'ordre public à la fin du XX^e siècle*, p. 35 où l'auteur propose l'« ordre privé impératif » ; E. CHARPENTIER, *L'émergence d'un ordre public... privé : une présentation des Principes d'UNIDROIT*, vol. 36, Revue juridique Thémis, Québec, 2002, p. 355 où l'auteur considère que c'est un ordre « public... privé » ; F. TERRE, in *L'ordre public à la fin du XX^e siècle*, p. 5 où l'auteur y voit un « ordre public mixte ». Ces formules viennent du fait que ces auteurs considèrent qu'est en jeu non pas l'intérêt général mais l'intérêt d'individus ou d'une catégorie d'individus. Dans le même sens, v. Ph. MALAURIE, D. 1954, note p. 519. Cependant il n'est pas aussi simple de distinguer l'ordre public économique de direction avec celui de protection. L'intérêt de la société est présent dans l'ordre public de protection. De ce fait il faut se poser la question de l'intérêt qui prend le dessus. V. en ce sens, G. FARJAT, op. cit., p. 34 et 35 où l'auteur se pose la question suivante avant d'y répondre : « En vertu de quel élément décide-t-on du caractère économique ou social d'une mesure autoritaire ? Il semble que ce soit en fonction du but de la règle. Or sur ce plan, les choses ne sont pas si nettes que le donne à penser l'opposition des termes ». Législation des baux d'habitation, réduction de la durée de la journée de travail, statuts des baux ruraux, autant d'exemples où le choix entre le caractère économique et social est difficile tant ces règles sont des mesures d'économie dirigée et des mesures de protection en même temps. Certaines règles passent d'ailleurs de la classification de direction à protection car l'intérêt de la société

426. **Destinataire de l'ordre public de protection.** *A priori*, pas la société, du moins pas directement, mais la partie qui est dans une situation de faiblesse dans un contrat⁷⁴⁸. S'il appartient à chaque partie du contrat de s'assurer de la défense de ses intérêts, ce qui est à la base de la justice commutative, dans certains cas, l'une des parties est dans une situation dans laquelle elle ne peut se défendre convenablement, comme par exemple dans les contrats d'adhésion. L'État vient alors au secours de cette dernière⁷⁴⁹. La faiblesse se découvre lorsque le jeu de l'équilibre contractuel n'est pas possible. Le législateur n'intervient pas par des lois impératives au cas par cas, car ce serait impossible, il n'est pas envisageable qu'à chaque fois que des individus décident de se lier par une convention, le législateur vérifie l'égalité entre eux pour défendre au mieux leurs intérêts. En revanche, le législateur peut définir des catégories de personnes⁷⁵⁰ qui sont, en règle générale, plutôt en situation de faiblesse⁷⁵¹.

427. **Causes de l'inégalité.** L'origine de cette inégalité peut trouver sa source dans diverses causes. En effet, « *le législateur ne se contente pas d'atteindre les inégalités de puissance économique, mais aussi les inégalités techniques, les inégalités d'information* »⁷⁵². Le déséquilibre de la situation en raison du déséquilibre initial des parties doit être rééquilibré. Cet équilibre est important pour la partie faible, mais également pour la société⁷⁵³. C'est pourquoi, le législateur intervient. Il le fait principalement par voie d'interdiction⁷⁵⁴. Le

domine puis est dominé par l'intérêt catégoriel en jeu. B. FAUVARQUE-COSSON, *L'ordre public, op. cit.*, sous note de bas de page 40, p. 479. V. en particulier le cas de la réglementation des clauses d'indexation, passées d'ordre public de direction à celui de protection avant de revenir à la première qualification : Cass. com., 3 novembre 1988, D. 1989, p. 94, note Ph. MALAURIE.

⁷⁴⁸ G. FARJAT, *op. cit.*, p. 37 où l'auteur précise que « *c'est par exemple l'inégalité économique des parties qui est prise en considération, le déséquilibre économique des prestations qui est craint. Ce sont bien à des vices économiques du contrat que l'on se propose de remédier. À côté de l'économie générale du pays, l'économie interne du contrat fait l'objet de mesures autoritaires* ».

⁷⁴⁹ G. FARJAT, *ibid.*, *loc. cit.* où l'auteur cite le Doyen CARBONNIER : « *La chose est nouvelle, il y a rupture avec les buts traditionnels de l'ordre public, il y a abandon des "postulats du libéralisme" suivant lesquels "c'est à chacun des contractants de s'assurer que dans la formation du contrat la justice commutative a été observé à son égard". Dans le droit classique, une seule exception sans doute : la lésion ; il semble, note le Doyen Carbonnier, "que la théorie de la lésion manifeste historiquement une intervention de la collectivité dans la formation du contrat" ».*

⁷⁵⁰ J. PINEAU, *op. cit.*, p. 338

⁷⁵¹ J. MESTRE, *L'ordre public dans l'économie, op. cit.*, p. 136 et 137.

⁷⁵² J. MESTRE, *ibid.*, p. 137.

⁷⁵³ J. HAUSER et J.-J. LEMOULAND, *op. cit.*, n° 28, p. 9 où l'auteur précise que « *vouloir un contrat équilibré, c'est sans doute protéger le contractant, mais c'est aussi aboutir à un prix juste dont l'effet économique global peut être important. En fait, si l'on admet que la direction de l'économie, quand elle est pratiquée, a pour but l'intérêt général, et que de l'autre côté la protection des intérêts particuliers doit conduire aussi à promouvoir l'intérêt général, la rencontre est inévitable et même, peut-on dire, rassurante* ». Il y a bien coexistence d'intérêts en la matière. Par exemple, la Cour de cassation a précisé que « *les dispositions de l'article 25 de la loi du 23 décembre 1986, d'ordre public, ne sont pas destinées à assurer la seule protection du preneur...* », Cass. civ. 3^e, 2 juin 1999, et Cass. civ., 16 février 2000, Bull. civ. III, n° 21 ; D. 2000, p. 733, note BEAUGENDRE.

⁷⁵⁴ J. PINEAU, *op. cit.*, p. 338.

législateur interdit notamment « *les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du non-professionnel ou du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat* »⁷⁵⁵. Laisser les parties libres dans leurs relations pourrait porter atteinte à l'ordre public et donc à la paix sociale⁷⁵⁶. La liberté oui, mais toujours sous contrôle !

428. **Une législation impérative.** À chaque fois qu'il considère l'existence d'un déséquilibre dans une situation qui a vocation à se reproduire, le législateur intervient par voie impérative⁷⁵⁷. L'ordre public de protection est omniprésent en matière de consommation⁷⁵⁸, en droit des assurances ou encore en droit social⁷⁵⁹. Cependant, « *de nombreuses relations contractuelles entre professionnels sont elles-mêmes atteintes. Qu'il suffise d'évoquer, pour s'en tenir aux exemples les plus connus, le bail commercial, le bail rural, la sous-traitance, l'agence commerciale, le contrat d'intégration agricole* »⁷⁶⁰. Si dans la grande majorité de ces situations, le consommateur, l'assuré, le locataire, pour ne citer qu'eux, sont dans une situation de faiblesse économique vis-à-vis respectivement, du professionnel, de l'assureur, et du bailleur, il n'en demeure pas moins qu'il existe des situations où le rapport est inversé. L'avantage de l'appréciation *in abstracto* des catégories risquent de protéger des contractants qui sont *in concreto* dans une situation de force économique.

⁷⁵⁵ Article L 132-1, alinéa 1, du Code de la consommation.

⁷⁵⁶ J. MESTRE, *L'ordre public dans l'économie*, *op. cit.*, p. 137.

⁷⁵⁷ J. MESTRE, *ibid.*, p. 138.

⁷⁵⁸ J. MESTRE, *ibid.*, p. 137 ; J. HAUSER et J.-J. LEMOULAND, n° 82, p. 17 où les auteurs indiquent que « *l'orientation libérale a eu aussi pour conséquence de renforcer le rôle du consommateur comme acteur économique et d'accroître la nécessité de sa protection. Très vite les mécanismes contractuels classiques ont révélé leur insuffisance pour assurer cette protection. Le législateur est donc intervenu à plusieurs reprises dans cette perspective et a fixé ainsi un ordre public qui, pour n'être que de protection, n'en est pas moins pointilleux et contraignant* ».

⁷⁵⁹ J.-C. JAVILLIER, *L'ordre public dans les relations de travail, Rapport général*, in *L'ordre public*, Travaux de l'Association H. CAPITANT, Tome 49, LGDJ, 1998, p. 689 ; J. HAUSER et J.-J. LEMOULAND, *ibid.*, n° 87, p. 18 où les auteurs précisent que « *depuis le début du XX^e siècle, le bloc de l'ordre public n'a cessé de croître en matière sociale, qu'il s'agisse à proprement parler du droit du travail, du droit de la sécurité sociale ou de secteurs limitrophes comme le logement. Inutile de vouloir dresser ici un inventaire puisque presque tous les textes sont d'ordre public* » ; Cependant le droit social ne contient pas uniquement des règles d'ordre public de protection. Son contenu est également composé d'ordre public économique de direction : V. J. HAUSER et J.-J. LEMOULAND, *ibid.*, n° 22, p. 7 ; G. FARJAT, *op. cit.*, p. 34 et s. où l'auteur constate que « *déjà une première remarque s'impose. Il n'y a pas d'identification entre l'ordre public social et l'ordre public de protection des faibles contre les forts* ». « *Bien plus, on observe une variation dans le temps de la finalité d'une mesure donnée. Le caractère social du droit du travail est évident, il n'en est pas moins devenu une arme de la stratégie économique* ». « *Sans doute il est opportun de distinguer un ordre public économique de direction et un ordre public économique de protection, mais rien ne permet d'opposer, en raison de la nature des règles un ordre public social à un ordre public économique* ». C'est sa fonction plus que sa nature qui permet de classer une règle dans une catégorie plutôt que dans une autre. Sur l'originalité de l'ordre public en droit social v. G. LYON-CAEN, *Négociation collective et législation d'ordre public*, *Dr. soc.* 1973, p. 89 ; L. ROZES, *Remarques sur l'ordre public en droit du travail*, *Dr. soc.* 1977, p. 311.

⁷⁶⁰ J. MESTRE, *L'ordre public dans l'économie*, *op. cit.*, p. 137.

2 : La remise en cause du déséquilibre supposé entre la partie faible et la partie forte

429. **Un postulat erroné.** Le seul problème possible peut provenir du postulat de déséquilibre catégoriel. Pour le législateur, tous les individus appartenant à une catégorie doivent bénéficier d'une même protection. Cependant, dans certaines hypothèses, ce point de départ semble erroné. « *Le phénomène est bien connu pour l'ordre public social, dont on dit qu'il est le plus souvent relatif, pouvant toujours être évincé au nom d'une protection supérieure du salarié* »⁷⁶¹. Ainsi, par exemple, le salarié est jugé en état de faiblesse par rapport à son employeur. La situation de l'emploi (le chômage) ainsi que la subordination permettent de déduire cette nécessaire protection du salarié⁷⁶². Cependant, dans certains domaines, le salarié compétent devient une denrée rare. Même si la subordination est toujours d'actualité, le salarié n'a plus besoin de protection. L'employeur pourrait même être jugé comme la partie faible. Le risque du trouble de la paix sociale revient à grand pas. Seul le juge peut éviter cette situation. Le législateur s'occupe du général, alors que le juge s'intéresse au cas d'espèce.

430. **Un renversement du destinataire possible.** Un auteur classe dans l'ordre public social les mesures qui visent à protéger la partie faible face à la partie forte, mais également les mesures protégeant épisodiquement la partie forte contre la partie faible. « *La notion n'est évidemment admissible qu'entendue politiquement d'une façon neutre* »⁷⁶³. Dans ce cas, la partie dite « forte » est en état de faiblesse face à la partie dite « faible ». Il faudrait abandonner l'amalgame entre partie faible et la catégorie qu'elle représente, c'est-à-dire les salariés, les consommateurs ou encore les assurés. Ainsi par exemple, le salarié peut être la partie faible, et le salarié la partie forte. L'appréciation devrait ainsi se réaliser *in concreto* par le juge afin d'éviter tout trouble causé à l'ordre public en raison d'une protection légale injustifiée. Ironie du sort, c'est en voulant protéger l'ordre public qu'un trouble lui est causé. En attendant une prise en compte de considérations moins manichéennes, l'effet principal de l'ordre public économique de protection est de placer la partie protégée dans une situation privilégiée par rapport à son cocontractant pour permettre un rééquilibrage contractuel.

⁷⁶¹ J. MESTRE, *op. cit.*, p. 139.

⁷⁶² J.-C. JAVILLIER, *L'ordre public dans les relations de travail*, *op. cit.*, p. 685.

⁷⁶³ G. FARJAT, *op. cit.*, p. 34.

B : La place privilégiée de la partie protégée

431. **Annnonce du plan.** L'ordre public économique de protection consiste en un mécanisme différent de l'ordre public classique. Si aucune dérogation n'est permise pour ce dernier, les parties peuvent déroger aux règles de protection mais uniquement dans un sens favorable à la partie protégée (1). La protection est considérée comme un minima à respecter afin de rééquilibrer le rapport contractuel. L'ordre public économique de protection ne justifie pas de maintenir une protection lorsque la raison du déséquilibre disparaît. La partie protégée un temps peut alors renoncer à l'application de la règle protectrice (2).

1 : L'éventuelle dérogation en faveur de la partie protégée

432. **Une dérogation *in favorem***⁷⁶⁴. La spécificité de l'ordre public économique de protection tient à la possibilité d'y déroger mais toujours dans un sens favorable à la partie protégée⁷⁶⁵. Le législateur édicte un minimum pouvant toujours être augmenté en faveur de la partie faible⁷⁶⁶, ou un maximum réductible à la solde de la même partie⁷⁶⁷. La modification contractuelle de la loi doit bénéficier à la partie faible. De même, entre deux règles de sources différentes, la règle la plus favorable à la partie faible s'applique, alors qu'elle provient d'une source de rang inférieur⁷⁶⁸. Ce qui ne serait pas possible en cas d'ordre public économique de direction ou d'ordre public absolu dans la mesure où des dérogations conventionnelles ne peuvent venir équilibrer les rapports entre les parties⁷⁶⁹. Un arrêt de la Cour de cassation du

⁷⁶⁴ V. sur ce point G. PIGNARRE, *op. cit.*, n° 13.

⁷⁶⁵ J. MESTRE, *L'ordre public dans l'économie*, *op. cit.*, p. 139.

⁷⁶⁶ J. HAUSER et J.-J. LEMOULAND, *op. cit.*, n° 89, p. 18 ; En droit du travail : C. BOULLEZ, *L'ordre public dans les relations de travail, Rapport français*, in *L'ordre public*, Travaux de l'Association H. CAPITANT, Tome 49, 1998, p. 740 où l'auteur précise que « la notion de disposition plus favorable est un principe général du droit selon l'avis du Conseil d'État en date du 22 mars 1973 ». En revanche, ce principe n'a pas une valeur constitutionnelle (décision du 20 mars 1997 n°97-388 DC).

⁷⁶⁷ P. CATALA, *Rapport de synthèse*, in *L'ordre public*, Travaux de l'Association H. CAPITANT, Tome 49, 1998, p. 10 où l'auteur indique qu'« il s'agit alors d'un ordre public de protection qui fixe (...) un plafond aux sauvegardes qu'il institue : (...) un plafond pour le taux d'intérêt. Libre alors aux parties (...) de descendre au-dessous du maximum imposé ».

⁷⁶⁸ J. HAUSER et J.-J. LEMOULAND, *op. cit.*, n° 22, p. 7 où les auteurs précisent qu'« il est exact de dire qu'entre deux règles d'ordre public de protection, quelle que soit la source considérée, c'est en principe la plus favorable qui devrait s'appliquer ».

⁷⁶⁹ J. HAUSER et J.-J. LEMOULAND, *ibid.*, n° 89, p. 18 où les auteurs rappellent qu'« aucune dérogation par rapport à l'ordre public n'est possible, dans un sens ou dans l'autre, s'agissant de principes fondamentaux ou de règles débordant le domaine du droit du travail ou s'agissant de garanties échappant par nature à la dérogation ». ; En droit du travail les conventions collectives ne peuvent modifier les règles d'ordre public de direction en vertu de l'article L. 132-4 du Code du travail : « La convention et l'accord collectif de travail peuvent comporter des dispositions plus favorables aux salariés que celles des lois et règlements en vigueur. Ils ne peuvent déroger aux dispositions d'ordre public de ces lois et règlements ». V. en ce sens, J. HAUSER et J.-J.

12 avril 1995 affirme⁷⁷⁰ : « *La référence dans un contrat de travail à une convention collective ne peut l'emporter sur un statut d'ordre public (celui des VRP) si les conditions d'application de ce statut sont réunies* ». Les aménagements ne peuvent, par conséquent, être qu'en faveur de la personne protégée quand la règle est d'ordre public relatif.

433. **Justification des dérogations.** Pourquoi accepter ces dérogations, alors que le législateur estime que la partie faible est suffisamment protégée avec son intervention ? Le risque ne serait-il pas que la partie forte soit lésée à son tour ? La réponse est négative, car ce risque n'est pas possible en raison de la justification de cette intervention dans le jeu contractuel. Reprenons le raisonnement qui conduit à la protection. En principe, les parties négocient et parviennent à un équilibre dans leur rapport contractuel : c'est la justice commutative. Dans notre hypothèse, l'une des parties est dans une situation de supériorité lui permettant de pouvoir obtenir plus que l'équilibre normal issu d'un rapport égalitaire. Le législateur intervient pour imposer un minimum de garantie qui correspond *a priori* à cet équilibre. Si la partie forte décide de donner plus que le minimum légal à la partie faible, pourquoi l'interdire ? La partie en état de supériorité propose cela librement et est le seul à avoir le pouvoir de le faire. L'autre partie n'est pas maîtresse de la proposition d'augmenter la protection. En revanche, elle n'a aucune raison de refuser cet avantage proposé par la partie forte. La partie faible ne peut pas obtenir plus d'avantages, car ils dépendent de la volonté de la partie forte. Aucune raison d'interdire cet « élan de bonté », puisque l'ordre public ne sera

LEMOULAND, *op. cit.*, n° 22, p. 7 et 8 où les auteurs constatent que « *le caractère souhaitable d'une telle analyse a bien été mis en lumière par l'avis d'assemblée du Conseil d'État du 22 mars 1973 qui rappelle que l'ordre public classique ou absolu interdit les clauses des accords collectifs dérogeant de quelque manière que ce soit "aux principes fondamentaux énoncés dans la Constitution ou aux règles de droit interne – ou le cas échéant international – lorsque les principes ou règles débordent le domaine du droit du travail ou intéressent des avantages ou garanties échappant, par leur nature, aux rapports conventionnels"* ». « *On voit mal, de toutes façons, comment les conventions collectives pourraient échapper à certaines dispositions d'ordre public dont la fonction vise à l'intérêt général* ». Dans le même sens, P. CATALA, *Rapport de synthèse, op. cit.*, p. 11. Cependant, de plus en plus le législateur favorise les accords *in pejus*, v. not. C. BOULLEZ, *op. cit.*, p. 741 où l'auteur indique qu'« *on ne serait pas complet si l'on n'évoquait pas, in fine, la possibilité de clauses dérogatoires in pejus. Certaines négociations collectives peuvent écarter la règle de base de la disposition la plus favorable. Il s'agit donc d'accords qui réduisent ou suppriment certains des droits accordés aux salariés par le Code du travail, c'est une dérogation à une règle qui, par ailleurs, reste valable* ». Cependant les dérogations à la loi (prolifération de cette possibilité avec la loi Auroux du 13 novembre 1982) et aux conventions collectives de niveau supérieur moins favorable aux salariés ne sont possibles que si la loi le prévoit expressément. Plusieurs de ces textes (L. 132-24 ; L. 212-2 ; L. 122-3-4 du Code du travail) ont été abrogés par Ordonnance n°2007-329 du 12 mars 2007. Sur les clauses *in pejus*, v. M. POIRIER, *La clause dérogatoire in pejus*, Dr. soc. 1995, p. 885 ; L. ROZES, *Remarque sur l'ordre public en droit du travail, op. cit.*, p. 311 ; P. SEGUIN, *L'adaptation du droit du travail ou la légitime résistance du droit du travail à la flexibilité*, Dr. soc. 1986, p. 828 à 833.

⁷⁷⁰ A. LYON-CAEN, *Le maintien de l'emploi*, Dr. soc. 1996, p. 655.

pas contrarié. L'ordre public ne l'est pas non plus lorsque la partie protégée renonce à sa protection en raison de la disparition du déséquilibre contractuel.

2 : La renonciation à la protection par la partie protégée

434. **Un non-sens.** La partie faible peut-elle se soustraire à la protection du législateur ? En principe, la réponse devrait être négative. Si la partie faible renonce aux lois d'ordre public de protection, la législation mise en place pour le protéger n'a plus aucun intérêt. Le législateur protège les individus même contre leur volonté pour deux raisons. D'une part, car leur volonté n'est pas forcément libre, c'est-à-dire la partie faible est toujours dans la situation qui justifie la protection lorsqu'elle renonce à ses règles impératives, et d'autre part, car la société a un intérêt dans cette protection derrière l'intérêt individuel de la partie. Pourtant, dans certains cas, il est possible de déroger dans un sens inverse de la logique, voire de renoncer à l'ordre public de protection.

435. **La disparition de la cause de la protection.** La dérogation dans un sens défavorable n'est pas permise, sauf lorsque la raison qui a justifié cette protection disparaît. Pour savoir à partir de quel moment cela devient possible, il faut se référer à ce qui a justifié la protection. Par exemple, en droit du travail, le législateur édicte des règles d'ordre public de protection pour contrebalancer la situation de subordination du salarié vis-à-vis de l'employeur. Quand le salarié n'est plus subordonné à son employeur, alors le droit devient acquis pour le salarié. Il peut alors y renoncer. La renonciation est la forme la plus radicale de la dérogation dans un sens défavorable au salarié.

436. **Une renonciation au moment de la formation du contrat.** Dans certaines situations, la renonciation peut avoir lieu au moment de la formation du contrat à la condition que le législateur le prévoit. Il n'y a rien de choquant à ce que le législateur accorde une dispense à une règle d'ordre public, car c'est lui qui a édicté cette règle⁷⁷¹. L'intérêt supérieur le commande. C'est justement ce même intérêt qui a prévalu pour qualifier cette règle d'ordre public. Il n'y a pas de problème par rapport à l'ordre public de protection, puisque la partie faible ne fait qu'appliquer la loi. Le législateur s'est déjà posé la question de l'atteinte à l'ordre public dans ces conditions. Il considère qu'il n'y a pas de danger pour la paix

⁷⁷¹ V. not. Ph. THERY, *La dispense en droit privé*, Droits 1995, p. 59.

sociale⁷⁷². En effet, en respectant un formalisme plus exigeant, il permet de renoncer à des droits édictés pour protéger le consentement de la partie faible. Ce formalisme protège la partie faible en lui faisant prendre conscience de son engagement. Le consentement trouve une autre forme de protection que celle initialement prévue. La protection normale peut être un délai de réflexion d'un certain temps pour consentir à un contrat, mais parfois le délai peut être raccourci par un formalisme important permettant au contractant à protéger de réaliser la portée de son engagement. Dans les deux cas, le consentement est protégé mais de manière différente. En protégeant le consentement de la partie faible, l'ordre public ne peut être atteint. La paix sociale est ainsi préservée. Ainsi, par exemple en matière d'information, le législateur oblige les parties à s'informer sur les éléments qu'il considère comme essentiels pour qu'elles consentent librement et en connaissance de cause⁷⁷³. La dissimulation de certains faits par l'une des parties peut avoir pour effet de rompre l'équilibre des prestations. La partie ignorante n'aurait pas contracté ou dans des conditions différentes. La loi permet de rétablir l'équilibre des prestations dans un souci de défense de l'ordre public⁷⁷⁴. Le temps de réflexion avant de donner son accord peut être autoritairement déterminé pour que la partie faible puisse réfléchir un temps suffisant avant de s'engager. *« Ainsi, rien n'interdit aux parties d'accroître un formalisme informatif à d'autres mentions que celles énumérées par la loi, à rallonger un délai de réflexion ou encore à faciliter l'exercice d'un droit de repentir »*⁷⁷⁵. Peut-on réduire cette information ? Peut-on réduire le délai ? En principe, la réponse est négative. Sauf si la loi prévoit que la partie faible peut le faire. La loi prévoit d'ailleurs que le délai peut être raccourci en respectant certaines conditions, souvent fondées sur des exigences de forme. En définitive, l'ordre public de protection, *« conçu à l'origine comme largement négatif – obtenir la nullité d'un contrat vicié –, (...) a acquis au cours de son évolution un contenu plus positif : assurer la conclusion d'un contrat équilibré »*⁷⁷⁶.

437. **De l'ordre public de protection à l'ordre public de direction.** Le contenu de l'ordre public économique évolue tout comme l'ordre public classique. En droit social par

⁷⁷² V. par exemple les cas énoncés par J. MESTRE, *L'ordre public dans l'économie*, op. cit., p. 140.

⁷⁷³ J. HAUSER et J.-J. LEMOULAND, op. cit., n° 83, p. 18.

⁷⁷⁴ G. FARJAT, op. cit., p. 37 et 38 où l'auteur remarque que *« la réglementation des rapports contractuels en fonction de l'économie interne du contrat, la réglementation des rapports pécuniaires des parties en eux-mêmes, est tout aussi significative que la politique d'ensemble de nature économique que poursuit le législateur. Elle traduit la même méfiance de l'organisation libre des rapports contractuels, elle fait appel aux mêmes techniques »*.

⁷⁷⁵ J. MESTRE, *L'ordre public dans l'économie*, op. cit., p. 139.

⁷⁷⁶ J. HAUSER et J.-J. LEMOULAND, op. cit., n° 28, p. 8-9.

exemple, les difficultés liées à la conjoncture font que l'emploi⁷⁷⁷ prend le dessus sur la protection des salariés⁷⁷⁸. Ainsi, de plus en plus de règles deviennent d'ordre public absolu⁷⁷⁹, comme la limitation du temps de travail. Certaines règles passent ainsi de l'ordre public économique de protection à l'ordre public économique de direction. Distinguer ces deux ordres en fonction de leur contenu devient alors très difficile. En revanche, leur fonctionnement permet de les différencier plus facilement. Dans tous les cas, l'ordre public économique est une limite à la liberté individuelle de contracter. Le législateur doit toujours intervenir subtilement pour éviter de trop porter atteinte à la liberté contractuelle, même si elle n'est pas protégée par la Constitution⁷⁸⁰, pour protéger l'ordre public, au risque de scléroser l'économie⁷⁸¹. « *Je verrais plutôt, dans toutes ses manifestations, un subtil dosage du principe masculin de la direction et du principe féminin de la protection, dont la philosophie chinoise nous dit qu'ils cohabitent partout en ce monde. Le vocabulaire en usage ne traduirait que la prééminence de l'un sur l'autre et non son exclusivité* »⁷⁸². C'est plus une différence de nécessité actuelle qu'une différence de nature. Malgré tout, la distinction a un intérêt lorsqu'on s'intéresse à la sanction⁷⁸³. L'ordre public classique et l'ordre public économique présentent de nombreuses différences mais également de grandes similitudes. Les intérêts en jeu ne semblent pas identiques, les dérogations sont interdites pour certains ordres, possibles sous conditions pour les autres. En revanche, ils constituent un mécanisme de limitation de la liberté car ils ont pour finalité l'intérêt de la société. L'ordre public classique et l'ordre public économique ont de nombreux points communs qui obligent à s'interroger sur la possibilité d'aboutir à une conception de l'ordre public qui fonctionnerait dans toutes les situations. Un renouvellement de sa conception est indispensable pour en faire un critère efficace de l'application des clauses de preuve.

⁷⁷⁷ C. BOULLEZ, *op. cit.*, p. 736.

⁷⁷⁸ C. BOULLEZ, *ibid.*, p. 737 et 738.

⁷⁷⁹ C. BOULLEZ, *ibid.*, p. 735 ; J. HAUSER et J.-J. LEMOULAND, *op. cit.*, n° 89, p. 18 où les auteurs considèrent qu'« *il s'agirait là d'un ordre public dit absolu. La distinction entre ordre public absolu et relatif ne recouvre toutefois pas les distinctions entre protection et direction. Comme on l'a justement remarqué, l'ordre public absolu, auquel on ne peut déroger dans aucun sens, peut aussi bien concerner l'une ou l'autre, traduisant soit des impératifs d'ordre général, soit une conception globale de l'équilibre du contrat de travail. Mais, si les règles de protection sont atteintes, les conséquences habituelles se retrouvent tout de même, et la nullité ne peut en général être invoquée que par le salarié qu'elle avait pour but de protéger* ».

⁷⁸⁰ Décision du 3 août 1994, JCP 1995, II, 22404, note Y. BROUSSOLLE ; Décision du 20 mars 1997, RTD civ. 1998, p. 99, obs. J. MESTRE ; J. MESTRE, *L'ordre public dans l'économie, op. cit.*, p. 138.

⁷⁸¹ J. MESTRE, *L'ordre public dans l'économie, ibid.*, *loc. cit.* où les auteurs constatent que « *les fortes doses d'ordre public, génératrices de statuts très protecteurs, avaient des effets pervers en tarissant les propositions contractuelles : elles dissuadent les propriétaires de louer, les banques de prêter comme les employeurs d'embaucher!* ».

⁷⁸² P. CATALA, *Rapport de synthèse, op. cit.*, p. 7.

⁷⁸³ B. FAUVARQUE-COSSON, *L'ordre public, op. cit.*, p. 480.

Section 2 : L'ordre public : une conception renouvelée

438. **Enonciation des difficultés.** Plusieurs problèmes ressortent de l'étude des ordres publics. La première difficulté provient des intérêts en jeu. Quels sont les intérêts devant être défendus par le législateur ? Plusieurs intérêts sont en concurrence dans les différents ordres publics : l'intérêt général ou social et les intérêts individuels ou catégoriels. En principe, le législateur n'intervient qu'à la condition que l'intérêt social soit mis en difficulté. Toutes les lois devraient intéresser directement ou indirectement l'ordre public. Pourtant, une partie de la doctrine considère certaines règles impératives comme n'étant pas du domaine de l'ordre public en raison des intérêts protégés. Une autre difficulté tient à la variabilité du contenu de l'ordre public. Cette variabilité participe à la difficulté de définir l'ordre public. La variabilité est principalement le résultat de deux facteurs. D'une part, le contenu évolue en fonction des mouvements de la société, d'autre part, certaines règles appartiennent à l'ordre public pour une partie de la doctrine, et en sont exclues pour une autre partie. Sur ce dernier point, la divergence doctrinale peut disparaître en déterminant l'étendue des pouvoirs de l'État, et en proposant une conception de l'ordre public fondée sur une sémantique différente. Cette nouvelle vision a l'avantage d'être applicable en droit interne mais aussi en droit international privé.

439. **Annnonce du plan.** Afin de démontrer cette conception renouvelée de l'ordre public, il faut déterminer les intérêts protégés par l'État (§1) pour se rendre compte que la difficulté de définir l'ordre public provient d'une confusion liée à la sémantique (§2).

Paragraphe 1 : Les intérêts protégés par l'État

440. **Intervention variable de l'État.** Partisan d'un État libéral, ou partisan d'un État providence, l'intervention du législateur est limitée à un strict minimum ou, au contraire, est très étendue⁷⁸⁴. Selon certains auteurs⁷⁸⁵, le législateur intervient de plus en plus dans la

⁷⁸⁴ J. MESTRE, *L'ordre public dans l'économie*, op. cit., p. 125.

⁷⁸⁵ P. CATALA, *Rapport de synthèse*, op. cit., p. 14 où l'auteur indique qu'« au lieu de tirer le droit subjectif de règles objectives préalablement posées dans la vision de l'intérêt collectif, le pouvoir normatif, confronté à des volontés et à des besoins individuels, est sommé de trouver une solution destinée à les satisfaire. C'est ainsi que les droits supplantent les institutions : le droit à hériter remplace le droit des successions, le droit au logement le droit au bail, le droit à réparation le droit de la responsabilité civile » ; B. FAUVARQUE-COSSON, *L'ordre public*, op. cit., p. 475 où l'auteur précise qu'« autrefois gardien de l'intérêt général contre les volontés

vie économique et sociale, et protège les individus et leurs moyens de parvenir à leur bonheur⁷⁸⁶ au détriment de la société. Est-ce une bonne évolution ? Tout dépend de savoir si l'État doit se limiter à l'existence sociale⁷⁸⁷ ou doit garantir également le bonheur des membres qui la composent⁷⁸⁸.

441. **Annonce du plan.** Dans tous les cas, l'État ne peut, en principe, s'intéresser qu'à la vie publique. Ce qui est du domaine strictement privé sort de sa compétence⁷⁸⁹. L'heure du repas, la répartition des tâches domestiques par exemple relèvent du domaine privé des membres de la société et partant, demeurent en dehors de la compétence du législateur⁷⁹⁰. Il semble préférable que cela reste ainsi le plus longtemps possible, car seul l'intérêt de la société importe à l'État puisqu'il est à son service (**A**). Bien évidemment, le cloisonnement entre le domaine privé et le domaine public n'est pas d'une étanchéité parfaite. Les comportements privés peuvent avoir une incidence sur la société et inversement. Il y a une véritable confrontation entre les intérêts de la société et ceux des individus (**B**).

A : Une compétence de l'État : la protection de l'intérêt social

442. **Intérêt général, intérêt social ?** Quelle notion préférer ? L'intérêt général se tourne plus vers l'ensemble des individus qui composent la société, alors que l'intérêt social est dirigé vers l'intérêt de la société en tant que personne morale. Les individus peuvent

individuelles, l'ordre public des droits fondamentaux assure désormais la protection de l'individu. L'offenseur est devenu l'offensé ».

⁷⁸⁶ J. FOYER, *Les bonnes mœurs, in 1804-2004 Le Code civil : Un passé, un présent, un avenir*, Dalloz, 2004, p. 502 où l'auteur précise que « *normalement, le principe de liberté aurait dû conduire à l'autonomie de la volonté la plus étendue. C'est ce qu'exprimait le projet de Code civil, très hédoniste, de Cambacérés en 1795, "le droit de contracter (...) n'est que la faculté de choisir le moyen de son bonheur" ou encore "l'homme n'est pas heureux s'il n'est pas libre dans le choix de ses jouissances, le bonheur de l'homme consiste bien plus dans la manière de jouir que dans la jouissance elle-même ; chacun compose son bonheur des éléments de son choix" ».*

⁷⁸⁷ R. POLIN, *L'ordre public, in L'ordre public*, sous la dir. de R. POLIN, Politique d'aujourd'hui, PUF, Paris, 1995, p. 15 où l'auteur considère que « *toute politique est d'abord et naturellement conservatrice de l'essentiel* ».

⁷⁸⁸ G. DE LA BROUE DE VAREILLES-SOMMIERES, *Des lois d'ordre public et de la dérogation aux lois, op. cit.*, p. 15 où l'auteur précise que « *l'ordre, pour toute chose collective, est la condition de son bien, de son heureux fonctionnement ou développement. L'ordre, pour un peuple, est la condition sine qua non de son bonheur, de la satisfaction de tous ses intérêts. L'ordre du peuple est la cause, le bien du peuple est l'effet. On ne poursuit pas l'ordre pour l'ordre, mais pour ses heureux effets* ».

⁷⁸⁹ R. POLIN, *op. cit.*, *loc. cit.* où l'auteur indique qu'« *après tout, notre problème tient au fait que nous croyons, nous autres modernes, à l'originalité, à la capacité de création et de radicale différence qui est le fait de la liberté humaine, ce qui est une source irréductible de conflits et, soyons optimistes, de conciliation au sein de l'État et dans l'ordre public, grâce au respect, à la préservation de l'impénétrable domaine privé* ».

⁷⁹⁰ Dans certains régimes politiques, l'État franchit la porte d'entrée, rentre dans la maison pour imposer des règles qui ont pour but d'aliéner les libertés des individus afin d'asseoir son totalitarisme. La Corée du nord en est un malheureux exemple.

vouloir une chose qui n'est pas de l'intérêt de la société, même si souvent l'intérêt général rejoint l'intérêt social. Il peut apparaître plus judicieux d'utiliser l'expression d'intérêt social ou d'intérêt de la société. Mais, en pratique, ils sont souvent entendus comme synonymes⁷⁹¹. D'ailleurs, l'intérêt général peut être considéré comme « *l'intérêt essentiel pour la société* »⁷⁹². « *Le concept d'intérêt essentiel pour la société paraît donc préférable. L'expression renvoie tout à la fois : à l'idée d'essence, donc à l'idée d'un intérêt vital, sans lequel la société risque de disparaître, ou à tout le moins auquel elle est très attachée ; à l'idée de société, donc à l'idée de contingence, à la fois spatiale et temporelle. L'ordre public est donc constitué par les intérêts essentiels de la cité* »⁷⁹³.

443. **Qu'est ce qui rentre dans l'intérêt social ?** Son contenu dépend de la conception que l'on se fait de l'État. L'existence sociale est le minimum de l'intérêt de la société. Le but prioritaire de tout gouvernement est la sauvegarde de la société. Ainsi par exemple, la protection de son territoire et de ses membres⁷⁹⁴, comme le renouvellement des générations sont des éléments indispensables à l'existence sociale. De la même manière, dans sa loi du 1^{er} juillet 1901, le législateur a sanctionné par la nullité « *toute association fondée sur une cause ou en vue d'un objet illicite, contraire aux lois, aux bonnes mœurs, ou qui aurait pour but de porter atteinte à l'intégrité du territoire national et à la forme républicaine du gouvernement* »⁷⁹⁵. La limite à la liberté d'association apportée par le législateur a bien vocation à préserver l'existence sociale. C'est le rôle du législateur de limiter la liberté contractuelle⁷⁹⁶.

⁷⁹¹ G. DE LA BROUE DE VAREILLES-SOMMIERES, *op. cit.*, p. 14 où l'auteur considère que « *dans la langue pratique et juridique, le mot ordre public signifie le bien public, le bien commun, l'intérêt général, l'intérêt de tout le peuple, l'intérêt social, autant d'expressions synonymes* », et p. 16 où l'auteur précise que « *l'intérêt général, l'intérêt social, l'intérêt de la société, telles sont en effet les expressions qui reviennent sans cesse (...) comme synonymes d'ordre public* ».

⁷⁹² B. FAUVARQUE-COSSON, *L'ordre public, op. cit.*, p. 474 où l'auteur considère que « *l'intérêt général n'est donc ni l'intérêt commun ni l'intérêt public mais plutôt l'intérêt essentiel pour la société* ».

⁷⁹³ D. FENOUILLET, *Les bonnes mœurs sont mortes ! Vive l'ordre public philanthropique*, in Études offertes à P. CATALA, Le droit privé français à la fin du XX^e siècle, Litec, 2001, p. 510.

⁷⁹⁴ G. DE LA BROUE DE VAREILLES-SOMMIERES, *op. cit.*, p. 30 et 31 où notamment l'auteur précise « *que la justice soit rendue, qu'on ne soit pas forcé de se faire justice à soi-même, c'est là peut-être le principal besoin des hommes réunis en groupe, la principale raison d'être de la société civile* ».

⁷⁹⁵ Article 3 de la loi du 3 juillet 1901, relative au contrat d'association : « *Toute association fondée sur une cause ou en vue d'un objet illicite, contraire aux lois, aux bonnes mœurs, ou qui aurait pour but de porter atteinte à l'intégrité du territoire national et à la forme républicaine du gouvernement, est nulle et de nul effet* ». V. sur ce point J. HAUSER et J.-J. LEMOULAND, *Ordre public et bonnes mœurs*, in Rép. Civ. Dalloz, 2004, n° 38, p. 10.

⁷⁹⁶ B. FAUVARQUE-COSSON, *L'ordre public, op. cit.*, p. 476.

444. **De l'intérêt social au bonheur ?** L'intérêt social peut également dépasser la simple existence sociale et aller jusqu'au bonheur des membres de la société⁷⁹⁷. Pour Bentham : « *L'objet des lois, quand elles sont ce qu'elles doivent être, est de produire, au plus haut degré possible, le bonheur du plus grand nombre* »⁷⁹⁸. La démocratie participe à cette recherche du bonheur du plus grand nombre. En effet, la majorité élit les représentants des membres de la société pour protéger leurs intérêts et l'intérêt de la société. Tout comportement qui fausserait le jeu de la démocratie serait contraire à l'ordre public. De ce fait, les représentants de la société ne peuvent pas obtenir les voix d'électeurs moyennant une contrepartie quelle qu'elle soit⁷⁹⁹. De même, il est interdit de convenir sur la nomination, par un représentant de l'État, à un emploi⁸⁰⁰, même si en pratique les avantages indirects sont nombreux et donc difficiles à sanctionner.

445. **Liberté individuelle et intérêt social.** La liberté des individus connaît donc des limites⁸⁰¹. La doctrine est d'accord pour remarquer que « *la liberté individuelle poussée à l'extrême conduit à la loi de la jungle. Bakounine disait déjà après d'autres que "la liberté s'arrête là où commence la liberté d'autrui"* »⁸⁰². Dans cette situation, autrui est la société. La liberté individuelle s'arrête là où l'intérêt social l'exige⁸⁰³. L'ordre public « *peut se définir comme une atteinte nécessaire à la liberté contractuelle fondée sur un intérêt supérieur. Cet intérêt supérieur correspond souvent à l'intérêt général, du moins à des valeurs essentielles et collectives* »⁸⁰⁴. L'ordre est indispensable à la société et à l'homme. « *C'est par l'homme et pour l'homme qu'il y a de l'ordre* »⁸⁰⁵. Le législateur fait toujours attention lorsqu'il limite la liberté des particuliers. Il essaie toujours de concilier les intérêts particuliers et l'intérêt de la

⁷⁹⁷ G. DE LA BROUE DE VAREILLES-SOMMIERES, *op. cit.*, p. 16 où l'auteur précise que « *la société civile ou État est l'association qui se forme (par contrat, suivant une opinion encore très répandue, de plein droit, selon nous), entre tous les individus groupés sur un certain territoire et qui a pour but d'atteindre, par l'action collective et disciplinée, les conditions de sécurité et de bonheur qui ne pourraient pas ou ne pourraient que difficilement et lentement être obtenues par l'action individuelle et libre* ».

⁷⁹⁸ J. BENTHAM, *Traité des preuves judiciaires*, tome 1^{er}, Hector Bossange, Paris, 2^e éd., 1830, p. 1.

⁷⁹⁹ J. HAUSER et J.-J. LEMOULAND, *Ordre public et bonnes mœurs, op. cit., loc. cit.* Pour des consommations gratuites accordées à des électeurs afin d'influencer leur vote, v. T. Tarbes, 14 mai 1899, S. 1900.2.219.

⁸⁰⁰ J. HAUSER et J.-J. LEMOULAND, *ibid.*, n° 39, p. 10.

⁸⁰¹ J. MOREAU, *Les choses dangereuses en droit administratif français*, Travaux de l'Association H. CAPITANT, Tome 19, Dalloz, 1967, p. 256 où l'auteur précise que « *la liberté totale est impensable et écartée par le droit positif* ».

⁸⁰² J. FOYER, *op. cit.*, p. 512.

⁸⁰³ D. HOUTCIEFF, *L'atteinte à l'ordre public et aux bonnes mœurs*, in Lamy Droit du contrat, sous la dir. de B. FAGES, 2009, n° 236-5 ; M.-C. VINCENT-LEGOUX, *L'ordre public : étude de droit comparé interne*, Collection les grandes thèses du droit français, PUF, 2001, p. 108 où l'auteur précise que « *le législateur limite la liberté contractuelle qui n'est pas toujours exercée d'une manière juste et conforme à l'intérêt général* ».

⁸⁰⁴ D. HOUTCIEFF, *ibid.*, n° 236-23.

⁸⁰⁵ R. POLIN, *op. cit.*, p. 7.

société. Il ne limite la liberté des individus qu'exceptionnellement⁸⁰⁶. L'exercice du droit de propriété n'est restreint que dans l'intérêt de la société, notamment avec l'obligation d'obtenir un permis de construire pour édifier une maison sur son terrain. Il est vrai que les exceptions dans ce domaine sont nombreuses, de sorte que le nombre d'exceptions à la liberté peut faire penser à un renversement du principe en exception.

446. **Délimiter l'intérêt social de l'ordre public.** Le problème provient de la difficulté de délimiter l'intérêt social et donc l'ordre public. Pourtant, c'est certainement son imprécision et sa variabilité⁸⁰⁷ qui sont le gage de son efficacité. L'ordre public n'est qu'un mécanisme de protection de la société face à des agissements purement égoïstes. L'intérêt de la société doit être supérieur aux inconvénients créés par les agissements de ses associés⁸⁰⁸. Le législateur prévient *a priori* les contraintes à l'ordre public. Pour ce faire, il est aidé dans sa tâche par le juge puisque le législateur lui offre la possibilité de veiller, *a posteriori*, au respect de l'intérêt social. L'absence de définition précise des notions d'ordre public et de bonnes mœurs par la loi permet au juge de pouvoir exercer librement « *une police utile des contrats* »⁸⁰⁹.

447. **Des lois impératives.** Le législateur intervient pour servir la société de sorte que les lois sont forcément prises dans l'intérêt de la société⁸¹⁰. Elles intéressent toutes l'ordre public. Pour autant, il n'est pas nécessaire qu'elles s'imposent avec la même force aux individus. Certaines lois, lorsqu'elles ne sont pas respectées, provoquent nécessairement un trouble à l'ordre public. Elles sont donc impératives. La volonté ne peut les exclure, même pour les remplacer par une convention. La paix sociale est ainsi protégée par ces lois impératives. Le législateur considère qu'il faut intervenir par des lois d'ordre public pour empêcher la volonté individuelle de s'exprimer.

⁸⁰⁶ J. FOYER, *op. cit.*, p. 502 où l'auteur cite Cambacérés : « *Comme le disait Cambacérés, dans sa présentation du projet de 1796, "dans le cours de notre travail, nous avons toujours eu soin de concilier l'intérêt privé avec l'intérêt général, ... rien n'a été négligé afin de s'assurer que la stabilité des conventions ne serait point légèrement compromise"* ».

⁸⁰⁷ D. HOUTCIEFF, *op. cit.*, n° 236-11 où l'auteur précise que « *la variabilité de l'ordre public et de bonnes mœurs n'est pas une instabilité. Le changement s'opère dans la continuité !* ». Dans le même sens, C. AUBRY et C. RAU, *Cours de droit civil français*, Tome 4, Imprimerie et Librairie générale de jurisprudence, 5^e éd., 1902, n° 309.

⁸⁰⁸ F. HAGE-CHAHINE, *op. cit.*, p. 22 où l'auteur affirme que « *l'idée selon laquelle l'ordre public est placé au-dessus des volontés particulières constitue un axiome* ».

⁸⁰⁹ H. MAZEAUD, L. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil, Introduction à l'étude du droit*, Tome 1, vol. 1, Montchrestien, 12^e éd., 2000, n° 265.

⁸¹⁰ G. DE LA BROUE DE VAREILLES-SOMMIERES, *op. cit.*, p. 16 où l'auteur considère que « *chacun a le droit de prétendre que l'effort de tous ne soit pas dépensé pour le bien de quelques-uns* ».

448. **Des lois supplétives.** D'autres lois n'existent que pour suppléer la volonté des parties. Le législateur laisse la possibilité aux parties de déroger à la loi qu'il a pourtant créée. Pourquoi considérer que ces lois sont adoptées pour sauvegarder l'ordre public alors qu'on peut les évincer ? Lorsque les parties n'ont pas dérogé à une loi supplétive, cette dernière a vocation à régir leur situation en cas de litige. Même sans litige, cette loi doit s'appliquer. Mais le juge ne peut vérifier ce respect tant qu'un litige n'est pas porté devant lui. Le droit ne devient véritablement efficace que lorsque les comportements sont contrôlés par le juge. L'hypothèse est donc celle d'un litige dont la loi applicable est une loi supplétive. Cette loi sert l'ordre public. Le litige trouve sa réponse dans l'application de cette loi supplétive, permettant ainsi l'apaisement du conflit entre les plaideurs⁸¹¹. La paix sociale a besoin de ces lois supplétives⁸¹². Il devient impossible de nier leur fonction de protection de l'ordre public.

449. **L'inspiration unique du législateur ?** Ne peut-on pas s'interroger sur l'existence d'une inspiration autre que celle d'intérêt social pour le législateur. La réponse semble évidente. En théorie, le législateur n'a pas pour fonction de servir un intérêt autre que celui de la société. Le législateur étant le représentant du peuple, la loi qu'il édicte est forcément prise dans un souci d'intérêt social⁸¹³. Par définition, la loi est générale et impersonnelle. Peu importe qu'elle soit prise pour une catégorie, elle reste générale. Ne pas respecter cette règle a pour conséquence un dépassement de sa fonction, de son rôle, de ses attributions⁸¹⁴. Peut-on dire alors que le législateur doit respecter des dispositions d'ordre

⁸¹¹ G. DE LA BROUE DE VAREILLES-SOMMIERES, *op. cit.*, p. 39 où l'auteur indique que « *M. Alglave confesse en effet que la société a au moins un intérêt indirect, d'abord à ce que les lois qui ne sont pas d'ordre public existent, car "l'absence d'un moyen légal de terminer les différends pourrait donner lieu à des rixes ou à des actes de violence qui mettraient en péril l'organisation sociale"* ; ensuite à ce que ces lois soient justes et pratiques, "car une législation qui offrirait aux époux, même sans le leur imposer, un régime matrimonial vicié ou peu équitable, une loi qui déterminerait d'une manière inexacte les effets des diverses obligations, exciteraient à coup sûr beaucoup de mécontentements et par suite nuiraient à la société" ».

⁸¹² G. DE LA BROUE DE VAREILLES-SOMMIERES, *ibid.*, p. 30.

⁸¹³ G. DE LA BROUE DE VAREILLES-SOMMIERES, *ibid.*, p. 15 où l'auteur considère que « *poursuivre l'ordre public, c'est donc en réalité et surtout poursuivre le bien public. Chaque fois que le législateur établit ou obtient un ordre plus parfait, il donne plus amplement satisfaction à l'intérêt général ; et chaque fois qu'il donne satisfaction à un intérêt général, c'est qu'il établit un ordre plus parfait, plus conforme "aux rapports qui dérivent de la nature des choses"*. Chaque fois qu'il y a un désordre dans la société, un intérêt général en souffre, et chaque fois qu'un intérêt général souffre, c'est qu'il y a un désordre dans la société, quelque chose qui n'est pas à sa place, qui n'est pas bien coordonné avec le reste ».

⁸¹⁴ G. DE LA BROUE DE VAREILLES-SOMMIERES, *ibid.*, p. 17 où l'auteur précise que « *la mission et le pouvoir du souverain ou législateur sont déterminés par le but de la société et par les droits des associés. Il doit donc discipliner et diriger les forces du groupe pour conjurer les périls qui menacent tous ses membres ou pour accomplir les progrès qui profiteront à tous. Chacune de ses lois doit avoir pour but final un avantage commun à tous les associés. Il sortirait de son rôle et violerait les statuts de la société, s'il mettait en mouvement son pouvoir et les forces associées au profit d'un ou plusieurs seulement des membres du groupe. Toute loi qui serait portée en vue, non pas d'un avantage commun à tous, mais d'un avantage spécial à un ou à quelques-uns ou à*

public ? La réponse est forcément positive. Le bloc de constitutionnalité s'impose au législateur. Il doit même respecter certaines règles venues de l'étranger bien qu'antinomiques avec les règles internes. Par exemple, la France a dû modifier ses règles⁸¹⁵ en matière de succession des enfants illégitimes pour être en conformité avec la Convention européenne des droits de l'homme⁸¹⁶. Cependant, le législateur peut intervenir en portant atteinte à l'une des règles en faveur d'une autre à condition de ne pas porter atteinte à l'ordre public⁸¹⁷. Les lois contraires à cet intérêt sont frappées d'inconstitutionnalité. Le législateur est donc bien soumis à l'ordre public⁸¹⁸. Quelle explication peut être donnée pour justifier les atteintes possibles à l'ordre public par le législateur alors qu'il doit veiller à son respect ? Le législateur étant un Homme, cet être imparfait, le risque de s'éloigner du bien commun est présent⁸¹⁹. « *Certes, le péril est connu et les remèdes proposés sont nombreux : partage de la souveraineté, séparation des pouvoirs, développement des contre-pouvoirs, décentralisation, pouvoirs de contrôle de la légalité, pouvoirs de contrôle de la constitutionnalité* »⁸²⁰. Lorsque l'intention est louable mais que, malheureusement, le résultat escompté n'est pas réalisé, le législateur n'a pas détourné ses pouvoirs⁸²¹. Le législateur doit garantir l'ordre public, notamment par des règles d'ordre public, et, également le respecter. Maître et serviteur à la fois !

450. **Le socle de l'ordre public.** Ce qui est indispensable à l'ordre public est l'existence de lois qui règlent les rapports humains. Le contenu de la règle n'est pas toujours obligatoire. Le législateur le détermine en fonction de la société⁸²², voire de manière arbitraire parfois. En effet, « *il est indispensable qu'en un pays donné tout le monde conduise du même*

un grand nombre ou même à la majorité des associés serait nulle pour excès de pouvoir et indigne du nom de loi : elle n'obligerait personne ».

⁸¹⁵ La loi n° 2001-1135 du 3 décembre 2001 a mis fin à la différence de traitement entre les enfants légitimes et les enfants adultérins.

⁸¹⁶ CEDH, 1^{er} février 2000, *Mazurek c. France* ; D. 2000, p. 332, note J. THIERRY ; D. 2000, p. 626, chron. B. VAREILLE ; GAJC, 12^e éd., 2007, n° 99 ; RDSS 2000, p. 607, obs. F. MONÉGER ; RTD civ. 2000, p. 311, obs. J. HAUSER ; RTD civ. 2000, p. 429, obs. J.-P. MARGUENAUD ; RTD civ. 2000, p. 601, obs. J. PATARIN.

⁸¹⁷ La France avait refusé d'ouvrir le mariage entre personnes de même sexe, et à plusieurs reprises, la Cour européenne des droits de l'homme a considéré qu'il appartenait à chaque législation de décider sur ce point. L'atteinte au principe d'égalité doit être proportionnée avec d'autres intérêts fondamentaux. CEDH, 24 juin 2010, *Schalk et Kopf c. Autriche*.

⁸¹⁸ L'ordre public est qualifié d'objectif de valeur constitutionnelle. En ce sens, M.-C. VINCENT-LEGOUX, *op. cit.*, p. 32, et note 2 de la même page.

⁸¹⁹ R. POLIN, *op. cit.*, p. 15 où l'auteur rappelle que « *ce sont des hommes qui, à travers les institutions, font les lois (et il peut y en avoir de partiales, d'injustes, de scélérates), ce sont eux qui les interprètent et qui prennent les décisions d'exécution. Et nous savons que, pour les hommes, la possession du pouvoir, l'habitude du pouvoir, est corruptible, et d'autant qu'il est plus grand et plus durable. Quel grand risque, quel grand péril pour l'ordre politique !* ».

⁸²⁰ R. POLIN, *ibid.*, p. 16.

⁸²¹ G. DE LA BROUË DE VAREILLES-SOMMIERES, *op. cit.*, p. 17.

⁸²² D. FENOUILLET, *Les bonnes mœurs sont mortes ! Vive l'ordre public philanthropique*, *op. cit.*, p. 510.

côté de la route, mais peu importe que ce soit à droite ou à gauche. La règle ici est absolument nécessaire, mais sa teneur indifférente. Nécessité n'est pas finalité »⁸²³. Cependant, ce n'est pas toujours le cas. En effet, la règle et sa teneur peuvent être obligatoires pour protéger l'intérêt social. Ce qui est souvent le cas en matière de droit naturel⁸²⁴. L'interdiction de l'homicide volontaire et sa sanction sont indispensables pour la société. Elle n'est pas indifférente à la peine attachée à ce crime. Par conséquent, toutes les lois intéressent l'ordre public⁸²⁵. La question est plus de savoir si les comportements humains sont contraires ou non à l'ordre public, que de savoir si la loi intéresse l'ordre public, puisqu'elle est édictée en vertu de cette considération. Les comportements ne doivent pas déroger aux règles impératives, mais cela ne suffit pas. Il faut en plus que le résultat ou l'intention ne soient pas contraire à l'ordre public, à la paix sociale. La notion de l'ordre public apparaît surtout lorsqu'on y porte atteinte.

451. **Le conflit entre liberté et ordre public.** L'ordre public protège la liberté seulement si c'est favorable à la société⁸²⁶. Dans d'autres situations, l'ordre public justifie l'atteinte à la liberté. L'ordre public est au-dessus de la liberté. La liberté et l'ordre public sont ainsi liés par un conflit perpétuel⁸²⁷. « *Liberté, ordre public* », telle était la devise du gouvernement de juillet. « *Aidez-moi, messieurs, à fonder la liberté, disait Napoléon III, l'ordre, j'en réponds* »⁸²⁸. Il aurait peut-être dû dire « fondez la liberté, je la limite pour garantir l'ordre public, je la protège pour sauvegarder l'ordre public ». Il y n'a donc pas forcément opposition entre ordre et liberté⁸²⁹. Peut-être qu'il n'y en a même jamais eu⁸³⁰.

⁸²³ P. CATALA, *Rapport de synthèse, op. cit.*, p. 3.

⁸²⁴ P. CATALA, *ibid.*, p. 3.

⁸²⁵ G. DE LA BROUE DE VAREILLES-SOMMIERES, *op. cit.*, p. 9. En revanche, il est vrai que toutes les lois ne concernent pas les bonnes mœurs.

⁸²⁶ M.-C. VINCENT-LEGOUX, *op. cit.*, p. 25 et 26 où l'auteur précise que « *les droits et libertés sont garantis sous réserve que leur acquisition et que leur exercice ne troublent pas l'organisation sociale. A chaque fois que celle-ci est sérieusement menacée, l'ordre public intervient pour limiter la liberté perturbatrice* ».

⁸²⁷ D. TALLON, *Considérations sur la notion d'ordre public dans les contrats en droit français et en droit anglais, op. cit.*, p. 883 où l'auteur indique qu'« *il s'agit au fond d'un aspect du dialogue de la contrainte et de la liberté, du point de rencontre de la volonté individuelle et de l'intérêt commun* ».

⁸²⁸ G. DE LA BROUE DE VAREILLES-SOMMIERES, *op. cit.*, p. 11.

⁸²⁹ A. PLANTEY, *Définitions et principes de l'ordre public, in L'ordre public, sous la direction de R. Polin, Politique d'aujourd'hui, PUF, Paris, 1995, p. 36.*

⁸³⁰ R. POLIN, *op. cit.*, p. 8 et 9. Pour cet auteur, « *il n'y a pas de contradiction, pas même d'opposition entre ordre et liberté. D'une part, parce que ce sont des hommes qui créent de tels ordres en usant de leur liberté et, d'autre part, parce qu'un ordre humain doit être fait pour être compris et consenti par tous ceux qui participent de cet ordre, et en sont, par principe, les membres actifs* ». L'auteur poursuit en écrivant qu'« *il faut détruire ce stupide préjugé qui prétend qu'ordre et liberté sont contradictoires et que, là où il y a de l'ordre, il n'y a pas de liberté. Tout au contraire, l'ordre au sens plein, l'ordre compréhensible, justifiable et compris, est l'œuvre d'hommes libres, respectueux de la liberté des autres. "L'ordre" despotique, à l'inverse, naît de l'arbitraire,*

« L'ordre, et l'ordre seul, fait la liberté. Le désordre fait la servitude. Seul est légitime l'ordre de la liberté »⁸³¹. La liberté suppose que les membres de la société peuvent en faire un usage néfaste pour eux et pour la société⁸³². Ceci explique la nécessité pour le législateur de poser des limites à la liberté absolue. L'ordre public varie en fonction des évolutions sociales et des nouveaux comportements des acteurs de la vie sociale⁸³³. Le législateur intervient pour « contrecarrer » ces abus de liberté qu'il prévient quand il le peut. Cependant, l'ordre public comporte un contenu minimum issu du droit naturel qu'il faut absolument respecter⁸³⁴. L'ordre public comprend un ordre moral mais aussi un ordre politique pour éviter « le mauvais usage de leur liberté, dont sont capables les membres de la communauté »⁸³⁵.

452. **L'ordre public, protecteur de la liberté.** Le législateur s'assure que l'intérêt de la société est respecté en limitant les initiatives des individus, limitant ainsi leur liberté⁸³⁶. L'ordre public est le protecteur de la liberté des membres de la société⁸³⁷. La limitation de la liberté des uns permet aussi, dans certaines situations, de protéger la liberté des autres⁸³⁸. L'ordre public est donc à la fois un ordre de limitation des libertés et un ordre de protection des libertés⁸³⁹. Le législateur ne s'éloigne-t-il pas de son rôle en venant protéger une catégorie d'individus au détriment d'une autre ? L'intérêt catégoriel se confond-il avec l'intérêt social ? Ou au contraire est-il incompatible ?

B : La confrontation de l'intérêt social avec les intérêts privés

453. **Deux types de règles impératives.** D'éminents auteurs⁸⁴⁰ du début du XX^e siècle « opposaient deux types de règles impératives : celles protégeant les intérêts privés et

d'un mauvais usage de la liberté et soumet par la violence des esclaves réduits à leur propre mauvais usage de leur liberté, à l'usage réciproque de leurs vices ».

⁸³¹ C. PEGUY cité par R. POLIN, *op. cit.*, p. 9.

⁸³² R. POLIN, *ibid.*, *loc. cit.*

⁸³³ R. POLIN, *ibid.*, *loc. cit.*

⁸³⁴ R. POLIN, *ibid.*, p. 10.

⁸³⁵ R. POLIN, *ibid.*, p. 12.

⁸³⁶ Il n'y a pas de problème à cette limitation de liberté puisqu'elle est voulue par les membres qui composent la société. En effet c'est par le contrat social qu'ils se sont mis d'accord pour limiter leur liberté afin d'atteindre le bonheur individuel et collectif. V. dans ce sens, G. DE LA BROUE DE VAREILLES-SOMMIERES, *op. cit.*, p. 26 ; A. RIEG, *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique*, Bibliothèque de droit privé, LGDJ, 1961, p. 5.

⁸³⁷ F. HAGE-CHAHINE, *op. cit.*, p. 22.

⁸³⁸ R. POLIN, *op. cit.*, p. 13.

⁸³⁹ M.-C. VINCENT-LEGOUX, *op. cit.*, p. 22 et 23.

⁸⁴⁰ V. C. AUBRY et C. RAU, *Cours de droit civil*, Tome 4, Imprimerie et Librairie Générale de Jurisprudence, 5^e éd., 1902, § 523 ; H. CAPITANT, *Introduction à l'étude du droit civil*, 3^e éd., 1912, p. 37 et s. ; P. RAYNAUD, *L'ordre public économique*, Les cours de droit, Paris, 1965-1966, p. 11 et s.

celles inspirées par des considérations d'ordre public »⁸⁴¹. Il y a une distinction à opérer au sein des règles impératives : celles édictées pour protéger l'intérêt général et celles recommandées par les intérêts privés. Les premières seulement méritent, selon eux, l'appellation de règles d'ordre public. D'ailleurs, un auteur refuse d'admettre que certaines règles juridiques expriment « *le vouloir vivre collectif de la nation* »⁸⁴².

454. **Un ordre public protégeant des intérêts individuels ?** Un problème concerne l'ordre public de protection puisque ces règles sont avant tout édictées afin de protéger une catégorie d'individus. La règle a pour objet la protection des intérêts individuels ou regroupés en catégorie. Monsieur le professeur Hage-Chahine considère que c'est même un abus de langage de parler d'ordre public pour la protection d'intérêt privé. Un intérêt privé ne peut pas relever de la notion d'ordre public. « *L'ordre public cesse où l'intérêt privé commence* »⁸⁴³. Toutes les règles d'ordre public économique de protection sont donc des lois impératives et ne sont pas des lois d'ordre public⁸⁴⁴. La distinction entre ordre public de direction et ordre public de protection « *initiée par le doyen Carbonnier, est fondée sur la finalité variable de l'ordre public : celui-ci peut avoir deux ambitions, soit celle, générale, de diriger la société (ce qui appelle une nullité absolue), soit celle, plus limitée, de préserver des intérêts privés (ce qui appelle une nullité relative)* »⁸⁴⁵. D'ailleurs, pour la partie de la doctrine favorable à cette vision, la nullité sanctionnant les règles d'ordre public permettent de différencier les intérêts protégés. La nullité relative concerne les intérêts privés⁸⁴⁶, tandis que la nullité absolue protège l'intérêt social.

455. **Aller au-delà.** Il faut sans doute aller au-delà de l'effet direct de la mesure, et se demander pourquoi, vers quelle finalité elle tend⁸⁴⁷. L'intérêt général n'est jamais si loin⁸⁴⁸.

⁸⁴¹ B. FAUVARQUE-COSSON, *L'ordre public*, op. cit., p. 485.

⁸⁴² D. TALLON, *Considérations sur la notion d'ordre public dans les contrats en droit français et en droit anglais*, op. cit., p. 886.

⁸⁴³ F. HAGE-CHAHINE, op. cit., p. 39.

⁸⁴⁴ F. HAGE-CHAHINE, *ibid.*, loc. cit. où l'auteur précise que « *la prolifération des lois impératives de protection sanctionnées par la nullité relative ne constitue pas un aspect nouveau de l'ordre public pour une raison bien simple, c'est qu'elles ne sont pas des lois d'ordre public* ».

⁸⁴⁵ D. FENOUILLET, *Les bonnes mœurs sont mortes ! Vive l'ordre public philanthropique*, op. cit., p. 520.

⁸⁴⁶ J. HAUSER et J.-J. LEMOULAND, op. cit., n° 192, p. 32.

⁸⁴⁷ THUCYDIDE, *La Guerre du Péloponnèse* : « *Nous savons respecter ce qui touche à l'ordre public ; nous sommes pleins de soumission envers les autorités établies, ainsi qu'envers les lois, surtout envers celles qui ont pour objet la protection des faibles, et celles qui, pour n'être pas écrites, ne laissent pas d'attirer à ceux qui les transgressent un blâme universel* ». La protection des « faibles » devrait être l'une des principales fonctions de la société.

⁸⁴⁸ G. FARJAT, op. cit., p. 21 ; F. GENY, *Méthodes d'interprétation et sources*, p. 548 et 549.

Il est certainement masqué mais présent, telle « la forêt cachée par l'arbre ». L'intérêt individuel, collectif, catégoriel masque l'intérêt général mais ne le fait pas disparaître⁸⁴⁹. Il existe une différence entre la perception des choses et leur réalité. Plusieurs explications à la présence de l'intérêt général derrière les intérêts individuels ou catégoriels peuvent être données.

456. **De l'intérêt général malgré tout présent**⁸⁵⁰. Les auteurs, qui considèrent que les lois protégeant immédiatement un ou plusieurs membres ne protègent pas l'intérêt général, ne prennent peut-être pas en compte le fait que tous les membres ont vocation à être protégés par ces lois⁸⁵¹. À cela s'ajoute la délicate distinction entre l'ordre public économique de direction et l'ordre public économique de protection⁸⁵². Certaines règles passent de l'un à l'autre. La seule explication réside dans « *la relativité du critère et la difficulté de distinguer nettement l'intérêt général des intérêts privés* ». Tout n'est pas noir ou blanc, tout n'est pas aussi tranché⁸⁵³. « *De nombreuses règles ont une finalité complexe* »⁸⁵⁴ mélangeant des intérêts qui peuvent paraître divergents alors qu'ils sont, en réalité, convergents⁸⁵⁵. Pour bon nombre d'éminents professeurs, « *un partage est parfois opéré entre les règles d'ordre public qui défendent un intérêt général et les règles impératives d'intérêt privé ne défendant qu'un intérêt particulier. Cette distinction provient d'une confusion entre l'objet et le but de la règle. Les règles impératives qualifiées d'intérêt privé ont certes pour objet de protéger les particuliers auxquels elles s'appliquent mais elles poursuivent un but d'intérêt général qui doit prévaloir sur les volontés individuelles* »⁸⁵⁶. Les lois d'ordre public de protection ont pour

⁸⁴⁹ D. FENOUILLET, *op. cit.*, p. 521.

⁸⁵⁰ Par exemple, G. PIGNARRE, *op. cit.*, n° 22 où l'auteur reconnaît que « *l'intérêt général est médiatement impliqué* ».

⁸⁵¹ G. DE LA BROUE DE VAREILLES-SOMMIERES, *op. cit.*, p. 53 et s. L'auteur met en évidence le passage d'une règle objective qui a vocation à s'appliquer à tous et les droits subjectifs qui naissent de l'application de cette règle, qui n'intéressent que les titulaires de ces droits. « *Chaque exemplaire de l'acte, une fois accompli, et contemplé ex post facto et in concreto, ne nuit ou ne profite immédiatement qu'à une personne déterminée, qu'à un particulier. Mais la loi qui le prévoit in abstracto, in futurum, est portée dans l'intérêt de tous* ». « *Si on contemple la loi elle-même, il est impossible de ne pas voir qu'elle est une chose publique, ouverte à tous, utile à tous, comme une route publique, comme les tribunaux publics. Tous n'en usent pas, mais tous en peuvent user. Tous s'en servent ou peuvent s'en servir pour leurs intérêts privés : mais elle est d'intérêt général puisqu'elle offre ses services à tous. Le voyage que fait un individu sur une route publique est d'intérêt privé, mais la route est d'intérêt public. Les auteurs ont confondu la route avec le voyage* ».

⁸⁵² Notamment en droit de la consommation, v. obs. D. FENOUILLET, RDC 2003, n° 4, p. 90.

⁸⁵³ J. HAUSER et J.-J. LEMOULAND, *op. cit.*, n° 197, p. 33 où les auteurs remarquent qu'« *il est délicat de séparer nettement et toujours à coup sûr l'intérêt général des intérêts particuliers* ».

⁸⁵⁴ J. HAUSER et J.-J. LEMOULAND, *ibid.*, n° 193, p. 32

⁸⁵⁵ En droit du travail : C. RADE, *L'ordre public social et la renonciation du salarié*, Dr. soc. 2002, n° 11, p. 931 ; En matière de baux d'habitation : Cass. civ. 3^e, 2 juin 1999 et 16 février 2000 ; D. 2000, p. 733, obs. S. BEAUGENDRE.

⁸⁵⁶ M.-C. VINCENT-LEGOUX, *op. cit.*, p. 17 et 18.

objet de rétablir l'inégalité de nature entre les contractants, mais toujours dans le but de l'intérêt social. Ces règles ne sont donc pas d'intérêts privés comme certains auteurs le suggèrent. « *Les intérêts individuels ne sont jamais seuls en jeu* »⁸⁵⁷. Le législateur peut utiliser la protection d'intérêt privé à la condition d'arriver *in fine* à l'intérêt social. C'est sans doute la raison qui a fait écrire au doyen Cornu qu'« *un intérêt privé est d'ordre public lorsqu'il procède d'une valeur à laquelle la société accorde une importance fondamentale* »⁸⁵⁸. « *Aussi bien, à défaut de s'accorder sur une définition, la doctrine enseigne que la notion traduit "la supériorité de l'intérêt général sur les intérêts particuliers"* »⁸⁵⁹. La supériorité⁸⁶⁰ ne signifie pas l'exclusivité. Pourquoi dénier le caractère d'ordre public à des règles impératives parce qu'elles protègent des intérêts privés ? Elles assurent en même temps l'intérêt général⁸⁶¹. Pourquoi considérer que l'ordre public économique de protection est un ordre public de seconde zone, ou devrait être déclassé, parce qu'il vise des intérêts catégoriels ? Aucune raison ne semble le justifier⁸⁶². « *C'est oublier que l'homme n'est pas un nomade ; c'est un animal social en relation permanente avec autrui. Il est donc rare qu'un acte purement privé n'ait pas de conséquences à l'égard des tiers, proches ou lointains* »⁸⁶³. Le législateur doit concilier ces intérêts, car c'est bien pour les individus, mais aussi et surtout, pour la paix sociale, et partant pour la société.

457. **Critère de détermination : une question d'intensité.** Pour vérifier si l'intérêt social se trouve caché derrière l'intérêt individuel, il est nécessaire de s'intéresser à la finalité. L'un va dominer l'autre, ce qui fait sans doute dire aux auteurs que l'ordre public de direction protège l'intérêt général alors que l'ordre public de protection protège un intérêt privé ou catégoriel⁸⁶⁴. Il s'agit plus d'une différence d'intensité que de nature. « *La loi est d'ordre*

⁸⁵⁷ G. FARJAT, *op. cit.*, p. 37.

⁸⁵⁸ G. CORNU, *Droit civil, Introduction au droit*, Montchrestien, 13^e éd., 2007, n° 341.

⁸⁵⁹ B. FAUVARQUE-COSSON, *L'ordre public, op. cit.*, p. 474 où l'auteur cite Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, Defrénois, 2004, n° 646 ; F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, 10^e éd., 2009, n° 373.

⁸⁶⁰ J. FOYER, *Les bonnes mœurs, op. cit.*, p. 507.

⁸⁶¹ M. MEKKI, *L'intérêt général et le contrat : contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, Préf. J. GHESTIN, Bibliothèque de droit privé, Tome 411, LGDJ, 2004, p. 29 où l'auteur rappelle qu'« *il ne faut pas oublier que toutes les règles, quelles qu'elles soient, sont prises dans l'intérêt général, c'est-à-dire dans l'intérêt de tous, car l'intérêt général est censé limiter et légitimer la fonction législative* » ; p. 58 où il précise que « *l'intérêt général ne peut se concevoir en dehors des intérêts particuliers, de même que les intérêts particuliers ne sont jamais radicalement détachés de l'intérêt général* ».

⁸⁶² B. FAUVARQUE-COSSON, *L'ordre public, op. cit.*, p. 479 où l'auteur indique que « *De même que l'intérêt général perce toujours derrière les règles d'ordre public de protection, de même, celui des individus (en particulier de la partie faible) ne disparaît pas sous le manteau de l'intérêt collectif* ».

⁸⁶³ J. FOYER, *Les bonnes mœurs, op. cit.*, p. 511.

⁸⁶⁴ G. DE LA BROUË DE VAREILLES-SOMMIERES, *op. cit.*, p. 28.

public quand elle intéresse plus directement la société que les particuliers »⁸⁶⁵. En effet, l'État devrait toujours privilégier l'intérêt social. L'ordre public n'est que la protection face aux comportements qui entravent l'intérêt de la société. Une pratique peut avoir pour objectif premier de procurer des avantages particuliers, des intérêts privés sans pour autant être contraire à l'ordre public. Le législateur peut édicter des règles qui protègent des intérêts catégoriels tant qu'elles protègent également l'intérêt social. Parfois, l'intérêt de la société nécessite la réalisation des intérêts privés ou catégoriels⁸⁶⁶. En revanche, il ne peut édicter une règle exclusivement dans l'intérêt privé d'une ou plusieurs personnes. Il sortirait de son rôle. La loi pourrait et devrait être sanctionnée pour ce motif⁸⁶⁷.

458. **Modes alternatifs.** L'évolution des rapports sociaux a obligé le législateur à inventer des techniques d'intervention pour assurer sa fonction – la préservation de l'intérêt essentiel de la société – qui sont plus adaptées et plus souples que l'impérativité. En effet, Monsieur le professeur Houtcieff considère que « *l'État intervient aujourd'hui par le biais de techniques plus souples et plus certaines que le recours à l'ordre public* »⁸⁶⁸. Cet auteur veut sans doute dire que l'État n'intervient pas par le biais de règles impératives, mais préfère des techniques plus souples qui à la fois permettent d'atteindre son ou ses objectifs et laissent une certaine liberté aux acteurs de la société. Par exemple, l'ordre public de protection permet aux contractants de déroger à ces règles dans un sens favorable à la personne protégée. L'État protège le faible contre le fort⁸⁶⁹. En droit commercial, on retrouve également des règles d'ordre public venant limiter la liberté contractuelle⁸⁷⁰. Le locataire est dans une situation d'infériorité par rapport à son bailleur. Pour rétablir l'égalité, la stabilité des lieux est protégée par des dispositions impératives. Pour un commerce, le local est primordial que l'on

⁸⁶⁵ PORTALIS cité par D. HOUTCIEFF, *op. cit.*, n° 236-23.

⁸⁶⁶ G. DE LA BROUE DE VAREILLES-SOMMIERES, *op. cit.*, p. 17 et 18. L'auteur prend l'exemple de la protection des magistrats. « *La loi qui confère l'inamovibilité des magistrats n'est point portée dans l'intérêt particulier des magistrats, mais dans l'intérêt de tous les Français (y compris les magistrats) : elle leur donne l'avantage commun d'avoir une justice indépendante et impartiale* ». L'auteur continue son raisonnement en prenant pour exemple la loi limitant le nombre d'heures de travail journalier. « *La loi qui limite le nombre d'heures du travail journalier dans les fabriques, n'est pas faite dans l'intérêt particulier des ouvriers, mais dans l'intérêt commun de tous les membres de la société civile française : nous sommes tous intéressés en effet à ce qu'une partie de la population du pays ne perde pas sa santé, sa vigueur physique, sa culture morale, à ce qu'une source des forces vives de la nation ne soit pas tarie ou corrompue* ».

⁸⁶⁷ G. DE LA BROUE DE VAREILLES-SOMMIERES, *ibid.*, p. 22 où l'auteur précise qu'« *il est certes évident que ces lois (celles édictées dans un intérêt privé, individuel) ne sont pas faites dans l'intérêt général, puisque, par hypothèse même, elles sont faites seulement dans l'intérêt de quelques-uns. Elles n'intéressent pas l'ordre public, ou plutôt elles ne l'intéressent qu'en le violant. Nous sommes le premier à dire qu'on peut déroger à ces lois tant qu'on voudra, car elles sont iniques et nulles* ».

⁸⁶⁸ D. HOUTCIEFF, *op. cit.*, n° 236-71.

⁸⁶⁹ M.-C. VINCENT-LEGOUX, *op. cit.*, p. 23.

⁸⁷⁰ D. HOUTCIEFF, *op. cit.*, n° 236-85.

s'intéresse aux investissements pour l'exercice de l'activité, ou que l'on se tourne vers l'attraction de la clientèle. La société est intéressée par cette protection, car elle bénéficie de l'activité commerciale protégée ainsi (salarié, impôt, service aux citoyens, etc. ...).

459. **L'ordre public : un moyen tourné vers une finalité.** L'État tient à maintenir l'ordre public pour préserver l'existence sociale, pour assurer le bonheur social. L'individu devient une priorité pour le législateur afin d'assurer l'intérêt de la société⁸⁷¹. « *Chaque particulier étant lié à ce corps de la société dont il est membre, ne doit rien entreprendre qui en blesse l'ordre* »⁸⁷². Dès lors, on peut conclure que « *la loi qui règle un acte immédiatement utile ou nuisible à un seul associé est donc d'ordre public pour cette première raison, que tous les associés peuvent être à tour de rôle l'associé immédiatement intéressé. Mais elle est encore d'ordre public pour une autre raison : c'est que, même dans chaque application, elle sert, non pas, à la vérité, immédiatement, mais médiatement, un intérêt général de premier ordre, qui est peut-être son principal but. En effet, la solution qu'elle donne au profit immédiat de tel agent, dans tel contrat, est juste, donc prévient des scandales, des récriminations, des représailles, des conflits, donc contribue à faire régner la paix, l'entente générale : Or le règne de la paix et de la justice est le bien commun suprême* »⁸⁷³. L'intérêt social étant la finalité de toutes les règles, on ne peut nier la présence de l'ordre public dans toutes les règles, pourtant seulement certaines d'entre elles reçoivent cette qualification. La raison réside probablement dans la polysémie du mot ordre.

Paragraphe 2 : La polysémie de l'ordre public

460. **Notion d'« ordre ».** Toute étude d'une notion commence par la recherche de la signification des mots qui la composent. Différents auteurs ont d'ailleurs procédé de la même

⁸⁷¹ B. FAUVARQUE-COSSON, *L'ordre public, op. cit.*, p. 494 ; JACQUEMINOT, *Idées préliminaires, Projet de réforme du code civil*, in Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil, P.-A. FENET, tome 1, Videcoq, Paris, 1836, p. 332 où l'auteur, commentant la réforme du code civil, indique que « *c'est enfin qui, réglant d'une manière invariable les rapports des citoyens entre eux, qui, reportant l'ordre et l'harmonie dans toutes les classes de la société, préparera le bonheur public par le bonheur individuel, et accélérera l'époque prochaine où notre république, heureuse au-dedans, autant qu'éclatante au-dehors, attirera à elle tous les cœurs, et commandera l'amour, comme elle excite déjà l'admiration* ».

⁸⁷² J. DOMAT, *Traité des lois*, Tome 1, Ed. Gobelet, Paris, 1835, chap. 10.

⁸⁷³ G. DE LA BROUË DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *op. cit.*, p. 56.

manière pour essayer d'y parvenir. Le terme ordre à deux acceptions⁸⁷⁴. L'ordre peut définir le commandement, l'injonction⁸⁷⁵. C'est aussi l'organisation, l'ordonnement⁸⁷⁶. L'ordre est soit une disposition d'éléments, une organisation de leur place dans un ensemble, soit l'acte par lequel une autorité supérieure manifeste sa volonté à l'égard de quelqu'un, d'un groupe, une injonction, une directive⁸⁷⁷. Autrement dit, l'ordre public est soit le commandement public, soit l'ordonnement public. Il ne s'agit pas d'une querelle de mots inutile⁸⁷⁸. Ainsi, apparaît le problème du choix de l'une ou de l'autre définition du mot ordre pour définir à son tour la notion juridique d'ordre public. D'ailleurs, la confusion est plus flagrante lorsque les auteurs utilisent les deux sens simultanément. Cela arrive surtout lorsqu'ils définissent l'ordre public textuel et l'ordre public virtuel. L'ordre public textuel se définit par la notion de commandement, alors que l'ordre public virtuel concerne l'ordonnement.

461. **Caractère d'ordre public et l'ordre public.** Cette précision permet de distinguer le caractère d'ordre public de l'ordre public. La définition de l' « ordre », en tant que contraire de désordre, permet d'affirmer que l'ordre public est l'objectif à atteindre. Les comportements doivent respecter l'ordre public pour assurer la paix sociale. On doit parler de « l'Ordre public » ! Si on considère le terme « ordre » dans le sens de commandement alors il n'y a pas un seul ordre public mais des ordres publics. On doit parler « d'ordre public ». C'est un ordre donné par le législateur de ne pas déroger à la règle impérative qu'il vient d'édicter.

⁸⁷⁴ B. FAUVARQUE-COSSON, *L'ordre public*, *op. cit.*, sous la note 2, p. 473 ; M.-C. VINCENT-LEGOUX, *op. cit.*, p. 21 ; M. MEKKI, *L'intérêt général et le contrat : contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, *op. cit.*, p. 177.

⁸⁷⁵ P. CATALA, *Rapport de synthèse*, *op. cit.*, p. 1.

⁸⁷⁶ P. CATALA, *ibid.*, p. 1 où l'auteur précise que « l'ordre, c'est d'abord le contraire du désordre. Ainsi compris, l'ordre public s'identifie à la paix sociale, au bien commun. C'est ce que retient Ph. Malaurie quand il déclare : "L'ordre public c'est le bon fonctionnement des institutions indispensables à la collectivité. Il caractérise un état de la société, exprimant la fonction essentielle du droit en tant que régulateur des groupes humains" ».

⁸⁷⁷ D. FENOUILLET, *Les bonnes mœurs sont mortes ! Vive l'ordre public philanthropique*, *op. cit.*, p. 509 où l'auteur indique que « l'ordre public n'est guère plus facile à saisir que les bonnes mœurs. Les définitions proposées ne sont pas toujours suffisantes. Ainsi, l'ordre public est-il souvent présenté comme la caractéristique des lois, ou plus généralement des règles de droit, qui ne peuvent être écartées par un accord de volontés. Mais une telle présentation esquive le problème notionnel pour s'en tenir au régime des règles d'ordre public ». Sans doute une confusion entre l'ordre public et les règles d'ordre public s'opère. Lorsque les auteurs limitent l'ordre public aux lois d'ordre public, ils évincent la part virtuelle de l'ordre public. Ils définissent le caractère d'ordre public mais ne définissent pas l'ordre public. Les auteurs ont tendance à définir l'un ou l'autre, parfois ils mélangent les deux mais rarement les distinguent.

⁸⁷⁸ G. DE LA BROUE DE VAREILLES-SOMMIERES, *op. cit.*, p. 72 où l'auteur remarque qu'« une langue imprécise, dans une science, est le fruit et la preuve du peu d'assurance des idées et d'une vue imparfaite des réalités » ; D. TALLON, *op. cit.*, p. 891 : « Simple querelle de mots ? Peut-être, mais le langage est aussi un instrument de la technique juridique ».

Le but de cet ordre public est de respecter l'Ordre public. En définitive, il faut les différencier et ne pas employer un terme au lieu de l'autre⁸⁷⁹. La difficulté de saisir la notion d'ordre public vient sans doute de cette double définition du mot ordre. Les règles d'ordre public ont ce caractère en raison de l'ordre public : l'ordre est un commandement dans ce sens (A). L'ordre public est plus large que les règles d'ordre public : l'ordre est un ordonnancement (B).

A : L'ordre en tant que commandement pour le caractère d'ordre public

462. **Règles d'ordre privé et d'ordre public.** Les juges distinguent les règles en deux catégories : celles qui sont d'ordre public et celles qui sont d'ordre privé. En réalité, cette division correspond à la séparation des lois impératives et supplétives. Ces termes se rapportent à la place accordée à la volonté. Soit la loi empêche la volonté de s'exprimer, la loi est alors impérative ou d'ordre public, soit la loi accepte que la volonté y déroge, la loi est donc supplétive (de volonté), c'est-à-dire s'applique en cas d'absence de manifestation de volonté, ou d'ordre privé pour les juges⁸⁸⁰. Les lois sont nécessairement d'ordre public (1) ou d'ordre privé (2).

1 : Lois d'ordre public ou lois de commandement public

463. **Une injonction.** En prenant la signification du mot « ordre » dans le sens de commandement, le caractère d'ordre public est le commandement du législateur pour imposer ou interdire le comportement des sujets de droit. Le terme « ordre » est pris dans le sens d'injonction, c'est-à-dire l'ordre donné pour obtenir un agissement ou une abstention. Le législateur commande le respect de certaines règles ayant pour objet l'intérêt général⁸⁸¹. C'est ce qu'on en déduit de l'article 6 du Code civil avec la formule selon laquelle « *on ne peut déroger aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs* ». Les lois d'ordre public

⁸⁷⁹ D. TALLON, *op. cit.*, p. 889.

⁸⁸⁰ D'une part, il y aurait les lois impératives qui sont « *des lois qui s'imposent d'une manière absolue au respect de tous ceux à qui elles s'adressent, sans qu'ils puissent y déroger par des actes juridiques particuliers* ». Et d'autre part, il y aurait des lois supplétives, qui « *ne s'imposent pas au respect des individus qui peuvent y déroger, substituer à la réglementation légale une réglementation personnelle* ». G. BRETHER DE LA GRESSAYE, M. LABORDE-LACOSTE, *Introduction générale à l'étude du droit*, Sirey, 1947, p. 211.

⁸⁸¹ J. HERON, *L'ordre public dans le procès, Rapport français*, in *L'ordre public*, Travaux de l'association Henri Capitant, journées libanaises, tome XLIX, 1998, p. 944.

sont, par conséquent, des normes impératives à respecter. Cette approche normative était partagée par Planiol. Pour lui, une disposition est d'ordre public « *toutes les fois qu'elle est inspirée par une considération d'intérêt général qui se trouverait compromise si les particuliers étaient libres d'empêcher l'application de la loi* »⁸⁸². La loi est donc impérative car elle protège l'intérêt général. La loi d'ordre public est le commandement du législateur aux individus dans un souci d'intérêt général. Le choix n'est pas permis, la volonté ne peut pas choisir de modifier ce genre de loi⁸⁸³.

464. **L'absence d'injonction des lois supplétives.** Lorsque la loi n'est pas d'ordre public, la volonté individuelle peut prospérer. Dans ce cas, la loi supplétive n'est pas un commandement, contrairement à l'opinion de Tallon. En effet, pour cet auteur, le législateur « *est donc libre d'intervenir en matière contractuelle, de donner comme il veut le caractère impératif ou supplétif à ses commandements* »⁸⁸⁴. Que signifie le terme de commandement supplétif ? C'est un commandement qui n'est pas obligatoire. Est-ce un commandement alors ? Un commandement ne doit pas être susceptible d'être violé. Il ne s'agit donc pas d'un commandement. Ce n'est qu'une proposition permettant aux individus d'y déroger, contrairement aux lois d'ordre public.

465. **Le caractère d'ordre public conférant l'impérativité à une règle.** Le caractère d'ordre public est une technique juridique permettant d'imposer une règle juridique de manière impérative. Le législateur intervient de la sorte pour empêcher la volonté individuelle d'aménager ces règles. Ces règles ont une importance primordiale, devenant l'unique possibilité offerte aux individus. Si les individus acceptent de s'engager dans cette voie, ils sont obligés de suivre le commandement du donneur d'ordre. L'ordre public est troublé si l'autonomie de la volonté vient modifier ces lois. Le législateur a comme souci de protéger l'ordre public et il le fait par des règles impératives dites d'ordre public. Il n'y a qu'une manière de ne pas troubler l'ordre public, le législateur nous l'impose.

466. **Caractère d'ordre public et impérativité.** Le caractère d'ordre public est souvent rapproché de l'impérativité. Existe-t-il une différence entre la règle d'ordre public et la règle impérative ? D'une part, la doctrine est quasi unanime pour considérer que toutes les

⁸⁸² PLANIOL cité par Ph. MALAURIE, *L'ordre public et le contrat*, op. cit., p. 263.

⁸⁸³ J. HERON, op. cit., loc. cit.

⁸⁸⁴ D. TALLON, op. cit., p. 889.

lois d'ordre public qui correspondent à l'ordre public textuel, sont impératives. Le bon sens commande cette position. Le législateur ne peut pas permettre de déroger à ces règles qu'il considère comme fondamentales pour le bien de la société. L'initiative de la volonté individuelle ne peut pas venir ruiner le travail de ce garant de l'ordre public. L'ordre public n'est d'ailleurs pas limité à cet ordre public textuel. Pour certains auteurs, l'ordre public n'apparaît qu'en dehors des lois impératives. L'ordre public est la justification des limites apportées par le juge lorsque les règles en jeu ne sont pas d'ordre public. Sur ce point, il n'y a pas de divergence. En revanche, considérer que l'ordre public est absent dans les lois impératives est faux. C'est justement pour des raisons relevant de l'ordre public que ces lois sont impératives. D'autre part, la doctrine est divisée sur le point de savoir si toutes les règles impératives sont d'ordre public⁸⁸⁵. Une partie de la doctrine considère que le législateur intervient avec des règles impératives, mais dans un objectif de protection d'intérêt privé ou collectif. L'autre partie de la doctrine ne fait pas de distinction entre les deux notions, car dans toute loi, l'intérêt de la société est recherché⁸⁸⁶. Les partisans de la distinction⁸⁸⁷ remarquent que « *tout ce qui est d'ordre public ne résulte pas forcément de lois impératives car il existe d'autres sources, même si les lois impératives demeurent une source importante* », et que toutes les lois impératives ne sont pas d'ordre public. Certaines « *lois impératives ne visent qu'à protéger certains intérêts de groupes ou d'individus sans que la référence à l'intérêt général soit immédiat* »⁸⁸⁸.

467. **Des règles impératives toujours d'ordre public ?** À la question de savoir si toutes les règles impératives sont toujours d'ordre public, Madame Vincent-Legoux démontre parfaitement la raison qui pousse ces auteurs à penser que ce n'est pas le cas. Selon elle,

⁸⁸⁵ D. TALLON, *op. cit.*, p. 890 où l'auteur se pose la question suivante : « *Car à quoi sert de qualifier de loi d'ordre public toute loi impérative ? La notion d'ordre public n'ajoute rien au caractère obligatoire de la loi. Tout contrat contraire à une loi impérative est illégal parce que la loi doit être respectée par les particuliers* ».

⁸⁸⁶ J. CARBONNIER, *Droit civil, Les obligations*, Thémis Droit privé, PUF, 22^e éd., 2000, n° 115 ; M. PLANIOL, G. RIPERT et J. BOULANGER, *Traité de droit civil*, Tome 2, LGDJ, 3^e éd., 1949, n° 93 ; G. FARJAT, *op. cit.*, p. 31 où l'auteur rappelle que « *toute une partie de la doctrine ne distingue pas entre les règles impératives et l'ordre public : "Les dispositions d'ordre public, écrivait Bartin, ce sont précisément les dispositions impératives"* ». L'auteur cite BARTIN, *Principes de droit international privé*, n° 91 ; P. CATALA, *Rapport de synthèse, op. cit.*, p. 3. Où l'auteur précise que « *de l'article 6 découlent deux certitudes : l'ordre public ne se limite pas à un ordre public virtuel, et toutes les lois d'ordre public sont impératives. Inversement, rien ne dit que toutes les lois impératives sont d'ordre public. Cependant, jusqu'à ce que l'on ait apporté un critère clair et convaincant de discrimination, je crois plus simple et préférable d'admettre, avec quelques éminents collègues, que l'ordre public englobe toutes les lois impératives* ».

⁸⁸⁷ Ph. MALAURIE, *L'ordre public et le contrat, op. cit.*, p. 67 où l'auteur considère qu'« *il serait faux de s'attacher à une seule forme d'expression de la règle impérative : si tout ce qui est d'ordre public est impératif, tout ce qui est impératif n'est pas d'ordre public* ».

⁸⁸⁸ J. HAUSER et J.-J. LEMOULAND, *op. cit.*, n° 14, p. 5 et 6.

« cette distinction repose sur une conception étroite de l'ordre public limité aux règles indispensables à la sauvegarde de la paix sociale. Or la notion d'ordre public a aujourd'hui un contenu étendu aux règles qui assurent une harmonie sociale »⁸⁸⁹. Les auteurs favorables à la distinction, après avoir écrit que les lois impératives cherchant à protéger des intérêts catégoriels ne sont pas d'ordre public car elles ne cherchent pas directement l'intérêt général, reconnaissent qu'il « est indirectement de l'intérêt général de protéger »⁸⁹⁰ ces catégories. Il est vrai que des intérêts différents sont présents au sein de ces lois. Elles protègent des intérêts individuels ou catégoriels, mais également l'intérêt général⁸⁹¹. L'ordre public est présent derrière les intérêts individuels, catégoriels « dont la lésion porterait préjudice à tout le groupe social »⁸⁹². Un auteur dénonce l'utilisation par le législateur de la qualification d'ordre public des lois pour obtenir la fonction d'impérativité, entraînant ainsi la confusion entre ordre public et caractère impératif⁸⁹³. Les lois d'ordre public peuvent protéger des intérêts privés. Par exemple, les lois relatives au mariage, au divorce sont des lois d'ordre public, mais peut-on soutenir qu'elles n'intéressent pas des intérêts privés en même temps ? Il y a presque toujours superposition d'intérêts différents, parfois convergents, parfois divergents. Lorsque l'intérêt général prend le dessus sur les autres intérêts, le législateur qualifie la loi d'impérative ou d'ordre public. Les lois qui protègent un groupe de personnes existent avant tout dans un souci d'intérêt général, même si pour atteindre cet objectif il faut protéger une catégorie plus ou moins réduite d'individus. D'ailleurs, la protection n'a pas besoin d'être aussi rigide que les lois d'ordre public de direction. Les limites à la liberté sont moins importantes car l'intérêt général l'induit. Le législateur ne limite pas plus la liberté individuelle qu'il n'est nécessaire. Talon reconnaît que pour savoir si une loi est impérative, le juge confronte la loi aux principes fondamentaux constituant l'ordre public. Il continue par confesser que l'ordre public intervient au second degré par voie d'interprétation. Cet aveu contredit le fait que des lois impératives ne sont pas d'ordre public pour la simple et bonne raison qu'il n'en existe pas. Si le législateur vote une loi qui ne recherche pas l'intérêt général,

⁸⁸⁹ M.-C. VINCENT-LEGOUX, *op. cit.*, p. 17.

⁸⁹⁰ J. HAUSER et J.-J. LEMOULAND, *op. cit.*, n° 14, p. 6.

⁸⁹¹ G. FARJAT, *op. cit.*, p. 31 où l'auteur précise que « peut-être les restrictions à la liberté, viennent-elles de la prise en considération de l'intérêt général, mais viendraient-elles, – comme il en est, a priori, souvent ainsi en matière d'ordre public économique, – de la prise, en considération de simples intérêts particuliers, que le phénomène n'en serait pas différent ».

⁸⁹² J.-D. BREDIN, *Les renonciations de la loi en droit privé français*, in Travaux de l'Association H. CAPITANT, Tome 13, 1959, p. 376.

⁸⁹³ J. HAUSER et J.-J. LEMOULAND, *op. cit.*, n° 2, p. 3.

directement ou indirectement, alors cette loi peut être déclassée⁸⁹⁴. Toutes les lois impératives ont pour finalité l'ordre public directement ou indirectement.

468. **De la nécessité de distinguer entre caractère d'ordre public et ordre public.** Contrairement à l'opinion de ces auteurs, le fait d'assimiler les lois impératives aux lois d'ordre public n'est pas l'abandon de la référence aux buts poursuivis. Bien au contraire ! Le problème vient de la confusion justement entre l'ordre public et le caractère d'ordre public. Le caractère d'ordre public est purement technique comme l'impérativité. L'ordre public dépend du but, de l'objectif poursuivi⁸⁹⁵. Ces confusions doivent être dissipées. D'une part, il faut différencier les lois d'ordre public et l'ordre public. Si l'ordre public ne se limite pas aux lois impératives, les lois d'ordre public se limitent aux lois impératives. Une nuance même, les lois sont d'ordre public en raison de l'ordre public. Mais l'ordre public ne peut se confondre et se réduire aux lois d'ordre public. Ces lois permettent de préserver l'ordre public. Toutes les lois sont édictées afin de préserver l'ordre public. Elles sont, plus ou moins, voire pas du tout, impératives en fonction de l'ordre public. Les lois d'ordre public le sont en fonction de ce but poursuivi qui, selon le législateur, ne peut être atteint autrement que par le modèle qu'il impose. Inversement, elles ne sont pas d'ordre public, parce que l'ordre public n'est pas atteint quand les individus y dérogent. La loi est faite pour l'ordre public. Toutes les lois ! L'ordre public trouve sa source dans la paix sociale, l'harmonie sociale. Vivre en société le mieux possible, voilà ce que permet l'ordre public. D'autre part, toutes les lois impératives sont d'ordre public. La protection d'un groupe, voire d'une personne se réalise pour l'intérêt général, même si on ne l'aperçoit pas directement. Le rôle du législateur n'a de sens que dans cette perspective. Toutes les lois prises dans un autre intérêt n'obtiendraient pas la qualification de loi. Ainsi par exemple, la protection du Président de la République n'est pas faite pour une personne, mais pour que cette personne exerce au mieux ses fonctions dans l'intérêt général. Si l'intérêt général n'avait pas besoin que l'on assure sa protection, pourquoi le protéger ?

⁸⁹⁴ D. TALLON, *op. cit.*, p. 890 et 891 où l'auteur indique que « *quant à savoir si une loi est ou non impérative, il s'agit d'un problème d'interprétation de la loi et pour le résoudre, le juge usera des mêmes techniques qu'il emploie pour déterminer le sens de la loi. Il lui arrivera ainsi de confronter la loi aux principes fondamentaux qui constituent aussi l'ordre public. Mais l'ordre public n'intervient alors qu'au second degré, par le biais de l'interprétation* ». La loi est donc impérative en raison de l'ordre public.

⁸⁹⁵ Monsieur le professeur Mekki distingue les lois d'ordre public qui devraient être nommées lois impératives et la technique de l'ordre public qui intervient qu'a posteriori. Pour lui la technique de l'ordre public est le vrai ordre public. C'est une « *technique de hiérarchisation des intérêts par référence à une table de valeurs jugées essentielles à un moment donné, dans un espace donné, réalisée par une autorité autre que le législateur* ». M. MEKKI, *L'intérêt général et le contrat : contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, *op. cit.*, p. 221. Cette opinion est partagée dans cette étude.

469. **Existe-t-il des lois qui n'intéressent pas l'ordre public ?** La loi, générale et impersonnelle, par définition, est prise afin d'assurer l'ordre public. Peu importe qu'elle soit supplétive ou impérative, la règle poursuit le même but. Le constat est que toutes les lois partagent cet objectif. Ce n'est qu'exceptionnellement qu'elles ont besoin d'être dotées du caractère d'ordre public. En principe, les individus peuvent modifier la loi sans pour autant porter atteinte à l'ordre public⁸⁹⁶. Les lois supplétives permettent aux contractants de régler leur rapport comme ils le souhaitent, avec toujours, *in fine*, le respect de l'ordre public imposé par l'article 6 du Code civil. Autrement dit, l'autonomie de la volonté quand elle est permise, doit respecter l'ordre public. Lorsque la loi est d'ordre public, la volonté individuelle n'a pas vocation à intervenir pour changer le contenu de la loi, car le moindre aménagement porterait atteinte à l'ordre public.

470. **Cause de la distinction entre lois d'ordre public et règles impératives.** La distinction entre les lois d'ordre public et les règles impératives provient de la définition de l'ordre public. Les auteurs ont tendance à confondre le caractère d'ordre public qui est une technique se confondant avec l'impérativité, et l'ordre public qui est un objectif, un but à atteindre. Le droit est un outil pour encadrer les comportements afin d'assurer la vie en société. Les lois sont prises lorsqu'il est indispensable d'intervenir pour assurer la paix sociale, pour améliorer la vie en société. Le législateur dans chaque intervention pense aux moyens de préserver l'ordre public. Dans certains cas, il considère qu'il n'y a qu'un chemin possible pour atteindre son objectif, dans d'autres, il propose un chemin, mais laisse la possibilité d'y parvenir par une autre voie. Lorsqu'il intervient autoritairement, il le fait grâce à la technique du caractère d'ordre public, c'est-à-dire l'impérativité. L'impérativité est justifiée par la protection de l'ordre public.

471. **Cause de la confusion entre l'ordre public et le caractère d'ordre public.** La confusion entre l'ordre public et le caractère d'ordre public provient de la justification du caractère d'ordre public de la règle : l'ordre public. L'article 6 du Code civil prend en compte, non pas les lois d'ordre public mais, les lois qui intéressent l'ordre public⁸⁹⁷. Toutes les lois

⁸⁹⁶ Par exemple, en se mariant, les époux n'ont pas le choix sur les règles composant le régime primaire, mais peuvent opter pour un régime différent de celui de la communauté légale.

⁸⁹⁷ Article 6 du Code civil : « *On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs* ». Passer des lois qui intéressent l'ordre public aux lois d'ordre public n'est pas logique, car aux vues de la rédaction ça signifie qu'il y a des lois de bonnes mœurs. Or sur ce point, la doctrine est unanime. Les bonnes mœurs ne sont pas un caractère d'une loi. Elles sont certainement une notion

impératives sont d'ordre public et toutes les lois d'ordre public sont impératives. L'appellation de loi de commandement public serait préférable pour éviter toute confusion avec l'ordre public pris dans le sens d'ordonnement. Planiol a certainement donné la meilleure définition des lois d'ordre public, même s'il voulait définir l'ordre public : « *toutes les fois qu'elle est inspirée par une considération d'intérêt général qui se trouverait compromise si les particuliers étaient libres d'empêcher l'application de la loi* »⁸⁹⁸. Les lois d'ordre public sont impératives et les lois impératives sont d'ordre public. Dans les autres cas, la loi n'est pas d'ordre public mais recherche quand même à protéger l'ordre public. Le juge qualifie ces lois d'ordre privé.

2 : L'exclusion des lois d'ordre privé au titre du commandement

472. **Une notion confuse.** Les juges qualifient parfois cette loi d'ordre privé⁸⁹⁹ par opposition à ordre public. Ce terme d'ordre privé est maladroit que l'on prenne l'une ou l'autre des acceptions du mot ordre. D'une part, si le terme ordre est pris dans le sens de rangement, alors le législateur n'a pas de légitimité à intervenir dans l'ordre privé. Dans le foyer, les parents ont la liberté de décider les règles applicables. L'immixtion de l'État n'est pas souhaitée, ni souhaitable. La sphère privée reste en dehors du droit⁹⁰⁰. La loi n'est pas une loi si elle concerne l'organisation privée⁹⁰¹. Le législateur est incompétent dans la sphère

fonctionnelle, comme l'ordre public, limitant les comportements des membres de la société qui portent atteinte aux mœurs sociales.

⁸⁹⁸ P. CATALA, *Rapport de synthèse, op. cit.*, p. 1 où l'auteur cite PLANIOL.

⁸⁹⁹ Certains auteurs aussi ont pensé à utiliser la notion d'ordre privé. Monsieur le professeur Hage-Chahine pense que « *tout devient clair lorsqu'on souligne qu'il y a une différence entre le caractère d'ordre public et le caractère impératif. Toute loi d'ordre public est une loi impérative, mais la réciproque n'est pas vraie en ce sens que toute loi impérative n'est pas forcément d'ordre public, elle peut être d'ordre privé* ». Sur deux points notre étude est en désaccord avec cet auteur. D'une part, toutes les lois impératives sont d'ordre public : c'est la même chose. D'autre part, le terme d'ordre privé signifie que le législateur peut intervenir dans la sphère strictement privée. F. HAGE-CHAHINE, *op. cit.*, p. 31.

⁹⁰⁰ Même si de plus en plus de groupements d'individus demandent de faire rentrer des éléments de la sphère privée dans la sphère publique pour obtenir un statut juridique et donc une protection.

⁹⁰¹ Monsieur Catala critique les auteurs qui « *n'admettent pas au rang de l'ordre public les dispositions protectrices d'un intérêt purement privé, reconnaissables au fait qu'elles ne sont frappées que d'une nullité relative. Cette doctrine jette par-dessus bord une lourde cargaison de l'ordre public de direction* ». L'auteur considère qu'il y a des dispositions protectrices d'intérêt purement privé. Si c'est le cas, ces lois ne doivent pas en être. Le législateur n'est pas compétent pour les intérêts purement privés. L'ordre public de protection protège certes des intérêts privés ou catégoriels mais seulement parce que la société y trouve aussi son intérêt. L'auteur prend alors un exemple dans le droit pénal. « *Le droit pénal est par essence d'ordre public, mais, chaque fois qu'une médiation pénale aboutit, on admet qu'elle désamorce l'action publique, la victime étant satisfaite. Est-ce un hommage rendu à l'intérêt privé ou à la paix sociale ?* » La réponse est évidente. Les deux ! L'intérêt privé car la victime est satisfaite et la paix sociale car justement la victime est satisfaite. La paix sociale peut passer par un intérêt privé. Ces intérêts peuvent converger. L'auteur concède qu'« *en réalité, les lois impératives d'intérêt privé protègent des groupes, des populations déterminées : les salariés, les locataires, les*

privée à moins qu'il considère qu'il y a une interaction entre ces deux sphères. La sphère publique étant touchée, l'intérêt de la société est concerné. Le législateur doit légiférer. L'ordre public est intéressé sur ce point. L'ordre n'est plus privé. D'autre part, quand l'ordre est pris dans le sens de commandement, la loi d'ordre privé voudrait dire qu'il existe une loi commandée dans l'intérêt privé alors que justement il n'y a pas de commandement dans ce cas-là. Le problème est que le contraire de loi d'ordre public ne doit pas se situer sur le terme de « public » mais « d'ordre ». Une loi d'ordre public signifie que la loi est commandée dans un intérêt public. Les lois qui ne sont pas d'ordre public sont des lois supplétives⁹⁰². Autrement dit, les lois supplétives ne sont pas d'ordre public, car elles ne peuvent pas être à la fois supplétives et impératives.

473. **Des lois qui proposent.** Les lois supplétives sont une proposition faite aux individus. Ils ont le choix entre suivre la proposition du législateur ou prendre un autre chemin. Le terme de loi de proposition publique ou de conseil public semble plus pertinent. Le législateur propose aux contractants un modèle complet qui répond à la majorité des attentes légitimes des différentes parties au contrat⁹⁰³. De ce fait, les contractants n'ont pas besoin de tout prévoir, et s'ils omettent certains points, la loi donnera une réponse à leur problème⁹⁰⁴. En revanche, si certaines règles ne sont pas en adéquation avec leurs attentes, ils peuvent en décider autrement.

consommateurs, les assurés... Ces masses anonymes étant potentiellement immenses, il est clair que la somme de leurs intérêts individuels forme un intérêt collectif puissant, dont la satisfaction est un facteur de paix sociale en même temps qu'un enjeu électoral ». Sur ce point l'accord est presque total. Un bémol pour l'emploi des termes « lois impératives d'intérêt privé ». P. CATALA, *Rapport de synthèse, op. cit.*, p. 2.

⁹⁰² C. PERES-DOURDOU, *La règle supplétive*, Préf. G. VINEY, Bibliothèque de droit privé, Tome 421, LGDJ, 2004.

⁹⁰³ La loi supplétive ou de proposition publique est « un type idéal, un modèle à reproduire, (...) la solution dont l'ordre juridique considère qu'elle tranche, au mieux, les intérêts en cause. (...) En un mot elle jouit d'une préférence de principe ». C. PERES-DOURDOU, *La règle supplétive, ibid.*, n° 493 ; M. MEKKI, *Réflexions sur le risque de la preuve en droit des contrats (I^{re} partie)*, RDC 2008, p. 690-691. Bien que supplétives, ces lois possèdent une force normative. Elle est simplement « optionnelle ». V. sur ce point, P. DEUMIER, *La force normative optionnelle*, in *La force normative, Naissance d'un concept*, sous la dir. de C. THIBIEGE et alii, LGDJ-Bruylant, 2009, p. 165 et s.

⁹⁰⁴ G. DE LA BROUE DE VAREILLES-SOMMIERES, *op. cit.*, p. 57 et 58 où l'auteur précise que « les lois supplétives rendent aux contractants un autre service immense. Elles les dispensent de s'efforcer de tout prévoir et de tout dire. Ils savent qu'il y a dans la législation des règles profondément méditées et équitables pour tous les cas qui pourront se produire. Ils peuvent traiter en toute confiance et brièvement, sans avoir à souffrir de leur ignorance, sans s'exposer au risque d'exprimer dans un langage improvisé et inexpérimenté le contraire de leur pensée. À défaut de lois supplétives, ils seraient dans la nécessité, pour éviter les lacunes et les obscurités, de recourir au ministère coûteux d'un spécialiste. Avec ce concours, ils devraient, dans chaque contrat, régler par le menu la question des fautes, celle des risques, celle des dommages-intérêts, celle du mode de paiement, etc. Chaque contrat remplirait un petit volume de papier timbré, et cette longue rédaction ouvrirait sans doute à la discorde autant de passages qu'elle lui en fermerait ».

474. **Des lois qui ressortent de l'ordre public.** Les lois de proposition publique intéressent l'ordre public, elles garantissent la paix sociale⁹⁰⁵. Le terme « public » est opportun dans la qualification de ces lois contrairement au qualificatif « privé ». Ces lois de proposition publique, ou lois supplétives, s'insèrent dans le contrat en cas d'abstention de volonté. On peut déduire de ce silence, l'acceptation d'intégrer dans le contrat les règles supplétives.

475. **Conclusion.** Les lois de commandement public et les lois de proposition publique, c'est-à-dire les lois d'ordre public et les lois d'ordre privé, sont édictées en vue de préserver l'ordre public. Les effets attachés à ces lois dépendent de la protection de l'ordre public. L'ordre public en tant qu'ordonnement public est le lien commun entre ces lois, l'objectif et la limite de la compétence du législateur.

B : L'ordre en tant qu'ordonnement pour l'ordre public

476. **Des lois de commandement pour de l'ordonnement.** Souvent considéré comme impossible à définir⁹⁰⁶, l'ordre public est selon l'expression consacrée un « *unruly horse* »⁹⁰⁷. La difficulté vient de la sémantique. « *Ce n'est pas l'ordre public qu'il est impossible ou difficile de définir. L'ordre public, c'est le bien commun, c'est l'intérêt général, c'est-à-dire de tous, et cette définition, ils la donnent eux-mêmes à maintes reprises* »⁹⁰⁸. L'ordre public est une notion fonctionnelle⁹⁰⁹ destinée à assurer l'intérêt général, social. L'intérêt social comprend l'existence sociale, mais aussi le bonheur social. « *Ce qui est impossible, pour eux et pour tout le monde, c'est d'indiquer les lois d'ordre public envisagées comme un groupe à part, c'est aussi d'indiquer les lois qui ne seraient pas d'ordre public.*

⁹⁰⁵ G. DE LA BROUE DE VAREILLES-SOMMIERES, *op. cit.*, p. 58.

⁹⁰⁶ Ph. MALAURIE, *L'ordre public et le contrat, op. cit.*, p. 3 où l'auteur considère que « *chercher à définir l'ordre public, c'est s'aventurer sur les sables mouvants, déclarait le conseiller Pilon, dans un célèbre rapport ; c'est un vrai supplice pour l'intelligence, s'écriait le Marquis de Vareilles-Sommières ; c'est enfourcher un cheval très fougueux dont on ne sait jamais où il vous transporte, disait le juge Burrough dans un aphorisme que les juristes anglais se plaisent à citer ; (...)* » ; A. PLANTEY, *Définitions et principes de l'ordre public*, in *L'ordre public*, sous la dir. de R. Polin, Politique d'aujourd'hui, PUF, Paris, 1995, p. 47 où l'auteur indique que « *l'ordre public est une notion qu'on ressent, plus qu'on ne peut l'expliquer* ».

⁹⁰⁷ Pouvant se traduire par cheval indiscipliné.

⁹⁰⁸ G. DE LA BROUE DE VAREILLES-SOMMIERES, *op. cit.*, p. 20 et 21.

⁹⁰⁹ F. HAGE-CHAHINE, *op. cit.*, p. 18 où l'auteur précise que « *l'ordre public est une notion fonctionnelle et non une notion conceptuelle. On ne peut pas la réduire à une brève formule composée de termes stricts ; On ne peut que la cerner. Le contenu de l'ordre public, à cause de sa fluidité, ne peut pas être précisé, il peut seulement être endigué* » ; J. HERON, *op. cit.*, p. 943 et 944.

Ces deux espèces de lois ne peuvent être indiquées, par cette bonne raison qu'elles n'existent pas et ne peuvent pas exister »⁹¹⁰. Gabriel de Labroue de Vareilles-Sommières participe à la confusion relative à l'ordre public, alors qu'il a été un artisan de sa compréhension. Il utilise les termes de « lois d'ordre public » et « d'ordre public » au lieu de « l'ordre public ». En remplaçant le terme ordre par commandement ou ordonnancement, selon que l'on s'intéresse au caractère impératif d'une loi ou à son but poursuivi, tout pourrait devenir plus simple à comprendre. L'obscurité laisse la place à la lumière. La confusion entre le caractère d'ordre public et l'ordre public ne serait plus possible. Les lois seraient de commandement public pour des raisons d'ordonnancement public.

477. **Les rôles respectifs du juge et du législateur.** L'ordre public permet au juge d'assurer le respect de l'intérêt général lésé par un contrat, néanmoins conforme aux lois⁹¹¹. La spécificité de la notion tient au pouvoir du juge de déterminer ce qui contrarie l'ordre public, lorsque la loi ne le précise pas⁹¹². « *L'ordre public n'apparaît que comme l'antithèse de la liberté contractuelle* »⁹¹³. L'ordre public se révèle par son non-respect⁹¹⁴. C'est en y portant atteinte qu'il devient visible. En aval, le juge peut guérir cette blessure faite à la société⁹¹⁵. Le législateur a un rôle différent avec l'ordre public⁹¹⁶. Il intervient en amont pour en prévenir les atteintes. Le législateur et le juge préservent l'ordre public, mais avec leurs propres armes⁹¹⁷. Le législateur n'a donc qu'un rapport théorique avec l'ordre public. Il doit s'imaginer comment limiter la liberté contractuelle pour assurer au mieux l'intérêt de la société⁹¹⁸. Il intervient dans certaines situations par réaction à des comportements qu'il

⁹¹⁰ G. DE LA BROUE DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *op. cit.*, p. 21.

⁹¹¹ L'ordre public est un obstacle à la liberté afin de la préserver justement. « *L'ordre public n'est qu'un obstacle* ». Ph. MALAURIE, *L'ordre public et le contrat, op. cit.*, p. 47. Avec la « *public policy* », le juge anglais peut faire la même chose. V. en ce sens D. TALLON, *op. cit.*, p. 886 et s.

⁹¹² D. TALLON, *ibid.*, p. 891.

⁹¹³ G. FARJAT, *op. cit.*, p. 32 ; M.-C. VINCENT-LEGOUX, *op. cit.*, p. 20 où l'auteur précise que « *l'ordre public limite ces libertés (notamment l'autonomie de la volonté) pour que la cohésion sociale et la cohérence du système juridique soient assurées* ».

⁹¹⁴ A. PLANTEY, *op. cit.*, p. 37 où l'auteur indique qu'« *il s'agit de préserver la collectivité et ses mœurs contre des comportements individuels lucratifs et audacieux* ».

⁹¹⁵ Les juges « *n'ont pas ce pouvoir positif que possède la Loi ; ils ne peuvent qu'invalider les actes qui sont contraires à l'ordre public, parce que celui-ci ne peut jouer qu'un rôle négatif dans la constatation de l'illicite* ». Ph. MALAURIE, *L'ordre public et le contrat, op. cit.*, p. 54.

⁹¹⁶ Ph. MALAURIE, *ibid.*, p. 27 où l'auteur précise qu'« *en outre, l'ordre public qui est manié par le législateur, ne couvre pas la même réalité que celui dont se sert le juge* ».

⁹¹⁷ Ph. MALAURIE, *ibid.*, p. 9 où l'auteur indique que « *comme l'a écrit M. Louis-Lucas : "L'objectif général que poursuit l'ordre public est toujours le même : assurer le respect d'une exigence sociale fondamentale". (...) l'ordre public est employé dans plusieurs applications avec une portée et un contenu variables. Le principe est toujours identique à lui-même ; la mise en œuvre ne l'est pas* ».

⁹¹⁸ Exemple des effets de cette notion fonctionnelle qui dépend du résultat que le législateur veut atteindre : J. HERON, *op. cit.*, p. 955.

observe dans la société. En revanche, le juge a un rapport pratique avec l'ordre public⁹¹⁹. Il constate les violations faites à l'ordre public pour administrer la sanction adéquate⁹²⁰ en appliquant, bien évidemment, les règles d'ordre public édictées par le législateur⁹²¹. « *En résumé, l'ordre public judiciaire est l'ordre public traditionnel, celui qui est le moins variable, parce qu'il est imposé par le Droit. (...) L'ordre public législatif est constitué par les règles fondées sur des considérations d'opportunité politique. C'est le rôle du législateur d'apprécier ces exigences infiniment plus variables dans le temps et dans l'espace* »⁹²². Différencier l'ordre public des règles d'ordre public permet de comprendre en partie la raison qui divise la doctrine sur la définition de la notion d'ordre public. Quelle définition retenir ?

478. **Définition de l'ordre public.** Lorsqu'on s'attarde sur la notion d'ordre public, le premier auteur qui vient à l'esprit est incontestablement Monsieur le professeur Malaurie. Pour cet auteur, « *l'ordre public c'est le bon fonctionnement des institutions indispensables à la collectivité. Il caractérise un état de la société, exprimant la fonction essentielle du droit en tant que régulateur des groupes humains* »⁹²³. Par cette définition, un rapprochement est à faire entre l'ordre public et la notion de paix sociale. L'État doit préserver l'ordre public, *conditio sine qua non* de la paix sociale. L'État a pour fonction première de réguler les rapports entre les individus. L'ordre est également considéré dans cette définition comme le contraire du désordre. L'ordre public n'a d'emprise sur le droit que si l'on y porte atteinte. La loi n'impose pas l'ordre public, elle a pour objectif d'éviter qu'il y ait un désordre public. C'est la raison qui justifie la différence entre le caractère d'ordre public qui signifie l'impérativité, et l'ordre public qui intéresse toutes les lois. L'État doit protéger « *les institutions indispensables à la collectivité* », sans quoi le risque est le désordre public pouvant aller jusqu'à l'anarchie, voir l'anomie. Ceci conduit inévitablement à la fin de l'ordre social et, à long terme, de la société. L'ordre social devient alors un synonyme de l'ordre public.

⁹¹⁹ Ph. MALAURIE, *op. cit.*, p. 21 où l'auteur rappelle que « *le problème cardinal du droit français est celui de l'application de l'ordre public aux cas d'espèce, son passage du général au particulier. Le juge français se préoccupe moins de connaître quel est le contenu de l'ordre public que de savoir quels éléments d'un contrat peuvent heurter l'ordre public* ».

⁹²⁰ Ph. MALAURIE, *ibid.*, p. 50 où l'auteur indique que « *M. de la Morandière, pour saisir ce qu'est l'ordre public, ne se place pas du côté de la loi, mais du côté de l'acte juridique, opérant une confrontation concrète de l'acte juridique et des nécessités sociales* ». Le juge fait justement la même chose.

⁹²¹ Ph. MALAURIE, *ibid.*, p. 53 où l'auteur précise que « *l'ordre public du juge est un ensemble d'expériences ; celui du législateur est une tentative de construction* ».

⁹²² Ph. MALAURIE, *ibid.*, p. 66.

⁹²³ Ph. MALAURIE, *ibid.*, p. 69.

479. **L'ordre public au-dessus.** L'ordre public se trouve en dehors de l'accomplissement d'actes juridiques. L'ordre public limite le comportement des individus qui porterait atteinte à la société, que le comportement soit constitutif d'un acte juridique ou non. Beaucoup de lois pénales sanctionnent les comportements antisociaux, sans avoir besoin que ces comportements se traduisent par un acte juridique. Il y a donc un ordre public en dehors des actes juridiques. L'ordre public est une limite à la liberté, mais une limite qui se justifie dans l'intérêt de la société. Plus le rôle de l'État augmente dans la société, plus l'ordre public augmente et limite la liberté des associés. La faute, sans aucun doute, provient de la volonté des individus de faire rentrer dans la sphère publique des éléments de la sphère privée. Les individus qui le font veulent protéger de plus en plus leur sphère privée, mais l'effet pervers est la régulation par la société une fois qu'ils sont sous le contrôle de l'État, notamment par l'intermédiaire du juge. L'augmentation du champ de contrôle du juge est due à l'augmentation de la sphère publique.

480. **Une notion fonctionnelle.** L'ordre public est le « garde-fou » permettant le mieux de vivre en harmonie, que ce soit dans les rapports entre les États ou entre État(s) et d'autres acteurs de la vie internationale, ou encore à l'intérieur des États entre les membres de ces derniers et vis-à-vis de la société. L'ordre public a des sources internationales, y compris européennes, et des sources internes. L'ordre public limite la liberté de l'État, limite la liberté de tous les acteurs de la vie juridique. Il y a une idée d'ordonnement dans les différents rapports imaginables. L'anarchie n'est pas de mise si on souhaite la paix sociale. L'ordre public est une notion fonctionnelle dont le contenu varie⁹²⁴.

481. **L'ordre public protégé au-delà des règles impératives.** Lorsque les auteurs abordent le déclin de l'ordre public, il ne s'agit pas de la chute de l'ordre public, mais de la diminution des lois d'ordre public. La protection de l'ordre public ne nécessite pas forcément des règles impératives. Le moyen d'arriver à l'ordre public doit, dans certains cas, être obligatoirement assuré par des règles impératives. La place de l'autonomie de la volonté est réduite à néant. Dans d'autres cas, la dérogation aux règles est possible dans la limite de la protection des intérêts protégés. Les règles proposées par le législateur sont un « minima ». D'autres règles laissent une grande place à l'autonomie de la volonté. La seule contrainte est que la convention ne porte pas atteinte à l'Ordre public.

⁹²⁴ A. PLANTEY, *op. cit.*, p. 37.

482. **Trois lois possibles.** On peut distinguer trois types de lois : celles auxquelles on ne peut déroger, celles auxquelles il est possible de déroger mais seulement en faveur de la personne protégée et celles pour lesquelles les dérogations sont permises. S'agissant des deux premières sortes de loi, le législateur interdit un comportement. Pour les premières, il est interdit d'y déroger, concernant les secondes il est interdit d'y déroger à minima. Dans ces deux hypothèses, il s'agit de lois de « commandement public ». La troisième sorte de loi ne fait que proposer une possibilité pour atteindre des objectifs juridiques. Il ne s'agit pas de lois d'ordre privé mais de lois de « proposition publique ». La deuxième sorte de loi se rapproche de la troisième car il laisse une place à la liberté. La place de l'autonomie de la volonté, par rapport à la loi, est déterminante sur cet aspect. Cependant, il ne faut pas simplifier le propos en classant l'ordre public en fonction de l'autonomie de la volonté. L'ordre public est un objectif, non un caractère. C'est par abus de langage que la confusion s'est faite. L'ordre public a la même fonction que les bonnes mœurs : « *Les bonnes mœurs sont mortes ? Oui sous une formulation aussi directive. Non si elles ne sont conçues que comme des limites à la liberté des mœurs, limites qui ne sauraient être directement définies mais qui peuvent être saisies par les conséquences qu'elles ont sur soi, sur autrui et sur la société* »⁹²⁵. La même chose peut être écrite sur l'ordre public. L'ordre public est une notion fonctionnelle.

En définitive, la notion d'« ordre public » peut s'employer soit au sens de commandement public, soit au sens d'ordonnancement public. La première acception se réfère aux lois impératives. Le caractère d'ordre public est un synonyme de l'impérativité. Autrement dit, les **lois impératives** sont les **lois d'ordre public** ou **de commandement public**. Elles s'opposent aux lois supplétives. Offrant un modèle, les **lois supplétives** sont des **lois de proposition publique**. La place de la volonté détermine cette dichotomie. Pour autant, ces deux types de lois **poursuivent** un objectif commun : **l'ordre public en tant qu'ordonnancement**. En d'autres termes, *les lois de commandement public comme les lois de proposition publique ont pour finalité l'ordonnancement public*. La distinction est ainsi faite entre **le caractère d'ordre public** – « ordre » pris au sens de **commandement** – et **l'ordre public** – « ordre » retenu au sens d'**ordonnancement** –.

La notion d'« ordre public » ainsi définie a l'avantage d'être une notion transposable à d'autres domaines. L'ordre public en droit interne est-il le même qu'en droit international privé ?

⁹²⁵ D. FENOUILLET, *Les bonnes mœurs sont mortes ! Vive l'ordre public philanthropique*, op. cit., p. 528.

Paragraphe 3 : La confrontation de cette conception renouvelée avec les notions d'ordre public et de loi de police en droit international privé

483. **Un rempart.** En droit interne, l'ordre public a pour fonction d'être un « *rempart contre les libertés individuelles* ». En droit international privé le rempart se dresse devant les normes venues de l'étranger. Pour ce faire, l'ordre public en droit international privé, expression de la souveraineté nationale⁹²⁶, face aux interventions des normes étrangères, utilise deux mécanismes : les lois de police⁹²⁷ et l'exception d'ordre public dans sa conception française⁹²⁸. L'ordre public en droit international privé « *s'entend de la conception française de l'ordre public international, c'est-à-dire de l'ensemble des règles et des valeurs dont l'ordre juridique français ne peut souffrir la méconnaissance, même dans des situations à caractère international* »⁹²⁹.

484. **Conflits de lois et de juridictions.** Lorsqu'il y a un conflit de lois dans l'espace, c'est-à-dire en présence d'un élément d'extranéité, plusieurs ordres juridiques sont susceptibles d'être compétents : quel juge est-il compétent ? Quelle loi est-elle applicable ? Si le juge français est compétent, il doit déterminer la loi applicable. Est-ce la loi française ou est-ce la loi étrangère ? La règle de conflit de lois permet de savoir quelle est la loi applicable⁹³⁰. C'est une étape préalable à la résolution du litige. L'ordre public intervient de deux manières. Dans un premier temps, les lois de police interviennent au début de la détermination de la loi applicable, évinçant *a priori* la loi étrangère qui aurait été normalement applicable. Ainsi par exemple, les règles de protection des consommateurs sont considérées comme des lois de police. Dans un second temps, l'exception d'ordre public est un procédé d'exclusion *a posteriori* de la loi étrangère après sa détermination. En matière de filiation par exemple, lorsque la règle de conflit désigne la loi étrangère applicable au conflit, le juge peut écarter cette loi si le résultat de cette application cause une contrariété à l'ordre public français.

⁹²⁶ J. MESTRE, *L'ordre public dans l'économie, Rapport français*, in *L'ordre public*, Travaux de l'association H. CAPITANT, Tome 49, 1998, p. 147.

⁹²⁷ B. FAUVARQUE-COSSON, *L'ordre public*, *op. cit.*, p. 486.

⁹²⁸ B. FAUVARQUE-COSSON, *ibid.*, p. 474.

⁹²⁹ CA Paris, 27 octobre 1994, *Rev. arb.* 1994, p. 709.

⁹³⁰ Sur la place des lois de police dans la règle de conflit de lois, v. par ex., A. AUDOLANT, *Les lois de police en droit international privé : une force « super-impérative » ?*, in *La force normative, Naissance d'un concept*, sous la dir. de C. THIBIERGE et alii, LGDJ-Bruylant, 2009, p. 309 et s.

485. **Annnonce du plan.** Plusieurs auteurs se sont posé la question des similitudes et des différences entre les notions de l'ordre public en droit interne, de l'exception d'ordre public en droit international privé et les lois de police. La doctrine majoritaire considère que ces notions ne se confondent pas⁹³¹ en raison probablement de la définition de l'ordre public. À quel moment et comment ces techniques interviennent-elles ? Quant à la comparaison de l'ordre public avec les lois de police et l'exception d'ordre public, Monsieur le professeur Jean Hauser montre qu'il y a une différence entre les lois de police en raison de leur contenu, et l'exception d'ordre public en fonction du mécanisme⁹³². La confusion entre l'ordre public et les lois d'ordre public nourrit la distinction entre l'ordre public en droit interne et l'ordre public en droit international privé. Avec la distinction entre le caractère d'ordre public et l'ordre public, les comparaisons entre les lois de police et le caractère d'ordre public (**A**), ainsi qu'entre l'exception d'ordre public et l'ordre public (**B**) permettent de démontrer l'unité de l'ordre public interne avec l'ordre public en droit international privé.

A : Les lois de police et le caractère d'ordre public

486. **Notion de loi de police.** L'article 7 §2 de la Convention de Rome fixe le sort des lois de police du *for*⁹³³. Les lois de police⁹³⁴ sont les lois qui « *régissent impérativement la situation, quelle que soit la loi applicable au contrat* »⁹³⁵. Au lieu d'appliquer la règle de conflit de lois, le juge l'écarte au profit d'une loi appelée loi de police⁹³⁶. Le législateur national considère que cette loi doit être impérative. Il n'est pas nécessaire de rechercher la loi normalement applicable par la règle de conflit de lois. Autrement dit, « *lorsqu'un principe fondamental est exprimé en la forme d'une règle législative suffisamment claire et inconditionnelle (d'origine française ou communautaire) le juge peut lui donner directement effet* »⁹³⁷. Le juge français doit se référer à son droit pour savoir si la *lex fori*⁹³⁸ est une loi de

⁹³¹ J. HAUSER et J.-J. LEMOULAND, *op. cit.*, n° 15, p. 6.

⁹³² J. HAUSER et J.-J. LEMOULAND, *ibid.*, *loc. cit.*

⁹³³ La loi du *for* c'est la loi du lieu où le juge est compétent. Par exemple, lorsque le juge français est saisi parce qu'il est compétent, la loi du *for* est la loi française.

⁹³⁴ P. FRANCESCAKIS a défini les lois de police comme les « *lois dont l'observation est nécessaire pour la sauvegarde de l'organisation politique, sociale ou économique du pays* ». v° *conflit de lois*, in Rép. Dalloz de droit international, 1968/69, n° 137.

⁹³⁵ V. sur ce point, P. DE VAREILLES-SOMMIERES, *L'ordre public dans les contrats internationaux en Europe ; sur quelques difficultés de mise en œuvre des articles 7 et 16 de la Convention de Rome du 19 juin 1980*, in Mél. Ph. MALAURIE, Liber amicorum, Defrénois, 2005, p. 400.

⁹³⁶ P. DE VAREILLES-SOMMIERES, *ibid.*, p. 395.

⁹³⁷ B. FAUVARQUE-COSSON, *L'ordre public*, *op. cit.*, p. 486.

police⁹³⁹. Les lois de police traduisent la volonté du législateur français d'évincer les lois étrangères pour que sa politique soit la même malgré un élément d'extranéité. L'ordre public est contrarié si ce n'est pas la loi du *for* qui est compétente.

487. **La ressemblance des lois d'ordre public avec les lois de police.** Les lois d'ordre public s'imposent impérativement même si les individus ont la volonté de ne pas les appliquer. La loi de police s'applique automatiquement même si la loi étrangère est déterminée par la règle de conflit⁹⁴⁰. La justification de l'impérativité de la loi est la protection de l'ordre public, comme la raison de l'application des lois de police est l'ordre public, appelé ordre public international. Il s'agit bien de l'ordre public en tant qu'ordonnement. La différence de terme provient de la difficulté de définir l'ordre public. L'ordre public est la finalité des lois. Le rôle de la loi est d'assurer la paix sociale et pour cela il faut respecter l'ordre public. L'ordre public doit être entendu comme une notion fonctionnelle. L'ordre public en droit international privé est une limite de protection des intérêts de la société. Limite contre les actes des particuliers en droit interne, limite contre les excès de pouvoir par le contrôle de constitutionnalité, limite contre les lois étrangères en droit international privé. L'ordre public a toujours la même fonction. Les lois de police sont bien des lois impératives édictées par le législateur pour assurer l'intérêt social. Peu importe que le contenu soit différent car ce n'est pas une notion normative. Le contenu des lois d'ordre public de direction se trouve plutôt protégé par l'exception d'ordre public.

B : L'exception d'ordre public et l'ordre public

488. **L'exception d'ordre public pour protéger l'ordre public.** Dans un premier temps, l'exception d'ordre public évince la loi étrangère applicable parce que le résultat contrarie fortement l'ordre public⁹⁴¹. Dans un second temps, le juge français résout le litige en utilisant la *lex fori*⁹⁴². Le juge se sert de l'exception d'ordre public pour protéger l'ordre

⁹³⁸ La *lex fori* c'est la loi du *for*.

⁹³⁹ P. DE VAREILLES-SOMMIERES, *op. cit.*, p. 403.

⁹⁴⁰ P. DE VAREILLES-SOMMIERES, *ibid.*, p. 395.

⁹⁴¹ D. HOUTCIEFF, *op. cit.*, n° 236-7 où l'auteur précise que « *cette variabilité est renforcée dans la mesure où l'ordre public international ne conduit à l'éviction de la loi étrangère que si le résultat concret auquel elle aboutit est contraire à l'ordre public* ». V. également, Cass. civ. 1^{re}, 15 mai 1963, n° 59-13468 ; JDI 1963, p. 1016, note Ph. MALAURIE.

⁹⁴² D. HOUTCIEFF, *op. cit.*, *loc. cit.*

public⁹⁴³. L'exception d'ordre public est utilisée pour évincer la loi étrangère, et ce afin d'éviter qu'une décision étrangère s'exécute en France alors que son résultat est intolérable par rapport à notre conception de l'ordre public⁹⁴⁴. Le 4 novembre 2010, la Cour de cassation a refusé de donner un plein effet au jugement étranger qui « *portait atteinte à des principes essentiels du droit français fondés sur l'égalité des parents dans l'exercice de l'autorité parentale et sur le respect de la vie privée et familiale* ». Dans cette espèce, un divorce au Texas avait pour effet de donner à la mère le pouvoir exclusif de décider de l'engagement dans l'armée de son enfant et d'interdire la présence d'une femme la nuit dans le domicile de son ex-mari en présence de son enfant. La Cour d'appel a utilisé l'exception d'ordre public pour éviter d'accorder l'*exequatur* de ce jugement. La Cour de cassation a confirmé cette position⁹⁴⁵.

489. **L'appréciation eu égard au contenu de l'ordre public français.** La vérification des sentences étrangères est aussi importante que le contrôle du résultat de l'application de la loi étrangère. La loi étrangère est-elle une atteinte aux valeurs fondamentales de la société⁹⁴⁶? Le juge se réfère à l'ordre public français. Il n'est pas le garant des ordres juridiques étrangers⁹⁴⁷. C'est l'ordre public à l'intérieur des frontières françaises qui doit être préservé par les juges du *for*. Le contrôle s'effectue évidemment en fonction de la conception française. Le contrôle s'effectue en fonction du contenu de l'ordre public au moment où le juge statue⁹⁴⁸. C'est le principe d'actualité de l'ordre public. L'effet de l'ordre public est atténué lorsqu'il s'agit de faire produire des faits constitués à l'étranger⁹⁴⁹. En revanche, l'ordre public produit son plein effet lorsque la situation est créée en France⁹⁵⁰. La proximité de la situation avec la France a une importance essentielle pour savoir si la loi étrangère conduit à une contrariété avec l'ordre public français⁹⁵¹.

⁹⁴³ B. FAUVARQUE-COSSON, *L'ordre public, op. cit.*, p. 486.

⁹⁴⁴ Cass. civ. 1^{re}, 15 mars 1988 ; Rev. arb. 1990, p. 115, note IDOT. Dans le même sens, J. MESTRE, *L'ordre public dans l'économie, op. cit.*, p. 147.

⁹⁴⁵ Cass. civ. 1^{re}, 4 novembre 2010, n° 09-15302, Bull. civ. I, n° 218.

⁹⁴⁶ P. DE VAREILLES-SOMMIERES, *op. cit.*, p. 395.

⁹⁴⁷ J. MESTRE, *L'ordre public dans l'économie, op. cit.*, p. 150.

⁹⁴⁸ D. HOUTCIEFF, *op. cit.*, n° 236-7. Par exemple : Cass. civ. 1^{re}, 23 novembre 1976, n° 73-13113 ; Rev. crit. DIP 1977, p. 746, note J. FOYER.

⁹⁴⁹ D. HOUTCIEFF, *ibid.*, *loc. cit.*

⁹⁵⁰ D. HOUTCIEFF, *ibid.*, *loc. cit.*

⁹⁵¹ V. par exemple : « *si les lois étrangères qui prohibent l'établissement de la filiation naturelle ne sont, en principe, pas contraires à la conception française de l'ordre public international, il en est autrement lorsque ces lois ont pour effet de priver un enfant français ou résidant habituellement en France, du droit d'établir sa filiation* ». Cass. civ. 1^{re}, 10 février 1993, n° 89-21997, Bull. civ. I, n° 64 ; D. 1994, p. 66, note J. MASSIP. Dans

490. **La ressemblance de l'exception d'ordre public avec l'ordre public interne.**

En droit interne, la convention issue de l'autonomie de la volonté s'applique à la place de la loi qualifiée de supplétive. Si la convention est contraire à l'ordre public, alors le juge doit appliquer la loi évincée par la volonté des parties. En droit international privé, la loi étrangère s'applique lorsque la règle de conflit la détermine. Si le résultat de la loi étrangère est contraire à l'ordre public, alors le juge l'écarte. Il la remplace par la loi française. La loi française peut être ainsi qualifiée de supplétive lorsqu'on est en matière de conflit de lois dans l'espace. Dans une telle configuration, le mécanisme est identique à celui de l'ordre interne. La volonté contraire à l'ordre public se voit écartée au profit de la loi supplétive.

491. **Un dénominateur commun.** Comment justifier la faible protection du contenu de l'ordre public de droit interne en droit international privé ? Peut-être cela est-il possible parce que ces lois protègent ce qui est commun dans tous les États, comme par exemple le mariage, la filiation, le divorce, la protection des incapables. Il existe des modalités, des conditions différentes, mais l'essentiel est commun⁹⁵². L'atteinte à l'ordre public provient de divergences fondamentales entre les deux juridictions. La loi française vient alors s'appliquer à la place de la loi étrangère. Par exemple, le divorce peut prendre des modalités différentes de celles appliquées en France sans pour autant porter atteinte à l'ordre public. Mais si le divorce est constitutif d'une discrimination faite aux femmes, alors la loi étrangère porte atteinte à l'ordre public français⁹⁵³. Le juge doit évincer la loi étrangère au profit de la loi française. L'exception d'ordre public en droit international privé est la justification utilisée par le juge pour évincer une règle normalement applicable car son effet est contraire à l'ordre public, c'est-à-dire à l'intérêt de la société. L'exception d'ordre public assure la même fonction que l'ordre public.

le même sens : Cass. civ. 1^{re}, 10 mai 2006, n° 05-10299, Bull. civ. I, n° 226 ; Defrénois 2006, art. 38441, note J. MASSIP.

⁹⁵² L'ordre public international s'applique lorsque les règles applicables sont fortement contraires à notre ordre public classique, ordre issu du droit naturel donc influencé par la morale.

⁹⁵³ Exclusion de la répudiation lorsque les deux époux sont domiciliés sur le territoire français : Cass. civ. 1^{re}, 17 février 2004, n° 01-11549 et n° 02-11618, Bull. civ. I, n° 47 et 48 ; Cass. civ. 1^{re}, 20 septembre 2006, n° 05-20507, Bull. civ. I, n° 406 ; Cass. civ. 1^{re}, 10 mai 2006, n° 04-19988, Bull. civ. I, n° 223 ; Divorce de deux marocains domiciliés en France, la loi marocaine ne permet pas d'allouer une allocation suffisante à l'épouse après un divorce, elle est donc contraire à l'ordre public international français : Cass. civ. 1^{re}, 28 novembre 2006, n° 04-11520, Bull. civ. I, n° 524.

CONCLUSION DU CHAPITRE SECOND

492. **La nécessité d'une conception sans ambiguïté de l'ordre public.** Poser comme critère d'application des aménagements des règles de preuve, l'ordre public nécessite pour être efficace de s'interroger sur cette notion. Lorsque les parties décident de convenir sur des règles de preuve, c'est afin de prévoir les modalités de règlement d'un éventuel conflit dans l'exécution de leurs obligations. Lors de la formation de la convention, les contractants doivent respecter l'ordre public. Comment réussir cet exploit alors que les spécialistes du droit n'arrivent pas à se mettre d'accord sur une définition ? Une conception certaine de cette notion doit être donnée afin de reposer sur un critère effectif.

493. **Les approches normative et fonctionnelle de l'ordre public.** L'approche pour étudier l'ordre public s'est partagée entre une définition normative et une définition fonctionnelle. L'inconvénient de l'approche normative réside dans la variabilité du contenu de l'ordre public. L'ordre public évolue au rythme de la société avec, notamment, la création d'un ordre public économique. L'évolution est trop rapide pour déterminer le contenu précis de cet ordre. Certaines règles, bien qu'impératives, ne seraient pas décidées dans un but d'intérêt général, mais édictées pour protéger des intérêts individuels ou catégoriels. D'autres, dites d'ordre public par le législateur, ne le seraient pas véritablement selon une partie de la doctrine pour les mêmes raisons. L'approche fonctionnelle n'est pas non plus satisfaisante. L'émergence de l'ordre public de protection permet de déroger à des règles impératives. Certes, la dérogation est limitée mais il n'en demeure pas moins qu'elle existe. Entre respecter un contenu qui change constamment ou qui varie en fonction des auteurs et déroger à des règles normalement impératives, comment s'y retrouver ?

494. **Le rôle ambigu du législateur.** La plus grande difficulté semble provenir du rôle du législateur. Le législateur devrait intervenir uniquement pour protéger les intérêts de la société. Toutes les lois sont élaborées en vue de l'ordre public. Il est vrai que des intérêts individuels ou catégoriels sont présents dans certaines lois, mais seulement parce qu'il ne peut pas en être autrement pour parvenir à protéger l'intérêt social.

495. **Toutes les lois intéressent l'ordre public, mais toutes les lois ne sont pas d'ordre public.** Cette phrase n'est pas compréhensible au premier abord. En partant de la polysémie du mot « ordre », elle le devient en distinguant le caractère d'ordre public de l'ordre public. L'« ordre », en tant que commandement, désigne le caractère d'ordre public alors que l'« ordre », en tant qu'ordonnement, indique l'ordre public. La phrase devient alors : si toutes les lois intéressent l'ordonnement public, toutes les lois ne sont pas de commandement public. L'obscurité laisse petit à petit place à la lumière. Le caractère d'ordre public n'est ni plus ni moins que l'impérativité. Dès lors, parler de lois impératives ou de lois d'ordre public revient à désigner une même réalité. En employant les termes « d'ordre public », le législateur met l'accent sur la finalité de ces lois. Elles sont édictées pour préserver l'ordre public. Le terme « impératif » met en avant le fait que ces lois s'imposent face à la volonté individuelle. L'ordre public est le moyen de préserver l'intérêt de la société. Lorsqu'un comportement contrarie l'ordre public, c'est la société qui en souffre.

Interdiction en amont avec le caractère d'ordre public, sanction en aval avec la contrariété à l'ordre public, l'intérêt de la société commande ces deux phénomènes. Ce n'est donc pas une énième définition de l'ordre public mais une conception différente permettant d'appréhender cette notion. Ainsi déterminée, l'ordre public devient un critère effectif pour vérifier l'efficacité des conventions relatives à la preuve. Cet ordre permet également de mieux appréhender le critère de l'applicabilité de ces conventions, c'est-à-dire la disponibilité des droits.

CONCLUSION DU TITRE SECOND

496. **L'ordre public : une limite à la volonté individuelle.** La liberté d'aménager les règles de preuve est encadrée par l'ordre public. Il est le moyen de garantir l'ordonnement dans la société. Le principe demeure la liberté. Les contractants sont libres dans le contenu de leurs conventions. Cependant, cette liberté n'est pas totale. L'article 6 du Code civil pose un principe général : le respect de l'ordre public et des bonnes mœurs. Les parties voulant modifier les règles de preuve sont, *a priori*, libres de le faire, à moins que la loi ne l'interdise ou que le résultat ne contrarie l'ordre public.

497. **Toutes les lois intéressant l'ordre public.** Les règles de preuve ne dérogent pas à ce constat. Le choix d'un système ou d'un autre s'est effectué en fonction de l'ordre public. La recherche de la vérité, la préservation de la sécurité juridique ou, *in fine*, la légitimation des décisions de justice sont prises dans l'unique but de protéger l'ordre public.

498. **L'ordre public, un critère à deux niveaux.** L'aménagement des règles de preuve choisies par le législateur doit respecter l'ordre public. Afin de ne pas contrarier l'ordre public, les parties doivent respecter les finalités des règles légales de preuve. L'ordre public est le critère de l'applicabilité indirectement et de l'application directement des conventions de preuve. Pour être effectif encore faut-il être d'accord sur la conception de cette notion. L'ordre public est une notion dont la définition n'emporte pas l'unanimité. Pour savoir ce qui limite l'autonomie de la volonté, il faut comprendre cette notion.

499. **Qu'est-ce que l'ordre public ?** Pour répondre à cette question, « l'ordre public » a été différencié du « caractère d'ordre public ». Le caractère d'ordre public est une technique interdisant *a priori* la volonté. C'est tout simplement l'impérativité. En revanche, l'ordre public est la finalité de toutes lois. Il est la protection de la société. Son utilisation par le juge s'effectue *a posteriori*, c'est-à-dire après l'atteinte à la paix sociale révélée. Le législateur édicte des lois d'ordre public dans un souci de préservation de l'ordre public. L'ordre public est la finalité et le moyen de limiter la volonté individuelle. Les rédacteurs des

conventions de preuve peuvent utiliser un critère efficace afin de ne pas encourir la sanction de leur volonté de la part du juge.

CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE

500. **De la reconnaissance en alternance.** Dans un premier temps, les conventions relatives à la preuve ont été, tour à tour, acceptées ou refusées par les juges au nom de l'ordre public. Le législateur ne consacra que tardivement la position de la Cour de cassation, lorsque les juges commencèrent à utiliser le concept de droit disponible. La validité des conventions de preuve dépendait-elle de l'ordre public ou des droits disponibles ?

501. **Proposition.** La proposition consiste à différencier le contenant du contenu de ces conventions. Le contenant concernerait la possibilité de convenir sur les règles de preuve alors que le contenu s'intéresserait aux résultats de cette modification.

502. **De l'admissibilité des conventions sur la preuve.** Dès lors, l'admissibilité des conventions sur la preuve dépend de la disponibilité des droits. L'ordre public n'est pas étranger à cette qualification. Un droit est indisponible car l'ordre public le commande. Les droits disponibles sont à distinguer des lois d'ordre public. Ces dernières concernent les droits objectifs, alors que la disponibilité est relative aux droits subjectifs. Pour aménager les règles de preuve, il faut que les droits en jeu soient disponibles.

503. **De l'admission des conventions sur la preuve.** L'admission des clauses de preuve concerne l'ordre public. Les parties doivent désormais choisir les nouvelles règles de preuve. Elles doivent respecter l'ordre public. Le résultat de l'application de ces règles conventionnelles ne doit pas contrarier l'ordre public. L'objet et la cause du contrat de preuve doivent être licites. Pour déterminer les pouvoirs des parties aux conventions sur la preuve, il faut s'intéresser aux finalités poursuivies par le législateur lorsqu'il édicte des règles de preuve.

504. **Finalités poursuivies par le législateur.** Les règles de preuve sont déterminées par le législateur afin de privilégier soit la vérité, soit la sécurité mais toujours dans l'optique de légitimer les décisions de justice. Ce n'est qu'à cette dernière condition que

la paix sociale sera retrouvée. La véritable fonction de la preuve est la protection de l'ordre public. En aménageant les règles légales de preuve, les contractants doivent, pour respecter l'ordre public, ne pas s'éloigner des finalités premières de ces règles, c'est-à-dire la vérité, la sécurité et surtout la légitimité des décisions rendues par les juges. Omniprésent, l'ordre public est le critère essentiel de l'efficacité des conventions relatives à la preuve. L'ordre public doit être compris comme l'ordonnement dans la société. Il ne doit pas être confondu avec le caractère d'ordre public. Le caractère d'ordre public est le commandement du législateur de respecter le chemin qu'il impose. S'appuyant sur la distinction entre le contenant et le contenu, le fondement des conventions sur la preuve est déterminé : disponibilité des droits pour le contenant, l'ordre public pour le contenu. Cette proposition doit être confrontée aux conséquences de ces aménagements entre les parties, mais aussi vis-à-vis du juge.

SECONDE PARTIE
LES CONSÉQUENCES DES
CONVENTIONS RELATIVES À LA
PREUVE

505. **De l'admissibilité à l'efficacité.** Les règles de preuve étant nombreuses, leur modification peut avoir lieu de différentes manières. Dans la première partie de ce travail, la validité de ces aménagements a été distinguée en deux étapes : l'admissibilité et l'admission. Pour convenir valablement sur la preuve, les parties doivent respecter des conditions d'admissibilité et d'admission. Ces conditions correspondent à la distinction du contenant et du contenu. Dans cette distinction, l'ordre public est le critère direct et indirect de la validité des clauses de preuve. Après ces questions théoriques, il faut s'intéresser à la pratique. Comment les contractants aménagent-ils ces règles de preuve et quels sont leurs effets en cas de litige ?

506. **A-t-on le droit d'aménager les règles légales de preuve ?** La réponse intéresse le contenant. Les parties peuvent aménager conventionnellement les règles de preuve lorsque les droits en jeu sont disponibles. La disponibilité des droits est le critère de validité du contenant. Quelles règles conventionnelles peuvent remplacer les lois sur la preuve ? La réponse concerne le contenu. L'ordre public est le critère essentiel à l'efficacité de ces conventions. Autrement dit, l'aménagement conventionnel ne produira ses effets qu'à la condition de ne pas porter atteinte à l'ordre public. Une étude du contenu de ces conventions permet de vérifier si cette modification respecte l'ordre public.

507. **Place du juge.** Lors d'un litige, une partie demande l'application de la convention sur la preuve. Les plaideurs rapportent la preuve de leurs allégations conformément à cette convention. Pour que ces aménagements soient efficaces, le juge doit être lié par la volonté des parties. Si le juge reste libre d'appliquer ou non la convention de preuve, alors l'insécurité règne en la matière. Les nouvelles règles conventionnelles de preuve, établies conformément à la loi, sont dotées de la force obligatoire. À partir de cet instant, le juge est lié par l'application de ces règles contractuelles. Avant d'en arriver là, le juge vérifie les conditions de validité de cette convention. La clause de preuve intervient-elle en matière de droit disponible ? Si c'est le cas, il s'interroge sur le contenu de cette clause pour contrôler son respect à l'ordre public. Par ce contrôle, il joue son rôle de garant de l'ordre public.

508. **Annnonce du plan.** L'analyse du contenu des conventions de preuve permet de savoir si la convention de preuve respecte l'ordre public (**Titre 1**). En cas de litige, le juge

contrôle la validité de la convention de preuve avant de lui faire produire son plein effet ou de l'écarter en cas de contrariété à l'ordre public (**Titre 2**).

TITRE PREMIER
LE CONTENU DES CONVENTIONS
RELATIVES À LA PREUVE

509. **L'utilité des aménagements conventionnels des règles de preuve.** Lors d'un litige, les plaideurs doivent rapporter les preuves de leurs allégations au juge afin qu'il les apprécie souverainement. La réponse judiciaire dépend des preuves en possession des parties. Les contractants se mettent d'accord pour prévoir leur rapport d'obligations. Ils peuvent vouloir organiser la manière dont ils pourront prouver leurs droits en cas de litige. Les règles de preuve prévues par le législateur ne sont pas toujours adaptées aux besoins de l'espèce. À ce moment-là, la tentation d'aménager les règles de preuve est grande⁹⁵⁴. Les parties insèrent alors des clauses de preuve.

510. **Le chemin probatoire.** Les aménagements peuvent se situer sur l'un des éléments composant le chemin probatoire. Ce chemin commence par la question de la charge de la preuve. Qui doit prouver ? Les articles 1315 du Code civil et 9 du Code de procédure civile répondent à cette question. Pour résumer, chaque partie ramène la preuve de ses allégations. Cette première question est suivie par l'objet de la preuve. Que doit-on prouver ? La preuve de la loi n'incombe pas aux plaideurs. Le juge doit se charger de cette tâche. La preuve des faits et des actes juridiques sont à la charge des parties. Le chemin se termine par les preuves admissibles. Comment doit-on rapporter la preuve de son allégation ? Cette dernière question peut se subdiviser en trois éléments : Le système de preuve, les éléments de preuve et la force probante des preuves.

511. **Détermination du système de preuve.** Le système de preuve dépend de l'objet de la preuve⁹⁵⁵. La preuve des faits est libre, c'est-à-dire qu'elle peut être rapportée par tout moyen. La preuve des actes juridiques est fonction de leur montant. Pour les actes dont la valeur est inférieure à 1500 euros, la preuve est libre. Au-delà de ce montant, la preuve se fait dans le respect du système de la preuve légale. L'acte juridique doit être prouvé par un écrit authentique ou sous seing privé. Dans le système de la preuve morale, tous les éléments de preuve sont admis. Dans le système de la preuve littérale, la preuve se rapporte par un écrit parfait. Il existe des exceptions à ce dernier système de preuve admissible⁹⁵⁶. Le commencement de preuve par écrit permet de basculer à la liberté de la preuve.

⁹⁵⁴ M.MEKKI, *La gestion contractuelle du risque de la preuve (2^e partie)*, RDC 2009, p. 453 et s.

⁹⁵⁵ Sur la distinction entre la preuve libre et la preuve par écrit, v. P. DEUMIER, *Introduction générale au droit*, LGDJ, 2^e éd., 2013, n° 90.

⁹⁵⁶ Sur la question par ex., P. DEUMIER, *Preuve d'un acte juridique et usages : impossibilité morale ou possibilité de dérogation ?*, RTD civ. 2011, p. 491 et s.

L'impossibilité morale et matérielle de se préconstituer un écrit aboutit aux mêmes conséquences. Les éléments de preuve sont fonction du système probatoire.

512. **Force probante.** La force probante est déterminée par le législateur pour obliger le juge lors de sa prise de décision. Son appréciation n'est pas toujours souveraine. Il est tenu en présence d'une preuve parfaite. L'acte authentique a la force probante la plus importante. La présence d'un officier public justifie cette confiance. Les preuves imparfaites sont soumises à l'appréciation souveraine des juges du fond. Il statue selon son intime conviction.

513. **L'aménagement direct et indirect d'un élément du chemin probatoire.** Les parties peuvent changer l'un de ces éléments par une convention de preuve. Si les contractants aménagent la charge de la preuve, l'objet, les procédés ou encore la force probante des éléments de preuve, les règles de preuve sont alors directement modifiées (**Chapitre 1**). Certaines conventions ne consistent pas en des modifications des règles de preuve, alors qu'elles ont pourtant un effet sur la preuve. Par le biais de ces clauses, les contractants empêchent l'application du système de preuve légal. Par exemple, en prévoyant la responsabilité en cas d'inexécution des obligations contractuelles, les parties peuvent décider de la réparation à octroyer. En principe, la victime de l'inexécution doit prouver le montant du préjudice qu'elle subit. Dans cette situation, il suffit de prouver l'inexécution, le préjudice et son montant n'ayant pas à être démontrés. Ce faisant, ils modifient indirectement la preuve qu'ils auraient dû apporter. En l'absence de cette clause, la preuve aurait été tout autre. Plus qu'une règle de fond, cette stipulation est une règle de preuve : les aménagements ne sont plus directs mais indirects (**Chapitre 2**).

CHAPITRE PREMIER

LES AMÉNAGEMENTS DIRECTS DES RÈGLES LÉGALES DE PREUVE

514. **Double effet.** En modifiant directement les règles de preuve, les contractants cherchent à atteindre des objectifs qui leur sont personnels. Quelle que soit leur volonté véritable, les conventions de preuve ont un double effet. Pourquoi un double effet ? Le changement s'effectue en deux étapes. Dans un premier temps, la volonté des contractants évince les règles de preuve car elles sont supplétives. Ces règles sont proposées par le législateur en cas de silence des parties. Les contractants peuvent soit s'en tenir à la loi soit y déroger. Dans cette situation, elles optent pour les écarter. Dans un second temps, les contractants érigent de nouvelles règles de preuve qui vont s'appliquer à leur situation. Ils se mettent d'accord sur la mise en place d'un nouveau corps de règles. En pratique, les conventions sur la preuve peuvent modifier la charge de la preuve, l'objet de la preuve, les moyens de preuve et la force probante de ces moyens⁹⁵⁷.

515. **Finalités de la preuve.** Par rapport aux finalités de la preuve, les règles de preuve sont édictées par le législateur dans le souci de privilégier soit la vérité, soit la sécurité juridique. Les aménagements des règles de preuve peuvent modifier la finalité choisie initialement par le législateur, soit en passant de la vérité à la sécurité ou inversement, soit en renforçant la vérité ou la sécurité. La modification de ces règles produit rarement un effet neutre. Au contraire, la modification peut rendre la preuve plus difficile ou, au contraire, plus

⁹⁵⁷ J. KULLMANN, *De l'aménagement contractuel de la preuve du vol à la liberté de la preuve du sinistre... la Convention Européenne des Droits de l'Homme à l'assaut du contrat d'assurance*, RGDA 2004, p. 561 et s. où l'auteur précise que « très concrètement, une convention sur la preuve est susceptible de porter sur plusieurs éléments : l'objet de la preuve (quel fait ou quel acte faut-il prouver pour le succès de la prétention ?) ; la charge (qui doit prouver ce fait ou cet acte ?) ; le moyen (comment prouver le fait ou l'acte, c'est-à-dire par tel écrit, témoignage, indices divers, etc. ?) ; la force probante de ce moyen (le juge conserve-t-il un pouvoir d'appréciation de ce moyen : doit-il s'en contenter ou peut-il le juger insuffisant ?) ».

facile⁹⁵⁸. Dans certaines situations, la preuve est facilitée pour l'une des parties, et rendue plus délicate pour l'autre.

516. **L'allègement de la preuve.** En rendant la preuve difficile à rapporter, le législateur veut consolider la situation de fait. La sécurité juridique prend le dessus sur la vérité. Le juge ne peut donner raison au demandeur qu'après rapport d'une preuve très réglementée. Le risque est celui de l'impossibilité de prouver la réalité, faute d'avoir une preuve admissible. Trouvant ces règles trop rigides, les rédacteurs du contrat peuvent assouplir les modalités de preuve. Pour cela, ils doivent alléger les règles de preuve (**Section 1**).

517. **L'alourdissement de la preuve.** En privilégiant la vérité, le législateur souhaite donner la possibilité aux plaideurs de ramener la preuve de la réalité. Dans cette optique, la liberté de la preuve prend le pas sur un système très encadré de règles de preuve. La preuve contraire à la situation de fait est plus simple. L'inconvénient de la liberté de la preuve réside dans la facilité d'apporter des éléments de preuve contraires à la réalité des faits. Les parties peuvent être tentées d'alourdir la preuve en vue d'augmenter la sécurité juridique dans leurs relations (**Section 2**).

Section 1 : L'allègement de la preuve

518. **La modification du chemin probatoire.** Pour faciliter la preuve, et ainsi se rapprocher de la vérité, les contractants peuvent modifier l'une des composantes du chemin probatoire. En rebroussant le chemin, la première possibilité qui s'offre aux rédacteurs de conventions est d'aménager les procédés de preuve. Les clauses de preuve peuvent permettre aux plaideurs d'apporter des éléments qu'ils n'auraient pas pu soumettre au juge en vertu du droit commun. La force probante peut aussi être modifiée par la volonté des parties. La deuxième manière d'alléger la preuve est de déplacer l'objet de la preuve par le système d'une présomption. Le fait déterminé est ainsi plus aisé à rapporter que le véritable objet du litige. Revenant au début du chemin probatoire, les parties peuvent enfin inverser la charge de la preuve, obligeant la personne qui a les éléments de preuve en sa possession à les rapporter

⁹⁵⁸ W. DROSS, *Clausier, Dictionnaire des clauses ordinaires et extraordinaires des contrats de droit privé interne*, LexisNexis, 2008, p. 429 où l'auteur indique que les parties « peuvent ainsi permettre une preuve par tout moyen là où le Code civil impose une preuve littérale ou inversement, restreindre les modes de preuve recevables là où la loi les accepte tous ».

devant le juge sous peine de succomber. En définitive, les contractants ont donc la possibilité, pour aménager la preuve en la simplifiant, d'alléger la preuve par les procédés de preuve (§1), de déplacer l'objet de la preuve (§2) ou de renverser la charge de la preuve (§3).

Paragraphe 1 : Les allègements concernant les procédés de preuve

519. **Article 1341 du Code civil.** Les procédés de preuve dépendent principalement de l'article 1341 du Code civil. Pour les actes juridiques supérieurs à 1500 euros, la preuve ne peut être rapportée que par un acte sous seing privé ou par un acte authentique⁹⁵⁹. Pour les actes juridiques d'un montant inférieur à ce seuil et pour les faits, la preuve est libre, c'est-à-dire que tous les procédés de preuve sont possibles⁹⁶⁰. Les contractants peuvent vouloir permettre au juge d'accepter des procédés de preuve qui n'auraient pas été admis ou difficilement acceptés en vertu du droit commun. En d'autres termes, les parties peuvent élargir les procédés admissibles (A). La conviction du juge dépend des éléments de preuve que les plaideurs lui soumettent. Dans certains cas, la loi prévoit la force probante qui s'attache à certaines preuves⁹⁶¹, dans les autres situations, le juge est libre d'apprécier ces éléments. Les parties peuvent vouloir éviter l'arbitraire du juge, lorsque la force probante n'est pas prévue, en déterminant cette force pour les procédés qu'ils ont spécifiés dans leur convention (B).

A : L'élargissement des procédés de preuve admissibles

520. **Les moyens de l'élargissement des procédés de preuve.** Ce type de convention de preuve permet de ramener la preuve par un procédé différent de ceux prévus à l'article 1341 du Code civil⁹⁶². Différentes sortes de conventions sont envisageables. Les parties peuvent autoriser un mode de preuve qui ne serait pas normalement admis sans leur

⁹⁵⁹ Sans rentrer dans les exceptions des articles 1347 et 1348 du Code civil.

⁹⁶⁰ En outre, il faut respecter la loyauté de la preuve. V. sur le respect de la loyauté de la preuve, La preuve, Rapport annuel 2012 de la Cour de cassation, La Documentation française, 2013, p. 318 et s.

⁹⁶¹ La loi prévoit une force probante importante à l'acte authentique, l'aveu judiciaire, le serment décisoire et l'acte sous seing privé. Le juge est lié dans sa solution par la force probante de ces procédés de preuve.

⁹⁶² Exemples d'arrêts de la Cour de cassation confirmant que l'article 1341 du Code civil n'est pas d'ordre public : Cass. civ. 1^{re}, 14 décembre 1999, n° 97-16746. Cass. civ. 1^{re}, 13 janvier 1998, n° 96-12047. Cass. civ. 3^e, 15 mai 1996, n° 94-13370. Cass. civ. 1^{re}, 10 octobre 1995, n° 93-20300, Bull. civ. I, n° 352 ; D. 1997, p. 155, note L.-F. PIGNARRE. En effet, l'article 1341 du Code civil n'est pas d'ordre public. V. par ex. A. AYNES et X. VUITTON, *Droit de la preuve, principes et mise en œuvre processuelle*, LexisNexis, 2013, n° 420.

accord (1). Également, une autre modalité serait de donner la valeur de commencement de preuve par écrit à un écrit ne remplissant pas les conditions requises pour cette qualification (2). Enfin, les parties peuvent admettre des procédés issus des nouvelles technologies (3).

1 : L'acceptation d'un procédé de preuve non admis

521. **Le principe.** La préconstitution d'un écrit est obligatoire, non pas pour la perfection de l'acte juridique, mais pour en rapporter la preuve dès lors que le montant dépasse 1500 euros⁹⁶³. Le juge doit refuser la demande du plaideur qui souhaite prouver l'acte juridique au moyen d'un procédé autre que celui prévu par l'article 1341 du Code civil, c'est-à-dire l'acte sous seing privé et l'acte authentique, excepté l'application des articles 1347 et 1348 du code précité.

522. **Les exceptions tirées des aménagements conventionnels.** Par convention, les parties peuvent permettre de basculer du système de la preuve littérale à celui de la preuve testimoniale (a), le juge devant alors accepter toutes les preuves soumises par les plaideurs. Cependant, lorsque la preuve est libre, la liberté n'est pas totale, le juge vérifie que la preuve a été obtenue loyalement. Certaines preuves ne sont pas admises en raison de leur caractère déloyal. Pour éviter toute contestation sur des éléments de preuve, les contractants peuvent reconnaître qu'ils acceptent l'utilisation d'une preuve soutirée d'une manière qui habituellement conduit à la qualification de déloyale (b).

a : De la preuve par écrit à la preuve par témoins

523. **Alléger la preuve.** Les parties ont utilisé la technique des conventions de preuve pour faire admettre la preuve par témoins, alors que la preuve littérale était requise⁹⁶⁴. Cette technique permet aux parties de rejeter les procédés légaux jugés par elles trop

⁹⁶³ Ce seuil a beaucoup évolué : 50 francs, 5000 francs, 800 euros, 1500 euros.

⁹⁶⁴ V. DEPADT-SEBAG, *Les conventions sur la preuve*, in La preuve, sous la direction de C. PUIGELIER. Economica, 2004, p. 17 et 18.

compliqués⁹⁶⁵. En substituant la preuve testimoniale à la preuve littérale, les parties veulent simplement alléger la preuve de leur droit.

524. **Une reconnaissance jurisprudentielle progressive.** L'une des premières fois où ce type de convention a été porté devant les tribunaux remonte au 24 ventôse de l'an IX. Le tribunal d'appel de Caen⁹⁶⁶ a été chargé de ce différend. Il a décidé que le caractère d'ordre public des règles de preuve justifiait sa sanction, son illicéité. Il fallut attendre vingt-cinq ans pour que les tribunaux se retrouvent de nouveau face à une convention sur les procédés de preuve. C'est devant la cour de Bourges que la question s'est à nouveau posée en 1826⁹⁶⁷. A cette occasion, les juges ont admis ce genre de convention.

525. **Une volonté de simplification.** Un arrêt très ancien montre à merveille cette volonté de simplification. Il s'agit de l'arrêt de la cour de Rennes du 25 février 1841⁹⁶⁸. En l'espèce, était intervenue une vente de bois entre Lebreton De Rauzegat, le vendeur, et Lelay, l'acheteur. Le vendeur voulait prouver la vente. Il devait pour cela démontrer que l'acheteur s'était rendu sur les lieux pour y faire marquer les bois à abattre, car il n'avait pas pu se procurer une preuve écrite de ce fait. La cour de Rennes a admis la preuve par témoins, car les parties étaient d'accord pour l'admission de cette preuve⁹⁶⁹. Voici les termes très intéressants de cet arrêt : « *Considérant que les dispositions de l'article 1341 du Code civil ont spécialement pour but de mettre les citoyens à l'abri des dangers de la preuve testimoniale, que l'on ne peut, sans doute admettre facilement qu'une partie ait renoncé aux prohibitions établies à cet égard par la loi, mais que l'on ne saurait cependant en déduire que cette prohibition soit d'intérêt public... de telle sorte que celui dont elle eut pû protéger les droits ne puisse y renoncer, que rien ne s'opposait donc à ce que la preuve testimoniale offerte par Lebreton De Rauzegat, père, fut ordonnée d'après le consentement que l'avoué de l'appelant donnait à l'admission de cette preuve...* ». Cette rédaction montre à la fois la méfiance suscitée par les témoignages, le caractère supplétif de l'article 1341 du Code civil, et surtout la possibilité pour la personne protégée par cet article de renoncer à son bénéfice.

⁹⁶⁵ Cass. civ. 2^e, 10 mars 2004 ; Ph. STOFFEL-MUNCK, *Conventions sur la preuve*, RDC 2004, p. 939 et s. où l'auteur précise que « la possibilité de libérer la preuve d'un acte juridique par mise à l'écart de l'article 1341 du Code civil conduit, en effet, à permettre au juge de statuer au plus près de la réalité. Loin de s'opposer à son office, le procédé lui restitue les moyens de l'exercer dans toute son ampleur, là où la loi l'avait amputé ».

⁹⁶⁶ R. LE BALLE, *Des conventions sur le procédé de preuve en droit civil*, Thèse Paris, 1923, p. 66 et s.

⁹⁶⁷ R. LE BALLE, *ibid.*, p. 69.

⁹⁶⁸ S. 1841, 2, 429.

⁹⁶⁹ R. LE BALLE, *op. cit.*, p. 73 et s. ; M. COCURAL, *Étude théorique et jurisprudentielle des conventions des parties en matière de preuve en droit civil français*, Thèse Toulouse, 1933, p. 66 et s.

526. **Une jurisprudence parfois timide.** Un autre exemple fut donné par la jurisprudence huit ans après. La cour d'appel de Bordeaux, le 6 mars 1849⁹⁷⁰, est arrivée au même résultat. En l'espèce, il s'agissait d'un contrat de cession d'étude. Lassus en qualité de tuteur de Lucas avait cédé l'étude de Lucas père à Favre, ce dernier étant dispensé de fournir une caution pour garantir le paiement du prix de l'office. Lassus assigna Favre en résolution du contrat au motif que la dispense de caution avait été accordée à la condition que Favre épouse Lucas. Le mariage n'avait finalement pas eu lieu. Pour ramener la preuve de cette condition, Lassus s'en remit aux témoignages de personnes ayant assisté à la convention. Cette cause de dispense de la caution n'avait pas été inscrite dans le contrat, mais les parties l'avaient acceptée. Favre nia que le mariage avec Lucas eût été la cause de la dispense de la caution, mais il accepta l'audition des témoins en première instance. Le jugement du tribunal de Bazas fit droit à Lassus grâce aux témoignages de ces personnes. Favre interjeta appel au motif que l'article 1341 du Code civil était d'ordre public et qu'il ne pouvait pas y renoncer. La cour d'appel de Bordeaux confirma le jugement: « *Attendu qu'à supposer que la prohibition de l'article 1341 du Code civil soit tellement absolue qu'il ne puisse y être dérogé du consentement de la partie intéressée, cet article ne saurait mettre obstacle à l'audition des tierces personnes dont le témoignage est invoqué d'un commun accord par les deux parties, qu'il s'agit moins d'une enquête que d'une sorte de compromis par lequel les parties s'en remettent à la bonne foi des tiers qui leur inspirent une égale confiance* ». La rédaction de cet arrêt est plus timide⁹⁷¹ que celle de la cour d'appel de Rennes. La cour de Bordeaux essaya de justifier sa position par des éléments de bon sens au lieu d'affirmer clairement que la règle de l'article 1341 du Code civil n'était pas d'ordre public, puis d'en déduire que les parties pouvaient s'y soustraire. Par la suite, les juges n'ont plus eu de problèmes à accepter les conventions de preuve portant sur l'admission de la preuve testimoniale à la place de la preuve écrite⁹⁷².

b : De la preuve déloyale à la preuve loyale

527. **Principe.** Certains éléments de preuve ne sont pas admis en justice, parce qu'ils ont été obtenus de manière déloyale. Régulièrement, la Cour de cassation refuse

⁹⁷⁰ S. 1849, 2, 514 ; M. COCURAL, *op. cit.*, p. 67 et 68.

⁹⁷¹ M. COCURAL, *ibid.*, p. 69 et 70.

⁹⁷² V. DEPADT-SEBAG, *Les conventions sur la preuve*, in *La preuve*, sous la dir. de C. PUIGELIER, Economica, 2004, p. 17.

l'utilisation de conversations téléphoniques enregistrées à l'insu d'une des parties⁹⁷³. La même sanction se produit pour les enregistrements vidéo⁹⁷⁴. La 2^{ème} Chambre civile a estimé que « l'enregistrement d'une conversation téléphonique privée effectué et conservé à l'insu de l'auteur des propos invoqués est un procédé déloyal rendant irrecevable en justice la preuve ainsi obtenue »⁹⁷⁵. Un arrêt d'Assemblée plénière a confirmé cette position⁹⁷⁶. La solution semble bien établie sur ce point. Toute preuve obtenue par un procédé technique à l'insu de la personne contre laquelle on veut l'opposer, est déloyale. Le compte rendu de la filature ou de la surveillance d'un individu ne peut être retenu par le juge au motif de la preuve déloyale⁹⁷⁷. La jurisprudence « désormais constante (...) interdit aux plaideurs de produire en justice des preuves obtenues de façon illicite ou frauduleuse »⁹⁷⁸.

528. **La loyauté de la preuve issue principalement du droit social.** Cependant, « ce principe innerve (...) l'ensemble du procès civil, et n'est nullement cantonné aux litiges de droit social, sans que cela remette en cause le rôle fondamental de la Chambre sociale dans l'édification de la jurisprudence en ce domaine »⁹⁷⁹. En droit du travail, le licenciement pour faute se justifie par une faute commise par le salarié. La preuve de la faute doit être rapportée devant le juge. Le juge écarte les preuves en raison de leur caractère illicite ou déloyal⁹⁸⁰. Le licenciement, fondé uniquement sur une preuve déloyale⁹⁸¹, est sans cause réelle et sérieuse. Il a été jugé que l'enregistrement audio à l'insu du salarié ne peut pas être invoqué par l'employeur, devant le juge, pour prouver sa faute⁹⁸². L'employeur ne peut pas

⁹⁷³ Cass. soc., 23 mai 2012, n° 10-23521.

⁹⁷⁴ Cass. soc., 7 juin 2006, n° 04-43868, Bull. civ. V, n° 206.

⁹⁷⁵ Cass. civ. 2^e, 7 octobre 2004, n° 03-12653, Bull. civ. II, n° 447 ; JCP G 2005, II, 10025, note N. LEGER ; D. 2005, p. 122, note P. BONFILS ; RDC 2005, p. 473, note A. DEBET ; RTD civ. 2005, p. 135, obs. J. MESTRE et B. FAGES. Dans le même sens v. not. Cass. soc., 20 novembre 1991, Bull. civ. V, n° 519 ; D. 1992, jur., p. 73, concl. Y. CHAUVY ; RTD civ. 1992, p. 265, obs. J. HAUSER et p. 418, obs. P.-Y. GAUTIER. Cass. com., 25 février 2003, n° 01-02913.

⁹⁷⁶ Cass. Ass. Plén., 7 janvier 2011, n° 09-14667 et 09-14316, Bull. Ass. Plén., n° 1(2) : « que l'enregistrement d'une conversation téléphonique réalisé à l'insu de l'auteur des propos tenus constitue un procédé déloyal rendant irrecevable sa production à titre de preuve ».

⁹⁷⁷ V. par ex. Cass. soc., 22 mai 1995, Bull. civ. V, n° 164 ; Cass. civ. 1^{re}, 6 mars 1996, Bull. civ. I, n° 124 ; Cass. soc., 4 février 1998, Bull. civ. V, n° 64 ; Cass. civ. 1^{re}, 25 janvier 2000, Bull. civ. I, n° 26 ; Cass. soc., 24 janvier 2002, Bull. civ. V, n° 35 ; Cass. soc., 15 mai 2002, n° 00-42885 ; Cass. soc., 26 novembre 2002, Bull. civ. V, n° 352.

⁹⁷⁸ C. PELLETIER, *Loyauté et preuve*, RDC 2008, p. 869 et s.

⁹⁷⁹ C. PELLETIER, *ibid.*, loc. cit. V. également pour l'application de ce principe au contentieux du Conseil de la concurrence, Cass. com., 3 juin 2008, n°s 07-17147 et 07-17196.

⁹⁸⁰ J. PELISSIER, G. AUZERO et E. DOCKES, *Droit du travail*, Précis, Dalloz, 26 éd., 2012, n° 436.

⁹⁸¹ Sur le respect de la loyauté de la preuve, v. P. DEUMIER, *Introduction générale au droit*, LGDJ, 2^e éd., 2013, n° 90. Sur la limitation des procédés probatoires employés, v. *La preuve, Rapport annuel 2012 de la Cour de cassation*, La Documentation française, 2013, p. 318 et s.

⁹⁸² Cass. soc., 20 novembre 1991 ; CSBP 1992, p. 13 ; D. 1992, p. 75, concl. Y. CHAUVY.

utiliser les comptes rendus d'une filature qu'il a commanditée⁹⁸³. De la même manière, est déloyal le constat réalisé par un huissier qui a caché sa qualité pour en prendre une autre afin d'obtenir des renseignements⁹⁸⁴. Cependant, le constat dressé par un huissier est loyal dès lors qu'il « *s'est borné à effectuer dans des conditions régulières à la demande de l'employeur des constatations purement matérielles dans un lieu ouvert au public et à procéder à une audition à seule fin d'éclairer ses constatations matérielles* »⁹⁸⁵. De manière générale, les juges sanctionnent tout stratagème mis en place par l'employeur pour piéger son salarié⁹⁸⁶. « *Si l'employeur a le pouvoir de contrôler et de surveiller l'activité de son personnel pendant le temps de travail, il ne peut mettre en œuvre un dispositif de surveillance clandestin et à ce titre déloyal* »⁹⁸⁷. Cette solution s'applique également pour le salarié⁹⁸⁸. Il est tenu par le principe de loyauté de la preuve. Le juge refuse aussi l'enregistrement audio obtenu à l'insu de l'employeur. La demande de requalification du licenciement pour faute en licenciement sans cause réelle et sérieuse ne peut se fonder sur une preuve déloyale⁹⁸⁹. La Chambre sociale utilise le principe de loyauté indifféremment de la qualité de la personne qui l'invoque⁹⁹⁰. Elle sanctionne « *uniformément le comportement déloyal de tout plaideur, celui-ci fût-il un salarié* »⁹⁹¹.

⁹⁸³ Cass. soc., 22 mai 1995 ; RJS 1995, n° 757.

⁹⁸⁴ Cass. soc., 5 juillet 1995, RJS 1995, n° 1110. À rapprocher de l'arrêt suivant : Cass. soc., 18 mars 2008, n° 06-45093 : « *le recours à des témoins pour faire constater l'activité d'un agent pendant ses heures de travail ne constitue pas un procédé déloyal et clandestin, (...) alors qu'elle constatait que des agents EDF, mandatés par le chef de centre, s'étaient rendus dans l'établissement tenu par l'épouse de l'intéressé en se présentant comme de simples clients, sans révéler leurs qualités et le but de leur visite, ce dont il résultait que leurs vérifications avaient été effectuées de manière clandestine et déloyale, en ayant recours à un stratagème, la Cour d'appel, qui a retenu à tort comme moyen de preuve les rapports établis dans ces conditions, a violé* » l'article 9 du Code de procédure civile.

⁹⁸⁵ Cass. soc., 6 décembre 2007, n° 06-43392. En l'espèce, le constat d'huissier démontrait l'exercice, par le salarié, d'une activité interdite dans son contrat de travail.

⁹⁸⁶ Le moyen de preuve obtenu par l'utilisation d'un système pour piéger le salarié qui ouvrait des lettres qui ne lui étaient pas destinées n'est pas licite. Cass. soc., 4 juillet 2012, n° 11-30266.

⁹⁸⁷ Cass. soc., 18 mars 2008, n° 06-45093.

⁹⁸⁸ C. PELLETIER, *op.cit.*, *loc. cit.* où l'auteur précise que « *contrairement à ce qui a pu être soutenu, que la Chambre sociale n'instrumentalise pas ce principe processuel dans le but "de rééquilibrer les droits des parties au procès et (d') assurer les droits de la défense du salarié"* ». L'auteur cite M.-E. BOURSIER, *Le principe de loyauté en droit processuel*, Thèse, Dalloz, 2003, n° 368.

⁹⁸⁹ Cass. soc., 29 janvier 2008, n° 06-45814 : « *Attendu que M^{me} X... fait grief à l'arrêt d'avoir écarté des débats l'enregistrement de conversations téléphoniques entre un représentant de l'entreprise et elle-même ainsi que le procès-verbal de transcription par un huissier, et, partant, d'avoir confirmé le jugement l'ayant déboutée de ses demandes pour licenciement sans cause réelle et sérieuse ; (...) Mais attendu qu'ayant retenu qu'il n'est pas contesté que l'enregistrement d'une conversation téléphonique a été effectué par M^{me} X... à l'insu de son correspondant, la Cour d'appel (...) en a déduit à bon droit que ce procédé était déloyal et qu'il rendait la preuve ainsi obtenue irrecevable en justice* ».

⁹⁹⁰ Cass. soc., 3 mai 1962, Bull. civ. IV, n° 392.

⁹⁹¹ C. PELLETIER, *op. cit.*, *loc. cit.*

529. **Un aménagement conventionnel conditionné.** Le principe de loyauté de la preuve prend ainsi une place considérable dans les procès⁹⁹², alors que la doctrine est partagée sur l'application de ce principe⁹⁹³. Les contractants vont vouloir inscrire dans leur contrat leur accord pour l'utilisation des procédés qui aurait été refusée sur le fondement de la preuve déloyale⁹⁹⁴. La question est de savoir ce qui rend déloyale cette preuve. Ce n'est pas l'utilisation d'une technologie permettant d'enregistrer, de manière audio ou vidéo, l'agissement d'une personne mais le stratagème pour obtenir l'enregistrement. La preuve se fait par l'absence de connaissance de l'individu piégé. La personne ne sait pas qu'elle est enregistrée. Elle ne le sait pas, car l'auteur de l'enregistrement a masqué son acte. Si l'appareil permettant la captation audio ou vidéo est visible, la preuve redevient loyale⁹⁹⁵. « *Il suffit en effet que le plaideur qui souhaite utiliser un enregistrement ou le résultat d'une surveillance prenne la précaution préalable de porter à la connaissance de la personne le dispositif de contrôle mis en place à son égard* »⁹⁹⁶. Le problème pourra être celui de la preuve de la visibilité et donc de la connaissance de cet enregistrement, ou plus généralement du dispositif de contrôle. Dans certains cas, la preuve est facile à apporter.

Il a été jugé recevable la preuve obtenue par l'enregistrement d'un message écrit envoyé par téléphone (sms). L'auteur du « sms » ne pouvait ignorer la possibilité de conserver ce message⁹⁹⁷. De même, le message laissé sur un répondeur téléphonique constitue une preuve

⁹⁹² En matière pénale, le principe de loyauté de la preuve ne s'applique pas, excepté pour l'autorité de poursuite. Sur le refus d'appliquer ce principe dans le procès pénal, v. not. M.-E. BOURSIER, *Le principe de loyauté en droit processuel*, op. cit., n^{os} 133 et s. ; P. LEMOINE, *La loyauté de la preuve à travers quelques arrêts récents de la Chambre criminelle*, in Rapport de la Cour de cassation 2004, p. 141. Les juridictions pénales se fondent sur l'article 427 du Code de procédure pénale pour accepter la présentation de preuves obtenues déloyalement, sous réserve du principe du contradictoire. V. par ex. Cass. crim., 28 avril 1987, Bull. crim., n^o 173 ; Cass. crim., 11 février 1992, Bull. crim., n^o 66 ; Cass. crim., 11 juin 2002, Bull. crim., n^o 131 ; Cass. crim., 13 octobre 2004, n^o 03-81763 ; Cass. crim., 31 janvier 2007, Bull. crim., n^o 27 ; D. 2007, p. 1821, obs. D. CARON et S. MENOTTI. En revanche, pour l'application de ce principe aux autorités de poursuite, v. par ex. Cass. crim., 11 mai 2006, Bull. crim., n^o 132.

⁹⁹³ Pour la doctrine favorable au principe de loyauté, v. not. M.-E. BOURSIER, op. cit. ; S. GUINCHARD, C. CHAINAIS et C. DELICOSTOPOULOS, *Droit processuel : droits fondamentaux du procès*, Précis, Dalloz, 7^e éd., 2013, n^o 543 ; S. GUINCHARD, *Vers une démocratie procédurale*, Justices 1999, p. 91 ; S. GUINCHARD et F. FERRAND, *Procédure civile*, Dalloz, 2006, 28^e éd., n^{os} 641 et 707. En revanche pour la doctrine opposée à ce principe, v. not. A. LEBORGNE, *L'impact de la loyauté sur la manifestation de la vérité ou le double visage d'un grand principe*, RTD civ. 1996, p. 535 ; L. MINIATO, *L'introuvable principe de loyauté en procédure civile*, D. 2007, p. 1035.

⁹⁹⁴ W. DROSS, *Clausier*, op. cit., p. 433 où l'auteur précise que « les parties peuvent aussi élargir la palette des moyens de preuve admissibles en acceptant par avance qu'il puisse être recouru à des procédés qui, à défaut d'accord, n'auraient pas pu être pris en compte par le juge au nom du principe de loyauté de la preuve ».

⁹⁹⁵ Cass. soc., 14 mars 2000 ; JCP G 2001, II, 10472, note C. PUIGELIER.

⁹⁹⁶ C. PELLETIER, op. cit., loc. cit.

⁹⁹⁷ « Si l'enregistrement d'une conversation téléphonique privée, effectué à l'insu de l'auteur des propos invoqués, est un procédé déloyal rendant irrecevable en justice la preuve ainsi obtenue, il n'en est pas de même de l'utilisation par le destinataire des messages écrits téléphoniquement adressés, dits SMS, dont l'auteur ne peut

loyale. Son auteur sait que ses paroles sont enregistrées⁹⁹⁸. Cependant, ce n'est pas toujours aussi simple. C'est la raison pour laquelle il est préférable, pour éviter toute contestation, d'insérer dans un contrat la connaissance de l'enregistrement soit des conversations téléphoniques, soit vidéo dans un lieu déterminé⁹⁹⁹. La connaissance de la possibilité d'enregistrer les conversations téléphoniques, de filmer au sein d'un lieu¹⁰⁰⁰, comme l'endroit où le salarié effectue son travail, permet à l'enregistrement ainsi capté de redevenir loyal¹⁰⁰¹. Les entreprises doivent être prudentes si elles veulent utiliser ces enregistrements¹⁰⁰². La clause permet de rendre une preuve loyale et de prouver la connaissance de l'installation permettant l'enregistrement. Les juges ne peuvent pas refuser ces conventions, car cela reviendrait à permettre à toute personne d'avoir un comportement fautif sans risquer de sanction.

2 : L'allègement des conditions du commencement de preuve par écrit

530. **Autre moyen d'allègement de la preuve.** Une autre possibilité d'alléger le système probatoire par les procédés est de prévoir que des copies ou autres écrits puissent valoir commencement de preuve en dehors des conditions prévues par le Code civil¹⁰⁰³.

ignorer qu'ils sont enregistrés par l'appareil récepteur » : Cass. soc., 23 mai 2007 ; JCP G II, 10140, note L. WEILLER. Cette solution peut logiquement se transposer aux courriels.

⁹⁹⁸ C. PELLETIER, *op.cit.*, *loc. cit.*

⁹⁹⁹ Par une décision du 3 novembre 2011, la Chambre sociale a notamment précisé que l'utilisation d'un système de géolocalisation n'est possible que dans les finalités prévues par la CNIL et portées à la connaissance des salariés. *A contrario*, l'insertion dans le contrat de travail de l'utilisation d'un système de géolocalisation pour prouver l'activité du salarié peut devenir possible, sous réserve de la CNIL. La preuve deviendrait ainsi licite. Cass. soc., 3 novembre 2011, n° 10-18036 ; J.-E. RAY, *Dr. soc.* 2012, p. 61. Le respect de la vie privée empêche l'utilisation de la géolocalisation à l'insu de la personne. V. Cass. crim., 22 octobre 2013, n° 13-81945 et n° 13-949. V. également, *La preuve, Rapport annuel 2012 de la Cour de cassation*, La Documentation française, 2013, p. 370.

¹⁰⁰⁰ La Chambre sociale a refusé d'utiliser les enregistrements d'une vidéo surveillance car l'entreprise n'avait pas informé les salariés avant l'installation de ce système : Cass. soc., 10 janv. 2012, n° 10-23482. Il en résulte qu'en prévenant les salariés, notamment dans leur contrat de travail, les enregistrements seraient licites. Sur la question de la preuve numérique de la faute du salarié, v. not. P. ALIX, *La preuve numérique de la faute du salarié*, Les Cahiers du DRH 2003, 88.

¹⁰⁰¹ W. Dross, *op. cit.*, *loc. cit.* où l'auteur précise que « *les parties peuvent accepter par avance dans un accord cadre que leurs conversations téléphoniques soient enregistrées par leur partenaire pour servir de moyen de preuve des contrats conclus entre elles. La preuve redevient loyale dès l'instant que la convention a permis l'information du cocontractant sur le procédé utilisé* ».

¹⁰⁰² A. FIORENTINO, *Dispositifs de surveillance*, in *Chronique : Éthique de l'entreprise*, (Septembre 2011-Décembre 2012), Petites affiches, 03 juin 2013, p. 5 et s.

¹⁰⁰³ V. DEPADT-SEBAG, *op. cit.*, p. 18.

531. **Un moyen reconnu par la jurisprudence.** Cette solution ressort d'une interprétation *a contrario* d'une décision rendue par la chambre des requêtes de la Cour de cassation en 1891¹⁰⁰⁴. Si la jurisprudence acceptait les conventions sur la preuve testimoniale, il est évident qu'elle devrait permettre les conventions sur les commencements de preuve par écrit. En effet, lorsqu'une partie parvient à établir un commencement de preuve par écrit, alors la preuve devient libre. Ce n'est qu'une modalité de plus avant le passage de la preuve par un écrit parfait à une liberté des moyens de preuve admissibles. Il est vrai qu'en pratique, cette technique est peu utilisée. Les contractants préfèrent accepter directement la liberté de la preuve sans passer par un document qualifié contractuellement de commencement de preuve par écrit.

3 : L'admissibilité d'un procédé non prévu par le Code civil

532. **La pratique à l'origine de nouvelles conventions sur la preuve.** Ces dernières années, la pratique a multiplié les conventions sur les procédés de preuve afin d'admettre des moyens de preuve inconnus ou presque du Code civil¹⁰⁰⁵.

533. **La communication par téléphone.** Lorsque, par exemple, des contractants communiquent à distance par téléphone, ils peuvent avoir la volonté de devancer les difficultés en insérant des clauses de preuve. À cet effet, ils peuvent élargir la définition de l'écrit lorsque l'écrit est obligatoire. Ainsi, par exemple, la stipulation peut être rédigée : « *Les écrits exigés aux alinéas précédents pourront prendre la forme d'une télécopie à condition qu'elle soit confirmée par un message littéral dans les jours suivants* ».

534. **L'exemple du commerce électronique.** Les parties ont recours aux conventions qui désignent les moyens de preuve permettant la preuve de leur consentement au contrat qui les lie¹⁰⁰⁶. L'acceptation en ligne obéit à un formalisme de nature électronique comme, par exemple, le double clic de souris. Cela permet d'établir son consentement. Il arrive également que l'accès à certaines pages soit doublé d'une procédure d'identification. Il

¹⁰⁰⁴ Cass. req., 23 novembre 1891, S. 1895, 1, 402.

¹⁰⁰⁵ P. MOUSSERON, J. RAYNARD et J.-B. SEUBE, *Technique contractuelle*, F. Lefebvre, 4^e éd., 2010, n° 1712.

¹⁰⁰⁶ F. MAS, *La conclusion des contrats du commerce électronique*, Préf. M. VIVANT, Bibliothèque de droit privé, Tome 437, LGDJ, 2005, n° 180.

s'agit souvent de la saisie d'un code attribué à l'internaute lors de son enregistrement en tant que client du site, ou de la saisie du numéro de sa carte bancaire.

Ainsi par exemple, une clause figure dans les conditions générales des boutiques en ligne créée en direction du grand public par France Telecom : « *En appuyant sur le bouton Payer, sur le bon de commande, le client s'engage à l'égard du marchand et déclare avoir pris connaissance et accepter ses conditions de vente ou de prestations de services.* »¹⁰⁰⁷ Ou encore la clause se trouvant dans les conditions générales de la plupart des contrats de la société « YAHOO ! » notamment concernant une licence d'évaluation : « *En suivant la procédure d'enregistrement à l'essai et en cliquant sur le bouton "J'accepte", vous acceptez d'être lié par la licence d'évaluation du logiciel Yahoo ! Store.* »¹⁰⁰⁸ Un autre exemple s'illustre par la clause relative à l'acceptation d'un service de sécurisation du paiement des transactions commerciales en ligne : « *Clause d'acceptation en ligne. En cliquant sur le bouton "J'accepte" et en procédant à votre inscription au service, vous reconnaissez que vous avez vu, compris et accepté les termes et conditions ci-dessus.* »¹⁰⁰⁹ Ces clauses permettent de donner la valeur juridique d'acceptation, de manifestation de volonté, à l'action de cliquer sur l'icône prévue à cet effet.

535. **Les difficultés liées aux conventions en ligne.** Deux problèmes se posent sur ces conventions en ligne. Le premier vient du fait que cette clause de preuve par le clic de la souris est incluse dans le contrat qui sera précisément accepté par ce clic. La convention sur la preuve ne devrait-elle pas être acceptée par un procédé classique, plutôt que par le procédé innovant qu'elle institue ? Le second tient à l'erreur invoquée par l'internaute concernant le clic sur le bouton : « *J'accepte* »¹⁰¹⁰. Sans doute est-ce la raison pour laquelle un clic ne suffit pas, mais deux. Il sera alors difficile pour l'internaute de prouver qu'il s'est trompé deux fois : une fois pour l'acceptation, une autre fois pour la confirmation de son acceptation.

536. **Des difficultés à relativiser.** Néanmoins, ces problèmes sont à tempérer, car les conventions de preuve interviennent souvent dans le domaine où la preuve est libre. De plus, elles n'interdisent pas la preuve contraire et ne portent pas atteinte au pouvoir

¹⁰⁰⁷ F. MAS, *op. cit.*, *loc. cit.*

¹⁰⁰⁸ F. MAS, *ibid.*, *loc. cit.*

¹⁰⁰⁹ F. MAS, *ibid.*, *loc. cit.*

¹⁰¹⁰ F. MAS, *ibid.*, *loc. cit.*

d'appréciation des éléments de preuve par le juge¹⁰¹¹. La décision rendue ainsi est légitime, ne contrariant pas l'ordre public.

537. **L'exemple du domaine bancaire.** Il est intéressant de remarquer que ces conventions de preuve s'inscrivent dans la pratique bancaire avec les conventions sur la signature électronique par l'intermédiaire d'un code d'identification¹⁰¹². Dans le cadre de l'utilisation d'une carte bancaire, il a même été accepté la clause prévoyant que l'émetteur de la carte est autorisé à débiter le compte du titulaire de cette carte « *sur le vu des enregistrements ou des relevés transmis par le commerçant, même en l'absence de factures signées par le titulaire de la carte ou assorties d'un contrôle du code confidentiel* ». En acceptant cette convention, le titulaire de la carte bancaire renonce implicitement, mais de manière certaine, au système de la preuve littérale¹⁰¹³. Cependant, les conventions sur la composition d'un code secret pour prouver l'identité de l'auteur de l'ordre de paiement et sa volonté, ne concernent pas uniquement les procédés admissibles. En effet, si ce procédé est le seul admis par cette clause, cela entraîne une force probante absolue à ce dernier. Plus qu'une convention sur les procédés de preuve, il s'agirait alors d'une convention sur la force probante.

B : La détermination de la force probante des procédés de preuve

538. **Prévoir la force probante de l'aménagement contractuel de la preuve.** Lorsque les parties conviennent de clauses modifiant les procédés de preuve admissibles, elles restent cependant soumises au pouvoir d'appréciation de ces procédés par le juge. Pour éviter cette incertitude, les parties peuvent prévoir également la force probante des procédés admissibles¹⁰¹⁴. L'admission de la validité des conventions sur la force probante permet aux parties d'attribuer une efficacité absolue au procédé de preuve choisi¹⁰¹⁵. Le juge est dépourvu de son pouvoir d'appréciation.

¹⁰¹¹ F. MAS, *ibid.*, *loc. cit.*

¹⁰¹² F. PEROCHON et R. BONHOMME, *Entreprises en difficulté / Instruments de crédit et de paiement*, LGDJ, 8^e éd., 2009, n° 836 ; S. PIEDELIEVRE et E. PUTMAN, *Droit bancaire*, Economica, 2011, n° 318.

¹⁰¹³ Paris, 8^e ch. A, 8 juin 1999 ; D. 2000, som. com., p. 337, obs. B. THULLIER.

¹⁰¹⁴ M. LAMOUREUX, *L'aménagement des pouvoirs du juge par les contractants, Recherche sur un possible imperium des contractants*, tome 1, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2006, p. 202 où l'auteur indique que « *le plus souvent, lorsque [les clauses relatives aux procédés de preuve] prévoient un procédé de preuve unique, qu'elles le précisent expressément ou non, elles prétendent bien en faire le mode de preuve exclusif en lui octroyant une force probante absolue* ».

¹⁰¹⁵ V. DEPADT-SEBAG, *op. cit.*, p. 19 ; F. MAS, *op. cit.*, *loc. cit.*

539. **Une consécration jurisprudentielle.** La jurisprudence a admis les conventions sur la force probante, notamment dans ses deux arrêts *Crédicas*¹⁰¹⁶. Une société de crédit avait consenti à une personne la délivrance d'une carte de paiement. Pour effectuer les paiements, le client devait composer un numéro de code confidentiel. Le titulaire de la carte donnait ainsi l'ordre à cette société de payer le vendeur et créait par la même occasion l'obligation de rembourser cette somme soit en la déduisant de ses ouvertures de crédit, soit en la prélevant sur son compte bancaire. Deux clients refusèrent de rembourser le montant réclamé par la société *Crédicas*, justifiant ce refus par le fait qu'ils n'avaient pas effectué ces achats. La société *Crédicas* se retrouvant impayée, assigna son client en paiement de la somme due. Le tribunal d'instance de Sète¹⁰¹⁷ la débouta, au motif de ne pas avoir rapporté la preuve de la créance au moyen de la signature du client sur les ordres de paiement. La Cour de cassation cassa le jugement : « *Attendu qu'en statuant ainsi, alors que la société *Crédicas* invoquait l'existence, dans le contrat, d'une clause déterminant le procédé de preuve de l'ordre de paiement et que, pour les droits dont les parties ont la libre disposition, ces conventions relatives à la preuve sont licites, le tribunal a violé les textes susvisés* »¹⁰¹⁸. Les parties avaient convenu d'une clause introduisant, par la composition d'un code confidentiel, la signature électronique.

540. **Force probante absolue.** Cet arrêt ne pose pas de problème quant à l'acceptation d'un nouveau procédé de preuve mais quant à la force probante attachée à ce procédé. En acceptant un seul mode de preuve admissible, la convention donne une force probante absolue à ce procédé¹⁰¹⁹. L'application de cette clause empêche d'apporter la preuve contraire. « *Que les parties puissent donc rendre recevables de nouveaux procédés de preuve n'est guère choquant. C'est même une nécessité et le rôle des conventions sur la preuve dans des domaines technologiques en évolution a été maintes fois mis en avant* »¹⁰²⁰.

541. **Cette convention de preuve allège-t-elle vraiment les procédés de preuve admissibles ?** Lorsque les ordres de paiement concernent des montants supérieurs à 1500

¹⁰¹⁶ Cass. civ. 1^{re}, 8 novembre 1989 ; D. 1990, p. 369, note C. GAVALDA ; D. 1990, som. com., p. 327, J. HUET ; JCP G 1990, n° 46, n° 21576, note G. VIRASSAMY. CA Montpellier, 9 avril 1987, RTD civ. 1987, p. 758, obs. J. MESTRE ; JCP G 1998, n° 16, n° 20984, note M. BOIZARD.

¹⁰¹⁷ TI Sète, 9 mai 1984 ; Recueil Dalloz Sirey 1985, p. 359, note A. BENABENT.

¹⁰¹⁸ Pour l'évolution de cette jurisprudence, v. H. ALTERMAN, *op. cit.*

¹⁰¹⁹ D. AMMAR, *Preuve et vraisemblance, contribution à l'étude de la preuve technologique*, RTD civ. 1993, p. 517 ; V. DEPADT-SEBAG, *op. cit.*, p. 24.

¹⁰²⁰ M. LAMOUREUX, *op. cit.*, tome 1, p. 199.

euros, la réponse est positive. Cependant si les montants en jeu sont inférieurs au seuil de l'article 1341 du Code civil, alors admettre un seul procédé est une restriction à la liberté de la preuve. Qualifier la composition d'un code confidentiel en signature est un allègement de la signature classiquement entendue comme manuscrite. L'ordre de paiement par la composition de la signature correspond à un acte sous seing privé. La carte permet seulement l'accès à la dématérialisation. La personne reconnaît être débitrice de la somme en composant un code secret qui n'est qu'une dématérialisation de sa signature¹⁰²¹. Le Code civil admet, depuis la loi du 13 mars 2000¹⁰²², la validité de la signature électronique au même titre que celle manuscrite¹⁰²³. La composition du code confidentiel correspond à une signature électronique. Il s'agit d'un écrit électronique. Depuis cette loi de 2000, cette clause perd de son utilité, puisque la composition d'un code confidentiel correspond à la définition de la signature électronique de cette loi. D'ailleurs, si le débiteur avait signé de manière manuscrite un papier à chaque fois qu'il donne un ordre de paiement, on aurait qualifié cet écrit d'acte sous seing privé.

542. **La difficulté liée à la force probante absolue.** Le problème n'est pas celui de l'acceptation de cette signature, mais bien de sa valeur probante. Est-elle absolue ? En principe, les éléments de preuve, qui ne sont ni des actes sous seing privé ni des actes authentiques, peuvent être combattus par une preuve contraire. En qualifiant cet écrit d'acte sous seing privé, la preuve contre cet acte ne peut se faire que par un acte sous seing privé ou un acte authentique conformément à l'article 1341 *in fine*. La preuve contraire est très difficile à établir, de même qu'en présence d'un écrit sous seing privé sur support papier¹⁰²⁴.

¹⁰²¹ W. DROSS, *op. cit.*, *loc. cit.* où l'auteur précise qu'« en matière d'ouverture de crédit, la Cour de cassation a considéré que la clause du contrat d'ouverture de crédit, aux termes de laquelle l'ordre de paiement donné par le titulaire de la carte serait prouvé non par l'établissement d'un écrit, mais par l'utilisation concomitante de la carte et d'un code confidentiel, est pleinement applicable, les conventions relatives à la preuve étant licites pour les droits dont les parties ont la libre disposition. Il y a bien ici acte juridique unilatéral, l'ordre de paiement, dont une clause contractuelle permet la preuve par un procédé technique autre qu'un écrit ».

¹⁰²² Loi n° 2000-230 du 13 mars 2000.

¹⁰²³ Article 1316-4 du Code civil : « La signature nécessaire à la perfection d'un acte juridique identifie celui qui l'appose. Elle manifeste le consentement des parties aux obligations qui découlent de cet acte. Quand elle est apposée par un officier public, elle confère l'authenticité à l'acte. Lorsqu'elle est électronique, elle consiste en l'usage d'un procédé fiable d'identification garantissant son lien avec l'acte auquel elle s'attache. La fiabilité de ce procédé est présumée, jusqu'à preuve contraire, lorsque la signature électronique est créée, l'identité du signataire assurée et l'intégrité de l'acte garantie, dans des conditions fixées par décret en Conseil d'État ».

¹⁰²⁴ V. par ex. l'arrêt interdisant à une banque de rapporter la preuve contraire à un acte sous seing privé qu'elle a envoyé par erreur à un de ses clients lui indiquant qu'il était libéré de son obligation de rembourser le reliquat d'un prêt. Cass. civ. 1^{re}, 4 novembre 2011, n° 10-27035 : « Qu'en statuant ainsi, alors que si celui qui a donné quittance peut établir que celle-ci n'a pas la valeur libératoire qu'implique son libellé, cette preuve ne peut être

543. **Des exemples de conventions sur la force probante.** D'autres exemples de conventions sur la force probante se trouvent dans les contrats préalables d'échange de données électroniques en vertu desquels les professionnels du commerce électronique s'entendent conventionnellement pour accorder communément aux messages électroniques la valeur de preuve littérale¹⁰²⁵.

544. **Les contrats entre professionnels.** Des exemples de clauses peuvent être cités concernant les contrats entre professionnels : « *Article 4 – Admissibilité et valeur probante des messages E.D.I. Dès lors que les accusés de réception requis par l'annexe technique correspondante sont fournis par une partie, un message restitué par celle-ci conformément à l'article 8 et à ladite annexe technique, a la même valeur probante, à l'égard de l'autre partie qu'un écrit. Sauf à en démontrer, d'une manière ou d'une autre, la non-authenticité ou la non-intégrité, chaque partie renonce irrévocablement à contester, en tant que moyen de preuve écrit, tout message restitué par l'autre partie conformément au précédent alinéa.* »¹⁰²⁶ ; « *Article 4 – Admissibilité et valeur probante des messages E.D.I. Dans la mesure où les lois nationales applicables le permettent, les parties s'engagent par les présentes à accepter que, en cas de litige, les enregistrements des messages EDI qui ont été conservés conformément aux dispositions du présent accord soient admissibles devant les tribunaux et feront preuve des faits qu'ils contiennent, à moins qu'une preuve contraire ne soit présentée.* »¹⁰²⁷. « *Les parties reconnaissent la qualité d'écrit original aux documents et messages fonctionnels imprimés, comme s'il s'agissait de documents et messages sur support papier.* »¹⁰²⁸.

545. **Dans les contrats entre particuliers et professionnels.** S'agissant des contrats entre particuliers et professionnels, un exemple peut être donné : « *Preuves : Le client reconnaît la qualité d'écrit original, valant preuve, aux documents et messages émis par KléLine, comme s'il s'agissait de documents ou messages sur support papier, et s'interdit de contester leur validité au seul motif de leur nature électronique* »¹⁰²⁹.

rapportée que dans les conditions prévues par les articles 1341 et suivants du Code civil, la cour d'appel a violé les textes susvisés ».

¹⁰²⁵ F. MAS, *op. cit.*, n° 181.

¹⁰²⁶ F. MAS, *ibid.*, *loc. cit.*

¹⁰²⁷ F. MAS, *ibid.*, *loc. cit.*

¹⁰²⁸ F. MAS, *ibid.*, *loc. cit.*

¹⁰²⁹ F. MAS, *ibid.*, *loc. cit.*

546. **La hiérarchisation des procédés de preuve et ordre public.** Les parties peuvent également régler les conflits entre les procédés de preuve en donnant une prééminence à l'un sur un autre. Les parties hiérarchisent alors les procédés de preuve¹⁰³⁰. Un exemple de conflit de preuve littérale pourra être rédigé de la façon suivante : « *En cas de contrariété entre un document électronique et un document rédigé sur un support papier, préférence sera toujours donnée au second* ». Privilégier un écrit au détriment d'un autre semble ne pas contrarier l'ordre public. D'ailleurs, l'article 1316-2 du Code civil autorise de hiérarchiser les écrits selon qu'ils soient sur support papier ou sur support électronique¹⁰³¹. L'ordre public serait atteint si les parties octroyaient une force probante supérieure à un acte sous seing privé contre un acte authentique. L'intervention d'un officier public dans un acte, ne peut être combattue que par un autre acte de même valeur¹⁰³² ou par la procédure d'inscription de faux¹⁰³³.

547. **Les dangers liés à la force probante.** Des dangers peuvent apparaître concernant les conventions sur les procédés de preuve si les parties ont la liberté d'attribuer une force absolue à un procédé déterminé¹⁰³⁴. En effet, pour certains auteurs, ces conventions reviennent à priver le juge de son pouvoir d'appréciation. Sous couvert d'une règle de preuve, elles constituent en réalité une condition de fond.

548. **Le pouvoir d'appréciation du juge.** D'une part, concernant le pouvoir d'appréciation du juge, il est de principe jurisprudentiel que le juge apprécie souverainement la valeur probatoire des procédés qui lui sont soumis¹⁰³⁵. Le fait de prévoir conventionnellement la force probante des procédés de preuve aurait pour effet de faire du juge un simple vérificateur de la présence ou non du procédé de preuve¹⁰³⁶. Pour ces auteurs, toucher à la force probante des procédés correspond à revoir la fonction juridictionnelle, laquelle relève de l'ordre public. Certes, le juge ne dispose pas toujours d'une totale liberté d'appréciation. En effet, le législateur prévoit parfois de le lier en déterminant la force probante de certains procédés dans un but d'intérêt général. Pour autant une assimilation aux conventions sur la preuve ne doit pas être opérée. Admettre cette faculté pourrait faire

¹⁰³⁰ De la même manière que le fait la loi.

¹⁰³¹ W. DROSS, *op. cit.*, *loc. cit.*

¹⁰³² V. l'article 1341 du Code civil.

¹⁰³³ V. les articles 303 et s. du Code de procédure civile.

¹⁰³⁴ F. MAS, *op. cit.*, n° 183.

¹⁰³⁵ Cass. civ. 1^{re}, 25 mai 1988, Bull. civ. I, n° 156.

¹⁰³⁶ M.-H. TONNELIER, F. DUPUIS-TOUBOL, *op. cit.*, p. 2019 ; V. DEPADT-SEBAG, *op. cit.*, p. 22.

craindre que l'une des parties l'utilise dans son propre intérêt au détriment de l'intérêt de son cocontractant. Il devient alors difficile de considérer que la force probante d'un procédé soit à la libre disposition des parties¹⁰³⁷.

549. **Une condition de fond dissimulée.** D'autre part, concernant l'argument selon lequel une telle convention pourrait cacher une condition de fond, les parties en convenant de la force probante d'un procédé peuvent s'interdire toute contestation de la preuve rapportée¹⁰³⁸. Serait-ce une convention sur la preuve ? Sans doute non, il s'agirait plutôt d'une convention dont l'objet serait l'acceptation par avance du résultat du procédé employé. En principe, toute personne à qui est opposée un procédé de preuve doit pouvoir dénier son obligation. Si ce n'est pas le cas, alors la convention de preuve devient une règle de fond. À ce moment-là, elle encourt la censure des juges, car cette convention est contraire à l'ordre public. Messieurs les professeurs Ghestin et Goubeaux ont soutenu cette opinion : « *La convention qui prive le juge de ce pouvoir d'appréciation lorsque le demandeur s'est unilatéralement constitué à lui-même la preuve qu'il évoque n'est plus à proprement parler un aménagement contractuel de la preuve ; il n'y a plus de preuve lorsqu'une partie est nécessairement crue sur son affirmation !* »¹⁰³⁹ Tout cela conduit certains auteurs à reconnaître illicites les conventions sur la preuve, et particulièrement celles concernant la détermination de la force probante des moyens de preuve¹⁰⁴⁰.

550. **Appréciation.** Les juges devront forger leur conviction en fonction de la valeur attribuée par les parties aux procédés choisis. Cependant, s'il est possible de donner une force probante plus importante à un procédé, la preuve contraire doit pouvoir être rapportée. Il ne s'agit alors que d'une présomption simple, cédant devant la preuve contraire¹⁰⁴¹.

551. **Les aménagements visant à la fois les procédés de preuve et leur force probante.** De manière anecdotique, il existe une dernière possibilité de toucher à la fois aux

¹⁰³⁷ M. LAMOUREUX, *op. cit.*, tome 1, p. 204 où l'auteur indique que « *C'est le fait que les parties, ou plutôt l'une d'entre elles, puisse fixer de manière définitive et absolue la force probante attachée au procédé de preuve choisi qui est en effet discutable, car s'il est admissible que la loi impose parfois au juge la force probante qu'il convient d'attacher à un élément de preuve, il est plus délicat de reconnaître à un contractant le même pouvoir, d'autant plus dans le contexte des contrats d'adhésion* ».

¹⁰³⁸ V. DEPADT-SEBAG, *op. cit.*, p. 24 et 25.

¹⁰³⁹ J. GHESTIN, G. GOUBEAUX et M. FABRE-MAGNAN, *Traité de droit civil, Introduction générale*, LGDJ, 4^e éd., 1994, n° 675.

¹⁰⁴⁰ G. VIRASSAMY, *op. cit.*

¹⁰⁴¹ M. LAMOUREUX, *op. cit.*, tome 1, p. 223.

procédés de preuve et à leur force probante. Cette convention présente une certaine originalité. Dans cette situation, la confiance envers le juge est totale. Il s'agit des clauses permettant au juge de statuer selon son intime conviction. Elles libèrent le juge des procédés et de la valeur s'y rattachant. Les parties doivent convaincre le juge sans autre forme de contrainte. Cette convention élargit considérablement les modes de preuve. En principe, le juge statue conformément aux éléments de preuve admis par le législateur, à moins que les contractants y renoncent. Les parties peuvent étendre le pouvoir du juge jusqu'à la possibilité de statuer en fonction de son intime conviction. Cette clause a été validée par la Cour de cassation le 13 décembre 1911¹⁰⁴². Le doyen Carbonnier fit remarquer que cette clause pourrait être validée autrement que sur le fondement d'une clause de preuve. Elle pourrait s'analyser « *comme un renvoi au juge en tant qu'amiable compositeur* »¹⁰⁴³. Le danger de ce type de clause serait l'abus que le juge pourrait en faire. En effet, les règles de preuve ont notamment pour objectif de réduire l'arbitraire du juge. Or cette clause présente le risque de revenir à cet arbitraire. Certes, les conventions sur les procédés de preuve sont licites, mais la liberté n'est pas totale. Les parties exerceront leur volonté dans ces limites si elles ne veulent pas voir le juge déclarer illicites ces conventions. Les parties peuvent également conclure des conventions sur l'objet probatoire.

Paragraphe 2 : Le déplacement de l'objet de la preuve

552. **Postulat.** Les parties peuvent vouloir faciliter la preuve d'un fait juridique. Mais comment est-ce possible alors que la preuve est libre ? En déplaçant l'objet de la preuve par une clause de présomption¹⁰⁴⁴.

553. **Le déplacement de l'objet de la preuve : un allègement de la preuve ?** *A priori*, prouver un fait ou un autre fait devrait être égal. En pratique, certains faits sont plus faciles que d'autres à prouver. Déplacer l'objet de la preuve peut rendre la preuve plus facile ou, au contraire, plus difficile. Modifier le fait probatoire pertinent pour en choisir un autre plus compliqué à prouver risque de troubler l'ordre public. Généralement, les parties déplacent l'objet de la preuve vers un fait plus facilement rapportable. Alors que le fait

¹⁰⁴² Cass. civ., 13 décembre 1911 ; D. 1912.1.188. Dans le même sens, Cass. civ., 20 novembre 1889 ; D. 1890.1.54. Cass. civ., 21 octobre 1907 ; D. 1908.1.64.

¹⁰⁴³ J. CARBONNIER, *Droit civil, Introduction*, Thémis Droit privé, PUF, 2002, 27^e éd. refondue, 2002, n° 182.

¹⁰⁴⁴ W. DROSS, *op. cit.*, p. 431.

pertinent est quasiment impossible à ramener, les parties choisissent un fait plus aisé à rapporter laissant alors présumer le fait inconnu. Le législateur utilise cette technique notamment pour la preuve de la propriété des biens meubles. La possession du bien vaut le titre de sa propriété : il suffit de rapporter la preuve de la possession pour en présumer la propriété¹⁰⁴⁵.

554. **Le jeu d'une présomption.** La modification de l'objet de la preuve s'apparente à une présomption¹⁰⁴⁶. En prouvant un fait, le fait pertinent est présumé. La présomption ainsi mise en place par la convention de preuve est une présomption simple, c'est-à-dire qu'elle souffre de la preuve contraire. L'adversaire peut rapporter des éléments de preuve pour faire tomber cette présomption. Le déplacement de l'objet de la preuve a pour effet indirect de renverser la charge de la preuve.

555. **Domaines d'intervention de la présomption.** Cette technique se retrouve notamment dans les contrats d'abonnements¹⁰⁴⁷ de fourniture d'énergies et de télécommunications¹⁰⁴⁸, afin de permettre aux fournisseurs d'établir la facturation correspondant à la consommation¹⁰⁴⁹. La clause prévoit la possibilité pour le fournisseur de se constituer une preuve à lui-même (A). Plusieurs fournisseurs ont systématisé l'insertion de cette convention de preuve dans les contrats avec leurs abonnés (B).

A : La clause permettant de se constituer une preuve à soi-même

556. **Une nécessité dans les contrats de fourniture.** Sans convention de preuve dans les contrats de fourniture, le fournisseur devrait rapporter la preuve de la consommation de ses clients. En cas de litige sur le montant réclamé, ce dernier aurait l'obligation de prouver l'existence et le montant de la créance conformément à l'article 1315, alinéa 1^{er}, du Code

¹⁰⁴⁵ Article 2276, alinéa 1^{er}, du Code civil : « *En fait de meubles, la possession vaut titre* ».

¹⁰⁴⁶ V. obs. P.-Y. GAUTIER, RTD civ. 1999, p. 642 ; *Contra*, obs. P. MORVAN, JCP E 1999, Pan., p. 793.

¹⁰⁴⁷ « *Le contrat d'abonnement, panachage de vente et d'entreprise, puisant ses origines dans le droit féodal, consiste dans l'approvisionnement régulier d'une partie par l'autre, au titre de choses individualisables, en contrepartie d'un prix déterminable, payable périodiquement* ». P.-Y. GAUTIER, *La panne de compteur (suite)* : *c'est à l'usager de prouver qu'il a moins consommé*, RTD civ. 1999, p. 642.

¹⁰⁴⁸ P.-Y. GAUTIER, *ibid.*, *loc. cit.* ; V. par ex. A. BENABENT, note sous Cass. civ. 1^{re}, 28 mars 1995, *Sté France Télécom c/ Berthe*, JCP G 1995, II, 22539.

¹⁰⁴⁹ M. GAST MEYER, *La facture en droit français*, in *Droits des contrats France, Belgique*, sous la dir. de H. COUSY et *alii*, Larcier et LGDJ, 2005, tome 1, p. 217 et s.

civil¹⁰⁵⁰. Faute d'arriver à rapporter la preuve, le fournisseur succomberait¹⁰⁵¹. Pour éviter cela, dans ces conventions d'abonnements, le fournisseur a inséré une clause prévoyant que la preuve de la consommation et donc de la créance serait établie unilatéralement par lui-même. La preuve du montant de la facture dans les contrats d'abonnements s'effectue donc par le relevé de la consommation de l'abonné¹⁰⁵². Les conventions prévoient ce mécanisme. Les contractants décident qu'un fait sera présumé par la présentation d'un document établi par le créancier. Cette clause se retrouve généralement dans ces contrats d'abonnements téléphoniques¹⁰⁵³, d'électricité, d'eaux, de gaz par exemple¹⁰⁵⁴. « *La consommation de l'abonné, fait juridique déterminant non le principe mais le quantum de son obligation de paiement, sera présumée correspondre au relevé établi par le fournisseur* »¹⁰⁵⁵.

557. **L'exemple de France Télécom.** Par exemple, « *France Telecom est déjà seul maître de la facturation imputée à son client. Par une convention systématique sur la preuve, l'entreprise se réserve la possibilité de prouver unilatéralement ses créances au moyen de ses enregistrements* »¹⁰⁵⁶. Les enregistrements techniques de cette société pour l'établissement des factures s'analysent comme des présomptions. D'ailleurs, la Cour de cassation confirme que « *si la société France Télécom devait prouver l'existence et le montant de sa créance, en application de l'article 1315, alinéa 1er, du code civil, elle bénéficiait, à ce titre, d'une présomption résultant du relevé des communications téléphoniques* »¹⁰⁵⁷. Le juge ne peut pas

¹⁰⁵⁰ Ph. STOFFEL-MUNCK, note sous Cass. civ. 1^{re}, 28 janvier 2003, CCE, novembre 2003, n° 111, p. 37. V. *contra*, D. AMMAR, note sous Cass. civ. 1^{re}, 30 mars 1999, *CGE c/ Albou* ; D. 2000, p. 596.

¹⁰⁵¹ L.-M. DUONG, *Le monopole de fait de la preuve dans les télécommunications (à propos de la charge de la preuve du volume des communications facturées)*, D. 2005, p. 496.

¹⁰⁵² En revanche, le relevé ne peut pas permettre de prouver l'existence du contrat. « *Faute d'en établir l'existence dans les conditions de l'article 1341 du Code civil, le fournisseur doit être débouté de sa demande de paiement* ». W. DROSS, *op. cit.*, p. 434. V. en ce sens, Cass. civ. 1^{re}, 12 juillet 2005, n° 04-15314, Bull. civ. I, n° 328 ; Cass. civ., 1^{re}, 1^{er} décembre 1999, n° 98-11829 ; JCP G 2000, I, 239, n° 10, obs. F. LABARTHE.

¹⁰⁵³ D'après le contrat d'abonnement de France Télécom, « *les communications sont facturées conformément au relevé des consommations enregistrées par le central téléphonique. Ce relevé atteste de l'existence des communications passées au titre du contrat* » (V. l'art. 8.1.3 du contrat d'abonnement au service téléphonique, « *Prix des communications* ». V. également l'art. 7, « *Relevé des communications* », du contrat « *Malicio Pro* » de France Télécom : « *les enregistrements de France Télécom constituent la preuve des communications...* ».)

¹⁰⁵⁴ Cass. civ. 1^{re}, 28 janvier 2003, n° 00-17553, Bull. civ. I, n° 26. Cass. civ. 1^{re}, 7 mars 2000, n°98-12397, Bull. civ. I, n° 81 ; RTD civ. 2000, p. 333, obs. J. MESTRE et B. FAGES. Cass. civ. 1^{re}, 28 mars 1995, n° 92-16270 ; D. 1995, p. 517, note J. HUET ; JCP G 1995, II, 22539, note A. BENABENT ; RTD civ. 1997, p. 142. En matière de distribution d'eau : Cass. civ. 1^{re}, 30 mars 1999, n° 97-13047, Bull. civ. I, n° 113 ; D. 2000, p. 596, note D. AMMAR ; JCP G 2000, II, 10334, note C. GHICA-LEMARCHAND ; RTD civ. 1999, p. 642, obs. P.-Y. GAUTIER.

¹⁰⁵⁵ W. DROSS, *op. cit.*, p. 432.

¹⁰⁵⁶ Ph. STOFFEL-MUNCK, *Alerte sur les prescriptions extinctives : l'article 2244 du code civil n'est plus d'ordre public*, D. 2003, p. 155 et s., sp. n° 7.

¹⁰⁵⁷ Cass. civ. 1^{re}, 28 janvier 2003 ; CCE, novembre 2003, p. 37, note Ph. STOFFEL-MUNCK ; *cont.*, *conc.*, *consom.*, juin 2003, n° 111, p. 15, obs. L. LEVENEUR ; D. 2003, *Ir.*, p. 533.

l'écarter en vertu de l'application de la convention¹⁰⁵⁸. La clause autorise le créancier à se constituer unilatéralement une preuve à lui-même, cette preuve joue le rôle d'une présomption¹⁰⁵⁹.

558. **Première difficulté.** Un premier problème surgit par l'utilisation d'un élément de preuve qui a été constitué par celui qui l'utilise¹⁰⁶⁰. Le législateur a prévu, dans plusieurs cas, l'interdiction de se constituer une preuve à soi-même¹⁰⁶¹. En principe, les juges du fond écartent ces preuves¹⁰⁶², sous peine d'être censurés par la Cour de cassation¹⁰⁶³. Ce refus est dicté par le bon sens. Il serait trop facile de se constituer un document laissant supposer la réalité d'une convention. Cet écrit pourrait alors servir de commencement de preuve par écrit, permettant ainsi de basculer de la preuve littérale à la preuve libre. La Cour de cassation rappelle régulièrement le principe selon lequel nul ne peut se constituer une preuve à soi-même¹⁰⁶⁴. Cependant, en matière commerciale, l'article L. 123-23 du Code de commerce permet au commerçant de produire sa comptabilité régulièrement tenue¹⁰⁶⁵. Plus généralement, entre commerçants la preuve étant libre, elle peut s'opérer « *par des documents émanant du seul créancier* »¹⁰⁶⁶. Ces dernières années, la Cour de cassation a généralisé la solution, selon laquelle le principe « *nul ne peut se constituer de titre à soi-même* »¹⁰⁶⁷ ne

¹⁰⁵⁸ Cass. civ. 1^{re}, 28 mars 1995 ; D. 1995, p. 517, note J. HUET, JCP G 1995, II, 22539, note A. BENABENT.

¹⁰⁵⁹ Cette solution est reprise dans l'avant projet de réforme présenté au Garde des Sceaux en septembre 2005, dans son article 1299 : « *Les écrits émanant de celui qui se prétend créancier ne font pas preuve de l'obligation qu'ils énoncent, sauf les dérogations résultant de la loi, de l'usage ou de la convention. En ces deux derniers cas, ces écrits n'ont que valeur de présomptions et indices* ».

¹⁰⁶⁰ V. not. M. OUDIN, *V^o art. 1315, Règles générales, Fasc. 10*, in J.-Cl. civil, 2005.

¹⁰⁶¹ V. les articles 1329, 1330 et 1331 du Code civil.

¹⁰⁶² Le juge a l'interdiction de trancher le litige en se fondant uniquement sur une telle preuve. En ce sens, Cass. soc., 11 mai 1999 ; JCP G 2000, II, 10269, note C. PUIGELIER ; D. 1999, Ir., p. 152. V. également, Cass. com., 6 décembre 1994, cont., conc., consom, avril 1995, n° 67, p. 66.

¹⁰⁶³ M.-N. JOBARD-BACHELLIER et X. BACHELLIER, *La technique de cassation, Pourvois et arrêts en matière civile*, Préf. A. PONSARD, Dalloz, 2010, 7^e éd., p. 90.

¹⁰⁶⁴ En ce sens, v. *La preuve, Rapport annuel 2012 de la Cour de cassation*, La Documentation française, 2013, p. 221 et s. Par exemple : Cass. civ. 2^e, 12 juin 2007, n° 06-13144 : « *Qu'en se déterminant ainsi, sur le seul fondement de ce document émanant de la caisse, alors que nul ne peut se constituer une preuve à soi-même (...)* » ; Dans le même sens, Cass. civ. 1^{re}, 2 avril 1996, n° 93-17181, Bull. civ. I, n° 170 ; RTD civ. 1997, p. 136, obs. J. MESTRE. Cass. civ. 1^{re}, 24 septembre 2002, n° 00-19144, Bull. civ. I, n° 219. Cass. civ. 2^e, 23 septembre 2004, n° 02-20497, Bull. civ. II, n° 414. Cass. com., 21 février 2006, n° 04-14631.

¹⁰⁶⁵ W. DROSS, *op. cit.*, p. 432.

¹⁰⁶⁶ W. DROSS, *ibid.*, p. 434 ; Cass. com., 30 juin 1998, n° 96-13895.

¹⁰⁶⁷ Cass. civ. 1^{re}, 27 janvier 1993 ; JCP N 1993, II, p. 256, note L. LEVENEUR ; JCP G 1994, II, n° 22195, note I. PETEL-TEYSSE ; cont., conc., consom. 1993, n° 68, note L. LEVENEUR ; Defrénois 1993, art. 35572, p. 730, obs. J.-L. AUBERT. Cass. civ. 1^{re}, 2 avril 1996, Bull. civ. I, n° 170 ; D. 1996, som. com., p. 329, obs. Ph. DELEBECQUE ; Cont., conc., consom. 1996, n° 119, note L. LEVENEUR ; RTD civ. 1997, p. 136, obs. J. MESTRE. Cass. civ. 1^{re}, 23 juin 1998, Bull. civ. I, n° 220 ; cont., conc., consom. 1998, n° 141, note L. LEVENEUR ; RTD civ. 1999, p. 401, obs. J. MESTRE. Cass. civ. 3^e, 18 novembre 1997 ; cont., conc., consom. 1998, n° 21, note L. LEVENEUR. Cass. civ. 3^e, 30 janvier 2001, n° 68, note L. LEVENEUR.

s'applique pas à la preuve des faits juridiques¹⁰⁶⁸. La preuve dans cette situation étant libre, les juges doivent recevoir tous les modes de preuve même ceux constitués par la personne qui s'en prévaut ; les juges apprécient par la suite la force probante que ces éléments méritent, notamment en raison de leur vraisemblance, de leur sérieux et de leur fiabilité. Peut-être que cette règle n'est pas applicable lorsque la preuve est libre tout simplement. En attendant, ce principe ne s'applique que pour la preuve des actes juridiques¹⁰⁶⁹, sauf exception légale¹⁰⁷⁰. Les contractants peuvent donc prévoir que le fournisseur pourra se constituer unilatéralement une preuve à lui-même¹⁰⁷¹. Il établira ainsi la facture en fonction du relevé de consommation effectué par un appareil dont il a la maîtrise¹⁰⁷².

559. **Seconde difficulté.** Le second problème tient à la vraisemblance¹⁰⁷³ du contenu de la facture. L'article 1353 du Code civil prévoit que « *les présomptions qui ne sont point établies par la loi, sont abandonnées aux lumières et à la prudence du magistrat, qui ne doit admettre que des présomptions graves, précises et concordantes, et dans les cas seulement où la loi admet les preuves testimoniales, à moins que l'acte ne soit attaqué pour cause de fraude ou de dol* ». Une interrogation surgit sur la possibilité d'établir une « *présomption de l'homme* » par convention, lorsque la preuve doit normalement être apportée par un acte sous seing privé ou authentique. Le problème ne se pose pas pour la preuve de la consommation, car il s'agit d'un fait qui se prouve par tout moyen. Une certitude sur le rôle du juge face à ces présomptions se dégage de cet article : il n'est pas lié par les présomptions de fait¹⁰⁷⁴. Il a le pouvoir d'apprécier la véracité des indications contenues dans

¹⁰⁶⁸ Cass. civ. 1^{re}, 1^{er} décembre 2011, n°10-30701. Cass. civ. 1^{re}, 14 juin 2007, n° 06-13938. Cass. civ. 1^{re}, 13 février 2007, n° 05-12016, Bull. civ. I, n° 60. Cass. civ. 1^{re}, 1^{er} février 2005, n° 02-19757. Cass. civ. 1^{re}, 10 mai 2005, Bull. civ. I, n° 02-12302. V. également, J. MESTRE, obs. sous Cass. civ. 1^{re}, 23 juin 1998, RTD civ. 1999, p. 401.

¹⁰⁶⁹ W. DROSS, *op. cit.*, p. 432.

¹⁰⁷⁰ Article L. 123-23 du Code de commerce.

¹⁰⁷¹ Cass. civ. 2^e, 2 avril 1996, *Mme Bekkrar c/ SNCF* ; RTD civ. 1997, p. 136, n° 17 ; D. 1996, som. com., p. 329, obs. Ph. DELEBECQUE ; Petites affiches, 24 janvier 1997, n° 11, p. 19, note D. GUTMANN.

¹⁰⁷² « *Les enregistrements des unités téléphoniques consommées effectués par France Télécom constituent en tant que tel un moyen de preuve de la délivrance des communications demandées unilatéralement par l'abonné à partir d'un terminal dont il est seul à contrôler l'usage* » : V. CA Paris, 19 décembre 1996, *France Télécom c/ Mme A-G. Menudier* ; Cont., conc., consom, 1997, n° 140, p. 15 ; P. MORVAN, note sous Cass. civ. 1^{re}, 30 mars 1999, *CGE c/ Albou*, JCP E 1999, p. 793 où l'auteur précise que le créancier « *est propriétaire et maître de l'appareil dont les mesures permettent seules de liquider la créance* ».

¹⁰⁷³ D. AMMAR, *De l'épistémologie du droit de la preuve, et du lien entre les articles 1315 et 1341 du code civil*, D. 2000, p. 596 et s. Pour cet auteur, « *la preuve est dans son principe constituée de deux éléments : un élément préalable de démonstration et un élément conséquent de conviction, la qualité de la conviction dépendant de celle de la démonstration, elle-même fondée sur la notion de vraisemblance* ».

¹⁰⁷⁴ T. LE BARS, *La théorie du fait constant*, JCP G 1999, I, 178 où l'auteur précise que le juge « *doit s'interroger en juré et non plus en juriste sur la probabilité qui découle de l'existence d'un témoignage, d'un aveu extrajudiciaire ou d'une présomption du fait de l'homme* ».

la facture. Seules les informations qui lui sembleront vraisemblables joueront le rôle de présomption de la consommation réelle¹⁰⁷⁵. À défaut de vraisemblance, le juge ne devrait pas accepter cette présomption¹⁰⁷⁶.

Les conséquences pratiques du refus par le juge de donner effet à la présomption de la consommation à la seule vue de la facture établie grâce à un appareil relevant cette consommation, seraient certainement dramatiques pour les fournisseurs. Le contentieux en la matière exploserait de manière exponentielle. L'ordre public serait atteint par cette situation. Il est préférable d'accepter cette présomption avec la possibilité de la combattre¹⁰⁷⁷, même si la difficulté se déplacera du créancier vers le débiteur. L'explication réside peut-être dans la fiabilité reconnue au système de mesure¹⁰⁷⁸. C'est une justification importante pour l'acceptation par le juge de cette présomption¹⁰⁷⁹. L'entreprise peut conforter cette clause par la preuve de la fiabilité de son installation. Il existe bien évidemment un risque de défaillance de cet appareil¹⁰⁸⁰. C'est la raison justifiant la possibilité de rapporter la preuve contraire. D'ailleurs, une clause prévoyant une force absolue au relevé établi par le créancier serait illicite¹⁰⁸¹. Le fournisseur gère, par l'insertion d'une convention de preuve, l'établissement de la facture en établissant un relevé qui présumera la consommation et donc le montant de la

¹⁰⁷⁵ L.-M. DUONG, *op. cit.*, p. 496 où l'auteur indique que « le juge doit déclarer judiciairement vrai ce qui lui paraît au moins vraisemblable et le relevé de communications ne doit pas être plus que le fait connu à partir duquel l'opérateur présume l'existence et le montant de sa créance. Le juge ne peut pas, par une sorte de raccourci juridique, confondre les informations contenues dans le relevé de communications - support de la présomption - avec la preuve de l'existence et du montant de la créance - objet de la présomption ».

¹⁰⁷⁶ D. AMMAR, *Preuve et vraisemblance, contribution à l'étude de la preuve technologique*, RTD civ. 1993, p. 499 ; D. AMMAR, *De l'épistémologie du droit de la preuve, et du lien entre les articles 1315 et 1341 du Code civil*, D. 2000, p. 596.

¹⁰⁷⁷ Pour une opinion contraire, v. L.-M. DUONG, *op. cit.*, *loc. cit.* où l'auteur pense que « le problème est que les juges ne disposent souvent que du relevé des communications pour asseoir leur conviction. N'y a-t-il pas alors quelque injustice à ce que l'issue d'un litige soit laissée à la discrétion d'une seule des parties ? Le principe selon lequel nul ne peut se constituer une preuve à lui-même implique que personne ne peut être jugé sur le seul fondement des preuves avancées par l'adversaire. C'est pourquoi si, dans d'autres affaires, la Cour de cassation condamne la preuve par soi-même pour sanctionner les juges du fond qui se laissent convaincre trop aisément, on peut s'interroger sur la tolérance de la Cour de cassation dans le cas de contestation par l'abonné du montant de la créance de l'opérateur ».

¹⁰⁷⁸ P.-Y. GAUTIER, *op. cit.*, p. 642 où l'auteur précise qu'« en d'autres termes, le demandeur, fournisseur de biens ou services, doit prouver les quantités fournies et jouit à ce titre d'une " présomption " d'exactitude, reposant sur la force probante du compteur ».

¹⁰⁷⁹ L.-M. DUONG, *op. cit.*, *loc. cit.* où l'auteur indique que « cette dérogation s'expliquerait par les garanties particulières de conformité à la vérité du relevé des communications ».

¹⁰⁸⁰ P.-Y. GAUTIER, *op. cit.*, *loc. cit.* ; L.-M. DUONG, *ibid.*, *loc. cit.* où l'auteur précise que « si perfectionnée soit-elle, la technologie laisse subsister un risque d'erreur qui est susceptible d'entraîner de graves conséquences dans la mesure où, dans ce type de contrat d'abonnement, l'erreur se répète à chaque abonné ».

¹⁰⁸¹ W. DROSS, *op. cit.*, p. 434 où l'auteur précise que « serait inefficace la clause donnant une portée probatoire absolue au document unilatéralement établi par l'une des parties au contrat [en sa faveur], notamment au regard de l'article 6 §1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme ».

créance, jusqu'à preuve du contraire. Il s'agit d'une présomption simple qui peut être contestée par l'abonné¹⁰⁸².

B : La contestation d'une présomption

560. **Un contentieux important.** La contestation du montant de la facture est un contentieux important même si les litiges ne se retrouvent pas forcément devant le juge¹⁰⁸³. La difficulté pour prouver l'inexactitude du *quantum* de la dette explique sans doute ce phénomène. Pourtant, l'abonné peut rapporter la preuve par tout moyen¹⁰⁸⁴ que sa consommation ne correspond pas au relevé¹⁰⁸⁵. Soit il démontre sa consommation réelle, ce qui est quasiment impossible, soit il prouve l'inexactitude de sa consommation facturée¹⁰⁸⁶. La seconde hypothèse est la plus logique. Il doit prouver un fait négatif : la consommation ne correspond pas à la réalité. La preuve d'un fait négatif est bien difficile¹⁰⁸⁷. Ainsi par exemple, l'abonné peut prouver que le montant réclamé correspond à une consommation impossible dans le laps de temps facturé, ou encore rapporter la preuve d'un système qui pirate son installation, etc. En cas de succès dans la démonstration de l'in vraisemblance, de l'erreur du relevé de la consommation, la preuve serait renversée au détriment du créancier.

¹⁰⁸² Cass. com., 24 mars 1992, Bull. civ. IV, n° 131.

¹⁰⁸³ L.-M. DUONG, *op. cit.*, *loc. cit.* où l'auteur précise que « la facture est une source de contestations de la part des usagers du téléphone : près de 50 % des motifs des plaintes recensées par la DGCCRF concerne la facturation (V. <http://www.finances.gouv.fr/DGCCRF>. Les principaux opérateurs de téléphonie fixe et mobile ont créé une instance de règlement extra-judiciaire des litiges de consommation accessible depuis le 1er juillet 2003.). Le problème qui nous occupe plus particulièrement est celui de la contestation du montant facturé à l'abonné. Peu de décisions portent sur ce thème, la médiation étouffant peut-être le conflit avant le déclenchement d'une phase judiciaire. Cependant, les usagers saisissent rarement le juge en raison, notamment, de la charge de la preuve qui pèse sur eux et qui ne leur facilitera pas la tâche ».

¹⁰⁸⁴ P.-Y. GAUTIER, *op. cit.*, p. 642, pour l'auteur « comment l'abonné pourra-t-il alors faire sa preuve contraire ? Par tous moyens, ainsi, en prouvant que cette période a correspondu à une occupation moindre du logement, que le compteur avait déjà donné des défaillances, que sur cette même période, sur plusieurs années, jamais il n'avait autant consommé, etc. Présomptions contre présomptions, probabilités contre probabilités ». Dans le même sens, W. DROSS, *op. cit.*, p. 434. V. par exemple, Cass. civ. 1^{re}, 28 janvier 2003, n° 00-17553, Bull. civ. I, n° 26. Cass. civ. 1^{re}, 7 mars 2000, n°98-12397, Bull. civ. I, n° 81 ; RTD civ. 2000, p. 333, obs. J. MESTRE et B. FAGES. Cass. civ. 1^{re}, 28 mars 1995, n° 92-16270 ; D. 1995, p. 517, note J. HUET ; JCP G 1995, II, 22539, note A. BENABENT.

¹⁰⁸⁵ W. DROSS, *op. cit.*, p. 432. V. également, Cass. civ. 1^{re}, 28 janvier 2003, n° 00-17553, Bull. civ. I, n° 26 : « attendu que si la société France Télécom devait prouver l'existence et le montant de sa créance, en application de l'article 1315, alinéa 1er, du Code civil, elle bénéficiait, à ce titre, d'une présomption résultant du relevé des communications téléphoniques ; (...) qu'ayant relevé que M. X... n'invoquait aucun élément objectif permettant de mettre en doute cette présomption (...) ».

¹⁰⁸⁶ Cass. civ. 1^{re}, 28 mars 1995 ; RTD civ. 1996, p. 170, obs. J. MESTRE ; D. 1995.J.517, note J. HUET, JCP G 1995, II, 22539, note A. BENABENT. Cass. civ. 1^{re}, 7 mars 2000 ; RTD civ. 2000, p. 333, obs. J. MESTRE et B. FAGES, pour des factures téléphoniques. Cass. civ. 1^{re}, 30 mars 1999 ; RTD civ. 1999, p. 642, obs. P.-Y. GAUTIER, pour le relevé du compteur d'eau.

¹⁰⁸⁷ H. CROZE, *Informatique, preuve et sécurité*, D. 1987, Chron., p. 170 où l'auteur précise qu'« il n'y a pas d'impossibilité absolue de preuve d'un fait négatif car cette dernière peut résulter de son antithèse positive ».

Ce dernier devrait alors prouver le montant exact de la consommation autrement que par le simple relevé¹⁰⁸⁸. *A contrario*, en cas d'échec, le consommateur est redevable du montant indiqué sur la facture unilatéralement établie par le fournisseur¹⁰⁸⁹. Il ne suffit donc pas de contester la consommation qui influence directement le montant de la créance, mais rapporter des éléments objectifs pour contester cette présomption¹⁰⁹⁰ ou rapporter la preuve du paiement¹⁰⁹¹, conformément à l'article 1315, alinéa 2, du Code civil¹⁰⁹². En pratique, le débiteur ne va pas prouver le paiement, ni le fait qui est à l'origine de l'extinction de l'obligation. Il doit démontrer sa consommation effective ou, du moins, que tout ou partie de la consommation facturée n'existe pas¹⁰⁹³. La clause transfère, grâce à cette présomption, le risque de la preuve sur la tête de l'abonné. Ce dernier va devoir rapporter la preuve de l'anormalité de la consommation.

561. **Une preuve contraire délicate.** La contestation de la consommation facturée est techniquement très difficile à rapporter¹⁰⁹⁴, voire impossible¹⁰⁹⁵. Il ne suffit pas d'invoquer une consommation irrégulière pour emporter la conviction des juges¹⁰⁹⁶. Ces derniers semblent assez sévères dans l'appréciation des éléments de preuve apportés par les abonnés. «

¹⁰⁸⁸ D. AMMAR, *De l'épistémologie du droit de la preuve, et du lien entre les articles 1315 et 1341 du code civil*, op. cit., p. 596 et s. où l'auteur indique que « si le vraisemblable est l'impératif du droit de la preuve, l'allégation par le créancier d'une obligation dont l'existence n'est pas contestée par le débiteur, mais dont l'étendue peut paraître invraisemblable à un juge du fait, doit impliquer, d'une part, et préalablement, la preuve de cette invraisemblance par le consommateur et, d'autre part, le renversement de la charge de la preuve au détriment du créancier, tenu de prouver alors la vraisemblance de sa créance ».

¹⁰⁸⁹ F. COLLART-DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, Précis, Dalloz, 9^e éd., 2011, n° 336, texte et note de bas de page n° 6.

¹⁰⁹⁰ L.-M. DUONG, op. cit., p. 496 où l'auteur précise qu'« ayant noté que le débiteur n'invoquait aucun élément objectif permettant de mettre en doute cette présomption, la cour d'appel a légalement justifié sa décision ».

¹⁰⁹¹ Cass. civ. 1^{re}, 28 janvier 2003, Bull. civ. I, n° 26 : « si la société France Télécom devait prouver l'existence et le montant de la créance, en application de l'article 1315, alinéa premier, du code civil, elle bénéficiait à ce titre d'une présomption résultant du relevé des communications téléphoniques... ; ayant relevé que M. Dumontet n'invoquait aucun élément objectif permettant de mettre en doute cette présomption et qu'il ne rapportait pas la preuve du paiement, en leur temps, des factures, la cour d'appel a légalement justifié sa décision ».

¹⁰⁹² « C'est par une exacte application de l'article 1315, alinéa 2, du Code civil qu'une cour d'appel a retenu que l'abonné n'apportait la preuve d'aucun élément de nature à mettre en doute la présomption établie par le relevé des communications » : Cass. civ. 1^{re}, 7 mars 2000 ; RTD civ. 2000, p. 333, obs. J. MESTRE et B. FAGES. Même si dans un arrêt plus récent la Cour de cassation ne fait pas référence à l'alinéa 2 de l'article 1315 du Code civil. V. Cass. civ. 1^{re}, 28 janvier 2003, n° 00-17553, Bull. civ. I, n° 26.

¹⁰⁹³ C. GHICA-LEMARCHAND, note sous Cass. civ. 1^{re}, 30 mars 1999, *CGE c/ Albou*, JCP 2000, II, 10334 où l'auteur précise que « l'abonné supporte - après que le juge a admis la preuve tirée de l'enregistrement du compteur - la charge de prouver l'inexistence de la surconsommation enregistrée par l'appareil. L'objet de la preuve a insidieusement été déplacé : il ne s'agit plus du "paiement ou [du] fait qui a produit l'extinction de son obligation", mais d'un fait démontrant l'inexistence ab initio de l'obligation alléguée ».

¹⁰⁹⁴ Arrêts en faveur de l'abonné, v. TA Caen 2 décembre 1969, Recueil Lebon, p. 669 ; CE 26 septembre 1986, D. 1988, Jur., p. 8, note J.-L. CLERGERIE.

¹⁰⁹⁵ L.-M. DUONG, op. cit., p. 496 et s. où l'auteur constate que « la liberté de l'utilisateur de rapporter la preuve contraire est en réalité réduite à néant ».

¹⁰⁹⁶ D. AMMAR, *De l'épistémologie du droit de la preuve*, op. cit., p. 596.

Faire état de la simple possibilité d'un branchement clandestin et d'anomalies techniques »¹⁰⁹⁷ n'est pas suffisant pour obtenir gain de cause, le débiteur doit susciter plus qu'un doute dans l'esprit du juge. Il doit démontrer la certitude de l'erreur dans la facture présentée par le fournisseur. Il ne suffit pas d'alléguer le caractère exorbitant de la somme réclamée¹⁰⁹⁸, ou encore la disproportion entre les factures antérieures et la facture objet du litige¹⁰⁹⁹. Le juge pourrait aider l'abonné en procédant à des mesures d'instruction que le Code de procédure civile lui autorise. Par exemple, une expertise permettrait de vérifier le matériel servant au relevé¹¹⁰⁰, ou encore la présence d'un système de piratage dans l'installation de l'abonné. La preuve contraire étant théoriquement possible, mais en pratique difficile, pourquoi accepter ce mécanisme¹¹⁰¹. « *On peut dès lors s'interroger sur la licéité des effets d'une telle présomption de fait qui transforme l'exactitude présumée des informations contenues dans le relevé des communications en une acceptation implicite et contrainte de leur véracité par l'abonné* »¹¹⁰².

562. **Justification de l'acceptation de cette clause.** L'acceptation de cette clause a peut-être comme effet d'accepter le montant facturé en fonction de l'appareil qui relève la consommation, faute de pouvoir prouver une erreur¹¹⁰³. L'abonné, en acceptant cette clause, donne sa confiance sur la véracité de l'appareil de mesure¹¹⁰⁴. Cette présomption simple en droit, deviendrait sans doute une présomption irréfutable en fait¹¹⁰⁵. Pourquoi ne pas interdire ces conventions de preuve dans les contrats entre consommateurs et professionnels au titre des clauses abusives¹¹⁰⁶. Cette clause pourrait créer un déséquilibre entre les parties et transférer sur le consommateur la charge de la preuve alors que normalement elle aurait dû

¹⁰⁹⁷ Cass. civ. 1^{re}, 28 mars 1995, *Sté France Télécom c/ Berthe* ; D. 1995, Jur. p. 517, note J. HUET ; RTD civ. 1996, p. 170, obs. J. MESTRE.

¹⁰⁹⁸ TA Paris 15 mars 1985, Gaz. Pal. 1985, 2, p. 781, note D. TALON.

¹⁰⁹⁹ TA Paris 18 mai 1983, cité par D. TALON, note sous TA Paris, 15 mars 1985, Gaz. Pal. 1985, 2, p. 782. Plusieurs explications peuvent être données pour justifier le *quantum* de la facture très élevée par rapport aux précédentes.

¹¹⁰⁰ P.-Y. GAUTIER, *op. cit.*, p. 642 et s.

¹¹⁰¹ L.-M. DUONG, *op. cit.*, *loc. cit.*

¹¹⁰² L.-M. DUONG, *ibid.*, *loc. cit.*

¹¹⁰³ L.-M. DUONG, *ibid.*, p. 496 où l'auteur se pose la question suivante : « *Cette présomption qui, théoriquement, laisse à l'usager la liberté de rapporter la preuve contraire ne revient-elle pas, en réalité, à ce que ce dernier accepte à l'avance de considérer comme vrai l'enregistrement effectué par l'appareil du central téléphonique de l'opérateur ?* »

¹¹⁰⁴ L.-M. DUONG, *ibid.*, *loc. cit.*

¹¹⁰⁵ L.-M. DUONG, *ibid.*, *loc. cit.* où l'auteur précise que « *cette preuve d'une anomalie dans le comptage est généralement difficile à rapporter pour le débiteur, ce qui aboutit finalement à une présomption quasi irréfutable d'exactitude du relevé des communications* ».

¹¹⁰⁶ L.-M. DUONG, *ibid.*, p. 496 et s.

être supportée par le professionnel¹¹⁰⁷. Les juges n'ont pas sanctionné, pour l'instant, ces clauses sur ce fondement¹¹⁰⁸. La situation risque de changer avec la présomption irréfragable qui pèse sur les clauses ayant pour objet ou pour effet de transférer la charge de la preuve au détriment du consommateur¹¹⁰⁹. Elles devraient être abusives. Cependant, l'ordre public serait peut-être plus atteint par le refus d'appliquer ces conventions de preuve que par leur validité. Au final, le contentieux est probablement moins important grâce à ces présomptions qu'en leur absence. L'ordre public y gagne plus qu'il n'y perd.

563. **Conclusion.** En déplaçant l'objet de la preuve, les parties modifient indirectement la charge de la preuve. La preuve du nouvel objet permet de faire présumer l'objet à démontrer. La charge de la preuve s'inverse indirectement¹¹¹⁰. Mais il arrive que l'utilisation de présomptions ne soit pas tributaire d'un acte actif. La charge de la preuve peut donc être inversée directement, sans passer par le mécanisme d'une présomption simple.

Paragraphe 3 : L'inversion de la charge de la preuve

564. **Postulat.** Le point de départ se situe à l'article 1315 du Code civil : « *Celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver. Réciproquement, celui qui se prétend libéré doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation* ». La répartition de la charge de la preuve s'effectue normalement de la sorte. Les contractants veulent, dans certaines situations, inverser cette charge. L'objectif est le suivant : celui qui réclame l'exécution d'une obligation, le créancier, ne supporte plus la charge de la preuve, c'est le débiteur qui la subit.

565. **Une reconnaissance jurisprudentielle encadrée.** La jurisprudence accepte ces conventions de preuve, mais les juges vérifient l'effet d'un tel renversement. Par exemple, ces clauses insérées dans les contrats entre professionnels et consommateurs ne doivent pas

¹¹⁰⁷ P.-Y. GAUTIER, *op. cit.*, p. 642 où l'auteur indique que les « *conventions sur la preuve, normalement valables, y compris dans les rapports avec les consommateurs, tant qu'un excès ne peut être constaté, au regard des clauses abusives, article L. 132-1 du code de la consommation. De toute façon, on sait que la Commission des clauses abusives est très vigilante à l'égard des contrats d'abonnement. Étant entendu que l'abus ne saurait être présumé du simple fait de l'existence de la clause, prévoyant les conséquences d'une défaillance possible d'un instrument de mesure* ».

¹¹⁰⁸ V. pour un ex. de validation d'une telle clause, au titre d'un abonnement au gaz, Cass. civ. 1^{re}, 4 juin 1991 ; RTD civ. 1992, p. 403, obs. P.-Y. GAUTIER.

¹¹⁰⁹ V. article R. 132-1 du Code de la consommation modifié par le décret n° 2009-302 du 18 mars 2009.

¹¹¹⁰ W. DROSS, Clausier, *op. cit.*, p. 429.

être abusives. En d'autres termes, elles ne doivent pas créer un déséquilibre significatif entre les droits des parties, sinon elles sont écartées¹¹¹¹.

566. **En cas d'exception d'inexécution.** Un exemple de renversement conventionnel de la charge de la preuve se situe en cas d'exception d'inexécution. L'exception d'inexécution est l'inexécution d'une obligation par un contractant en réponse à son cocontractant qui n'exécute pas la sienne. Véritable légitime défense contractuelle ! Cette technique est risquée car celui qui veut s'en prévaloir doit prouver que son cocontractant n'exécute pas son obligation¹¹¹². Pour éviter que le risque de la preuve pèse sur celui qui l'invoque, les contractants peuvent stipuler une clause de renversement de la preuve. L'effet de cette clause est de transférer la charge de la preuve, non plus sur celui qui se prévaut de l'exception d'inexécution, mais sur le contractant qui n'exécuterait pas son obligation¹¹¹³. Le contractant qui subit l'exception d'inexécution doit prouver qu'il a bien rempli son obligation, alors que sans cette clause c'est à l'autre contractant de rapporter la preuve contraire. Le renversement de la charge de la preuve facilite la situation du plaideur qui invoque l'exception d'inexécution.

567. **Au-delà de l'exception d'inexécution.** Il est possible de prévoir dans une clause de preuve que le créancier devra rapporter la preuve de l'inexécution du débiteur, sans que l'une des parties ne se fonde sur l'exception d'inexécution. La seule preuve de l'obligation ne suffira pas, il devra en plus prouver l'inexécution du débiteur. La preuve est rendue beaucoup plus difficile par la charge de la preuve qui normalement ne lui incombe pas et par la preuve d'un fait négatif. En revanche, si l'obligation du débiteur est une abstention, la preuve sera plus facile. L'inexécution d'une abstention revient à prouver une action.

568. **Annonce du plan.** Pour illustrer ces renversements conventionnels de la charge de la preuve, l'étude des conséquences du choix du régime matrimonial permet de mettre en exergue ce phénomène (A). Un autre domaine peut être exploré pour se rendre

¹¹¹¹ W. DROSS, Clausier, *op. cit.*, p. 435. V. not., Cass. civ. 1^{re}, 1^{er} février 2005, n° 01-16733, pour une clause inversant la charge de la preuve dans un contrat entre professionnels et consommateurs : « *qu'elle a exactement décidé que cette clause, qui inverse, au détriment du consommateur, la charge de la preuve, crée, à l'encontre de ce dernier, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties* ».

¹¹¹² Cass. civ. 1^{re}, 18 décembre 1990, n° 89-14975, Bull. civ. I, n° 296 ; Cass. Civ. 3^e, 7 décembre 1988, n° 87-12473, Bull. civ. III, n° 181.

¹¹¹³ W. DROSS, Clausier, *op. cit.*, p. 428 où l'auteur indique que « *rien n'interdit aux parties de prévoir qu'elles pourront refuser d'exécuter leur prestation tant que l'autre n'aura pas justifié avoir accompli la sienne, renversant ainsi la charge de la preuve* ».

compte de l'effet du transfert de la charge de la preuve : l'insertion de ces clauses dans les contrats de dépôt salarié¹¹¹⁴ (B).

A : Dans les régimes matrimoniaux

569. **Le choix du régime matrimonial.** Lorsque deux individus se marient, ils ont la possibilité de choisir leur contrat de mariage, c'est-à-dire les règles qui vont déterminer la propriété des biens et les conséquences pendant et à la dissolution du régime matrimonial¹¹¹⁵. Dans le silence des époux, le régime applicable est celui de la communauté légale. L'application de ce régime est conventionnelle, même s'il résulte du silence des parties. La seule obligation légale est que chaque couple marié possède un régime matrimonial. En effet, ce régime permet de déterminer la propriété des biens des époux, ce qui a une incidence vis-à-vis de leurs créanciers, notamment par l'exercice du droit de gage général. Si les époux peuvent créer un régime matrimonial spécifique, la loi propose plusieurs modèles. Quel que soit le régime matrimonial choisi, les présomptions relatives à la propriété des biens sont opposables entre époux mais également aux tiers. Cette présomption est simple, la preuve contraire se rapporte par tout moyen. Les deux régimes matrimoniaux les plus communs sont le régime de la communauté légale (1) et le régime de la séparation de biens (2), et le plus original est sans doute le régime de la communauté universelle (3). Ce mécanisme de présomption n'est qu'un transfert de la charge de la preuve¹¹¹⁶ qui se retrouve dans ces trois régimes.

¹¹¹⁴ Y.-M. LAITHIER, *Vigueur et rigueur d'une convention modifiant la charge de la preuve*, RDC 2008, p. 252 où l'auteur précise que « les cocontractants peuvent d'un commun accord alourdir le fardeau de la preuve de celui qui agit en responsabilité contractuelle. Tel est l'enseignement, opportunément rappelé, qui ressort d'un arrêt du 30 octobre 2007 de la première Chambre civile de la Cour de cassation, rendu, certes, dans le cadre du "petit" contrat de dépôt mais dont la portée est plus large, tant il est vrai qu'en matière de preuve ce contrat obéit au droit commun ». V. également, A. BENABENT, *Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, Montchrestien, 9^e éd., 2011, n° 732.

¹¹¹⁵ Pour les ouvrages ayant permis l'étude des régimes matrimoniaux, v. B. BEIGNIER, *Manuel de droit des régimes matrimoniaux, pacs, concubinage : droit interne, droit international privé*, Montchrestien, 3^e éd., 2012 ; A. COLOMER, *Droit civil : Régimes matrimoniaux*, Litec, Nouv. éd., 2013 ; R. CABRILLAC, *Droit des régimes matrimoniaux*, Domat droit privé, Montchrestien, 8^e éd., 2011 ; L. AYNES et Ph. MALAURIE, *Les régimes matrimoniaux*, Defrénois, 4^e éd., 2013.

¹¹¹⁶ W. DROSS, *op. cit.*, p. 435.

1 : La présomption de propriété dans le régime de la communauté légale

570. **Article 1402 du Code civil.** Le point de départ de cette présomption qui inverse la charge de la preuve dans le régime de la communauté légale est l'article 1402 du Code civil. Son alinéa 1^{er} précise que « *tout bien, meuble ou immeuble, est réputé acquêt de communauté si l'on ne prouve qu'il est propre à l'un des époux par application d'une disposition de la loi* ». Chaque individu a un patrimoine composé d'un actif et d'un passif, l'actif répondant au passif. Le créancier possède un droit de gage général sur son débiteur, c'est-à-dire que l'ensemble des biens de l'actif du débiteur garantit sa dette. Lorsqu'une personne est mariée sous le régime de la communauté légale, son patrimoine se confond en partie avec celui de son époux ou de son épouse. Il y a une masse commune et deux masses propres. Les dettes antérieures à la célébration du mariage ou celles issues d'une succession ou libéralité ne peuvent être poursuivies que sur les biens propres de l'époux débiteur¹¹¹⁷. Son créancier, en usant de son droit de gage général, va vouloir être désintéressé. Normalement, il devrait pouvoir poursuivre tous les biens appartenant à son débiteur. L'article 1411 du Code civil dispose que seuls les biens propres du débiteur garantissent la dette. Il ne peut donc obtenir le remboursement de sa dette que sur les biens propres de son débiteur.

571. **Des biens communs présumés.** En principe, le débiteur devrait rapporter la preuve qu'un de ses biens compose la communauté et non sa masse propre. Cependant, l'article 1402 du Code civil présume que les biens appartiennent à la communauté faute de preuve contraire. La preuve de la propriété des biens renverse la charge de la preuve sur le créancier. Cette loi est supplétive, les époux, en décidant de ne pas choisir un autre régime, font le choix de celui-ci. Il s'agit bien d'un renversement conventionnel de la charge de la preuve, même s'il provient d'un article du Code civil. Les époux peuvent opter pour un régime prévoyant la séparation de biens afin de protéger les biens acquis par l'un des époux pendant le mariage des créanciers de l'autre époux.

¹¹¹⁷ Article 1410 du Code civil : « *Les dettes dont les époux étaient tenus au jour de la célébration de leur mariage, ou dont se trouvent grevées les successions et libéralités qui leur échoient durant le mariage, leur demeurent personnelles, tant en capitaux qu'en arrérages ou intérêts* ».

Article 1411 du même code : « *Les créanciers de l'un ou de l'autre époux, dans le cas de l'article précédent, ne peuvent poursuivre leur paiement que sur les biens propres et les revenus de leur débiteur.*

Ils peuvent, néanmoins, saisir aussi les biens de la communauté quand le mobilier qui appartient à leur débiteur au jour du mariage ou qui lui est échu par succession ou libéralité a été confondu dans le patrimoine commun et ne peut plus être identifié selon les règles de l'article ».

2 : La présomption de propriété dans le régime de la séparation de biens

572. **Principe.** Dans le régime de la séparation de biens, chacun des époux conserve la propriété de ses biens personnels¹¹¹⁸. Les dettes contractées par l'un des époux lui sont personnelles¹¹¹⁹. Le créancier ne peut poursuivre que les biens appartenant à son débiteur. Les masses de biens sont distinctes, contrairement au régime de la communauté légale où il y a une masse commune. Toujours dans la situation où un créancier n'obtient pas le paiement de sa dette, il va en justice pour mettre en œuvre son droit de gage général. Il doit prouver l'obligation qui le lie à son débiteur. Le débiteur, s'il n'arrive pas à prouver le fait qui le libère de son obligation, va devoir exécuter son obligation. Le créancier va poursuivre les biens appartenant au débiteur. Ce dernier devra prouver qu'un bien ne lui appartient pas exclusivement à lui mais appartient aussi à son époux ou épouse, c'est-à-dire qu'il est en indivision sur ce bien. Le créancier ne pourra alors avoir de droits que sur la part indivise de ce bien.

573. **Des biens réputés indivis à défaut de preuve contraire.** Ce mécanisme est inversé en raison de l'article 1538, alinéa 3, du Code civil : « *Les biens sur lesquels aucun des époux ne peut justifier d'une propriété exclusive sont réputés leur appartenir indivisément, à chacun pour moitié* ». Le créancier va devoir prouver que le bien poursuivi est un bien exclusivement personnel à son débiteur, et non un bien en indivision comme le présume cet article. La charge de la preuve est là aussi inversée en faveur de l'époux débiteur. La preuve contre cette présomption peut se rapporter par tout moyen¹¹²⁰. Il existe entre autre la possibilité de fusionner les patrimoines des deux époux par le régime de la communauté universelle, ouvrant ainsi une plus grande emprise pour les créanciers exerçant leur droit de gage général.

¹¹¹⁸ Article 1536, alinéa 1^{er}, du Code civil : « *Lorsque les époux ont stipulé dans leur contrat de mariage qu'ils seraient séparés de biens, chacun d'eux conserve l'administration, la jouissance et la libre disposition de ses biens personnels* ».

¹¹¹⁹ Article 1536, alinéa 2^{sd}, du Code civil : « *Chacun d'eux reste seul tenu des dettes nées en sa personne avant ou pendant le mariage, hors le cas de l'article 220* ».

¹¹²⁰ Article 1538, alinéa 2, du Code civil : « *Les présomptions de propriété énoncées au contrat de mariage ont effet à l'égard des tiers aussi bien que dans les rapports entre époux, s'il n'en a été autrement convenu. La preuve contraire sera de droit, et elle se fera par tous les moyens propres à établir que les biens n'appartiennent pas à l'époux que la présomption désigne, ou même, s'ils lui appartiennent, qu'il les a acquis par une libéralité de l'autre époux* ».

3 : La présomption de propriété dans le régime de la communauté universelle

574. **Principe.** Les époux peuvent opter pour le régime de la communauté universelle¹¹²¹. L'article 1526 du Code civil prévoit que tous les biens entrent dans la communauté universelle, excepté les biens qui en vertu de l'article 1404 du même code¹¹²² leur sont propres par nature.

575. **Un effacement de la charge de la preuve.** Les époux peuvent décider de faire entrer les biens propres par nature dans la communauté universelle. Cette communauté, conformément à l'alinéa 2 de cet article « *supporte définitivement toutes les dettes des époux, présentes et futures* ». La charge de la preuve pour les créanciers et pour les époux sera efficacement simplifiée, que les époux aient stipulé ou non une clause sur les biens rentrant dans l'exception. La charge de la preuve de la propriété des biens disparaît avec le choix du régime de la communauté universelle. Il ne s'agit plus d'un renversement, mais d'un effacement de la charge de la preuve.

576. **Conclusion.** Les époux pouvant choisir le régime qui leur convient, voire créer un régime non proposé dans le Code civil, vont par leur volonté influencer la charge de la preuve de la propriété des biens, ce qui dans certaines situations pourra conduire à un renversement de cette charge. Le transfert de la preuve peut trouver son origine soit dans le choix d'un régime prévu par le législateur, soit dans la création d'un régime *sui generis*. La pratique notariale peut être à l'origine de clauses renversant la charge de la preuve. D'autres exemples de renversement de la charge de la preuve, issues de la pratique existent, notamment dans les contrats de dépôt salarié.

¹¹²¹ Article 1526 du Code civil : « *Les époux peuvent établir par leur contrat de mariage une communauté universelle de leurs biens tant meubles qu'immeubles, présents et à venir. Toutefois, sauf stipulation contraire, les biens que l'article 1404 déclare propres par leur nature ne tombent point dans cette communauté. La communauté universelle supporte définitivement toutes les dettes des époux, présentes et futures* ».

¹¹²² Article 1404 du Code civil : « *Forment des propres par leur nature, quand même ils auraient été acquis pendant le mariage, les vêtements et linges à l'usage personnel de l'un des époux, les actions en réparation d'un dommage corporel ou moral, les créances et pensions incessibles, et, plus généralement, tous les biens qui ont un caractère personnel et tous les droits exclusivement attachés à la personne.*

Forment aussi des propres par leur nature, mais sauf récompense s'il y a lieu, les instruments de travail nécessaires à la profession de l'un des époux, à moins qu'ils ne soient l'accessoire d'un fonds de commerce ou d'une exploitation faisant partie de la communauté ».

B : Dans les contrats de dépôt salarié

577. **Définition.** Le contrat de dépôt salarié est un contrat « *par lequel une personne, le dépositaire, reçoit la chose mobilière ou immobilière que lui confie le déposant, en acceptant la charge de la garder et de la restituer en nature* »¹¹²³, moyennant une rémunération.

578. **Enoncé du problème.** Lors de la restitution de la chose, le déposant peut ne pas être satisfait. Il saisit alors le juge compétent et demande la réparation de son préjudice subi en raison de la détérioration de la chose qui était en dépôt. L'article 1315, alinéa 1^{er}, du Code civil met la charge de la preuve sur le demandeur, s'agissant de l'existence de l'obligation. Le déposant doit rapporter la preuve du contrat de dépôt. S'il arrive à prouver ce contrat, le dépositaire aura la charge de la preuve de l'exécution de son obligation ou du fait qui l'a libéré¹¹²⁴, en vertu de l'article 1315, alinéa 2nd, du code précité. Autrement dit, le dépositaire doit prouver qu'il a exécuté correctement son obligation – en démontrant qu'il a donné les mêmes soins à cette chose que pour un bien qui lui est personnel –, ou en prouvant que la chose lui a été remise dans cet état. En effet, la Cour de cassation met à la charge du dépositaire la charge de la preuve : « *Vu les articles 1135, 1927, 1928 et 1933 du Code civil ; Attendu qu'il résulte de la combinaison de ces textes que si le dépositaire n'est tenu que d'une obligation de moyens, il lui incombe, en cas de détérioration de la chose déposée, de prouver qu'il y est étranger, en établissant qu'il a donné à cette chose les mêmes soins que ceux qu'il aurait apportés à la garde de celles qui lui appartiennent, sauf à prouver que cette détérioration existait avant la mise en dépôt* »¹¹²⁵. Il s'avère pour le dépositaire que la preuve de l'exécution de son obligation peut être difficile à apporter¹¹²⁶. Il doit prouver qu'il a agi comme un « bon propriétaire », référentiel équivalent au bon père de famille. Matériellement, il doit prouver qu'il n'est pas à l'origine de la détérioration. Apporter des éléments qui établissent son attention dans certains actes pour garder la chose, ne signifie pas qu'il n'a pas commis un fait ayant causé ce préjudice. Cette preuve s'apparente à la preuve d'un fait négatif. En transposant ce fait négatif en fait positif, le fait positif qu'il doit démontrer est

¹¹²³ G. CORNU, v° *dépôt*, in *Vocabulaire juridique*, Association H. CAPITANT, PUF, 4^e éd. 2003.

¹¹²⁴ Ph. MALAURIE, L. AYNES et P.-Y. GAUTIER, *Les contrats spéciaux, Droit civil*, Defrénois, 6^e éd., 2012, n° 889.

¹¹²⁵ Cass. civ. 1^{re}, 22 mai 2008, n° 06-17863, Bull. civ. I, n° 143. X. DELPECH, *Responsabilité du dépositaire pour détérioration de la chose gardée*, D. 2008, AJ, 725.

¹¹²⁶ Pour s'exonérer de sa responsabilité, le dépositaire peut aussi prouver soit la force majeure, soit son absence de faute. V. sur ce point Ph. MALAURIE, L. AYNES et P.-Y. GAUTIER, *Les contrats spéciaux, op. cit.*, n°s 890 et 891.

qu'il a pris constamment soin de la chose comme si c'était la sienne. Il est quasiment impossible de ramener cette preuve. Au mieux, il peut rapporter des éléments de « bon soin » faisant présumer qu'il n'a cessé de prendre soin de la chose de cette manière. Mais il ne peut pas prouver avec certitude qu'il n'a pas commis de détérioration. Démontrer qu'on a pris soin de la chose par des éléments ne constitue qu'une présomption simple. Il est extrêmement difficile d'apporter la preuve certaine de sa non-responsabilité. La seule possibilité serait alors de procéder à un état des lieux précis et complet au moment du dépôt de la chose et un autre à la restitution. La comparaison entre les deux permettrait de voir les différences. La différence démontre qu'il y a peut-être eu négligence mais pas nécessairement. On retrouve ainsi les mêmes difficultés pour le dépositaire. Seul le problème d'une détérioration existante au moment du dépôt est résolu. Le dépositaire ne peut se satisfaire de cette situation précaire. Cette raison a sans doute encouragé les rédacteurs de contrat de dépôt salarié à insérer des clauses de renversement de la charge de la preuve de la détérioration.

579. **L'intérêt de renverser la charge de la preuve.** Si la charge de la preuve incombait au demandeur, qui serait le déposant, la preuve de l'inexécution se rapporterait par un élément positif de mauvais soin. Par conséquent, la preuve semble plus facile à rapporter dans ces conditions. Inverser dans le contrat de dépôt salarié la charge de la preuve de l'inexécution sur le déposant allège la preuve lorsque la finalité est la découverte de la vérité. La charge de la preuve s'inversant, le fait négatif, objet de la preuve, devient un fait positif.

580. **Une limite.** Le transfert de la charge de la preuve sur l'autre contractant est interdit si cette preuve est impossible à rapporter. La règle de preuve deviendrait alors une règle de fond. Il doit toujours être possible de rapporter la preuve de son droit sinon cela constituerait une entrave à l'accès au juge protégé par l'article 6 §1 de la Convention européenne des droits de l'homme. Une telle clause porterait atteinte à l'ordre public. La clause serait censurée par le juge¹¹²⁷.

581. **Preuve possible, convention possible.** La preuve est certes difficile pour le déposant mais pas impossible. La preuve est possible, la convention l'est également. La

¹¹²⁷ Y.-M. LAITHIER, *op. cit.*, p. 254 où l'auteur précise qu'« on pourrait d'abord admettre que l'impossibilité affecte la validité de la clause modifiant la charge de la preuve. Serait nulle comme ayant un objet impossible la clause déplaçant la charge de la preuve sur celui qui est dans l'impossibilité de la rapporter. Mais outre qu'à notre connaissance une telle limite n'a jamais été admise, elle ne jouerait qu'exceptionnellement ; la preuve est généralement difficile à rapporter, rarement impossible ».

difficulté provient de l'absence du déposant pendant la durée du dépôt. Une expertise, un constat peuvent venir aider le déposant dans la preuve qu'il devrait rapporter. Les juges apprécieront les éléments de preuve invoqués par le déposant pour prouver la faute du dépositaire¹¹²⁸. Dans le cadre d'un contrat de dépôt salarié, les contractants sont libres d'inverser la charge de la preuve. La preuve d'un manquement du dépositaire à son obligation de moyen sera alors à la charge du déposant. « *C'est dans ce contexte que la clause sur la charge de la preuve prend tout son sens. Étant valable, elle oblige le déposant à rapporter la preuve de l'inexécution et de la commission d'une faute par le dépositaire* »¹¹²⁹. La liberté contractuelle peut s'exprimer dans ce domaine et plus largement encore. Il serait illogique que les contractants soient libres d'aménager leurs droits mais pas la preuve de ces mêmes droits. « *L'arrêt [du 30 octobre 2007] admet à juste titre que ce qui vaut pour une règle substantielle vaut pour une règle de preuve* »¹¹³⁰. La jurisprudence en la matière ne peut qu'être approuvée sur ce point. Les aménagements de preuve allégeant la preuve sont plus facilement admis car ils aident à la recherche de la vérité. L'ordre public semble ne pas souffrir de ces aménagements. En est-il de même lorsque les contractants décident de rendre la preuve plus difficile ? L'ordre public va-t-il être plus facilement contrarié ?

Section 2 : L'alourdissement de la preuve

582. **Rendre la preuve plus difficile à rapporter.** Les contractants peuvent vouloir modifier les règles de preuve non pas dans un objectif de faciliter la preuve mais, au contraire, en vue de la rendre plus délicate à rapporter. Alourdir la preuve est plus risqué que de l'alléger. La limitation de la preuve peut tendre vers l'impossibilité de rapporter la preuve,

¹¹²⁸ V. par ex., Cass. civ. 1^{re}, 30 octobre 2007, n° 06-19390 : « *Attendu que le contrat de mise en pension d'un cheval moyennant rétribution, est un contrat de dépôt salarié ; que les parties à un tel contrat sont libres de convenir de mettre à la charge du déposant, qui entend se prévaloir d'un manquement du dépositaire à l'obligation de moyens qui lui incombe, la preuve de ce manquement ; qu'en une interprétation, exclusive de la dénaturation invoquée par le deuxième grief, dès lors que la rendait nécessaire l'ambiguïté née du rapprochement des stipulations du contrat instituant des exonérations de responsabilité au bénéfice du dépositaire, tout en admettant une couverture limitée des risques de responsabilité civile encourus par celui-ci, la cour d'appel a estimé que ces stipulations faisaient peser sur l'EURL Global Jump la charge de la preuve des manquements que celle-ci imputait à l'EARL Haras des Rousses ; que par une appréciation souveraine de la valeur probante des attestations contestées, qui échappe aux troisième et quatrième griefs, et écarte l'argumentation développée dans les conclusions invoquées par le cinquième grief, la cour d'appel a estimé que la preuve desdits manquements n'était pas apportée ; qu'elle a ainsi, sans encourir la critique du premier grief, légalement justifié sa décision* ». Il a été reproché par un auteur à la Cour de cassation d'avoir interprété des clauses limitative et exonératoire de responsabilité en clause de renversement de la charge de la preuve. V. sur ce point, Y.-M. LAITHIER, *op. cit.*, p. 253 et 254.

¹¹²⁹ Y.-M. LAITHIER, *ibid.*, p. 254.

¹¹³⁰ Y.-M. LAITHIER, *ibid.*, *loc. cit.*

rendant l'accès au juge inefficace. Le contrôle des juridictions sur ces clauses est plus rigoureux. Pour analyser les conséquences de ces aménagements sur les règles de preuve, il faut différencier selon le système de preuve prévu par le législateur.

583. **Distinguer selon le système de preuve.** Par le biais de la preuve libre, le législateur a voulu laisser la plus grande chance aux plaideurs de rapporter la preuve de leurs droits. Limiter cette possibilité peut sembler contraire à l'ordre public. À l'inverse, le législateur a réduit les procédés de preuve admissibles pour sécuriser les relations contractuelles. Les clauses diminuant les preuves admissibles peuvent tendre vers l'impossibilité d'apporter la preuve, ce qui est contraire à l'ordre public¹¹³¹.

584. **L'atteinte potentielle à l'ordre public.** Dans les deux situations, le risque de porter atteinte à l'ordre public est important. L'étude de la jurisprudence en la matière permettra peut-être de délimiter la ligne à ne pas franchir¹¹³². Pour ce faire, l'examen portera sur les clauses aggravant la preuve, d'une part, lorsque cette dernière est libre (§1) et, d'autre part, lorsque l'écrit est obligatoire (§2).

Paragraphe 1 : L'hypothèse de la liberté de la preuve

585. **L'absence de difficulté en matière de faits juridiques.** La détermination de la liberté de la preuve semble à première vue aisée. Traditionnellement, les actes juridiques se distinguent des faits juridiques. Les premiers, en principe, se prouvent par un écrit préconstitué au moment de la formation de l'acte¹¹³³, les seconds s'établissent par tout

¹¹³¹ Ph. STOFFEL-MUNCK, *Conventions sur la preuve*, note sous Cass. civ. 2^e, 10 mars 2004, RDC 2004, p. 939 et s. où l'auteur indique que « *laisser les parties interdire des modes de preuve que permet la loi conduit à entraver cet office. Le juge ne dira plus le droit en fonction de la réalité que le législateur a envisagée, mais sur la base d'une réalité tronquée parce que les moyens de la faire jaillir dans l'enceinte judiciaire auront été réduits* ». « *Que le législateur ait la légitimité pour mettre des œillères au juge, c'est une chose ; que les parties puissent le lui enjoindre avant tout procès en est une autre. N'est-ce pas non seulement disposer mais surtout rabougir la fonction juridictionnelle? Ainsi, l'on en vient à estimer que la liberté de disposer des modes de preuve est à sens unique : ouvrir le champ probatoire est licite, le fermer ne l'est certainement pas autant* ».

¹¹³² M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, Tome 7, par P. ESMEIN, G. GABOLDE et J. RADOUANT, LGDJ, 2^e éd., 1954, n^o 1428 où les auteurs précisent qu'« *une convention sur la preuve est au fond une convention sur le droit ; donc, quand on peut disposer d'un droit, on peut également en régler conventionnellement l'attribution ou la perte, et par conséquent la subordonner à tel mode de preuve* ».

¹¹³³ W. DROSS, *Clausier*, op. cit., p. 430 où l'auteur indique que « *la preuve de l'acte juridique est donc fondamentalement la preuve d'une volonté, donnée psychologique, dont il semble alors conforme à la nature des choses que le droit objectif impose qu'elle ne puisse être établie que par un écrit émanant de son auteur* ».

moyen¹¹³⁴. Si pour la preuve des faits juridiques il n'y a aucun problème, il en va différemment pour les actes juridiques.

586. **Les difficultés en matière d'actes juridiques.** La première difficulté provient du montant de l'acte juridique. En principe, un acte juridique se prouve par un acte sous seing privé ou authentique par exception il peut être prouvé par tout moyen lorsque l'acte concerne une valeur inférieure à un seuil déterminé par décret. La plus grande difficulté concerne l'exécution des actes juridiques. La doctrine est divisée sur la qualification du paiement d'une somme d'argent¹¹³⁵. Certains auteurs ne distinguent pas ce paiement des autres exécutions (matérielles ou intellectuelles)¹¹³⁶, alors que d'autres considèrent qu'il s'agit d'un acte juridique devant se prouver par un écrit. Ces problèmes se retrouvent au sein de la jurisprudence. En règle générale¹¹³⁷, les juges considèrent que l'exécution matérielle ou intellectuelle se prouve par tout moyen¹¹³⁸. La jurisprudence qualifiait le paiement d'une somme d'argent d'acte juridique, la preuve s'établissant conformément à l'article 1341 du Code civil¹¹³⁹. La Cour de cassation a opéré un revirement de jurisprudence sur ce point. Actuellement, elle y voit un fait rendant sa preuve libre¹¹⁴⁰. La solution est désormais identique pour tous les paiements des obligations.

587. **Annnonce du plan.** Pour résumer, la preuve est libre concernant les faits juridiques, les actes juridiques inférieurs à 1500 euros et l'exécution des obligations. Également, la preuve est libre entre commerçants¹¹⁴¹. Dans ces différents domaines, la preuve peut potentiellement être alourdie (A). Dans les contrats d'assurance, les assureurs insèrent des clauses de preuve rendant plus difficile l'établissement de la preuve (B).

¹¹³⁴ W. DROSS, *Clausier, op. cit., loc. cit.* où l'auteur précise qu'« à l'inverse, le fait, ressortissant aux réalités tangibles, peut être établi par tout moyen ».

¹¹³⁵ W. DROSS, *Clausier, ibid., loc. cit.* où l'auteur considère que « la difficulté provient des actes d'exécution des contrats, autrement dit des paiements, dont la preuve est bien souvent, au même titre que celle du contrat lui-même, au cœur des litiges. La doctrine est en effet très partagée sur la question de savoir s'il faut y voir un acte ou un fait juridique, et la jurisprudence s'en ressent ».

¹¹³⁶ W. DROSS, *Clausier, ibid. loc. cit.* où l'auteur ne comprend pas « pourquoi l'acte d'exécution d'une obligation devrait être tantôt fait, tantôt acte juridique ».

¹¹³⁷ *Contra*, v. une décision imposant une preuve par écrit pour une exécution matérielle (une livraison) : Cass. civ. 1^{re}, 25 janvier 1989, n° 85-18338, Bull. civ. I, n° 41 ; RTD civ. 1990, p. 79, obs. J. MESTRE.

¹¹³⁸ W. DROSS, *Clausier, op. cit., loc. cit.*

¹¹³⁹ Cass. civ. 1^{re}, 15 décembre 1982, n° 81-14981, Bull. civ. I, n° 365 ; Cass. civ. 1^{re}, 19 mars 2002, n° 98-23083, Bull. civ. I, n° 101 ; Cass. civ. 1^{re}, 16 mars 2004, n° 01-11274.

¹¹⁴⁰ Cass. civ. 1^{re}, 6 juillet 2004, n° 01-14618, Bull. civ. I, n° 202 : « attendu que la preuve du paiement, qui est un fait, peut être rapportée par tous moyens » ; Dans le même sens, Cass. civ. 1^{re}, 1^{er} décembre 2011, n° 10-30701.

¹¹⁴¹ La preuve entre commerçants est libre : article L. 110-3 du Code de commerce ; v. par exemple, Cass. civ. 1^{re}, 29 septembre 2004, n° 01-16376.

A : Les clauses aggravant la preuve de manière générale

588. **Pour les actes inférieurs à 1500 euros.** En matière commerciale ou en matière civile lorsque le montant de l'acte est inférieur à 1 500 euros, les parties disposent d'une liberté totale dans les procédés. Si les parties décident de déroger à la preuve libre, le résultat sera une aggravation de la preuve. Si en principe tous les moyens de preuve sont admissibles, le simple fait pour les parties de convenir conventionnellement d'une réduction ou d'un aménagement de ces moyens conduit inévitablement à rendre plus difficile la preuve à rapporter. La clause à laquelle il est fait référence habituellement est celle qui permet le passage de la preuve libre à la preuve littérale¹¹⁴², mais ce n'est pas la seule.

589. **Deux rédactions possibles.** Dans le premier cas, la clause prévoit les procédés qui ne sont pas admis, tandis que dans le second cas, la clause prévoit limitativement les procédés utilisables. La première serait plutôt négative : tous les procédés de preuve seront admis à l'exception de la preuve testimoniale, par exemple. La seconde serait positive : les procédés de preuve utilisables seront la preuve testimoniale, l'aveu et l'écrit sous seing privé, par exemple. Tous les procédés peuvent être utilisés pour limiter la preuve. Par exemple, « *les parties peuvent valablement convenir que la réalité d'une livraison ne pourra être établie que par la production du bon de livraison signé par l'acheteur, ou encore que la preuve du paiement du prix ne pourra être apportée que par une quittance délivrée par le vendeur* »¹¹⁴³.

590. **Un exemple de substitution.** Un autre exemple plus ancien aboutit au même résultat, à savoir que la preuve littérale se substitue à la preuve testimoniale. La compagnie des Mines de Roche-la-Morlière octroyait une pension de retraite à ses ouvriers à la condition que ces derniers prouvent par « *des documents écrits qu' [ils avaient] 30 ans de services effectifs dans les exploitations de la compagnie* ». En vertu de cette clause, aucun autre moyen de preuve n'était admissible¹¹⁴⁴. Ce fut d'ailleurs la solution retenue à la fois par la cour d'appel et par la Cour de cassation. Cette dernière déclara : « *Attendu, en effet, qu'il n'est ni établi ni même allégué que la compagnie ait frauduleusement détruit ou dissimulé les livres relatifs à cette période, qu'elle n'était pas tenue de conserver une comptabilité remontant à plus de 50 ans, c'est-à-dire à une époque où aucun contrat ne s'était formé entre elle et ses*

¹¹⁴² V. DEPADT-SEBAG, *Les conventions sur la preuve*, op. cit.

¹¹⁴³ W. DROSS, *Clausier*, op. cit., p. 431.

¹¹⁴⁴ M. COCURAL, op. cit., p. 76 ; R. LE BALLE, op. cit., p. 107.

ouvriers sur le droit de ceux-ci à une pension de retraite et le mode de preuve à administrer pour établir ce droit. D'où il s'ensuit qu'en déclarant inadmissible la preuve testimoniale interdite par la convention souverainement interprétée par l'arrêt attaqué, loin de violer les articles 1340 et 1347 du Code civil dont l'application dans la cause est repoussée par cette convention même n'a fait qu'obéir aux prescriptions de l'article 1341 du Code civil »¹¹⁴⁵. Le Balle, pourtant fervent et illustre adversaire des conventions sur la preuve, admit dans cette hypothèse les conventions sur la preuve¹¹⁴⁶. Cette retraite était une faveur offerte aux ouvriers par la compagnie minière¹¹⁴⁷. Elle voulait éviter toute contestation sur le calcul des trente ans de présence. Une preuve par écrit permettait de sécuriser au mieux cette situation, ouvrant droit au versement d'une retraite. En outre, la clause donnait une liste non exhaustive des documents écrits pouvant être admissibles. Dès lors, « l'exigence de la clause qui répond à une garantie de sécurité pour les deux parties, ne limitant pas arbitrairement le droit à la preuve de l'ouvrier, nous paraîtrait plus facilement acceptable ».

591. **Illustrations en droit des affaires.** De manière plus récente, des exemples de clauses aggravant les moyens de preuve peuvent se trouver en droit des affaires. La liberté de preuve existant entre les commerçants peut avoir l'effet pervers d'instaurer une insécurité dans leurs relations. La pratique a suppléé à cet excès par la rédaction de clauses de preuve adaptées¹¹⁴⁸. Les commerçants utilisent des stipulations pour rendre obligatoire, par exemple, un écrit là où aucune forme n'est requise par la loi¹¹⁴⁹. L'écrit servira à prouver le comportement des parties. Plusieurs rédactions sont envisageables, notamment : « Les notifications entre parties appelées, notamment, pour les agréments, mises en demeure, résiliations partielles ou totales prévues par le présent contrat devront être effectuées par écrit (effectuées par lettre recommandée avec accusé de réception) »¹¹⁵⁰. Ou encore : « Les conventions sont conclues par tous moyens et prennent effet dès l'échange des consentements des parties. À cet effet, les parties s'autorisent mutuellement à procéder à l'enregistrement des conversations téléphoniques relatives à la conclusion de leurs transactions. La conclusion de chaque convention devra être suivie d'un échange de confirmations par lettre, télex, télécopie

¹¹⁴⁵ Cass. civ., 30 juillet 1884, S. 1885, 1, 375 ; M. COCURAL, *ibid.*, p. 77.

¹¹⁴⁶ R. LE BALLE, *op. cit.*, p. 108.

¹¹⁴⁷ M. COCURAL, *op. cit.*, p. 76.

¹¹⁴⁸ P. MOUSSERON, J. RAYNARD et J.-B. SEUBE, *Technique contractuelle*, *op. cit.*, n° 1710.

¹¹⁴⁹ W. DROSS, *op. cit.*, p. 434 où l'auteur précise que « les commerçants sont libres de décider que les contrats d'application ne pourront être prouvés que par écrit, notamment dans les conditions de l'article 1341 du Code civil ».

¹¹⁵⁰ P. MOUSSERON, J. RAYNARD et J.-B. SEUBE, *op. cit.*, *loc. cit.*

ou toute transmission télématique présentant un degré suffisant de fiabilité pour les parties. L'absence de confirmation par l'une des parties n'affectera en rien la validité de la transaction. En cas de désaccord sur les termes d'une confirmation, lequel devra être notifié immédiatement à l'autre partie, chaque partie pourra se référer à ses enregistrements téléphoniques comme mode de preuve pour établir les termes de la transaction correspondante »¹¹⁵¹. Cette dernière clause est intéressante en ce sens qu'elle renforce les procédés de preuve non pas par un écrit, mais par des enregistrements téléphoniques. Pour éviter toute contestation ultérieure sur l'interprétation de cette clause, il faudrait remplacer le verbe « pouvoir » par « devoir » : « chaque partie devra se référer à ses enregistrements... ». Sinon il sera possible d'amener d'autres procédés de preuve. Le juge pourra alors anéantir l'efficacité de cette clause en permettant d'autres éléments de preuve pour établir les termes de la transaction. Il choisira alors la valeur qu'il accordera aux autres preuves venant se confronter aux enregistrements téléphoniques. D'où l'importance de bien rédiger la clause afin d'éviter cela. Le verbe devoir est ainsi plus limitatif que le verbe pouvoir.

592. **L'exemple de la Loterie nationale.** Un autre exemple de convention modifiant la liberté de la preuve peut être analysé. La Cour de cassation s'est interrogée sur la validité d'une clause figurant dans le règlement de la Loterie nationale : « *Les gains sont payables sur remise du reçu ou du double du bulletin* »¹¹⁵². Un joueur prétendant avoir joué les bons numéros réclama son gain. La Loterie refusa de verser la somme au joueur car il ne rapportait, ni le reçu, ni le double du bulletin pour démontrer ses dires. Conformément à la clause ci-dessus, elle ne paya pas ce joueur. La cour d'appel ne fit pas application de cette clause et estima que la preuve pouvait être démontrée par tout moyen, s'agissant d'un fait. La Cour de cassation censura la décision des juges du fond, au visa de l'article 1134 du Code civil¹¹⁵³. La force obligatoire des conventions impose à ce joueur de rapporter la preuve par la présentation soit du reçu, soit du double du bulletin. La Cour de cassation analysa cette clause au regard des règles de preuve¹¹⁵⁴. Un an auparavant, la Cour de cassation avait affirmé que le bulletin original faisait foi lors d'une contestation. La clause insérée dans le règlement du

¹¹⁵¹ P. MOUSSERON, J. RAYNARD et J.-B. SEUBE, *op. cit.*, *loc. cit.*

¹¹⁵² Ph. STOFFEL-MUNCK, *Conventions sur la preuve*, *op. cit.*, p. 938 et s.

¹¹⁵³ Cass. civ. 1^{re}, 10 janvier 1995, n° 92-18013, Bull. civ. I, n° 26 ; Defrénois 1995, p. 746, obs. Ph. DELEBECQUE.

¹¹⁵⁴ Une autre analyse a été proposée. Le bulletin gagnant peut être analysé comme un titre au porteur, excluant ainsi tout paiement sans sa remise. En ce sens, Ph. DELEBECQUE, *ibid.*, et de manière plus développée, O. AUDIC, *Les fonctions du document en droit privé*, thèse Paris I, 2002, n°s 411 et 441.

Loto constituait une règle de preuve¹¹⁵⁵ : « *c'est à bon droit que la cour d'appel a fait application de l'article 10, alinéa 2, du règlement du Loto, lequel n'édicte pas une condition purement potestative, mais une règle de preuve selon laquelle, en cas de contestation, seul fait foi l'original du bulletin* ». L'article 1134 du Code civil a été violé par la cour d'appel. Celle-ci a condamné la société Loto à verser le gain au joueur qui n'avait pas rapporté la preuve par le double ou le reçu du billet gagnant. Elle considéra que le règlement du jeu n'excluait pas expressément toute autre preuve du droit au gain, alors que l'article 14 de ce même règlement stipulait que les gains étaient payables sur remise du reçu ou du double¹¹⁵⁶. Le mot « uniquement » devrait être rajouté juste après « payables » pour éviter toute contestation. La Cour de cassation protégera la société Loto en faisant cette interprétation¹¹⁵⁷. Dans d'autres situations, des clauses sur les modes de preuve ont été transformées en clause renversant la charge de la preuve. L'opportunité dans l'interprétation est sans doute à prendre en compte plus souvent qu'il n'y paraît. En qualifiant cette clause de convention sur la charge de la preuve, la preuve pourrait être rapportée librement par le soi-disant gagnant. Il suffirait d'attendre qu'un gain ne soit pas réclamé pour le revendiquer en apportant la preuve par tout moyen de son allégation. À partir de combien de témoignages concordants peut-on rendre vraisemblable cette situation ? Et ainsi obtenir le « gros lot »... La position de la Cour de cassation semble conforme à la volonté du rédacteur du règlement du Loto. L'ordre public n'est pas atteint par cette limitation des moyens de preuve admissibles, bien au contraire.

593. **Enseignements.** Ce tour d'horizon de décisions intervenues dans différents domaines permet de comprendre que limiter la preuve ne constitue pas nécessairement une contrariété à l'ordre public. Les rédacteurs utilisent ces clauses de preuve afin de maîtriser tous les effets de leurs obligations. Toutefois, les conventions de preuve entre particuliers sont peu fréquentes car ils n'ont pas souvent les connaissances adéquates. Les particuliers subissent ces clauses de preuve plus qu'ils ne les décident. En matière d'assurance notamment, les assurés n'ont souvent comme seul choix que d'accepter ou de refuser le contrat proposé et rédigé par l'assureur. Ces conventions contiennent sans doute systématiquement des clauses de preuve rendant plus difficile son établissement pour l'assuré.

¹¹⁵⁵ Cass. civ. 1^{re}, 9 février 1994, n° 91-20656, n° 53.

¹¹⁵⁶ Cass. civ. 1^{re}, 10 janvier 1995, n° 92-18013, Bull. civ. I, n° 26 : « *L'article 14 du règlement du Loto national stipule que " les gains sont payables sur remise du reçu ou du double du bulletin, sans que le requérant ait à justifier de son identité " ».*

¹¹⁵⁷ Cass. civ. 1^{re}, 10 janvier 1995, n° 92-18013, Bull. civ. I, n° 26 ; obs. Ph. DELEBECQUE, *op. cit.*

B : Les clauses aggravant la preuve en matière d'assurance

594. **Annonce du plan.** Cette étude n'a pas vocation à réaliser un catalogue de tous les contrats d'assurance comportant des clauses rendant la preuve plus délicate¹¹⁵⁸. Le choix se portera sur deux types de contrats d'assurance, l'assurance en cas d'incendie (1) et l'assurance en cas de vol (2). L'analyse de la première se fonde sur une jurisprudence ancienne alors que la seconde sur une jurisprudence contemporaine.

1 : Les clauses de preuve dans les contrats d'assurance incendie

595. **Exemple de clause.** Un exemple de convention sur la preuve prévoyant de recourir à la preuve écrite à la place de la preuve par témoins se retrouvait fréquemment en matière d'assurance jusqu'à la réforme législative du 13 juillet 1930¹¹⁵⁹. En matière d'assurance incendie, il y avait souvent, voire quasi systématiquement, une clause de preuve. Cette stipulation était double et généralement conçue ainsi : « *La police est rédigée d'après les déclarations de l'assuré qui doivent toutes, à peine d'être réputées non avenues, être consignées par écrit* » ; « *L'assuré ne peut dans aucun cas exciper de ce que la police serait l'œuvre de l'agent de la compagnie* »¹¹⁶⁰. Les compagnies d'assurances voulaient connaître les sinistres déjà survenus de leurs clients. Cela leur permettait d'être averties sur leur degré de prévoyance et de prudence. Les primes d'assurance étaient ainsi établies en fonction de la connaissance des sinistres antérieurs. Dès lors, les assurés pouvaient avoir la tentation de cacher un passé néfaste. C'était la raison de ces conventions de preuve. Dans le cadre de ce système, si un sinistre antérieur était découvert et qu'il n'était pas fait mention de ce dernier dans la police d'assurance, alors la sanction était une déchéance de la police d'assurance. De plus, l'assuré ne pouvait pas prouver la faute de l'agent de la compagnie pour échapper à cette déchéance. Seules les déclarations écrites de l'assuré insérées dans la police étaient prises en considération. Le client n'était donc pas admis à établir que la compagnie d'assurances était informée de ces sinistres antérieurs par un moyen de preuve autre que l'écrit figurant dans la police d'assurance¹¹⁶¹.

¹¹⁵⁸ La charge de la preuve du suicide peut être renversée par une clause. En ce sens, B. BEIGNIER, *Droit des assurances*, Domat droit privé, Montchrestien, 2011, n° 402.

¹¹⁵⁹ R. LE BALLE, *op. cit.*, p. 92.

¹¹⁶⁰ R. LE BALLE, *ibid.*, p. 95.

¹¹⁶¹ R. LE BALLE, *ibid.*, p. 93 ; M. COCURAL, *op. cit.*, p. 71 et s.

596. **Des clauses validées par la jurisprudence.** Ce type de clause fut validé par la Cour de cassation : « Vu l'article 1134 du Code civil, attendu que les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites, attendu que les termes de la police d'assurance sont clairs et précis. Attendu, dès lors, qu'en refusant d'appliquer la clause portant que l'assuré n'avait droit, dans ce cas, à aucune indemnité, et en autorisant le demandeur à prouver que l'agent de la compagnie connaissait le sinistre, lors de la signature du contrat et qu'il était le rédacteur de la police, sans relever d'ailleurs aucun fait de fraude, l'arrêt attaqué a violé les dispositions de l'article de loi susvisé »¹¹⁶². La Cour de cassation appliqua parfaitement l'article 1134 du Code civil à ces conventions sur la preuve qui n'avaient rien de contraire à la loi et à l'ordre public, malgré les opinions de Le Balle¹¹⁶³ et Chavegrin¹¹⁶⁴.

597. **Débat doctrinal.** Ces auteurs considéraient que ces clauses étaient contraires à l'équité car elles étaient trop dures pour l'assuré, qui n'avait pas le choix dans les stipulations du contrat. De plus, elles empêchaient de ramener la preuve de la faute de l'agent de la compagnie. Cette règle de preuve devenait alors, pour Le Balle, une règle de fond¹¹⁶⁵. Mais un autre auteur, Cocural, milita en faveur de l'admission de ces clauses. Il fit remarquer, à juste titre, qu'il n'y avait pas de raison de prendre l'assuré pour une partie faible. Cet auteur considérait que l'assuré était en fait un industriel, un commerçant important, c'est-à-dire un professionnel, qui assurait son usine et ne pouvait ignorer le fonctionnement de l'assurance et la pratique de l'insertion de ces clauses. Il avait le devoir de vérifier si tous les sinistres déclarés étaient bien inscrits dans la police d'assurance¹¹⁶⁶. Cocural estimait enfin, également avec raison, que si l'agent de la compagnie agissait frauduleusement, cette clause ne pouvait pas empêcher l'assuré de prouver par tout moyen cette fraude, en vertu du principe « *fraus omnia corrumpit* »¹¹⁶⁷.

¹¹⁶² S. 1901, 1, 480 ; M. COCURAL, *ibid.*, p. 73.

¹¹⁶³ R. LE BALLE, *op. cit.*, p. 101.

¹¹⁶⁴ E. CHAVEGRIN, Cass. req., 13 juillet 1896, 17 mars 1897 et 7 mars 1898 ; Cass. civ., 6 août 1901 ; S. 1904, 1, 481.

¹¹⁶⁵ R. LE BALLE, *op. cit.*, p. 102.

¹¹⁶⁶ M. COCURAL, *op. cit.*, p. 74.

¹¹⁶⁷ M. COCURAL, *ibid.*, p. 75.

2 : Les clauses de preuve dans les contrats d'assurance contre le vol

598. **Une jurisprudence incertaine.** En matière de preuve du sinistre dans les contrats d'assurance¹¹⁶⁸, la Cour de cassation semble dire et se contredire. Voilà l'impression que l'on peut avoir en analysant la jurisprudence en ce domaine¹¹⁶⁹. Dans un arrêt du 10 mars 2004, la deuxième chambre civile de la Cour de cassation¹¹⁷⁰ a estimé que « *la preuve du sinistre, qui est libre, ne pouvait être limitée par le contrat* », sous le double visa des articles 1315 du Code civil et 6 §1 de la Convention européenne des droits de l'homme. En vertu d'une clause du contrat d'assurance, l'assuré devait rapporter la preuve « *des détériorations liées à une pénétration dans l'habitacle par effraction, le forçement de la direction ou de son antivol et la modification des branchements électriques ayant permis le démarrage du véhicule* »¹¹⁷¹. Faute d'avoir pu prouver tous les éléments de cette clause, la cour d'appel avait condamné l'assuré à restituer à l'assureur une partie de l'indemnisation perçue. La Cour de cassation censura la cour d'appel au motif que le contrat ne pouvait limiter la liberté de la preuve du sinistre. Est-ce une réticence ou une remise en cause de l'acceptation de principe des conventions sur la preuve en matière de contrat d'assurance ? Quelques mois après cette décision, la Cour de cassation a fait volte-face¹¹⁷². Le 16 décembre 2004 la deuxième chambre civile a validé une clause semblable. L'assuré devait rapporter la preuve de toutes les circonstances prévues par la clause. Ces circonstances étaient des conditions de la garantie. La clause de la preuve du sinistre ne portait pas atteinte à la liberté de la preuve. La jurisprudence a réaffirmé cette position dans de nombreux arrêts¹¹⁷³, notamment avec l'arrêt du 14 juin 2007¹¹⁷⁴.

599. **L'arrêt du 10 mars 2004, une tentative avortée de revirement jurisprudentiel ?** Il le semblerait bien. L'admission ou la condamnation de cette clause

¹¹⁶⁸ B. BEIGNIER, *Droit des assurances, op. cit.*, n° 403 et s.

¹¹⁶⁹ W. DROSS, *Clausier, op. cit.*, p. 430.

¹¹⁷⁰ Cass. civ. 2^e, 10 mars 2004, Bull. civ. II, n° 101 ; RDC 2004, p. 938, obs. Ph. STOFFEL-MUNCK et p. 1080, obs. A. DEBET ; Resp. civ. et assur. 2004, n° 199 ; D. NOGUERO, *Liberté de la preuve du sinistre ou conditions du jeu de la garantie du vol ? (A propos d'un arrêt de la deuxième chambre civile de la Cour de cassation du 10 mars 2004)*, Resp. civ. et assur. 2004, étude n° 20 ; RGDA 2004, p. 645 et J. KULLMANN, *De l'aménagement contractuel de la preuve du vol à la liberté de la preuve du sinistre... la Convention Européenne des Droits de l'Homme à l'assaut du contrat d'assurance*, RGDA 2004, p. 561 ; RTD civ. 2005, p. 133, obs. J. MESTRE et B. FAGES.

¹¹⁷¹ Cass. civ. 2^e, 10 mars 2004, n° 03-10154, Bull. civ. II, n° 101, note *ibid.* Sur l'analyse de cet arrêt, vérité également, B. BEIGNIER, *Droit des assurances, op. cit.*, n° 404.

¹¹⁷² Cass. civ. 2^e, 16 décembre 2004, n° 03-18232, RGDA 2005, p. 182, note J. KULLMANN.

¹¹⁷³ Cass. civ. 2^e, 14 juin 2007, n° 06-15670, Bull. civ. II, n° 154 ; Resp. civ. et assur. 2007, p. 289 ; Cass. civ. 2^e, 3 février 2011, n° 10-14633 ; L'essentiel Droit des assurances 10 avril 2011, n° 4, p. 4, obs. D. KRAJESKI.

¹¹⁷⁴ Cass. civ. 2^e, 14 juin 2007, *op. cit.* ; RGDA 2007, p. 906, note S. ABRAVANEL-JOLLY.

dépend de son analyse. S'agit-il d'une clause venant limiter la preuve du vol ? Ou au contraire, cette clause précise-t-elle l'étendue de la garantie ?

600. **Une clause limitant la possibilité de convaincre le juge.** D'une part, si la preuve du vol peut se rapporter uniquement par la preuve de l'effraction de l'habitable et des techniques pour démarrer la voiture sans la clé, alors la clause limite la possibilité de convaincre le juge. Il s'agit d'une présomption. On tire de l'effraction, l'élément connu, le vol, l'élément inconnu¹¹⁷⁵. L'assuré doit prouver l'effraction pour bénéficier de la présomption du vol. Le vol ne se prouve plus par tout moyen. L'objet de la preuve a donc été modifié. L'effraction est plus difficile à prouver que le vol. De plus, il peut y avoir vol sans effraction. Le vol sans effraction est impossible à prouver en appliquant cette clause. La liberté de la preuve des faits juridiques commande l'annulation de cette clause si la preuve devient impossible¹¹⁷⁶, ce qui serait le cas de la preuve du vol sans effraction en application de la clause litigieuse. Dans sa thèse en étudiant cette décision¹¹⁷⁷, Madame Lamoureux fait remarquer que la Cour de cassation semble favorable aux conventions élargissant les procédés de preuve au profit de l'assuré. Elle rapproche cette différence de solution à quelques réticences doctrinales à l'égard des conventions de preuve du début du XX^e siècle. Cette différence de solution correspond à la protection de la partie faible qui disparaît lorsque la partie forte décide de lui accorder plus de droit que la loi. La loi n'est dans ce domaine qu'un minimum à respecter pour ne pas porter atteinte à l'ordre public. Ce même ordre n'est en rien endommagé si la protection est augmentée par la partie forte. La Cour de cassation n'a pas vocation à admettre toutes les conventions relatives à la preuve. L'ordre public doit être

¹¹⁷⁵ J. KULLMANN, *De l'aménagement contractuel de la preuve du vol à la liberté de la preuve du sinistre... la Convention Européenne des Droits de l'Homme à l'assaut du contrat d'assurance*, op. cit., p. 561 et s. où l'auteur précise que « *c'est en prouvant l'un de ces faits, désormais connu, que l'on démontre le vol qui, lui, reste pratiquement inconnu* ».

¹¹⁷⁶ J. KULLMANN, *ibid.*, loc. cit. où l'auteur indique qu'« *on rejoint ainsi l'opinion de notre collègue Alain Bénabent qui marque une frontière à la licéité des conventions sur la preuve : il ne faut pas que les règles contractuellement prévues rendent en fait toute preuve impossible* ». Cette solution trouve son pendant devant les juridictions supranationales. La Cour de justice des Communautés européennes estime que les règles nationales d'administration de la preuve ne doivent pas avoir pour conséquence de rendre extrêmement difficile ou impossible l'allégation d'un droit issu du droit communautaire, empêchant ainsi l'accès au juge. V. CJCE, 9 novembre 1983, aff. 199/82, *San Giorgio*, Rec., p. 3595 ; 25 février 1988, aff. 331, 376 et 378/85, *Les fils de Jules Bianco*, Rec., p. 1099 ; S. GUINCHARD C. CHAINAIS, C. DELICOSTOPOULOS et alii., *Droit processuel : droits fondamentaux du procès*, Précis, Dalloz, 7^e éd., 2013, n° 288. La loi nationale doit respecter l'accès au juge, les conventions doivent en faire de même.

¹¹⁷⁷ M. LAMOUREUX, op. cit., tome 1, p. 201 et 202 où l'auteur considère que « *la position de la Cour de cassation reste à confirmer, mais depuis cette décision il n'est en tout cas plus possible de dire que la Cour de cassation consacre toutes les conventions sur la preuve, quel que soit leur contenu. Si cette position se confirmait, elle devrait logiquement rejaillir sur les clauses qui affectent le plus directement l'office du juge que sont les clauses relatives à la force probante* ».

respecté soit par l'intermédiaire des droits disponibles – avec l'admissibilité des conventions de preuve –, soit directement par le contrôle de l'objet ou de la cause – avec l'admission de ces mêmes conventions.

601. **La possibilité de prouver librement le vol par effraction.** D'autre part, si la clause est analysée comme une clause de détermination des risques garantis, alors l'assuré peut prouver librement le vol par effraction. Ce n'est plus le vol mais le vol par effraction qui est l'objet du contrat d'assurance. Dans ce cas, la preuve n'est pas restreinte. La censure de la clause par la Cour de cassation n'est plus justifiée. Il ne s'agit plus d'une clause de preuve, mais d'une clause de détermination du risque garanti. L'assureur ne souhaite pas garantir les biens volés dans des circonstances favorisées par l'assuré¹¹⁷⁸. L'assureur ne veut pas prendre en charge la soustraction frauduleuse permise par un comportement de son assuré, par exemple, si la portière de la voiture a été laissée ouverte ou si les clés sont restées dans la voiture¹¹⁷⁹. L'effraction définie par la clause permet de déterminer le risque couvert par l'assurance¹¹⁸⁰. Ce n'est pas un déplacement de l'objet de la preuve. La clause prévoyant ainsi le risque couvert, « *ne peut porter atteinte au principe de liberté de la preuve du sinistre* »¹¹⁸¹. L'assuré doit rapporter la preuve du risque couvert par le contrat d'assurance conformément aux clauses de ce contrat¹¹⁸². La clause n'est pas abusive en principe¹¹⁸³. Les juges doivent vérifier l'équilibre dans leurs prestations. La diminution du risque couvert doit entraîner une diminution des primes d'assurance pour respecter le principe de proportionnalité entre la prime et le risque¹¹⁸⁴. Une disproportion entraînerait un déséquilibre significatif entre les parties. La Cour de cassation a considéré que la clause définissant la charge de la preuve du

¹¹⁷⁸ « *La clause a un objectif précis parfaitement compréhensible : imposer à l'assuré des précautions élémentaires contre le vol* » : Cass. civ. 2^e, 3 février 2011, n° 10-14633, L'essentiel Droit des assurances 10 avril 2011, n° 4, p. 4, obs. D. KRAJESKI.

¹¹⁷⁹ J. KULLMANN, *op. cit.*, p. 561 et s.

¹¹⁸⁰ H. GROUDEL, *Distinction de l'exclusion et de l'absence d'une condition de la garantie*, Resp. civ. et assur. 1997, chron. n° 5.

¹¹⁸¹ Cass. civ. 2^e, 14 juin 2007, n° 06-15670, RGDA 2007, p. 906, note S. ABRAVANEL-JOLLY.

¹¹⁸² Cass. civ. 2^e, 16 décembre 2010, n° 09-69829 : « *Que de ces constatations et énonciations, la cour d'appel a dit à bon droit que la clause litigieuse, qui formulait des exigences générales et précises auxquelles la garantie était subordonnée, instituait les conditions de celle-ci, et non une exclusion de garantie et a pu en déduire que l'assuré n'établissait pas que ces conditions étaient réalisées* ». Cass. civ. 1^{re}, 24 juin 1970, Bull. civ. I, n° 221. Cass. civ. 1^{re}, 13 mai 1981, Bull. civ. I, n° 162. Cass. civ. 1^{re}, 3 novembre 1981, Bull. civ. I, n° 322, 1^{er} moyen. Cass. civ. 1^{re}, 7 juillet 1992. Cass. civ. 1^{re}, 13 novembre 1996, Bull. civ. I, n° 396 ; Resp. civ. et assur. 1997, com. 66, 2e moyen. Cass. civ. 1^{re}, 7 juillet 1998, Bull. civ. I, n° 236. Cass. civ. 1^{re}, 18 décembre 2002 ; RGDA 2003, p. 358, note A. FAVRE ROCHEX.

¹¹⁸³ TGI Paris, 29 juin 1994, Petites Affiches 4 septembre 1995, p. 7, note A. KARIMI.

¹¹⁸⁴ V. not. M. PICARD et A. BESSON, *Les assurances terrestres en droit français*, Tome 1, LGDJ, 4^e éd., 1975, n° 35.

risque garanti ne crée pas de déséquilibre significatif¹¹⁸⁵. La réglementation des clauses abusives n'a pas d'incidence sur sa validité. La Cour de cassation estime que la clause n'est pas abusive car elle se borne à définir le risque couvert¹¹⁸⁶.

602. **Une pure question de qualification.** Tout dépend de la qualification apportée à cette clause litigieuse¹¹⁸⁷. La Cour de cassation privilégie l'approche du risque garanti et non la limitation de l'objet de la preuve. Cette solution est constante¹¹⁸⁸, malgré cet arrêt du 10 mars 2004. D'ailleurs la même année, elle a validé une clause conduisant aux mêmes effets¹¹⁸⁹. L'incertitude n'a pas été levée par cet arrêt, car il n'y a pas eu de référence à l'article 6 §1 de la Convention européenne des droits de l'homme. Il a fallu attendre la décision du 24 mai 2006 pour être certain que cette clause n'est pas contraire à cet article¹¹⁹⁰. La décision du 10 mars 2004 est regrettable car la Cour de cassation a confondu la preuve du sinistre avec le risque garanti¹¹⁹¹. Sous couvert de sanctionner une règle de preuve, les juges ont modifié l'objet du contrat. En application de cette clause, l'assuré doit rapporter la preuve

¹¹⁸⁵ Cass. civ. 1^{re}, 7 juillet 1998, cont., conc., consom. 1998, n° 20, obs. G. RAYMOND. Malgré la recommandation de la Commission des clauses abusives d'éliminer des contrats d'assurance « *multirisque habitation* » les clauses ayant pour objet ou pour effet d'exiger de l'assuré la preuve du vol ainsi que ses circonstances. Et de manière générale, elle a fait la même proposition pour les clauses sur les procédés de preuve admissibles pour établir la preuve. V. Recommandation n° 85-04, BOSP 6 décembre 1985 ; voir J. BIGOT, *La recommandation de la Commission des clauses abusives et l'assurance multirisque habitation des particuliers*, RGAT 1986.9. ; Pour les contrats d'assurance des véhicules terrestres à moteur de tourisme, la Commission propose l'élimination des clauses ayant pour effet de mettre à la charge de l'assuré la preuve d'une effraction pour le vol. Recommandation n° 89-01, BOCCRF 14 juillet 1989.

¹¹⁸⁶ Cass. civ. 1^{re}, 7 juillet 1998, Bull. civ. I, n° 240 ; Resp. civ. et assur. 1998, com. 396, 401 ; D. 1999, som. com., p. 111, obs. D. MAZEAUD ; Cont., conc., consom. 1998, com. 120, 1^{re} esp, note G. RAYMOND.

¹¹⁸⁷ Ph. STOFFEL-MUNCK, *Conventions sur la preuve, op. cit.*, n° 3 où l'auteur précise que « *pour revenir sur l'exemple de l'assurance, définir le risque garanti est une opération autre qu'énoncer les moyens de prouver la survenance dudit risque, tel qu'il a été préalablement défini. Par exemple, énoncer que le vol est garanti à titre général, mais qu'il faudra prouver une effraction pour faire jouer la garantie, c'est démentir, par le biais probatoire, la première proposition* ».

¹¹⁸⁸ Cass. civ. 2^e, 14 juin 2007, *op. cit.* ; RGDA 2007, p. 906, note S. Abravanel-Jolly : « *Ce faisant, la solution de la haute Cour s'inscrit dans la jurisprudence constante rendue en la matière, selon laquelle la clause relative à l'aménagement contractuel de la preuve du vol par effraction ne porte pas atteinte au principe de la liberté de la preuve du sinistre, parce que les circonstances décrites dans la clause litigieuse correspondent à la définition du risque garanti* ». V. également, Cass. civ. 1^{re}, 7 juillet 1998, n° 96-17279, Bull. civ. I, n° 240 ; Defrénois 1998, p. 1417, obs. D. MAZEAUD. Cass. civ. 2^e, 14 juin 2007, n° 06-15670, Bull. civ. II, n° 154 ; Resp. civ. et assur. 2007, p. 289. Cass. civ. 2^e, 3 février 2011, n° 10-14633, L'essentiel Droit des assurances 10 avril 2011, n° 4, p. 4, obs. D. KRAJESKI.

¹¹⁸⁹ Cass. civ. 2^e, 16 décembre 2004, n° 03-18232, RGDA 2005, p. 182, note J. KULLMANN.

¹¹⁹⁰ Cass. civ. 2^e, 24 mai 2006, n° 04-20804, Lamyline.

¹¹⁹¹ Cass. civ. 2^e, 14 juin 2007, *op. cit.* ; RGDA 2007, p. 906, note S. ABRAVANEL-JOLLY. V. Lamy Assurances 2008, n° 705.

des conditions de la garantie vol définie dans le contrat¹¹⁹², et faute d'y arriver il succombera¹¹⁹³. En définitive, l'arrêt de la Cour de cassation du 10 mars 2004 est isolé¹¹⁹⁴.

603. **La possibilité de limiter les modes de preuve admissibles pour prouver le vol ?** *A priori* rien ne s'y oppose¹¹⁹⁵. La Cour de cassation a admis que les parties peuvent établir des conditions de mise en œuvre de la garantie¹¹⁹⁶ et imposer à l'assuré de prendre des dispositions pour prévenir le vol¹¹⁹⁷. Les contractants ont raison de prévenir au mieux les conditions de mise en œuvre de la garantie, afin d'éviter toute incertitude¹¹⁹⁸. La certitude passe par le respect de la clause par le juge¹¹⁹⁹. Un contrôle trop sévère pour protéger la partie faible sans véritable justification peut à moyen et long terme décourager l'activité d'assurance, portant atteinte aux intérêts des assurés¹²⁰⁰ et plus généralement à l'intérêt de la société. Le respect des prévisions contractuelles participe au respect de l'ordre public.

604. **Ne pas confondre limitation et empêchement.** Limiter les éléments de preuve rapportables par l'assuré est licite, l'empêcher est contraire à l'ordre public. Rendre une preuve impossible ne permet pas à l'assuré d'accéder à la justice. L'article 6 §1 de la Convention européenne des droits de l'homme protège cet accès au juge. Au seul regard du droit français, une preuve impossible entraîne une impossibilité d'être garanti. Or, c'est

¹¹⁹² Cass. civ. 1^{re}, 24 juin 1970, Bull. civ. I, n° 221. Cass. civ. 1^{re}, 13 mai 1981, Bull. civ. I, n° 162. Cass. civ. 1^{re}, 3 novembre 1981, Bull. civ. I, n° 322, 1^{er} moyen. Cass. civ. 1^{re}, 7 juillet 1992. Cass. civ. 1^{re}, 13 novembre 1996, Bull. civ. I, n° 396 ; Resp. civ. et assur. 1997, com. 66, 2^e moyen. Cass. civ. 1^{re}, 7 juillet 1998, Bull. civ. I, n° 236. Cass. civ. 1^{re}, 18 décembre 2002 ; RGDA 2003, p. 358, note A. FAVRE ROCHEX.

¹¹⁹³ V. Cass. civ. 2^e, 19 octobre 2006 ; Resp. civ. et assur. 2007, com. n° 33 ; D. NOGUÉRO, *Liberté de la preuve du sinistre ou conditions de la garantie vol ?*, Resp. civ. et assur. 2004, chron. n° 20, n° 16.

¹¹⁹⁴ Lamy Assurances 2008, n° 705.

¹¹⁹⁵ W. DROSS, *Clausier, op. cit.*, p. 431 où l'auteur pense que « *quoi qu'il en soit de cet arrêt de 2004, auquel une préoccupation consumériste n'est sans doute pas étrangère, on ne voit guère au nom de quel principe les parties ne pourraient pas soumettre la preuve de l'exécution de leurs obligations contractuelles à des exigences probatoires plus draconiennes que celles du droit commun* ».

¹¹⁹⁶ Cass. civ. 1^{re}, 7 juillet 1998, n° 96-17279, Bull. civ. I, n° 240 : « *que l'appréciation par l'assureur du risque vol serait complètement faussée si l'assuré, n'étant plus tenu de rapporter la preuve des conditions dans lesquelles le vol s'est réalisé, pouvait prétendre au bénéfice d'une assurance vol tous risques, tout en réglant une prime très inférieure due au titre d'un contrat multirisque habitation* ».

¹¹⁹⁷ Cass. civ. 1^{re}, 1^{er} février 2000, n° 97-16707 : « *la clause litigieuse imposait seulement à l'assuré de prendre des précautions élémentaires contre le vol et n'apportait pas de restriction excessive à sa liberté, ce dont il résultait qu'elle ne conférait pas à l'assureur un avantage excessif, a exactement retenu que cette clause n'était pas abusive* » ; Resp. civ. et assur. 2000, com. 138.

¹¹⁹⁸ D. NOGUÉRO, *op. cit.*, n° 11.

¹¹⁹⁹ D. NOGUÉRO, *ibid.*, *loc. cit.* où l'auteur précise que « *le juge ne saurait déjouer les prévisions des cocontractants* », et n° 19 où il indique qu'« *à notre sens, autant que l'on peut se rendre compte des éléments de fait du litige d'après les motifs de la décision qui le tranche, c'est rappeler la force obligatoire de la définition contractuelle de la condition de la garantie vol exigeant, lato sensu, des traces d'effraction. Réclamant le bénéfice de l'assurance, l'assuré devait établir la réunion des conditions requises par la police pour mettre en jeu les garanties* ».

¹²⁰⁰ D. NOGUÉRO, *ibid.*, n° 13.

justement l'objet du contrat d'assurance que de garantir la réalisation d'un risque. Ne pouvant pas prouver le risque, le contrat n'a plus d'objet. Le juge devra alors choisir entre annuler le contrat ou réputer la clause non écrite. La première possibilité ne permettrait pas à l'assuré de se voir rembourser les dommages couverts par l'assurance. La seconde solution serait ainsi plus opportune pour l'assuré. Cette clause n'a pas vraiment comme effet de rendre plus difficile la preuve¹²⁰¹, même si les contractants pourraient le décider.

605. **Quid de la force probante ?** L'assureur va pouvoir restreindre les modes de preuve admissibles pour établir la réalisation du risque garanti. Peut-il attacher à ces procédés une force probante absolue ? Si un seul procédé est admissible, forcément il aura une force probante absolue, à moins de le qualifier de présomption simple. La preuve serait de nouveau ouverte. Dans l'hypothèse où la clause prévoit plusieurs éléments de preuve admissibles, les contractants peuvent-ils lier le juge dans l'appréciation de la force probante de ces différents procédés ? En cas de réponse positive, le juge serait dans son office soumis à la volonté des parties. Le juge ne pourrait pas systématiquement statuer en fonction des éléments les plus vraisemblables. Lorsque l'élément de preuve admissible par la clause est celui qui a la force probante la plus grande, le juge devrait suivre la volonté des parties. Il importe peu que cet élément soit le plus vraisemblable ou non. La réciproque est également vraie. Si l'élément le plus vraisemblable dispose d'une force probante inférieure à un autre procédé de preuve soumis à l'appréciation des juges, le dernier l'emportera sur le premier. D'un autre côté, ce reproche peut être fait à la loi lorsqu'elle détermine la force probante de certains éléments de preuve. La vraisemblance ne permet pas aux juges d'écarter la force absolue de certaines preuves¹²⁰². Certains auteurs préconisent de laisser au juge un pouvoir face aux éléments de preuve admissibles, notamment en vérifiant la vraisemblance des procédés apportés¹²⁰³. Il est également possible de rendre plus difficile la preuve lorsque les parties devraient être soumises au système de la preuve légale.

¹²⁰¹ D. NOGUÉRO, *op. cit.*, n° 19. L'auteur considère qu'indirectement la preuve se trouve limitée par cette clause de définition du risque garanti : La Cour de cassation « *se borne à exiger la preuve libre de ces circonstances pour que soit acquise la garantie vol. Par conséquent, ce n'est que de façon médiate, eu égard à l'objet de la preuve à rapporter, non pas des moyens disponibles, que la preuve se trouve limitée* ».

¹²⁰² Cass. civ. 1^{re}, 4 novembre 2011, n° 10-27035 : Une banque avait envoyé par erreur un document libérant son client du remboursement d'un prêt. La Cour de cassation refuse à la banque de prouver par tout moyen que le prêt n'a pas été remboursé. Elle ne peut le faire que par un écrit de même force probante ou supérieur, c'est-à-dire un acte sous seing privé ou un acte authentique. La remise de dette étant un acte sous seing privé, l'article 1341 du Code civil interdit de combattre une preuve écrite par tout moyen. Les juges ne doivent pas tenir compte de la vraisemblance.

¹²⁰³ J. KULLMANN, *op. cit.*, p. 561 et s.

Paragraphe 2 : L'hypothèse de la preuve par écrit

606. **Postulat.** La situation est ici la suivante : les parties se trouvent sous l'empire de la règle issue de l'article 1341 du Code civil. Au-dessus de 1 500 €, un acte juridique doit se prouver par la preuve littérale. Cette exigence de preuve est déjà très restrictive. Peut-on la rendre plus restrictive qu'elle ne l'est ? La réponse est évidemment positive. L'article 1341 du Code civil prévoit qu'il doit être passé devant notaire ou sous signatures privées les actes ayant une valeur supérieure à 1500 €.

607. **Première restriction possible.** La première restriction envisageable serait de réduire ce choix de procédé. Une clause pourrait prévoir, par exemple, que seul un acte notarié pourrait être utilisé comme moyen de preuve. Au contraire, une clause pourrait prévoir que seul un acte sous seing privé serait admissible comme procédé probatoire. La preuve deviendrait extrêmement difficile en raison de la réduction des procédés de preuve admissibles.

608. **Seconde restriction possible.** Une autre possibilité de rendre la preuve plus délicate serait d'empêcher de basculer sur un système de preuve libre. Par principe, si l'une des parties démontre qu'elle était dans l'impossibilité de se préconstituer un écrit ou possède un commencement de preuve par écrit, alors elle peut prouver par tout moyen. Les parties pourraient déroger à cette règle en décidant qu'elles auraient la faculté de ramener la preuve de leur droit par les procédés prévus à l'article 1341 du code civil, mais qu'elles ne bénéficieront pas des deux exceptions à cet article. Toutes les combinaisons sont possibles :

- les parties écartent seulement les exceptions de l'article 1341 du Code civil, mais ne touchent pas aux deux procédés prévus par cet article ;
- les parties écartent l'une des deux exceptions seulement de l'article 1341, mais ne touchent pas aux procédés de cet article ;
- les parties laissent les deux exceptions, mais n'admettent qu'un seul des deux procédés de l'article 1341 ;
- les parties ne laissent qu'une seule des deux exceptions, et n'admettent qu'un seul des deux procédés de l'article 1341 ;
- les parties écartent les deux exceptions et n'admettent qu'un seul des deux procédés de l'article 1341 du Code civil.

609. **Intérêt.** Toute sorte de clause est imaginable pour renforcer les moyens de preuve. L'intérêt de ces conventions sur la preuve réside, sans doute comme l'écrit Le Balle, dans le fait que les parties « [sacrifient] à un intérêt de sécurité les préoccupations de commodité et de rapidité qui sont normalement à la base des relations d'affaires »¹²⁰⁴. Les parties peuvent également prévoir un procédé unique évinçant l'application de l'article 1341 du Code civil et des exceptions des articles 1347 et 1348 du même code. Les parties peuvent rendre extrêmement difficile la preuve par la conclusion de conventions sur les procédés de preuve, mais elles doivent faire attention à ne pas tomber sous le coup d'une limitation. L'article 6 §1 de la Convention européenne des droits de l'homme protège l'accès au juge, cet accès doit être effectif. Une clause de preuve rendant impossible la preuve de l'élément litigieux revient à ne pas pouvoir défendre efficacement son droit devant le juge : la clause serait illicite. La preuve doit toujours être possible sinon la règle de preuve devient une règle de fond. La preuve devenue impossible, la décision de justice pourrait être en plus invraisemblable et illégitime. Par conséquent, l'ordre public serait atteint par cette convention de preuve.

¹²⁰⁴ R. LE BALLE, *op. cit.*, p. 96.

CONCLUSION DU CHAPITRE PREMIER

610. **Favoriser la vérité.** Les contractants, en aménageant directement les règles de preuve, modifient la volonté initiale du législateur sur la recherche de la vérité ou de la sécurité. Les clauses allégeant les règles de preuve permettent aux plaideurs de se rapprocher de la vérité. L'ordre public ne peut qu'être difficilement atteint par cette volonté. La vérité participe à la préservation de l'ordre dans la société. En augmentant les éléments de preuve admissibles en justice, les parties accroissent les pouvoirs d'appréciation du juge, permettant ainsi d'atteindre la réalité des faits au plus près. Les juges conservent un pouvoir important dans ces conditions.

611. **Une vérité difficile à établir.** Le problème est quelque peu différent lorsque les parties se mettent d'accord pour rendre l'établissement de la vérité plus difficile. En principe, ces clauses sont licites. Elles ont pour conséquence d'assurer la sécurité dans les rapports contractuels entre les parties. Pour les actes juridiques d'une valeur supérieure à 1500 euros, le législateur décide de privilégier la sécurité juridique au détriment de la vérité, en imposant un écrit parfait. Son choix n'atteint pas l'ordre public, bien au contraire, il est justifié par cette protection. L'aménagement conventionnel des parties, ayant pour effet de sécuriser leur rapport, n'est pas en soi une entrave à la paix sociale.

612. **Les limites.** Les parties doivent respecter certaines consignes pour éviter de contrarier cet ordre. Pour ne pas troubler l'ordre public, les contractants doivent toujours permettre l'accès au juge. En cas de litige, les plaideurs doivent pouvoir rapporter la preuve de leurs droits. La clause de preuve qui empêcherait l'une des parties de pouvoir établir la réalité des faits serait contraire à l'article 6 §1 de la Convention européenne des droits de l'homme et porterait atteinte à l'ordre public. Le juge doit garder un pouvoir d'appréciation des éléments de preuve qui lui sont soumis. Devant rendre une décision sur le litige dont il est saisi, le juge ne peut pas fortifier une situation de fait invraisemblable en raison de l'application de cette convention de preuve. Il peut encore moins modifier cette situation sur

des éléments plus que douteux à cause de cette même clause. L'ordre public serait contrarié par cette limitation excessive des pouvoirs du juge.

613. **Du constat des excès.** L'excès semble ressortir de ces comportements. Les contractants ne doivent pas rechercher des effets inconciliables avec les finalités de la preuve. Les parties peuvent tendre vers la vérité ou la sécurité à la condition que la décision garde une certaine légitimité. L'ordre public serait troublé si l'application d'une clause de preuve entraînait une décision illégitime. La preuve est au service de l'ordre public. Les parties peuvent aménager directement les règles de preuve sans jamais contrarier la paix sociale. Les contractants ne doivent pas transformer les règles de preuve en règles de fond. À l'inverse, les parties peuvent, par des clauses touchant au fond du droit, déroger indirectement aux règles probatoires. Les contractants peuvent indirectement modifier les règles de preuve, sans en avoir l'intention. Comment ces aménagements indirects des règles de preuve vont-ils se confronter à l'ordre public ?

CHAPITRE SECOND

LES AMÉNAGEMENTS INDIRECTS DES RÈGLES LÉGALES DE PREUVE

614. **Une règle de fond en tant que règle de preuve.** Il est souvent reproché aux clauses de preuve de cacher des règles de fond, inspirant à juste titre la critique. Des clauses de fond peuvent-elles masquer des clauses de preuve ? Comment une règle de fond peut-elle modifier indirectement les règles de preuve ? *A priori*, l'application d'une clause du contrat n'a pas d'incidence sur les règles probatoires. Ce n'est qu'en comparant la situation en l'absence de cette clause et en sa présence qu'il est possible de déterminer s'il s'agit d'un aménagement indirect des règles légales de la preuve. « *Il existe des clauses qui, sans se présenter expressément comme des clauses relatives à la preuve parce qu'elles n'ont pas précisément pour objet de déroger aux règles légales de preuve, produisent en réalité des effets probatoires, et même les effets les plus énergiques* »¹²⁰⁵.

615. **La détermination délicate des clauses indirectes de preuve.** Les modifications indirectes des règles légales de preuve peuvent avoir des conséquences plus radicales sur le système probatoire que les aménagements directs de ces règles¹²⁰⁶. Le juge vérifie plus facilement la conformité des aménagements directs des règles probatoires par rapport aux finalités de la preuve. En revanche, les clauses indirectes de preuve peuvent être plus difficiles à détecter, le contrôle de son effet sur la preuve peut échapper à la vigilance du juge.

616. **L'admission des clauses indirectes de preuve.** Ces clauses, validées par la loi ou par la jurisprudence, sont nombreuses. Il faut analyser leurs conséquences sur les finalités

¹²⁰⁵ M. LAMOUREUX, *L'aménagement des pouvoirs du juge par les contractants, Recherche sur un possible imperium des contractants*, tome 1, PUAM, 2006, p. 204.

¹²⁰⁶ Pour une vision d'ensemble sur la question des aménagements indirects des règles de preuve, v. M. MEKKI, *La gestion contractuelle du risque de la preuve (2^e partie)*, RDC 2009, p. 453 et s.

de la preuve et, plus généralement, sur l'ordre public pour pouvoir limiter leurs effets, voire les rendre inefficaces.

617. **La diversité des clauses indirectes de preuve.** Madame le professeur Lamoureux présente dans sa thèse plusieurs exemples de clauses indirectes de preuve : « *toutes les informations utiles ont été délivrées ; que tel élément du contrat a été déterminant du consentement des parties ou, à l'inverse, que telle déclaration précontractuelle ou publicitaire émanant de l'une des parties n'a pas été déterminante du consentement de l'autre ; que le contrat a été négocié et que chacune des parties a eu l'occasion de présenter ses observations ; que l'acquéreur a pris connaissance des conditions générales de vente et en a accepté la teneur ; qu'il a eu l'occasion d'examiner le bien vendu et en accepte les vices...* »¹²⁰⁷.

618. **Annnonce du plan.** Trop nombreux, ces aménagements ne peuvent pas tous être analysés. La création de ces clauses n'a de borne que dans l'imagination de leur rédacteur. Seules les clauses présentant un intérêt par leur mécanisme ou parce qu'elles sont fréquemment insérées dans les conventions seront étudiées. L'intérêt majeur de ces clauses est d'intervenir soit au niveau de l'exécution du contrat (**Section 1**), soit au niveau de son anéantissement (**Section 2**).

Section 1 : Les clauses relatives à l'exécution du contrat

619. **Lier le juge.** Les parties, lors de la rédaction de leur convention, envisagent les difficultés qui pourraient surgir dans le futur. La première pensée se dirige vers les problèmes induits de l'inexécution des obligations. Les contractants aménagent les règles régissant l'inexécution contractuelle afin d'éviter l'incertitude d'un pouvoir judiciaire parfois considéré comme arbitraire (§2). Ce n'est pourtant pas la seule possibilité qui s'offre aux contractants pour lier le juge en cas de litige. Puisque les parties décident de sceller un fait dans le contrat, elles choisissent de le considérer comme avéré. Ces clauses sont dites clauses de constatation ou encore clauses déclaratives. Par cette clause, les contractants constatent la réalité d'un fait relatif à l'exécution. Le juge serait alors lié par cette déclaration contractuelle (§1).

¹²⁰⁷ M. LAMOUREUX, *op. cit.*, tome 1, p. 205.

Paragraphe 1 : Les clauses de constatation ou clauses déclaratives

620. **Notion.** Les clauses de constatation ou déclaratives permettent aux contractants d'établir l'existence d'un fait. Ces clauses ne sont pas directement liées aux règles probatoires. L'effet de ces stipulations modifie indirectement la preuve. Le mécanisme est assez simple en pratique. Les contractants se mettent d'accord pour reconnaître l'existence d'un fait ayant un lien avec les obligations nées de la convention. Grâce à cette clause, les parties établissent l'existence d'un fait (**A**). Cette technique est très utilisée lorsque la loi ou la jurisprudence mettent à la charge de l'une des parties une obligation d'information (**B**).

A : La reconnaissance d'un fait

621. **Un juge pas tout à fait lié.** Sans cette clause, lors de la survenance d'un litige, les plaideurs devraient prouver par tout moyen l'existence des faits nécessaires au succès de leurs prétentions. Avec l'aide d'une clause de constatation, les parties commencent à constater un fait qui aurait dû être prouvé lors de l'instance et anticipent toute contestation sur ce point¹²⁰⁸ (1). Le juge, voyant son pouvoir d'appréciation réduit à néant par cette stipulation, atténue l'effet de cette clause en la requalifiant de clause de renversement de la charge de la preuve (2).

1 : L'évitement de la contestation du fait constaté

622. **Un aveu contractuel.** Cette clause a un effet indirect sur la preuve car, en établissant la réalité d'un fait, les parties recherchent à faire la preuve de l'existence de ce fait, empêchant ainsi toute preuve contraire. La déclaration des contractants aurait l'effet d'une présomption irréfragable de certitude¹²⁰⁹. Sans être une convention directe des règles de preuve, cette clause a une incidence certaine sur ces dernières. L'effet est d'ailleurs plus énergique car la clause a vocation à interdire la preuve contraire. La reconnaissance de cette clause serait une sorte d'aveu contractuel¹²¹⁰ ayant pour objectif de lier le juge comme un

¹²⁰⁸ M. LAMOUREUX, *op. cit.*, tome 1, p. 204.

¹²⁰⁹ M. LAMOUREUX, *ibid.*, *loc. cit.* où l'auteur indique qu'« il s'agit en effet de clauses dont le seul objet est de constater un fait, mais dont l'effet recherché est purement et simplement de faire preuve irréfragable du fait constaté ».

¹²¹⁰ H. CROZE, *Informatique, preuve et sécurité*, D. 1987, chron. p. 165, n° 15 où l'auteur précise que « préconstituer une preuve, c'est, en quelque sorte, préconstituer un aveu ». V. également, E. JEULAND, *Modèle*

aveu judiciaire. La force obligatoire de cette clause remplacerait ainsi la force probante absolue d'un aveu judiciaire ou d'un serment décisoire. En effet, la clause licite coupe « *à la racine les chances de succès de toute contestation future de l'une des parties* »¹²¹¹. Ce fait est prouvé par la clause le constatant de la même manière que le *negotium* est prouvé par l'*instrumentum*¹²¹². Les parties ayant constaté dans un écrit ce fait, pourquoi accepter qu'elles le contestent par la suite. Contester le fait conventionnellement constaté revient à se contredire¹²¹³. Le juge devrait refuser qu'un des plaideurs établisse la preuve contraire¹²¹⁴.

623. **L'exemple des contrats de vente.** Dans certains contrats de vente, des clauses précisent que les parties ont pris connaissance de stipulations contractuelles, notamment celles incluses dans les conditions générales de vente. L'acheteur en acceptant de contracter, accepte les conditions générales de vente. Il n'a pas la possibilité de prouver son refus dès lors qu'une clause constate la connaissance de ces conditions dans le contrat de vente, même si ces conditions générales ne sont pas insérées dans l'*instrumentum*¹²¹⁵. La Cour de cassation valide ces clauses¹²¹⁶. « *La constatation chasse la contestation, tel est l'enseignement de la jurisprudence dominante* »¹²¹⁷.

et preuve de l'acte juridique, in Code civil et modèles, des modèles du Code au Code comme modèle, sous la dir. de Th. REVET, Bibl. de l'Institut A. TUNC, LGDJ, 2005, p. 209 et s., sp. n° 19 où l'auteur considère que « rédiger un écrit revient à rendre un auto-jugement par avance ».

¹²¹¹ M. LAMOUREUX, *op. cit.*, tome 1, p. 204.

¹²¹² M. LAMOUREUX, *ibid.*, tome 1, p. 205.

¹²¹³ Cass. civ. 1^{re}, 14 novembre 2001, Bull. civ. I, n° 280 ; JCP G 2002, II, 10078, concl. J. SAINTE-ROSE ; RTD civ. 2002, p. 93, obs. J. MESTRE et B. FAGES.

¹²¹⁴ TGI Charleville-Mézières, ord. réf., 5 avril 2000 ; Comm. com. électr. 2001, n° 39, obs. P. LE STANC. V. également, M. LAMOUREUX, *op. cit.*, tome 1, p. 207 où l'auteur indique qu'« *on relèvera également, et à plus forte raison, que devant le juge des référés une clause de constatation crée une apparence de réalité qui fait obstacle à ce que l'une des parties la conteste pour obtenir la cessation d'un trouble qu'elle prétend manifester illicite* ».

¹²¹⁵ Ce procédé n'est pas abusif au regard du droit de la consommation. V. en ce sens, CE 3 décembre 1980 ; D. 1981, jur. p. 228, note C. LARROUMET : Le Conseil d'État a annulé l'article 1^{er} du décret du 24 mars 1978 qui voulait prohiber les clauses « *ayant pour objet ou pour effet de constater l'adhésion du non-professionnel ou du consommateur à des stipulations contractuelles qui ne figurent pas sur l'écrit qu'il signe* ».

¹²¹⁶ Cass. civ. 1^{re}, 3 décembre 1991, Bull. civ. I, n° 342. Cass. civ. 1^{re}, 17 janvier 1984, Bull. civ. I, n° 17 ; 20 janvier 1993 ; cont., conc., consom. 1993, n° 77, obs. G. RAYMOND. Cass. civ. 1^{re}, 11 avril 1995 ; cont., conc., consom. 1995, n° 124, obs. L. LEVENEUR. Cass. civ. 1^{re}, 10 avril 1996, Bull. civ. I, n° 177 ; JCP G 1996, II, 22694, note G. PAISANT et H. CLARET ; RTD civ. 1997, p. 118, obs. J. MESTRE. Cass. civ. 1^{re}, 17 novembre 1998, Bull. civ. I, n° 316 ; cont., conc., consom. 1999, n° 18, obs. L. LEVENEUR ; Defrénois 1999, p. 367, obs. Ph. DELEBECQUE ; Cass. civ. 1^{re}, 15 novembre 2005 ; Comm. com. électr. 2006, n° 10, obs. Ph. STOFFEL-MUNCK.

¹²¹⁷ M. LAMOUREUX, *op. cit.*, tome 1, p. 205.

624. **Le(s) destinataire(s) de la clause.** Madame le professeur Lamoureux considère que le juge est le seul visé par cette clause¹²¹⁸. Les contractants veulent bien évidemment lier le juge, mais ils désirent également se lier entre eux. La clause n'intéresse pas uniquement le juge, les contractants sont tout autant, voire plus, concernés par cette clause. D'une part, elle peut avoir un effet psychologique de ne pas soumettre un litige sur ce point devant le juge¹²¹⁹, d'autre part, en cas de procès, les parties ne devraient pas contester le fait présumé par la clause. Cette clause, comme toute convention, est la loi nouvelle des parties que le juge devra appliquer sous réserve d'un certain contrôle, notamment de licéité, de respect de l'ordre public. Dans l'hypothèse où cette clause établirait une présomption irréfragable¹²²⁰, le juge serait privé de son pouvoir d'appréciation de l'existence du fait en cause. En limitant le pouvoir d'appréciation des juges du fond par des conventions de preuve, les parties cherchent à éviter, sinon l'arbitraire, du moins une interprétation éloignée de leurs intentions. Les juges du fond seraient soumis au contrôle de la Cour de cassation en cas de refus de considérer ce fait comme établi¹²²¹. Entre les parties, la convention licite a la même valeur que la loi. Le juge a donc les mêmes obligations que celles de l'application d'une loi et la Cour de cassation peut ainsi contrôler le travail des juges du fond¹²²². Le juge, en appliquant la clause, pourrait consacrer une situation mensongère¹²²³. Cette solution peut être plus facilement acceptable lorsque les contractants ont négocié sur un pied d'égalité le contenu de la convention. Il en est autrement pour les contrats d'adhésion.

¹²¹⁸ M. LAMOUREUX, *op. cit.*, tome 1, p. 45 et p. 211 où l'auteur considère que « les clauses de constatation sont en effet, directement destinées au juge. Or, ce faisant, non seulement les clauses de constatation privent les juges de leur pouvoir d'appréciation, mais en outre modifient en quelque sorte la répartition des pouvoirs entre les juges du fond et la Cour de cassation en jouant sur la distinction entre le fait et le droit ». Or, si le résultat de ces clauses est bien celui décrit par l'auteur, les clauses de constatation ne sont pas directement destinées au juge, mais indirectement. Elles sont destinées directement aux parties avec une ambition de dissuader la contestation en justice du fait constaté.

¹²¹⁹ M. LAMOUREUX, *ibid.*, tome 1, p. 207.

¹²²⁰ M. LAMOUREUX, *ibid.*, p. 217 où l'auteur précise qu'« en stipulant une clause de constatation faisant preuve irréfragable du fait constaté, il est bien évident que les parties assurent une sécurité juridique totale et évitent des contestations et discussions longues et délicates ».

¹²²¹ M. LAMOUREUX, *ibid.*, p. 45 où l'auteur indique que « si l'on considère que le juge du fond est lié par les énonciations de ces clauses, ce qui est généralement le cas, cela revient en quelque sorte à élever l'élément de fait qu'elles constatent au rang d'élément de droit, en ce sens que les juges du fond seront soumis au contrôle de la Cour de cassation dans des domaines relevant en principe de leur pouvoir souverain d'appréciation ».

¹²²² M. LAMOUREUX, *ibid.*, p. 212 où l'auteur constate que « la Cour de cassation contrôle en effet que les éléments de faits retenus par les juges du fond ne sont pas manifestement contraires aux énonciations du contrat. Voilà donc comment les parties arrivent à obtenir le concours de la Cour de cassation pour asseoir l'efficacité des clauses de constatation en octroyant à cette dernière une compétence qui lui serait déniée en leur absence puisque ces clauses sont précisément stipulées dans des domaines relevant en principe de l'appréciation souveraine des juges du fond. Le pouvoir d'appréciation de ces derniers est alors doublement limité : par la convention des parties, et ce, sous le contrôle de la Cour de cassation ».

¹²²³ M. LAMOUREUX, *ibid.*, p. 220 où l'auteur considère que « les clauses de constatation, en ce qu'elles prétendent faire preuve irréfragable du fait constaté, peuvent prêter à la critique c'est donc parce qu'elles sont susceptibles d'asseoir un mensonge ».

625. **L'exemple des contrats d'adhésion.** Dans les contrats d'adhésion, si la partie qui a reconnu le fait n'est pas à l'origine de la rédaction de la convention, et que normalement la preuve de ce fait lui incombe, avec cette clause l'autre contractant s'est préconstitué une preuve qu'il n'était pas tenu de rapporter. La preuve contraire est en plus impossible. L'ordre public serait certainement atteint par ce mécanisme. L'article 6 §1 de la Convention européenne des droits de l'homme protège le plaideur qui serait dans l'impossibilité de rapporter la preuve contraire. La preuve impossible ne permet pas au plaideur d'avoir des chances que son droit soit reconnu, ce qui a le même effet que de le priver de son droit d'agir en justice¹²²⁴. La clause s'impose entre les parties mais également vis-à-vis du juge. La force obligatoire attachée aux conventions oblige le juge dans son pouvoir d'appréciation. La clause de constatation serait alors plus radicale que les clauses directes de preuve, elle rendrait impossible la preuve contraire¹²²⁵. « *D'un point de vue substantiel, elles peuvent tout au plus être considérées comme une clause de constatation cachant ainsi une clause de non-contestation* »¹²²⁶. Une clause de non-contestation ne serait, ni plus ni moins, qu'une renonciation à combattre l'inexactitude du fait consacré par cette clause. Le juge doit être attentif à ce que cette clause de constatation ne cache pas en fait une clause de renonciation là où une telle clause serait prohibée par l'ordre public¹²²⁷. Les juges ne sont pas restés passifs face à ces clauses, ils ont voulu retrouver leur pouvoir en interprétant la volonté des contractants. Le fait constaté n'est qu'une présomption simple inversant la charge de la preuve.

2 : La requalification en simple renversement de la charge de la preuve

626. **L'accès à la justice menacée.** L'effet de la clause déclarative peut être excessif au regard du droit de la preuve. Si cette clause se définit comme une présomption irréfragable, la preuve contraire n'est pas autorisée. L'impossibilité de contestation limite l'accès à la justice, ce qui est interdit par l'article 6 §1 de la Convention européenne des droits de l'homme. De plus, le juge perd son pouvoir d'appréciation souverain sur l'établissement

¹²²⁴ M. LAMOUREUX, *op. cit.*, p. 215.

¹²²⁵ M. LAMOUREUX, *ibid.*, p. 208 où l'auteur précise que « *ces clauses qui ne se présentent pas expressément comme des conventions sur la preuve, n'ayant pas véritablement pour objet de modifier les règles légales de preuve, sont donc finalement plus drastiques que la plupart des conventions sur la preuve puisqu'elles ne se contentent pas de limiter les preuves recevables, mais rendent la preuve contraire impossible à rapporter* ».

¹²²⁶ M. LAMOUREUX, *ibid.*, p. 212.

¹²²⁷ M. LAMOUREUX, *ibid.*, p. 215.

des faits. Pour éviter ces inconvénients, il convient de qualifier cette présomption de simple. La preuve contraire peut alors être rapportée.

627. **Combattre la présomption établie.** La question des procédés admissibles, pour combattre cette présomption, se pose. Comme il s'agit d'un fait juridique, l'idée d'une preuve par tout moyen fait son apparition. Le résultat de cette clause serait de faire peser sur le contractant qui la conteste la charge de la preuve, sans la rendre plus difficile qu'en l'absence de clause. Cette idée est fautive. En effet, si la stipulation est licite, elle est protégée par l'écrit où elle se situe. Autrement dit, la clause insérée dans un acte sous seing privé est protégée par ce dernier. La même solution se transpose en présence d'un acte authentique. L'article 1341 du Code civil n'accepte pas la contestation du contenu d'un acte sous seing privé ou d'un acte authentique par tout moyen¹²²⁸. La preuve contre le contenu d'un acte sous seing privé ne peut être apportée que par un acte de même force probante ou supérieur, pareillement pour l'acte authentique¹²²⁹.

628. **Un accès à la justice sauvegardé.** Insérer une clause attestant la réalité d'un fait dans le contrat a pour conséquence d'obliger le plaideur, qui conteste ce fait, à le combattre, en rapportant la preuve contraire soit par un écrit sous seing privé ou authentique lorsqu'elle se situe dans un acte sous seing privé, soit par un écrit authentique lorsqu'elle est insérée dans un acte authentique¹²³⁰. La preuve contraire devient alors très difficile à rapporter. « *Dit autrement, les clauses de constatation, par la garantie que leur offre l'article 1341 du Code civil, font accéder le fait constaté au rang des preuves parfaites, c'est-à-dire des preuves qui lient le juge* »¹²³¹. La clause permet ainsi la preuve contraire, l'accès au juge reste possible, mais cette preuve est limitée, protégeant ainsi la volonté contractuelle de reconnaître un fait.

¹²²⁸ 1341, alinéa 1^{er} *in fine*, du Code civil : « *il n'est reçu aucune preuve par témoins contre et outre le contenu aux actes, ni sur ce qui serait allégué avoir été dit avant, lors ou depuis les actes, encore qu'il s'agisse d'une somme ou valeur moindre* ».

¹²²⁹ M. LAMOUREUX, *op. cit.*, tome 1, p. 210 où l'auteur constate que « *le fait, entré dans l'instrumentum, perd donc, du point de vue probatoire, son statut de fait pur et simple pour accéder à la sécurité que lui offre celui de mention de l'instrumentum, contre lequel il ne peut être prouvé outre et contre que par un écrit* ».

¹²³⁰ M. LAMOUREUX, *ibid.*, *loc. cit.* où l'auteur remarque que « *l'un des traits caractéristiques de la clause de constatation est que, tout en constatant un fait, elle s'intègre dans l'acte juridique que constitue le contrat pour en emprunter le régime probatoire* ».

¹²³¹ M. LAMOUREUX, *ibid.*, p. 211.

629. **Argument rejeté.** L'argument selon lequel rapporter la preuve contraire du fait constaté signifie se contredire est inefficace¹²³², car pour les actes sous seing privé comme pour les actes authentiques, la preuve que leur contenu est inexact peut se rapporter par un écrit de valeur identique ou supérieur. La stipulation n'est qu'un des éléments d'un écrit. Il se peut que dans une convention deux clauses se contredisent, les contractants doivent alors prouver leur véritable intention. Il en est de même pour les clauses déclaratives, la preuve ne peut se rapporter que par un acte sous seing privé ou authentique. Cette clause a un effet psychologique sur le plaideur qui souhaite la contester. Faute d'avoir un écrit pouvant combattre cette présomption, il pourrait être dissuadé d'agir en justice¹²³³. Cet effet peut jouer alors que la clause serait probablement sanctionnée par le juge.

630. **Une exception.** Une exception existe pour rapporter la preuve contre et outre un acte, il s'agit de la fraude : *fraus omnia corrumpit*. La fraude permet ainsi de contourner l'interdiction de prouver par témoins contre et outre le contenu des actes. « *Or, la fraude ne peut exister que lorsque l'énonciation est mensongère et que le rédacteur y a délibérément trouvé un moyen de contourner les règles légales* »¹²³⁴. La fraude ne se présume pas, sa preuve est très difficile à rapporter. La suspicion est plus importante lorsque la clause se trouve dans un contrat d'adhésion¹²³⁵ que dans un contrat négocié¹²³⁶. La partie faible acceptant automatiquement cette clause qui se situe dans un ensemble de clauses. Non seulement elle n'a pas pu négocier le contenu du contrat mais, en plus, elle n'a le choix que d'accepter ou refuser le tout. L'effet de cette clause participe à la méfiance du juge. « *Là où les choses deviennent néanmoins plus suspectes, c'est lorsque les parties ne se contentent plus de guider le juge mais le bâillonnent et lui imposent de statuer avec des œillères, à plus forte raison lorsque les clauses privant purement et simplement le juge de son rôle sont stipulées* ».

¹²³² M. LAMOUREUX, *op. cit.*, p. 208.

¹²³³ M. LAMOUREUX, *ibid.*, *loc. cit.*

¹²³⁴ M. LAMOUREUX, *ibid.*, p. 215.

¹²³⁵ M. LAMOUREUX, *ibid.*, p. 216 où l'auteur considère que « *là où l'on est évidemment plus sceptique, c'est lorsque la clause de constatation est stipulée dans un contrat d'adhésion et en particulier lorsqu'elle concerne l'état d'esprit de l'adhérent. On admettra en effet que le rédacteur n'est pas le mieux placé pour dire, par exemple, ce qui a ou non été déterminant du consentement de l'autre. Pour peu que le contrat d'adhésion soit en outre un contrat type, il devient alors évident que le fait constaté a au moins une chance sur deux d'être faux, ce qui constitue indubitablement une probabilité suffisamment forte pour appeler la vigilance* ».

¹²³⁶ M. LAMOUREUX, *ibid.*, p. 215 et 216 où l'auteur précise qu'« *au moins en partant de l'hypothèse d'un contrat négocié et non affecté d'un rapport évident de domination, il n'y a pas à mettre en doute la sincérité des énonciations de la clause de constatation, stipulée dans un désir de sécurité juridique que la préconstitution des preuves a traditionnellement pour objectif de consacrer et que le législateur lui-même favorise en matière contractuelle* ».

dans des contrats d'adhésion »¹²³⁷. Le juge doit avoir un minimum de pouvoir sinon la décision qu'il rend n'est qu'une parodie de justice¹²³⁸. À trop diriger le juge, la décision risque de consacrer une situation invraisemblable¹²³⁹, alors que la légitimité de la décision de justice doit provenir d'une situation vraisemblable¹²⁴⁰. L'annihilation du pouvoir du juge, par ces clauses, trouble l'ordre public en ne permettant pas de remplir la plus importante des finalités des règles de preuve : la légitimité des décisions de justice.

631. **L'intérêt des clauses de constatation.** « *Quant aux clauses de constatation, tout en étant en principe valables, leur efficacité devrait être soumise à la double réserve de la fraude et de l'invraisemblance* »¹²⁴¹. Ces stipulations de constatation sont utilisées très fréquemment dans les contrats qui imposent une obligation d'information à l'une des parties. Le débiteur de cette obligation est tenté, pour se protéger de tout recours contre lui, d'insérer une clause de constatation de l'information qu'il a transmise à son cocontractant.

B : L'exemple en matière d'obligation d'information

632. **Intensité variable de l'obligation d'information.** Si l'obligation d'information existe dans tous les rapports contractuels, c'est surtout entre professionnels et consommateurs ou non professionnels qu'elle revêt son plus grand intérêt. L'obligation est renforcée par la connaissance que devrait avoir le professionnel. Son cocontractant est lui aussi tenu d'une obligation d'information, notamment sur ses besoins afin que le professionnel puisse lui délivrer une information pertinente¹²⁴². Dans les contrats entre professionnels et consommateurs, une obligation d'information renforcée pèse sur le professionnel. Cette obligation est d'origine légale, jurisprudentielle, ou plus rarement

¹²³⁷ M. LAMOUREUX, *op. cit.*, tome 1, p. 218.

¹²³⁸ M. LAMOUREUX, *ibid.*, p. 220 où l'auteur précise que « *c'est la crédibilité de la justice qui implique de refuser de consacrer le mensonge. Que la justice soit parfois dure, soit ; qu'elle prenne consciemment le risque d'être mensongère en dehors des hypothèses où la loi en a décidé ainsi pour garantir des intérêts supérieurs n'est pas tolérable* ».

¹²³⁹ M. LAMOUREUX, *ibid.*, p. 221 où l'auteur indique que « *les parties ne devraient pouvoir lier le juge que par ce qui, faute d'être nécessairement vrai, est au moins vraisemblable, plausible, par opposition à ce qui est manifestement faux ou invraisemblable* ».

¹²⁴⁰ Ph. MALAURIE et P. MORVAN, *Introduction générale*, Defrénois, 4^e éd., 2012, n° 213 où les auteurs écrivent que « *l'impératif de vraisemblable est le dernier obstacle susceptible de neutraliser un moyen de preuve régulièrement versé aux débats* ».

¹²⁴¹ M. LAMOUREUX, *op. cit.*, p. 224.

¹²⁴² Sur la délivrance d'un fait pertinent dans le cadre d'une obligation d'information, et de manière générale sur l'obligation d'information dans les contrats v. M. FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats : essai d'une théorie*, préf. J. GHESTIN, Bibliothèque de droit privé, tome 221, LGDJ, 1992.

conventionnelle. En cas d'inexécution, la doctrine s'interroge sur la nature de l'obligation : contractuelle ou délictuelle¹²⁴³. Pour éviter toute responsabilité, le professionnel doit s'informer pour délivrer une information correcte à son cocontractant¹²⁴⁴. Le contenu de son obligation dépend des capacités et des connaissances qu'il devrait avoir objectivement. C'est pour cela qu'il doit s'informer pour informer son cocontractant. Le débiteur de l'obligation d'information est présumé connaître l'information à délivrer. L'obligation de s'informer pour pouvoir exécuter son obligation est une obligation de moyen et non de résultat¹²⁴⁵. Il pourra rapporter la preuve qu'il a mis tout en œuvre pour obtenir l'information qu'il n'a pas délivrée. Lorsque le débiteur de cette obligation d'information connaissait l'information à délivrer mais qu'il ne l'a pas transmise à son cocontractant, sur quelle partie au contrat la charge de la preuve va-t-elle peser (1) ? Pour éviter toute action en responsabilité contre lui, le débiteur de l'obligation insère une stipulation dont l'objet sera la reconnaissance de la transmission de l'information. La jurisprudence a régulièrement l'occasion d'en contrôler la validité (2).

1 : Le problème de la charge de la preuve de la délivrance de l'information

633. **Difficulté.** L'attribution de la charge de la preuve dans le cadre d'une obligation d'information n'a pas été évidente. Avec l'apparition d'une obligation d'information dans les contrats alors qu'elle ne figurait pas expressément dans les clauses contractuelles, la jurisprudence s'est interrogée sur le fait de savoir lequel des contractants doit rapporter la preuve de l'exécution de cette obligation ou de son inexécution.

634. **Enoncé.** La transmission de l'information doit être compréhensible dans la mesure où le professionnel doit non seulement informer son cocontractant mais aussi s'assurer que son information ait été comprise. Le débiteur n'est pas libéré de son obligation en donnant une information obscure. Il y a derrière une idée de bonne foi dans l'exécution de cette obligation¹²⁴⁶. En mettant de côté la preuve de l'existence de cette obligation, et en s'attardant sur la preuve de son exécution, la question se pose de savoir qui doit prouver l'inexécution ou l'exécution en principe.

¹²⁴³ W. DROSS, *Clausier, Dictionnaire des clauses ordinaires et extraordinaires des contrats de droit privé interne*, LexisNexis, 2008, p. 214.

¹²⁴⁴ M. FABRE-MAGNAN, *op. cit.*, p. 196.

¹²⁴⁵ M. FABRE-MAGNAN, *ibid.*, *loc. cit.*

¹²⁴⁶ V. article 1134, alinéa 3, du Code civil.

635. **Principe.** En application de l'article 1315 du Code civil, l'existence de l'obligation doit être prouvée par la personne qui l'invoque, c'est-à-dire normalement le créancier, ce n'est qu'après que le débiteur doit prouver soit qu'il a rempli son obligation (il a informé le créancier), soit le fait qui le libère (il ne pouvait pas connaître cette information). La solution paraît claire, la preuve de l'exécution de l'obligation d'information semble peser sur le débiteur de cette obligation.

636. **Un principe parfois malmené.** Cependant, cela n'a pas toujours été évident au regard de la jurisprudence. Certaines décisions ont mis la charge de la preuve de l'inexécution de l'obligation d'information sur le créancier¹²⁴⁷. Ce dernier devait alors rapporter la preuve d'un fait négatif¹²⁴⁸ : l'inexécution. Une partie de la doctrine est favorable à mettre la charge de la preuve de l'inexécution sur le créancier¹²⁴⁹.

637. **Une jurisprudence critiquable.** Cette position est critiquable puisque d'une part, la preuve d'un fait négatif est très difficile, voire impossible, d'autre part, parce que ce n'est pas une application correcte de l'article 1315 du Code civil. D'autres décisions de justice, ainsi qu'une partie de la doctrine, considèrent que le débiteur de l'obligation doit rapporter la preuve de son exécution pour se libérer¹²⁵⁰. L'attendu de principe de l'arrêt du 25 février 1997 exprime clairement la position de la Cour de cassation : « *Attendu que celui qui est légalement ou contractuellement tenu d'une obligation particulière d'information doit*

¹²⁴⁷ CA Aix, 21 novembre 1988, 11^e ch., cité par M. MESTRE, RTD civ. 1990, p. 468 ; pour les notaires : Cass. civ. 1^{re}, 10 juillet 1984 ; Defrénois 1985, art. 33481, n^o 3, p. 380, obs. J.-L. AUBERT.

¹²⁴⁸ F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Les obligations, Droit civil*, Précis, Dalloz, 10^e éd., 2009, n^o 260, p. 271 ; J. LARGUIER, *La preuve d'un fait négatif*, RTD civ. 1953, n^o 17, p. 14.

¹²⁴⁹ C. LUCAS DE LEYSSAC, *L'obligation de renseignements dans les contrats*, in *L'information en droit privé*, Travaux de la conférence d'agrégation, sous la dir. de Y. LOUSSOUARN et de P. LAGARDE, Bibliothèque de droit privé, LGDJ, 1978, p. 328 ; Ph. MALAURIE et L. AYNES, *Droit civil : Les obligations*, Cujas, 3^e éd., 1992, n^o 635, p. 344 où les auteurs affirment que « *la victime doit faire preuve que le professionnel n'a pas exécuté son obligation* ». Par la suite, les auteurs ont rallié la position de la Cour de cassation afin d'affirmer qu'il appartenait « *au professionnel de prouver qu'il avait informé son client* », Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, Defrénois, 6^e éd., 2013, n^o 779, p. 398.

¹²⁵⁰ V. en ce sens : Cass. civ. 1^{re}, 25 juin 1991, Bull. civ. I, n^o 212 (pour le notaire). Cass. civ. 2^e, 4 mai 1976 ; D. 1977, p. 34, note J. MAZEAUD (pour les architectes et entrepreneurs). En 1997, la Cour de cassation a posé le principe selon lequel « *celui qui est légalement ou contractuellement tenu d'une obligation particulière d'information doit rapporter la preuve de l'exécution de cette obligation* ». La première justification d'une telle position se situe dans « *une considération d'opportunité* ». En effet, qui serait mieux placé que le médecin lui-même pour se constituer une preuve de son exécution ? V. Cass. civ. 1^{re}, 25 février 1997, n^o 94-19685, Bull. civ. I, n^o 75, p. 49 ; Defrénois 1997, obs. J.-L. AUBERT, art. 36591, p. 751 ; RTD civ. 1997, obs. P. JOURDAIN, n^o 2, p. 434.

rapporter la preuve de l'exécution de cette obligation »¹²⁵¹. Cet arrêt a été rendu au visa de l'article 1315 du Code civil. La position de la Cour de cassation ne peut être qu'approuvée.

638. **Une jurisprudence ambiguë.** Pourtant, un arrêt de la Cour de cassation du 2 juillet 2013 a pu faire croire à un renversement de la charge de la preuve pour une obligation d'information légale¹²⁵². En application de l'article L. 313-22 du Code monétaire et financier, l'établissement de crédit est « *tenu au plus tard avant le 31 mars de chaque année de faire connaître à la caution le montant du principal et des intérêts, commissions, frais et accessoires restant à courir au 31 décembre de l'année précédente au titre de l'obligation bénéficiant de la caution, ainsi que le terme de cet engagement* ». À défaut de cette information, il subit la déchéance des « *intérêts échus depuis la précédente information jusqu'à la date de communication de la nouvelle information* ». Autrement dit, l'établissement de crédit doit informer chaque année la caution de l'exécution de la dette principale. En cas d'absence d'information, la caution n'est plus tenue des intérêts qui n'ont pas fait l'objet de cette information. Dans cette affaire, la banque demande le paiement à la caution en raison de la défaillance du débiteur principal. La caution demande la déchéance des intérêts faute d'avoir été informée par la banque. La cour d'appel donne raison à la caution car la banque « *n'établit pas avoir satisfait à cette obligation, ne justifiant pas de ce que celles-ci ont réceptionné les courriers qu'elle prétend leur avoir adressés les 29 mars 2009 et 23 mars 2010, faute d'en produire les accusés de réception* ». La Cour de cassation censure cette décision au motif « *qu'il n'incombe pas à l'établissement de crédit de prouver que la caution a effectivement reçu l'information qui lui a été envoyée* ».

La Cour de cassation met-elle la charge de la preuve de l'exécution de l'information sur le créancier ? La Cour de cassation distingue entre la preuve de l'envoi et la preuve de la réception. La preuve de l'envoi suffit. La cour d'appel d'Amiens aurait mis à la charge de la banque, non pas la preuve de l'envoi, mais la preuve de la réception par la caution. La charge de la preuve pèse bien sur la banque mais seulement de l'envoi. Peu important que la caution n'ait pas reçu la lettre. En revanche, la preuve de la réception prouve l'envoi. L'envoi peut être prouvé par tout moyen et par un autre fait que la réception. En imposant la preuve de la réception, les juges du fond alourdissent la charge de la preuve au détriment des banques. Un établissement de crédit peut-il insérer une clause prévoyant qu'à défaut d'avoir reçu la

¹²⁵¹ Cass. civ. 1re, 25 février 1997, n° 94-19685, Bull. civ. I, n° 75, p. 49 ; Defrénois 1997, obs. J.-L. AUBERT, art. 36591, p. 751 ; RTD civ. 1997, obs. P. JOURDAIN, n° 2, p. 434.

¹²⁵² Cass. com., 2 juillet 2013, n° 12-18413.

notification conformément à l'article L. 313-22 du Code monétaire et financier, la caution doit envoyer une lettre par accusé de réception pour signaler qu'il n'a pas reçu cette notification ; en cas d'absence de non-respect de cette formalité, la preuve est faite de la notification. La banque, par ce procédé, peut exécuter son obligation légale par l'envoi d'une lettre simple. L'information de la caution, par l'établissement de crédit, n'est soumise à aucun formalisme particulier. La clause présume la réception de la notification lorsque la caution ne se manifeste pas dans les conditions énoncées. La présomption de réception présume l'envoi. La charge de la preuve de l'envoi est ainsi renversée au détriment de la caution. Sans la possibilité de prévoir que la caution n'a rien reçu par l'envoi de cette demande auprès de la banque, la preuve serait impossible. Avec cette formalité, la présomption d'envoi se combat par l'envoi d'une lettre recommandée. Non seulement, la charge de la preuve est renversée, mais l'obligation légale le devient de fait. La caution doit demander qu'on lui envoie la situation de remboursement de la dette principale pour payer les intérêts en cas de défaillance. Si elle n'envoie rien, alors on présumera qu'elle a reçu l'information, de sorte qu'elle sera tenue des intérêts. Dans les deux cas, la caution ne peut se soustraire au paiement des intérêts. L'article L 313-22 du Code monétaire et financier n'a plus aucune utilité de fait, si cette clause est validée par les juges. Cette clause semble bien contraire à l'esprit de ce texte et donc à l'ordre public. Elle devrait encourir la censure de la Cour de cassation.

639. **Solution actuelle.** Actuellement, la charge de la preuve de l'inexécution pèse sur le débiteur, conformément à l'article 1315, alinéa 2, du Code civil. Cette solution est conforme à la loi et au bon sens. Rappporter la preuve d'un fait négatif est quasiment impossible. Comment prouver qu'une information n'a pas été délivrée ? Il est plus facile de prouver qu'elle a été transmise notamment par la préconstitution d'un écrit. Le professionnel a tout intérêt d'insérer dans la convention qui le lie avec son cocontractant une stipulation de constatation de la connaissance de l'information¹²⁵³. Le créancier en acceptant le contrat reconnaît avoir été informé par le débiteur. Le juge ne reste pas passif face à ces clauses. Il

¹²⁵³ La pratique notariale se sert très régulièrement de ces clauses de constatation pour rapporter la preuve de l'information, du conseil donné. Sur ce point, v. not. Ph. MALAURIE et G. ROUZET, *Responsabilité professionnelle : devoir d'information, règle de preuve, devoir de conseil et clauses contraires*, CRIDON, 1998, p. 21, n° 14 ; J.-L. AUBERT, *La responsabilité civile des notaires*, 5^e éd. par R. CRONE, Defrénois, Lextenso éditions, 2008, n° 106 ; M. DAGOT, *Signature de reconnaissance d'avis donné*, JCP N 1994, Prat, n° 2886, p. 159 et s. ; Th. SANSEAU, *Conventions relatives à la responsabilité du notaire, Reconnaissances de conseils donnés*, JCP N 1998, 1, p. 353 ; J.-Fr. PILLEBOUT, *De la décharge de responsabilité à la consultation notariale*, JCP N 1993, 1, p. 264, n° 8 ; G. ROUZET, *Précis de déontologie notariale*, Préf. J. DERRUPPE, PUB, 3^e éd., 2004, n° 90, p. 83 ; Cass. civ. 1^{re}, 12 janvier 1999 ; Defrénois, 1999, n° 6, p. 381, n° 20, obs. J.-L. AUBERT. Cass. civ. 1^{re}, 3 février 1998, Defrénois, 1998, art. 36815, p. 743, n° 71, obs. J.-L. AUBERT.

vérifie leur validité. Ces clauses se retrouvent fréquemment dans les contrats d'adhésion où les contractants sont dans un rapport d'inégalité. Le juge veille encore plus à la véracité de l'information contenue dans la clause de constatation¹²⁵⁴. Une illustration peut en être faite par l'étude d'une décision relative à l'information contenue dans une clause d'un contrat d'assurance.

2 : La clause de connaissance de l'information dans un contrat d'assurance

640. **Rappel des faits.** Une personne, âgée de 56 ans, a contracté un crédit auprès d'une société, il a assuré son incapacité de remboursement en cas de perte d'emploi ou d'incapacité totale de travail auprès de cette même société. Après la perte de son emploi en raison d'un problème médical, il a voulu mettre en œuvre l'assurance le garantissant de ce risque. La société lui opposa une clause de connaissance des conditions générales du contrat d'assurance, lesquelles comportaient une clause évasive de garantie. La garantie n'est due que pour les personnes âgées de moins de 55 ans. La cour d'appel d'Aix-en-Provence, le 30 octobre 2001, a validé cette clause de connaissance « *des clauses du contrat d'assurance exposées sur une notice qui lui avait été remise, laquelle contenait les extraits significatifs des conditions générales du contrat d'assurance, et dont le signataire déclarait accepter les termes* »¹²⁵⁵.

641. **Une solution du fond à première vue conforme à la force obligatoire.** L'assuré en acceptant ce contrat d'assurance a donné son accord sur toutes les clauses figurant sur ce document. Elle est en revanche gênante lorsqu'on s'intéresse à l'objet du contrat. Le contrat garantit la survenue d'un risque. La réalisation de ce risque entraîne la mise en jeu de la garantie. Il est tout à fait permis de prévoir des clauses limitatives ou exonératoires de garantie. Cependant, en l'espèce, la clause évasive de garantie s'appliquait automatiquement à l'assuré. Ce dernier, au moment de la conclusion du contrat d'assurance, avait un âge supérieur à l'âge entraînant l'exclusion de la garantie. Il était donc assuré pour rien. Il paraît peu vraisemblable qu'une personne contracte dans ces conditions en connaissance de cause, à moins que son état mental ne lui permette pas de discerner avec raison le droit le protégeant

¹²⁵⁴ Il ne faut pas que ces clauses deviennent des clauses de style. V. not., D. Denis, *Les clauses de style*, in *Etudes offertes à J. FLOUR*, Répertoire du notariat Defrénois, 1979, p. 117 et s.

¹²⁵⁵ Cass. civ. 2^e, 18 mars 2004, n° 03-11273, Bull. civ. II, n° 132.

alors. L'assuré n'a donc pas pris connaissance de cette exclusion contrairement à la clause de constatation, et l'assureur n'a pas informé son client de cette exclusion, sans aller jusqu'à un devoir de conseil ou de bonne foi contractuelle. Malgré ces deux points, la cour d'appel a appliqué cette clause conformément à la volonté des parties révélée dans le contrat.

642. **Cassation de l'arrêt.** La Cour de cassation a cassé cet arrêt aux motifs suivants : « *Qu'en statuant ainsi, sans rechercher si ladite notice précisait bien la condition d'âge à laquelle la garantie était subordonnée, et alors que le souscripteur d'une assurance de groupe ne s'acquitte de son obligation d'information qu'en annexant au contrat de prêt une notice définissant de façon claire et précise les modalités de mise en jeu de la garantie, et que la preuve lui en incombe, la cour d'appel a tout à la fois inversé la charge de la preuve et violé les textes susvisés* »¹²⁵⁶. La Cour de cassation reproche à la cour d'appel de ne pas avoir vérifié si ladite notice précisait bien la condition d'âge excluant la garantie. Elle rappelle qu'il appartient à l'assureur d'informer de façon claire et précise les conditions de mise en jeu de la garantie, cette preuve lui incombant. La clause n'est pas illicite. Elle renvoie à une notice qui n'a pas été examinée pour savoir si l'information a bien eu lieu. La clause de connaissance indique seulement qu'il accepte les termes des conditions générales de garantie, encore faut-il que ces derniers soient compréhensibles. La Cour de cassation aurait-elle validé la clause si la notice précisait clairement la limite d'âge ? Le contrat aurait été de fait sans objet, et l'information n'aurait vraisemblablement pas été transmise à l'assuré. La Cour de cassation pourrait réputer non écrite cette clause pour protéger l'ordre public.

643. **Les difficultés soulevées par les clauses de constatation.** Si leur but est d'éviter la contestation en établissant un fait normalement à prouver, elle ne peut pas l'interdire. La clause de constatation limite, mais n'interdit pas la contestation. La preuve doit toujours être théoriquement possible. Le juge doit rendre une justice vraisemblable pour être légitime. Les clauses empêchant cette légitimité contraire l'ordre public. Le juge peut choisir entre l'interprétation de cette clause lui permettant de retrouver un pouvoir d'appréciation, sa décision redevenant légitime, ou lorsque ce n'est pas possible, réputer la clause non écrite effaçant ainsi le vice entachant la convention. Les contractants ont voulu réduire le pouvoir d'appréciation du juge non plus dans la preuve de l'exécution mais dans les effets de l'inexécution : par des clauses de responsabilité.

¹²⁵⁶ Cass. civ. 2^e, 18 mars 2004, *op. cit.*

Paragraphe 2 : Les clauses de responsabilité

644. **Annonce du plan.** La responsabilité, en droit des obligations, trouve sa source bien évidemment dans les conventions mais aussi en dehors. Le fondement de la responsabilité civile réside dans les articles 1382 et suivants du Code civil. L'auteur d'une faute ayant pour conséquence de causer un préjudice à une personne, doit le réparer. Trois éléments sont donc nécessaires : une faute, un préjudice et un lien de causalité entre les deux. D'autres responsabilités délictuelles sont spéciales, mais de manière générale ce trio se retrouve. En cas d'inexécution contractuelle, la responsabilité du débiteur est engagée. Les mêmes conditions sont requises, à l'exception de la faute pour laquelle un tempérament s'opère. L'inexécution d'une obligation remplace la faute. Les plaideurs doivent prouver la faute ou l'inexécution contractuelle, le préjudice et un lien de causalité entre les deux. La pratique a créé des clauses permettant de prévoir la sanction en cas de manquement contractuel¹²⁵⁷ ou de faute. Les clauses de responsabilité contractuelle (**A**) sont plus fréquentes que les clauses de responsabilité délictuelle (**B**), en raison de la préconstitution d'un écrit lors de la formation de la convention qui n'est pas possible pour ces dernières.

A : Les clauses de responsabilité contractuelle

645. **Première possibilité.** La réparation en cas d'inexécution contractuelle est l'entier préjudice sans jamais pouvoir dépasser le préjudice prévisible¹²⁵⁸. En cas d'inexécution, la partie fautive ne peut pas être tenue de dédommager un préjudice plus important que ce qu'il était légitime de prévoir au moment de la formation de la convention. Les contractants, en formant leur convention, s'engagent à exécuter leurs obligations en connaissance des éventuelles difficultés liées à l'exécution. Les parties peuvent aménager leur responsabilité lors de la formation du contrat¹²⁵⁹. Pour réduire le coût des conventions, les

¹²⁵⁷ Un laboratoire photographique prévoyant qu'en cas de perte ou de destruction des films, le client sera dédommagé par la remise d'une pellicule neuve : Cass. civ. 1^{re}, 24 février 1993, n° 91-13940, Bull. civ. I, n° 88 ; D. 1994, p. 6, note X. AGOSTINELLI ; JCP 1993, II, 22166, note G. PAISANT.

¹²⁵⁸ Article 1150 du Code civil : « *Le débiteur n'est tenu que des dommages et intérêts qui ont été prévus ou qu'on a pu prévoir lors du contrat (...)* ». En revanche en matière délictuelle, le préjudice n'a pas besoin d'être prévisible. V. par exemple sur ce point, H. et L. MAZEAUD et A. TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, Préf. H. CAPITANT, Tome 3, Montchrestien, Paris, 5^e éd., 1960, p. 498, n° 2364 et s.

¹²⁵⁹ Ph. DELEBECQUE, *Les aménagements contractuels de l'exécution du contrat*, Petites affiches 5 mai 2000, p. 22 et s. ; Ph. DELEBECQUE, *Les clauses de responsabilité*, in *Les principales clauses des contrats conclus entre professionnels*, PUAM, 1990, p. 177 et s. ; Ph. DELEBECQUE et D. MAZEAUD, *Les clauses de responsabilité, clauses de non-responsabilité, clauses limitatives, clauses pénales*, in *L'inexécution du contrat*, 2000 ; B.

contractants peuvent insérer des clauses limitant ou exonérant¹²⁶⁰ leur responsabilité contractuelle¹²⁶¹. Ils allègent ainsi leur responsabilité¹²⁶². Le contractant sait qu'en cas d'inexécution de son cocontractant, il recevra une indemnité qui pourra être inférieure à son préjudice en raison de sa limitation¹²⁶³. La clause prévoit ainsi un plafond d'indemnisation¹²⁶⁴. Il accepte cette clause car elle permet de diminuer le coût de la prestation¹²⁶⁵.

646. **Seconde possibilité.** À l'inverse le débiteur de l'obligation peut proposer, pour rassurer son cocontractant, l'insertion d'une clause pénale. Le montant de cette clause doit être supérieur au préjudice prévisible en cas d'inexécution¹²⁶⁶. La clause incite le débiteur de l'obligation à une exécution, faute de quoi il devra indemniser son créancier pour un montant forfaitaire évalué normalement au-dessus du préjudice causé. Quant au créancier, cette clause le rassure car elle incite son débiteur à mettre tout en œuvre pour exécuter son obligation¹²⁶⁷.

647. **Annnonce de plan.** Deux mécanismes existent pour prévoir la réparation en cas d'inexécution. Les clauses limitatives et élusives de responsabilité permettent de fixer un

STARCK, *Observations sur le régime des clauses de non-responsabilité ou limitatives de responsabilité*, D. 1974, chron. p. 157 ; G. VINEY, *Les clauses aménageant la responsabilité des constructeurs*, RD imm. 1982, p. 319 et s.

¹²⁶⁰ P.-J. DURAND, *Des conventions d'irresponsabilité*, Thèse Paris, 1931.

¹²⁶¹ W. DROSS, *op. cit.*, p. 210 où l'auteur précise qu'« à proprement parler, les clauses dites couramment limitatives de responsabilité sont bien plutôt des clauses limitatives de réparation ou encore limitatives de dommages-intérêts ».

¹²⁶² Ph. DELEBECQUE, *Les clauses allégeant les obligations dans les contrats*, Thèse Aix-Marseille III, 1981.

¹²⁶³ W. DROSS, *op. cit.*, p. 212 où l'auteur indique « dans certains cas la clause limitative de responsabilité n'a aucun intérêt parce que c'est la loi elle-même qui aménage la responsabilité du cocontractant. Il est d'autant plus inutile dans ces domaines de prévoir une clause dérogeant à ces dispositions légales qu'elle serait frappée de nullité si elle est plus défavorable à la victime ». Par exemple, v. les articles 1952 et suivants du Code civil ; Loi n° 92-614 du 6 juillet 1992, Code de la santé publique, article L. 1113-2 et L. 1113-3 ; L. 322-3 du Code de l'aviation sauf pour le transport aérien commercial interne de personnes, on applique le Règlement CE du 13 mai 2002 (n° 889/2002, JOCE n° L 140/2, 30 mai 2002) ; articles R. 2-1 à R. 2-4 du Code des postes et des communications électroniques prévoient divers plafonds de responsabilité, d'un montant très modeste, pouvant être écarté par une clause particulière du contrat d'expédition (art. R. 2-5 du même code) ; en matière de vol ou de perte de carte bancaire L. 132-3 du Code monétaire et financier, et pour l'usage frauduleux à distance L. 132-4 du code précité.

¹²⁶⁴ W. DROSS, *op. cit.*, p. 211.

¹²⁶⁵ W. DROSS, *ibid.*, *loc. cit.* où l'auteur considère que « les clauses limitatives, et a fortiori exclusives de responsabilité, profitent évidemment avant tout au débiteur : il peut anticiper le coût d'une inexécution de ses obligations. Mais on doit observer qu'elles bénéficient indirectement au créancier. Le débiteur pouvant obtenir de son assureur, du fait de la clause, des tarifs plus intéressants, cette économie se répercute sur son cocontractant qui paiera ainsi moins cher le service rendu ».

¹²⁶⁶ Sur la différence entre clause pénale et clause limitative de responsabilité, v. Ph. MALINVAUD, *De l'application de l'article 1152 aux clauses limitatives de responsabilité*, in Mél. F. TERRE, 1999, p. 599 et s. ; Cass. com., 18 décembre 2007, n° 04-16069 ; D. 2008, p. 154, obs. X. DELPECH.

¹²⁶⁷ W. DROSS, *op. cit.*, p. 373 où l'auteur précise qu'« en acceptant de s'engager dans le cadre d'une clause pénale, le débiteur donne à penser à l'autre partie qu'il est un cocontractant fiable ».

plafond à la réparation (1), alors que la clause pénale prévoit un montant forfaitaire normalement supérieur au montant réel du préjudice (2).

1 : Les clauses limitatives et exonératoires de responsabilité contractuelle

648. **Définitions.** Les clauses limitatives et exonératoires de responsabilité contractuelle participent du même esprit : le préjudice sera réparé entièrement sans jamais dépasser le montant prévu¹²⁶⁸. Pour la clause évasive, il est vrai qu'il n'y a pas de réparation. Elle peut être vue comme une clause prévoyant un plafond de 0 euro, le préjudice ne pouvant pas être réparé au-dessus de ce seuil. Le préjudice¹²⁶⁹ peut dans certaines situations être évalué à 0 euro. Une autre vision est possible, la clause évasive se rapprochant alors du mécanisme de la clause pénale. Elle peut être analysée comme une réparation forfaitaire évaluée à 0 euro, s'éloignant ainsi du mécanisme d'une clause limitative¹²⁷⁰. L'étude au préalable des clauses limitatives (a) permet de transposer aux clauses évasives (b) les points communs mais aussi de mettre en exergue les différences entre elles quant à leurs conséquences sur les règles probatoires.

a : Les conséquences indirectes des clauses limitatives de responsabilité sur les règles de preuve

649. **Notion.** En matière contractuelle, la réparation se fait sur la base du préjudice prévisible, à moins que l'inexécution ne soit le résultat de la commission d'une faute dolosive¹²⁷¹, la réparation englobant alors le dommage imprévisible¹²⁷². Lorsque la réparation

¹²⁶⁸ H. et L. MAZEAUD et A. TUNC, *op. cit.*, p. 762, n° 2596 où les auteurs précisent qu'« en résumé, on ne doit pas, en principe, distinguer entre les clauses de responsabilité contractuelle atténuée et les clauses de non-responsabilité contractuelle. Les unes produisent une exonération partielle comme les autres réalisent une exonération totale : aux mêmes conditions et avec les mêmes effets ». Les auteurs montrent qu'il existe quelques différences notamment dans la jurisprudence sur le transport terrestre de marchandise.

¹²⁶⁹ La distinction est parfois faite entre le dommage et le préjudice.

¹²⁷⁰ W. DROSS, *op. cit.*, p. 220 et 221. En démontrant qu'il s'agit d'une évaluation forfaitaire, le créancier va pouvoir demander au juge d'appliquer l'article 1152 du Code civil. La clause sera en effet très souvent dérisoire à moins que le préjudice ne soit faible. Cet article n'est pas utilisé actuellement pour les clauses instaurant un plafond d'indemnisation. Une partie de la doctrine considère qu'il serait illogique d'appliquer cet article aux clauses pénales quand elles sont dérisoires et le refuser aux clauses limitatives de responsabilité. En ce sens, R. RODIERE et B. MERCADAL, *Droit des transports terrestres et aériens*, Précis, Dalloz, 5^e éd., 1990, n° 600. Sur ce point v. Ph. DELEBECQUE, v° *Régime de la réparation*, art. 1146 à 1155, Fasc. 21, J.-Cl. Civil, 2012, n° 195.

¹²⁷¹ W. DROSS, Clausier, *ibid.*, p. 218.

se fait pécuniairement, le montant du préjudice va devoir être prouvé devant le juge¹²⁷³. Pour limiter le montant évalué par ce dernier, les contractants vont limiter la réparation à un plafond, le créancier pourra obtenir la réparation intégrale de son préjudice tant que ce dernier est en-dessous de ce seuil¹²⁷⁴. Le créancier ne peut donc pas obtenir une réparation supérieure au montant prévu par la clause.

650. **L'incidence de la faute dolosive et de la faute lourde.** Seulement en cas de faute dolosive¹²⁷⁵ ou de faute lourde¹²⁷⁶, le créancier pourra obtenir la réparation intégrale de son préjudice, même s'il n'était pas prévisible¹²⁷⁷. Il y a donc une absence d'effet de la clause

¹²⁷² Article 1150 du Code civil : « *Le débiteur n'est tenu que des dommages et intérêts qui ont été prévus ou qu'on a pu prévoir lors du contrat, lorsque ce n'est point par son dol que l'obligation n'est point exécutée* ».

¹²⁷³ M. LAMOUREUX, *op. cit.*, tome 1, p. 464 où l'auteur indique que « *lorsqu'un contractant entend obtenir réparation de son préjudice subi du fait d'une inexécution contractuelle, il doit s'en remettre au juge. Si ce dernier opte pour une réparation pécuniaire, il doit alors en évaluer le montant* ». Les juges du fond ont un pouvoir souverain dans l'évaluation du préjudice. Ils peuvent très bien énoncer le montant de la réparation sans plus de justification. V. en ce sens, Cass. ass. plén., 26 mars 1999, Bull. civ. Ass. plén., n° 3 ; JCP 2000, I, 199, n° 2, obs. G. VINEY. Sur le pouvoir d'appréciation du juge pour évaluer le préjudice, v. Y. CHARTIER, *La réparation du préjudice dans la responsabilité civile*, Dalloz, 1983 ; C. COUTANT-LAPALLUS, *Le principe de la réparation intégrale en droit privé*, PUAM, 2002 ; Ph. CASSON, *v° dommages et intérêts*, in Rép. Civ. Dalloz, 2009 ; P. JOURDAIN, *Les dommages-intérêts alloués par le juge, Rapport français*, in Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles, Études de droit comparé, sous la dir. de M. FONTAINE et G. VINEY, Bruylant-LGDJ, 2001, p. 263.

¹²⁷⁴ W. DROSS, *op. cit.*, p. 217 et 218.

¹²⁷⁵ Définition de la faute dolosive : Cass. civ. 1^{re}, 4 février 1969, aff. *Giraud*, Bull. civ. I, n° 60 ; D. 1969, jurispr. p. 601, note J. MAZEAUD ; JCP G 1969, II, 16030, note M. PRIEUR ; Cass. com., 19 janvier 1993, n° 91-11805, Bull. civ. IV, n° 24 : « *Le débiteur commet une faute dolosive lorsque, de propos délibéré, il se refuse à exécuter ses obligations contractuelles, même si ce refus n'est pas dicté par l'intention de nuire à son cocontractant* ». Contrairement à la faute intentionnelle qui implique la volonté de causer le dommage en plus de l'inexécution contractuelle.

¹²⁷⁶ La faute lourde peut-être appréciée objectivement ou subjectivement. L'approche objective est tournée vers les conséquences de l'inexécution, c'est-à-dire l'importance de l'obligation inexécutée, alors que l'approche subjective s'attache à la gravité du comportement du débiteur. W. DROSS, *op. cit.*, p. 219. Pour une appréciation objective de la faute lourde : Cass. civ. 1^{re}, 18 janvier 1984, n° 82-15103 ; JCP G 1985, II, 20372, note J. MOULY ; RTD civ. 1984, p. 727, obs. J. HUET. Cass. civ. 1^{re}, 15 novembre 1988, n° 87-10263 ; D. 1989, jurispr. p. 349, note Ph. DELEBECQUE. Cass. civ. 1^{re}, 2 décembre 1997, n° 95-21907, Bull. civ. I, n° 349 ; RTD civ. 1998, p. 673, obs. J. MESTRE. Cass. civ. 1^{re}, 4 avril 2006, n° 04-11848 ; RTD civ. 2006, p. 775, obs. P. JOURDAIN. Pour une appréciation subjective de la faute lourde : Cass. com., 3 avril 1990, n° 88-14871, Bull. civ. IV, n° 108. Cass. mixte, 22 avril 2005, n° 02-18326 ; D. 2005, p. 1864, note TOSI ; RTD civ. 2005, p. 604, obs. P. JOURDAIN ; JCP G 2005, II, 10066, note LOISEAU ; RDC 2005, p. 651, avis de M. DE GOUTTES, note D. MAZEAUD. Cass. com., 21 février 2006, n° 04-20139 ; D. 2006, AJ, p. 717, obs. E. CHEVRIER ; RTD civ. 2006, p. 322, obs. P. JOURDAIN. Cass. com., 13 juin 2006, n° 05-12619, Bull. civ. IV, n° 143 ; D. 2006, p. 1680, obs. X. DELPECH ; JCP G 2006, II, 10123, note G. LOISEAU ; RTD civ. 2006, p. 774, obs. P. JOURDAIN. Cass. civ. 1^{re}, 19 septembre 2007, n° 05-17769 ; D. 2008, p. 395, note S. NADAUD ; JCP G 2007, II, 10176, note Ph. DELEBECQUE. La jurisprudence semble tendre actuellement vers l'approche subjective depuis l'arrêt du 21 février 2006 de la chambre commerciale de la Cour de cassation.

¹²⁷⁷ W. DROSS, *ibid.*, p. 219 où l'auteur indique qu'« *au dol, la jurisprudence assimile traditionnellement la faute lourde, par application de l'adage culpa lata dolo aequiparabitur. L'idée est qu'il n'est pas acceptable que le débiteur déguise son refus volontaire d'exécuter le contrat sous les apparences d'une faute grossière. La clause limitative ou exonératoire de responsabilité sera donc sans efficacité dans cette hypothèse* ». V. Cass. civ. 1^{re}, 7 février 1989, n° 87-14810, Bull. civ. I, n° 312. Cass. civ. 1^{re}, 24 février 1993, n° 91-13940, Bull. civ. I, n° 88 ; JCP G 1993, II, 22166, note G. PAISANT.

limitative de responsabilité lorsqu'il y a dol¹²⁷⁸ ou faute lourde¹²⁷⁹. « *Quoique l'explication soit discutée, l'ordre public peut constituer un élégant fondement à cette règle* »¹²⁸⁰. Une partie de la doctrine conteste la validité de ces clauses pour les dommages corporels¹²⁸¹. Au contraire, une autre partie considère que ces clauses ne portent pas atteinte à la protection du corps humain mais s'intéressent uniquement à la réparation du préjudice¹²⁸². La jurisprudence a validé ces clauses qui ne seront inefficaces qu'en cas de faute lourde du débiteur¹²⁸³. Ces clauses limitatives de responsabilité contractuelle sont en principe valables¹²⁸⁴.

¹²⁷⁸ Pour le rejet d'une clause limitative de responsabilité en cas de dol, v. notamment Cass. civ. 1^{re}, 24 février 1993, n° 91-13940, Bull. civ. I, n° 88 : « *Attendu qu'en statuant ainsi, au motif que la clause limitative de responsabilité ne serait valable que si la perte était liée au travail de développement et de reproduction, et non lorsque le film a été égaré, alors que l'application d'une telle clause ne peut, en règle générale, être écartée qu'en cas de dol ou de faute lourde du débiteur (...)* » ; D. 1994, p. 6, note X. AGOSTINELLI ; D. 1993, som. com., p. 249, obs. T. HASSLER ; JCP G 1993, II, 22166, note G. PAISANT ; Defrénois 1994, p. 354, obs. D. MAZEAUD. Cass. civ. 1^{re}, 4 février 1969 ; D. 1969, p. 601, note J. MAZEAUD. Cass. civ. 1^{re}, 22 octobre 1975 ; D. 1976, p. 151, note J. MAZEAUD ; RTD civ. 1976, p. 352, obs. G. DURRY. Cass. com., 4 mars 2008 ; JCP G 2008, II, 10079, note L. GUIGNARD ; RTD civ. 2008, p. 490, obs. P. JOURDAIN.

¹²⁷⁹ Pour le rejet d'une clause limitative de responsabilité en cas de faute lourde, v. notamment Cass. civ. 1^{re}, 11 octobre 1966, Bull. civ. I, n° 466 : « *Mais attendu que les premiers juges, dont la cour d'appel s'est approprié les motifs, et qui n'ont nullement déclaré adopter sur ce point les conclusions du rapport de l'expert, qu'ils n'ont pas dénaturées, ont pu estimer qu'en l'espèce, le fait par les établissements Bonte " de ne pas s'être assurés de la qualité du produit mis en vente par le seul moyen véritablement sûr, à savoir un semis fait à une époque telle qu'ils soient assurés de vendre des graines de betteraves sucrières " constituait une faute lourde* ». Cass. civ. 1^{re}, 15 janvier 1976 ; JCP G 1976, IV, 80 ; D. 1976, IR, p. 95. Cass. com., 4 décembre 1977 ; D. 1978, IR, p. 216. Cass. com., 17 janvier 1984 ; JCP G 1984, IV, 96. Cass. civ. 1^{re}, 24 février 1993 ; JCP G 1993, II, 22166, note G. PAISANT. Cass. com., 31 janvier 1995 ; RJDA 1995, n° 574. Cass. com., 3 mars 1998 ; RJDA 1998, n° 860. Cass. mixte, 22 avril 2005, n° 02-18326, Bull. civ. mixte, n° 3 ; BICC 15 juillet 2005, rapp. GARBAN, concl. M. DE GOUTTES ; D. 2005, p. 1864, note J.-P. TOSI (2^{ème} espèce) ; D. 2005, AJ, p. 1224, obs. E. CHEVRIER ; D. 2005, pan., p. 2750, obs. H. KENFACK, et p. 2844, obs. B. FAUVARQUE-COSSON ; D. 2006, pan., p. 1932, obs. P. JOURDAIN ; JCP 2005, II, 10066, note LOISEAU (1^{ère} espèce) ; JCP E 2005, 1446, note C. PAULIN ; RCA 2005, n° 175, note S. HOCQUET-BERG ; cont., conc., consom. 2005, n° 150, note L. LEVENEUR ; dr et patr., oct. 2005, p. 36, étude G. VINEY ; RDC 2005, p. 673, obs. D. MAZEAUD et p. 753, obs. Ph. DELEBECQUE ; RTD civ. 2005, p. 604, obs. P. JOURDAIN, et p. 779, obs. J. MESTRE et B. FAGES.

¹²⁸⁰ D. HOUTCIEFF, *L'atteinte à l'ordre public et aux bonnes mœurs*, in Lamy Droit du contrat, sous la dir. de B. FAGES, 2009, n° 236-87 ; G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ, 4^e éd., 1949, n° 163.

¹²⁸¹ W. DROSS, *op. cit.*, p. 221 où l'auteur rappelle qu'« *une partie de la doctrine plaide en faveur de l'inefficacité de ces clauses pour les dommages corporels, en vertu de l'indisponibilité du corps humain* ». Le fondement de cette interdiction serait l'article 16-1 du Code civil et l'article L. 132-1 du Code de la consommation, liste annexée 1 a) interdisant ces clauses.

¹²⁸² W. DROSS, *ibid.*, *loc. cit.* ; P. ESMEIN, *Méditation sur les conventions d'irresponsabilité en cas de dommage causé à la personne*, in MéL. R. SAVATIER, 1965, p. 271 et s.

¹²⁸³ Cass. civ. 1^{re}, 8 novembre 1983, n° 82-14380, Bull. civ. I, n° 261 ; D. 1984, IR, p. 486, obs. G. BARON ; Gaz. Pal. 1984, 1, p. 384, note F. TARABEUX. Cass. com., 19 octobre 1965, aff. *Dominici*, Bull. civ. IV, n° 507 ; RTD civ. 1966, p. 308, note R. RODIERE. *Contra*, CA Toulouse, 23 octobre 1934 ; DP 1935, 2, p. 49, note L. MAZEAUD. CA Paris, 24 mars 1954 ; D. 1954, p. 295 ; JCP G 1954, II, 8094, note R. RODIERE.

¹²⁸⁴ H. et L. MAZEAUD et A. TUNC, *op. cit.*, p. 746, n° 2583 où l'auteur précise que « *la validité de principe des clauses de responsabilité contractuelle atténuée ne saurait être discutée. Elle résulte nécessairement de la validité, déjà admise, des clauses de non-responsabilité contractuelle* ». V. aussi, M. LAMOUREUX, *op. cit.*, tome 1, p. 467. Egalement, Cass. civ., 12 juillet 1923, DP 1926, 1, p. 229. La Cour de cassation a précisé qu'« *aucune disposition légale ne prohibe de manière générale l'insertion de clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité* » : Cass. civ. 1^{re}, 19 janvier 1982 ; D. 1982, jurispr., p. 457, note C. LARROUMET ; JCP G 1984, II, 20215, note F. CHABAS. Pour des exemples de textes interdisant les clauses limitatives et ou exonératoires de

651. **Qualité des parties.** Entre consommateurs et professionnels, les clauses limitatives de responsabilité sont interdites dans certains contrats¹²⁸⁵, et permises dans d'autres sous réserve de la réglementation des clauses abusives¹²⁸⁶. Dans les contrats de vente entre professionnels et consommateurs, elles sont prohibées en vertu de l'article R. 132-1 du Code de la consommation : « *la clause ayant pour objet ou pour effet de supprimer ou de réduire le droit à réparation du non-professionnel ou consommateur en cas de manquement par le professionnel à l'une quelconque de ses obligations* ». Dans les autres conventions, elles sont en principe valables, tant qu'elles n'ont pas « *pour objet ou pour effet de créer, au détriment du non-professionnel ou du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et les devoirs des parties au contrat* »¹²⁸⁷. Pour éviter que le juge perçoive cette clause comme abusive, le professionnel doit permettre au consommateur de pouvoir choisir entre cette clause ou le paiement d'un prix plus élevé pour ne pas insérer la clause¹²⁸⁸. Entre deux maux lequel choisir... L'une comme l'autre des possibilités n'est pas forcément intéressante. Le professionnel n'a plus qu'à proposer un surcoût du *quantum* de ce qu'il aurait gagné avec la clause limitative et l'efficacité de cette alternative est réduite à néant.

652. **Les critères de l'appréciation du juge.** Les clauses limitatives sont donc, en principe, licites. Cependant, le juge va analyser la clause au regard de l'obligation dont elle prévoit l'inexécution. La validité des clauses limitatives de responsabilité contractuelle relatives à l'obligation essentielle a donné lieu à de nombreuses décisions ces dernières années. Le juge contrôle la validité au regard du concept de cause¹²⁸⁹. Si un contractant peut ne pas exécuter son obligation essentielle en raison de la clause limitative ou exclusive de responsabilité, la cause de l'obligation disparaît¹²⁹⁰. L'ordre public serait alors atteint par une

responsabilité (transport maritime ; hôtellerie ; contrat de travail ; contrat de construction ; produits défectueux), v. not., W. DROSS, *op. cit.*, p. 217.

¹²⁸⁵ W. DROSS, *ibid.*, p. 215.

¹²⁸⁶ W. DROSS, *ibid.*, *loc. cit.*

¹²⁸⁷ L. 132-1, alinéa 1^{er}, du Code de la consommation.

¹²⁸⁸ Cass. civ. 1^{re}, 17 juillet 1990, n° 87-18584, JCP G 1991, II, 21674, note G. PAISANT ; W. DROSS, *op. cit.*, p. 215.

¹²⁸⁹ W. DROSS, *ibid.*, p. 215 et 216 où l'auteur précise que « *la jurisprudence écarte la clause limitative ou exclusive de responsabilité en utilisant, de manière peu convaincante, le concept de cause. Le raisonnement est le suivant : si une partie peut échapper à son obligation essentielle en stipulant une clause limitative ou exclusive de responsabilité, l'obligation de son cocontractant est privée de cause, ce qui doit conduire alors, pour lui redonner une cause, à écarter la clause de non-responsabilité* ».

¹²⁹⁰ Cass. com., 22 octobre 1996, n° 93-18632, Bull. civ. IV, n° 261 ; D. 1997, jurispr., p. 121, note A. SERIAUX ; JCP G 1997, I, n° 4002, obs. M. FABRE-MAGNAN et n° 4025, obs. G. VINEY ; RTD civ. 1997, p. 418, obs. J. MESTRE. Cass. com. 30 mai 2006, n° 04-14974 ; D. 2006, p. 1599, obs. X. DELPECH et p. 2288, obs. D. MAZEAUD ; RTD civ. 2006, p. 773, obs. P. JOURDAIN. Dans le même sens, « (...) *ce dont il résulte un manquement à une obligation essentielle de nature à faire échec à l'application de la clause limitative de*

convention sans cause. La volonté des parties est ainsi limitée par l'ordre public¹²⁹¹. Les articles 1172¹²⁹² et 1174¹²⁹³ du Code civil prônent pour la nullité du contrat entier. Cependant, le résultat de cette sanction peut paraître trop sévère. La personne, voulant faire tomber la clause non valable, a peut-être envie et intérêt à ce que le contrat s'exécute. Anéantir le contrat entier aurait pour effet de décourager le contractant d'agir contre la validité de cette clause¹²⁹⁴. En sanctionnant uniquement la clause, le juge redonne une cause à l'obligation. Le contrat est ainsi sauvé¹²⁹⁵.

653. **Où est l'aménagement des règles de preuve ?** En quoi cette clause va indirectement aménager les règles de preuve ? En principe, lors d'une inexécution d'une obligation, le créancier peut agir en justice afin d'obtenir la réparation du préjudice ainsi subi. Il devra prouver l'existence de l'obligation conformément à l'article 1315, alinéa 1^{er}, du Code civil. La preuve de cette obligation rapportée, le débiteur doit démontrer son exécution ou le fait qui le libère. Faute d'y être arrivé, sa responsabilité est engagée, il doit réparer le préjudice qu'il a causé. Le créancier a la charge de la preuve du montant de son préjudice causé par cette faute. La réparation du préjudice, en matière contractuelle, est l'intégralité du préjudice prévisible¹²⁹⁶ alors qu'en matière délictuelle le préjudice réparé n'a pas besoin

réparation, la cour d'appel a violé le texte susvisé » : Cass. com., 13 février 2007, n° 05-17407, Bull. civ. IV, n° 43 ; RTD civ. 2007, p. 567, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; D. 2007, p. 2975, obs. B. FAUVARQUE-COSSON ; RDC 2007, p. 707, obs. D. MAZEAUD ; Autre affaire où la Cour de cassation a considéré que le manquement à une obligation essentielle peut entraîner la nullité de la clause limitative de responsabilité : Cass. com., 5 juin 2007, n° 06-14832, Bull. civ. IV, n° 157 ; D. 2007, p. 1720, obs. X. DELPECH ; RTD civ. 2007, p. 567, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; D. 2007, p. 2975, obs. B. FAUVARQUE-COSSON ; Defrénois 2007, p. 1042, note R. LIBCHABER. Pour une analyse critique de cette position, W. DROSS, *ibid.*, p. 216 où l'auteur considère que « *cette solution appelle plusieurs critiques. D'une part, la clause n'a pas pour effet de faire disparaître l'obligation, elle ne joue que sur les conséquences de son inexécution, ce dont il résulte que la cause de l'obligation du cocontractant existe bel et bien. D'autre part, si vraiment l'obligation était sans cause, elle serait nulle, ce qui entraînerait la nullité de tout le contrat et non pas seulement de la clause limitative de responsabilité dès lors qu'elle est essentielle. Enfin, même à plaider une absence partielle de cause en présence d'une clause simplement limitative de responsabilité et non exclusive, c'est l'obligation de l'expéditeur consistant à payer un supplément de prix qui aurait été supprimée pour absence de cause, ce qui aurait conduit à ne rembourser au client que la seule différence de prix existant entre un envoi normal et un envoi par les services de la société Chronopost* ».

¹²⁹¹ H. et L. MAZEAUD et A. TUNC, *op. cit.*, p. 669, n° 2520 où les auteurs indiquent que « *quand bien même la volonté des parties serait incontestable, elle serait encore impuissante si elle se heurtait à l'ordre public, soit même à la nature des choses qui impose dans le contrat l'existence de certaines obligations, sous peine de changer la nature juridique de ce contrat ou même d'aboutir à une convention nulle* ».

¹²⁹² Article 1172 du Code civil : « *Toute condition d'une chose impossible, ou contraire aux bonnes mœurs, ou prohibée par la loi est nulle, et rend nulle la convention qui en dépend* ».

¹²⁹³ Article 1174 du Code civil : « *Toute obligation est nulle lorsqu'elle a été contractée sous une condition potestative de la part de celui qui s'oblige* ».

¹²⁹⁴ En ce sens, H. et L. MAZEAUD et A. TUNC, *op. cit.*, p. 720, n° 2562 et s.

¹²⁹⁵ H. et L. MAZEAUD et A. TUNC, *ibid.*, *loc. cit.* où les auteurs précisent que « *pour [la jurisprudence], il ne fait pas de doute que la clause nulle de non-responsabilité est seulement réputée non écrite, que cette clause n'entraîne pas la chute du contrat* ».

¹²⁹⁶ H. et L. MAZEAUD et A. TUNC, *ibid.*, p. 509, n° 2375 et s.

d'être prévisible. En cas de faute dolosive, le débiteur sera tenu de réparer le préjudice entier, sans qu'il ait été besoin d'être prévisible. La preuve de la faute dolosive incombe au créancier.

654. **L'incidence de la clause limitative de responsabilité sur les règles de preuve.** En présence d'une clause limitative de réparation, il faut distinguer selon le *quantum* du préjudice. Lorsque le préjudice évalué est inférieur ou égal au plafond prévu dans la clause, le créancier se trouve dans la même situation qu'en l'absence de cette clause. En revanche, lorsque le préjudice subi dépasse le plafond, la preuve de son montant n'a pas besoin d'être faite avec précision. Il suffit de prouver que le dommage dépasse le plafond pour obtenir ce dernier. Le créancier, pour obtenir la réparation intégrale de son préjudice, devra rapporter la preuve d'une faute dolosive¹²⁹⁷ ou lourde¹²⁹⁸, en présence d'une clause limitative de responsabilité, comme en son absence. Les clauses limitatives de réparation ne modifient que légèrement les règles de preuve. Elles permettent d'alléger l'objet de la preuve du préjudice subi lorsqu'il est supérieur au plafond prévu. Pour le reste, cette clause ne change en rien la situation des parties au niveau probatoire. En est-il ainsi pour les stipulations exonératoires de responsabilité ?

b : Les conséquences indirectes des clauses élusives de responsabilité sur les règles de preuve

655. **Notion.** Les clauses élusives de responsabilité sont beaucoup plus proches des clauses pénales dans leur mécanisme face à la preuve. La preuve du préjudice subi par le créancier n'a pas besoin d'être rapportée dans ces deux situations ; d'une part, pour la clause exonératoire le créancier n'aura pas droit à la réparation de son préjudice, d'autre part, s'agissant de la clause pénale, la réparation est forfaitaire peu importe que le préjudice évalué soit supérieur ou inférieur au montant prévu dans la clause. Le préjudice n'a plus besoin d'être prouvé. L'inexécution entraîne l'octroi d'une réparation d'un montant fixe, 0 euro pour la clause évasive de réparation, x euros pour la clause pénale. Ces deux clauses rendent inutile la preuve du préjudice. Indirectement, il s'agit d'aménagements conventionnels de la preuve.

¹²⁹⁷ W. DROSS, *op. cit.*, p. 218. V. Cass. com., 16 mars 1981, n° 79-15884, Bull. civ. IV, n° 140. Cass. civ. 1^{re}, 24 février 1993, n° 91-13940, Bull. civ. I, n° 88 ; JCP G 1993, II, 22166, note G. PAISANT.

¹²⁹⁸ W. DROSS, *ibid.*, p. 219.

La différence tient essentiellement au fait que la clause évasive de responsabilité fait disparaître le droit à la réparation du préjudice dû à l'inexécution¹²⁹⁹.

656. **Position jurisprudentielle.** La Cour de cassation a, dans un premier temps, annulé ces clauses car elles permettraient au débiteur de ne pas exécuter ses obligations, n'étant plus sujet au versement d'une réparation en cas d'inexécution¹³⁰⁰. Aujourd'hui, la Cour de cassation valide ces clauses¹³⁰¹. En principe, les clauses de non-responsabilité en matière contractuelle jouissent d'une permission¹³⁰², sauf exceptions légales¹³⁰³. Dans les contrats entre professionnels et consommateurs, les juges ont régulièrement déclaré non écrites ces clauses bénéficiant au professionnel¹³⁰⁴. Malgré leur validité reconnue, les juges ont interprété ces clauses comme ayant seulement pour conséquence de renverser la charge de la preuve¹³⁰⁵. Maintenant ces clauses ont pleinement effet, la preuve de l'inexécution n'est pas permise, à moins qu'il ne s'agisse d'une faute dolosive¹³⁰⁶ ou lourde¹³⁰⁷.

¹²⁹⁹ W. DROSS, *op. cit.*, p. 211.

¹³⁰⁰ Cass. civ., 13 août 1872 ; DP 1872, 1, p. 228.

¹³⁰¹ Cass. civ., 24 janvier 1874 ; DP 1876, 1, p. 133. Cass. civ. 1^{re}, 19 janvier 1982, n° 80-15745 ; D. 1982, p. 457, note C. LARROUMET ; JCP G 1984, II, 20215, note F. CHABAS ; RTD civ. 1983, p. 144, obs. G. DURRY. Cass. com., 23 novembre 1999, n° 96-21869, Bull. civ. IV, n° 210 ; JCP G 2000, II, 10326, note J.-P. CHAZAL.

¹³⁰² H. et L. MAZEAUD et A. TUNC, *op. cit.*, p. 746, n° 2583 où les auteurs précisent que « *les clauses évasives de responsabilité contractuelle sont licites* ».

¹³⁰³ Pour exemple, l'article L. 133-1 du Code de commerce : nullité des clauses d'irresponsabilité dans les contrats de transport interne de marchandises, par terre ou par eau, en cas de perte ou détérioration. Elles sont donc possible pour le retard. Possibilité des clauses simplement limitatives : Cass. Com., 3 janvier 1950, D. 1950, p. 225 ; Cass. com., 30 janvier 1967 ; D. 1968, p. 160, note P. DURAND. Sauf si cela conduit à une véritable exonération sous couvert d'une clause limitative. En revanche validité de la clause limitative pour un montant dérisoire si en contrepartie il y a eu une réduction du prix : Cass. civ. 3^e, 4 juillet 1951, Bull. civ. III, n° 223. Cass. civ. 3^e, 19 mars 1952 ; D. 1952, p. 401.

¹³⁰⁴ Cass. civ. 1^{re}, 14 mai 1991, n° 89-20999 ; D. 1991, p. 449, note J. GHESTIN ; JCP G 1991, II, 21763, note G. PAISANT. W. DROSS, *op. cit.*, p. 215 où l'auteur remarque que « *le fait que la clause évasive de responsabilité n'ait qu'un caractère accessoire ne permet pas ipso facto de la faire échapper à l'emprise de ce texte* [L. 132-1, alinéa 1^{er}, Code de la consommation], *étant toutefois observé qu'il sera alors plus délicat de caractériser le déséquilibre significatif qu'une telle clause accessoire peut apporter dans le contrat* ». V. Cass. civ. 1^{re}, 3 mai 2006, n° 04-16698 ; D. 2006, p. 2743, obs. Y. DAGORNE-LABBE.

¹³⁰⁵ Jurisprudence sur des clauses de non-responsabilité qui ont été interprété comme des clauses renversant la charge de la preuve : Cass. Req., 15 mars 1909 ; D. 1910. 1. 49. Cass. req., 14 décembre 1926 ; D. 1926. 1. 105 ; note L. JOSSERAND. V. aussi, P. DURAND, *Des conventions d'irresponsabilité*, Thèse Paris, 1931, n° 146 et s. ; P. ROBINO, *Les conventions d'irresponsabilité dans la jurisprudence contemporaine*, RTD civ. 1951, p. 1 et s. ; Cass. civ. 9 novembre 1915 ; S. 1921. 2. 1 ; D. 1921. 1. 23, note L. HUGUENEY. Cass. civ. 18 janvier 1933 ; D.H. 1933. 115 ; Gaz. Pal. 1933. 1. 668. Les clauses de non-responsabilité étaient valables en tant que clause opérant un renversement de la charge de la preuve. V. H. et L. MAZEAUD et A. TUNC, *op. cit.*, p. 703, n° 2545 et p. 722, n° 2565. Les auteurs énumèrent les exceptions à ce principe de validité. La jurisprudence dénature les clauses de non-responsabilité en les qualifiant de clauses renversant la charge de la preuve, afin de les rendre valide. Par exemple dans les contrats de transport, v. R. LEGAIS, *Les règles de preuve en droit civil*, « *Permanences et transformations* », Thèse Poitiers, LGDJ, Paris, 1955, p. 141.

¹³⁰⁶ Pour le rejet d'une clause exonératoire de responsabilité en cas de dol, v. notamment : Cass. civ., 29 juin 1948 ; JCP 1949, II, 4660. Cass. com., 7 juin 1952 ; D. 1952, p. 651. Cass. com., 15 juin 1959 ; Grands arrêts, t. 2, n° 167 ; D. 1960, p. 97, note R. RODIÈRE. Cass. civ. 1^{re}, 4 février 1969 ; D. 1969, p. 601, note J. MAZEAUD. Cass. ass. plén., 30 juin 1998 ; JCP 1998, II, 10146, note Ph. DELEBECQUE ; cont., conc., consom. 1998, n° 143,

657. **Effets sur la preuve et appréciation du juge.** Normalement, en cas d'inexécution, c'est au débiteur de l'obligation de rapporter la preuve de son exécution ou de l'événement qui le libère de son obligation¹³⁰⁸. Avec le mécanisme de la clause exclusive de responsabilité, le débiteur n'a plus à prouver qu'il a exécuté son obligation. La charge de la mauvaise exécution pèse alors sur le créancier. La charge de la preuve est inversée. Il y a un second effet sur la preuve car la preuve ne peut pas se limiter à une simple inexécution fautive. Le créancier doit prouver que la faute du débiteur est dolosive ou lourde. L'objet de la preuve a été modifié par l'effet de cette clause. Faute de pouvoir rapporter la preuve d'une faute dolosive, le débiteur se verra exonérer de sa responsabilité. Le créancier doit prouver la faute dolosive pour avoir droit à la réparation de cette inexécution. Il est logique de sanctionner le débiteur de l'obligation qui n'exécute pas intentionnellement son obligation, sinon cette convention de non-responsabilité serait en pratique une convention sur l'obligation (sur l'existence du droit). Le juge ne sanctionne pas la validité de la clause, mais vérifie, par ce procédé, le comportement du débiteur de l'obligation. Si son comportement est contraire à l'ordre public, le juge effectuera un renversement de la charge de la preuve, ce qui permettra d'engager la responsabilité du débiteur. En revanche, si le débiteur est de bonne foi dans l'inexécution, cette clause sera bel et bien une clause de non-responsabilité efficace¹³⁰⁹. Cette clause modifie indirectement les règles légales de preuve, mais avec une vigueur plus importante que les conventions directes de preuve ne peuvent le faire. Le juge contrôle les conséquences de l'application de ces clauses sur l'ordre public¹³¹⁰. La clause pénale ressemble à la clause évasive de responsabilité mais connaît des différences, notamment avec le pouvoir du juge de réviser le montant prévu dans la clause pénale.

obs. L. LEVENEUR ; RTD Civ. 1999, p. 119, obs. P. JOURDAIN. Cass. com., 3 avril 2001, Bull. civ., IV, n° 70 ; JCP 2001, I, 354, n° 11, obs. F. LABARTHE.

¹³⁰⁷ Pour le rejet d'une clause exonératoire de responsabilité en cas de faute lourde, voir notamment : Cass. req., 24 octobre 1932. Cass. civ. 1^{re}, 17 février 1976 ; JCP 1976, IV, 122. Cass. civ. 1^{re}, 28 mai 1980 ; JCP 1980, IV, 300. CA Versailles, 5 mars 1998 ; RJDA 1998, n° 947. CA Paris, 13 septembre 2000 ; RJDA 2001, n° 311.

¹³⁰⁸ V. article 1315, alinéa 2. La preuve de l'existence de l'obligation est à la charge du créancier. En effet, le demandeur doit prouver l'obligation dont il réclame l'exécution, il est donc normal que ce soit le créancier qui réclame son exécution.

¹³⁰⁹ V. H. et L. MAZEAUD et A. TUNC, *op. cit.*, p. 503, n° 2370.

¹³¹⁰ D. HOUTCIEFF, *op. cit.*, n° 236-87 où l'auteur précise qu'« un ordre public d'origine jurisprudentiel tend également à se dessiner en matière de clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité ».

2 : Les clauses pénales modifiant indirectement les règles de preuve

658. **Notion.** « La clause pénale est celle par laquelle une personne, pour assurer l'exécution d'une convention, s'engage à quelque chose en cas d'inexécution »¹³¹¹. Elle favorise le débiteur à exécuter les obligations prévues en son sein¹³¹². Pour inciter le débiteur, la clause pénale doit prévoir une sanction suffisamment dissuasive¹³¹³. Il y a l'idée de pénalité, derrière cette sanction, en cas d'inexécution. La clause prévoit généralement une somme d'argent. Il est possible de s'engager à quelque chose de matériel à la place¹³¹⁴. L'objet de cette clause n'est pas de donner un choix au débiteur entre exécuter son obligation ou verser le montant prévu forfaitairement¹³¹⁵ mais de permettre au créancier d'obtenir le montant forfaitaire en cas d'inexécution tout en lui laissant la possibilité de poursuivre l'exécution forcée¹³¹⁶, si elle est encore possible¹³¹⁷, ou la résolution. De plus, cette résolution du contrat peut être cumulée avec le paiement du montant de la clause pénale¹³¹⁸. En revanche, le cumul de l'exécution forcée et de la clause pénale n'est pas possible, à moins que la clause pénale concerne le seul retard dans l'exécution¹³¹⁹.

¹³¹¹ Article 1226 du Code civil.

¹³¹² W. DROSS, *op. cit.*, p. 373. V. Cass. civ. 1^{re}, 10 février 1960, Bull. civ. I, n° 94.

¹³¹³ W. DROSS, *ibid.*, *loc. cit.*

¹³¹⁴ W. DROSS, *ibid.*, *loc. cit.* où l'auteur remarque qu'« en pratique, ce quelque chose auquel s'engage le débiteur est presque toujours le paiement d'une somme d'argent, mais rien n'interdit de prévoir autre chose, par exemple la livraison de produits supplémentaires ». « Il est également possible de stipuler une somme due par jour de retard (forme d'astreinte conventionnelle) ».

¹³¹⁵ W. DROSS, *ibid.*, *loc. cit.* Référence sur la qualification d'obligations alternatives au lieu de clause pénale : Pour les pénalités en cas de remboursement anticipé d'un prêt, v. Cass. civ. 1^{re}, 24 novembre 1993, n° 91-16150 ; RTD civ. 1994, p. 857, obs. J. MESTRE ; Pour une clause de dédit, v. Cass. com., 2 avril 1996, n° 94-13433 ; D. 1996, som. com. p. 329, obs. D. MAZEAUD ; Pour une clause de résiliation onéreuse, v. Cass. civ. 1^{re}, 6 mars 2001, n° 98-20431, Bull. civ. I, n° 56 ; JCP G 2002, II, 10067, note Y. DAGORNE-LABBE ; RTD civ. 2001, p. 589, obs. J. MESTRE et B. FAGES.

¹³¹⁶ Article 1228 du Code civil : « Le créancier, au lieu de demander la peine stipulée contre le débiteur qui est en demeure, peut poursuivre l'exécution de l'obligation principale ». W. DROSS, *ibid.*, p. 376.

¹³¹⁷ W. DROSS, *ibid.*, p. 375 où l'auteur précise qu'« en droit commun, le créancier victime d'une inexécution peut en principe solliciter la résolution du contrat en plus de la réparation de son préjudice ou carrément poursuivre l'exécution forcée du contrat en place de cette réparation (Code civil article 1184, alinéa 2). La stipulation d'une clause pénale ne modifie en rien ces solutions ».

¹³¹⁸ « La stipulation d'une clause pénale à défaut d'exécution d'une convention n'emporte pas de plein droit renonciation du créancier à poursuivre la résolution de cette convention » : Cass. civ. 3^e, 22 février 1978, n° 76-13828, Bull. civ. III, n° 99. Cass. civ. 3^e, 4 janvier 2006, n° 04-18642, Bull. civ. III, n° 6. Cass. com., 4 juillet 1972, n° 71-11194 ; D. 1972, jurispr., p. 732, note Ph. MALAURIE. La résolution de la convention n'entraîne pas la disparition de la clause pénale, malgré son effet rétroactif. « La clause pénale, destinée à compenser les conséquences dommageables de la résolution du contrat survit à la résolution de ce contrat » : Cass. civ. 3^e, 6 janvier 1993, n° 89-16011. De même, la caducité d'un acte n'affecte pas la clause pénale car elle doit précisément produire effet en cas de défaillance fautive du débiteur : Cass. com., 22 mars 2011, n° 09-16.660.

¹³¹⁹ W. DROSS, *op. cit.*, p. 376. V. article 1229, alinéa 2, Code civil. Toutefois, un arrêt a admis le cumul de l'exécution forcée et de la clause pénale alors qu'il ne s'agissait pas d'un retard : Cass. com., 23 mars 1999, n° 97-10077. La clause pénale peut envisager un simple retard dans l'exécution (clause pénale moratoire) ou prévoir l'inexécution définitive de l'obligation (clause pénale compensatoire).

659. **Validité de principe.** La clause pénale est en principe licite. Il n'y a que peu de textes qui interdisent ces clauses¹³²⁰. Entre professionnels et consommateurs, la clause pénale ne doit pas créer de déséquilibre significatif entre les droits et les devoirs des parties au détriment du consommateur¹³²¹.

660. **Conditions de l'efficacité.** Pour être pleinement efficace dans sa fonction comminatoire à l'égard du débiteur, le « *quelque chose* » de prévu dans la clause doit être supérieur à l'évaluation du préjudice subi en raison de l'inexécution. Autrement dit, la « pénalité » doit dépasser le montant du préjudice. Comment déterminer le montant de la somme d'argent alloué en cas d'inexécution ? C'est du côté du débiteur et non du créancier qu'il faut se placer pour voir si la clause aura une dimension comminatoire. Le montant de la clause peut être supérieur au préjudice subi par le débiteur, mais inférieur au coût de l'exécution de l'obligation par le créancier. Pour que la clause soit véritablement comminatoire pour le débiteur, il faut également que son montant soit supérieur à l'évaluation de l'exécution de l'obligation. Il est vrai que tant que le montant de la clause est supérieur au préjudice subi, le créancier n'est pas lésé par l'exécution de l'obligation, du moins à court terme¹³²². Prenons comme exemple, un contrat de livraison comportant une clause pénale pour sanctionner le retard. Le *quantum* de la clause peut être peu élevé. Le retard dans la livraison peut n'avoir pas provoqué un préjudice supérieur à cette somme forfaitaire. Le débiteur de l'obligation de livraison a calculé qu'économiquement il était plus intéressant d'attendre avant d'envoyer le colis quitte à verser le montant de la somme forfaitaire de la clause pénale. Le choix de cette entreprise de transport a peut-être été fait en raison de la rapidité de la livraison. Le créancier aurait peut-être, en connaissance de cause, choisit une autre entreprise. Quoiqu'il en soit le débiteur s'engage contractuellement à un service. Peu importe que le créancier ne subisse qu'un faible préjudice. L'inexécution avec l'application de la clause pénale ne devrait pas être plus avantageuse que l'exécution pour le débiteur¹³²³.

¹³²⁰ Pour des exemples v. W. DROSS, *op. cit.*, p. 377.

¹³²¹ Article L. 132-1 du Code de la consommation. W. DROSS, *ibid.*, p. 381 où l'auteur précise que « *la clause pénale est donc en principe valable dans les contrats de consommation, mais si son montant est tel qu'il déséquilibre le contrat, elle sera réputée non écrite par le juge* ».

¹³²² Se pose alors le problème de l'évaluation du préjudice ? On retrouve cette problématique lorsqu'un pacte de préférence de vente immobilière n'est pas respecté. L'acheteur n'est pas propriétaire du bien immobilier convoité, mais il n'a pas versé le prix. Quel préjudice subit-il ? La perte d'une chance (la plus value espérée) ? Il est fort probable que le préjudice évalué soit inférieur au bénéfice réalisé par le vendeur en formant la vente avec un autre acheteur au mépris du pacte, et ce préjudice évalué sera peut-être inférieur à la plus value à moyen et long terme du bénéficiaire de la préférence non respectée.

¹³²³ W. DROSS, *op. cit.*, p. 374 où l'auteur précise que « *certaines proposent que le montant de la clause pénale soit simplement déterminable, notamment en prévoyant que la partie coupable de l'inexécution s'engage à*

661. **L'incidence en matière de preuve.** En cas d'inexécution, la clause va donc pouvoir s'appliquer¹³²⁴. Le créancier obtient la somme d'argent automatiquement¹³²⁵ : « *le responsable doit le forfait* »¹³²⁶. Le juge perd tout pouvoir d'appréciation sur l'évaluation du préjudice, au profit des contractants¹³²⁷. La clause pénale est une « *marque de défiance des parties à l'égard du juge* »¹³²⁸. Le juge ne peut plus alors évaluer le montant des dommages-intérêts en présence d'une telle clause. Les parties n'ont plus besoin de rapporter la preuve du montant du préjudice subi en raison du manquement contractuel¹³²⁹, seule la preuve de l'inexécution perdure¹³³⁰. Si on décompose la charge de la preuve, le créancier va devoir commencer par prouver l'obligation, ce qui entraînera la preuve de l'exécution par le débiteur. En cas d'absence de preuve de l'exécution ou du fait libératoire, le créancier va devoir prouver la clause pénale qu'il invoque au lieu de rapporter la preuve du préjudice subi ainsi que son évaluation. La clause pénale s'interprète de manière stricte, car elle est dérogatoire au droit commun¹³³¹. Une fois cette preuve établie, le juge applique la clause comme il le ferait avec une loi, il est lié par la volonté des parties¹³³². Autrement dit, le créancier n'est pas dans l'obligation de prouver le montant de son préjudice du fait de l'inexécution¹³³³. L'absence de préjudice ne prive pas le créancier de réclamer l'indemnisation prévue dans cette clause¹³³⁴. « *Le plus souvent néanmoins, un tel préjudice existera : la somme versée au titre de la clause*

verser à son cocontractant l'intégralité du profit qu'elle retirerait de la violation du contrat. Le but de la stipulation est de faire obstacle à toute tentation de violation efficace du contrat tout en n'imposant pas au débiteur une pénalité excessive. Une telle stipulation impose de procéder ultérieurement à la détermination de ce montant : afin d'éviter le recours au juge, la clause devra prévoir la désignation d'un expert. La lourdeur du procédé conduit à le déconseiller ».

¹³²⁴ M. LAMOUREUX, *op. cit.*, tome 1, p. 469 et 470.

¹³²⁵ « *La clause pénale, sanction contractuelle du manquement d'une partie à ses obligations, s'applique du seul fait de cette inexécution* » : Cass. civ. 3^e, 12 janvier 1994, n° 91-19540, Bull. civ. III, n° 5 ; RTD civ. 1994, p. 605, obs. J. MESTRE ; JCP G 1994, I, 3809, n° 18, obs. G. VINEY. Cass. civ. 3^e, 20 décembre 2006, n° 05-20065, Bull. civ. III, n° 256 ; JCP G 2007, II, 10024, note BAKOUCHE. En ce sens, W. DROSS, *op. cit.*, p. 374 et 375.

¹³²⁶ H. et L. MAZEAUD et A. TUNC, *op. cit.*, p. 775, n° 2626.

¹³²⁷ M. LAMOUREUX, *op. cit.*, tome 1, p. 45.

¹³²⁸ D. MAZEAUD, *La notion de clause pénale*, Bibliothèque de droit privé, tome 223, LGDJ, Paris, 1992, n° 105.

¹³²⁹ M. LAMOUREUX, *op. cit.*, tome 1, p. 470 où l'auteur considère qu'« *en prévenant de la sorte toute discussion future sur l'étendue de la sanction, les parties se substituent purement et simplement au juge dans l'évaluation des dommages-intérêts* ».

¹³³⁰ H. et L. MAZEAUD et A. TUNC, *op. cit.*, p. 782, n° 2636.

¹³³¹ H. et L. MAZEAUD et A. TUNC, *ibid.*, *loc. cit.*

¹³³² M. LAMOUREUX, *op. cit.*, tome 1, *loc. cit.* où l'auteur indique que « *les parties écartent ainsi le pouvoir d'appréciation du juge, dont la mission n'est plus d'ordonner la réparation intégrale du préjudice mais de faire respecter la loi des parties* ».

¹³³³ M. LAMOUREUX, *ibid.*, *loc. cit.* où l'auteur rappelle que « *l'un des objectifs majeurs de la clause pénale, d'ailleurs parfois présenté comme sa principale fonction, est en effet d'éviter les aléas de l'évaluation judiciaire des dommages-intérêts* ». Cass. civ. 3^e, 2 octobre 1974 ; RTD civ. 1975, p. 130, obs. G. CORNU. Cass. civ. 3^e, 12 janvier 1994 ; RTD civ. 1994, p. 605, obs. J. MESTRE.

¹³³⁴ Cass. civ. 3^e, 2 octobre 1974, n° 73-10951, Bull. civ. III, n° 323 ; D. 1975, jurispr., p. 1, rapp. M. DELTEL. Cass. civ. 1^{re}, 19 mars 1980, n° 78-13151, Bull. civ. I, n° 95. Cass. com., 23 mars 1999, n° 97-11835 : « *Le juge ne peut pas refuser d'appliquer une clause pénale au motif de l'absence de préjudice* ».

pénale aura alors une double fonction, indemnisation et sanction »¹³³⁵. Dès lors qu'il y a inexécution¹³³⁶, le forfait est obtenu que le préjudice soit inférieur ou qu'il soit supérieur¹³³⁷. La clause n'a pas d'influence sur la preuve de l'obligation, ni sur la preuve de l'exécution. « *La clause pénale (...) permet de prendre des raccourcis en libérant le créancier des exigences probatoires que la loi exige en l'absence de clause pénale puisque celle-ci dispense celui qui s'en prévaut de prouver l'étendue de son préjudice, seule l'inexécution du contrat devant être établie. La clause pénale a en ce sens pu être envisagée comme une clause qui "préétablit l'objet de la preuve" »*¹³³⁸. Seule la preuve du préjudice va être modifiée par cette clause. En effet, l'évaluation du préjudice disparaissant, sa preuve en est autant allégée. « *La clause pénale présente ainsi l'avantage (...) d'éviter au créancier d'avoir à établir la consistance exacte de son dommage* »¹³³⁹. Elle évite toute discussion sur l'évaluation des dommages, entre les contractants¹³⁴⁰.

662. **Révision de la clause pénale.** L'une des parties peut néanmoins demander au juge de réviser la clause conformément à l'article 1152, alinéa 2, du Code civil. Lorsque le montant est manifestement dérisoire ou excessif, cette disproportion entre le préjudice subi et le préjudice réparé par la clause pénale ne peut être satisfaisant au regard de l'équilibre contractuel. Une telle situation ne peut être consacrée par le juge faute de quoi l'ordre public serait contrarié. Si l'un des contractants souhaite invoquer cet article, il devra rapporter la preuve du caractère manifestement excessif ou dérisoire¹³⁴¹ de la peine convenue, preuve qui n'existe pas en l'absence de clause pénale. Le montant doit être « *suffisamment important pour jouer son rôle comminatoire à l'égard du débiteur tout en restant en deçà de l'excès* »¹³⁴². Comment déterminer le caractère manifestement excessif ou dérisoire de la clause pénale ? Le juge compare le préjudice subi avec le montant forfaitaire de la clause¹³⁴³ pour constater une disproportion manifeste¹³⁴⁴. L'absence d'équivalence entre la peine et le

¹³³⁵ W. DROSS, *op. cit.*, p. 375.

¹³³⁶ Cass. civ. 3^e, 12 janvier 1994, Bull. civ. III, n° 5 ; JCP G 1994, I, 3809, n° 18, obs. G. VINEY ; Defrénois 1994, p. 804, obs. D. MAZEAUD ; RTD civ. 1994, p. 605, obs. J. MESTRE.

¹³³⁷ M. LAMOUREUX, *op. cit.*, tome 1, p. 470 et 471. H. et L. MAZEAUD et A. TUNC, *op. cit.*, p. 775 et 776, n° 2626.

¹³³⁸ M. LAMOUREUX, *ibid.*, tome 1, p. 199. L'auteur cite D. FERRIER, *La preuve et le contrat*, n° 13.

¹³³⁹ W. DROSS, *op. cit.*, p. 374.

¹³⁴⁰ H. et L. MAZEAUD et A. TUNC, *op. cit.*, p. 775, n° 2626.

¹³⁴¹ W. DROSS, *op. cit.*, p. 373 où l'auteur considère qu'« *en réalité, la clause pénale dérisoire ne peut exister que si les parties se sont tellement fourvoyées dans l'évaluation du préjudice que pourrait causer l'inexécution que, croyant le surévaluer, elles l'ont sous-évalué* ».

¹³⁴² W. DROSS, *ibid.*, p. 383.

¹³⁴³ W. DROSS, *ibid.*, *loc. cit.*

¹³⁴⁴ M. LAMOUREUX, *op. cit.*, tome 1, p. 471.

préjudice subi n'est pas suffisante pour justifier une réduction ou une augmentation¹³⁴⁵. Le juge ne peut pas non plus se fonder sur le comportement du débiteur¹³⁴⁶. La situation du débiteur ne doit pas être prise en compte¹³⁴⁷.

663. **Dénaturations de la clause pénale.** Plus le préjudice subi est important, moins le risque pour le montant de la clause pénale d'être réduite est grand. En réduisant la clause pénale au montant du préjudice subi, les juges du fond dénaturent la volonté des parties lorsque la clause avait, en plus de la fonction de réparer le préjudice, celle de sanctionner le comportement du débiteur. La clause n'a plus aucune utilité. En supprimant la clause, l'effet serait le même. C'est donc plus qu'une révision dans cette hypothèse. La clause serait substituée par l'application du régime de responsabilité contractuelle de droit commun. La nature contractuelle de la responsabilité va quand même survivre à la réduction. L'article 1153 du Code civil va pouvoir s'appliquer¹³⁴⁸. Le débiteur sera tenu « *de payer des intérêts moratoires au taux légal sur le montant de la clause pénale révisée dès le jour de la sommation de payer et non à compter de la décision judiciaire de réduction* »¹³⁴⁹. En cas de sous-évaluation du préjudice, la clause perd sa fonction comminatoire, devenant en fait une clause forfaitaire limitative de responsabilité¹³⁵⁰. Si le créancier n'a pas à justifier d'un préjudice, il ne peut pas réclamer plus que le montant prévu dans la clause pénale¹³⁵¹. Néanmoins, il pourra obtenir une révision de la clause si le montant est manifestement dérisoire¹³⁵². Pour le créancier, il est préférable pour éviter cette incertitude de surévaluer la

¹³⁴⁵ Cass. soc., 23 janvier 1985, Bull. civ. V, n° 58 ; RTD civ. 1986, p. 103, obs. J. MESTRE. Cass. com., 10 juillet 2001 ; JCP E 2002, p. 482, note L. LEVENEUR.

¹³⁴⁶ Cass. com., 11 février 1997, Bull. civ. IV, n° 47 ; RTD civ. 1997, p. 654, obs. J. MESTRE. Cass. com., 10 juillet 2002 ; Gaz. Pal. 2003, 1, pan. p. 534 (2^e espèce).

¹³⁴⁷ Cass. civ. 1^{re}, 14 novembre 1995, n° 94-04008, Bull. civ. I, n° 412.

¹³⁴⁸ Article 1153 du Code civil : « *Dans les obligations qui se bornent au paiement d'une certaine somme, les dommages-intérêts résultant du retard dans l'exécution ne consistent jamais que dans la condamnation aux intérêts au taux légal, sauf les règles particulières au commerce et au cautionnement.*

Ces dommages et intérêts sont dus sans que le créancier soit tenu de justifier d'aucune perte.

Ils ne sont dus que du jour de la sommation de payer, ou d'un autre acte équivalent telle une lettre missive s'il en ressort une interpellation suffisante, excepté dans le cas où la loi les fait courir de plein droit.

Le créancier auquel son débiteur en retard a causé, par sa mauvaise foi, un préjudice indépendant de ce retard, peut obtenir des dommages et intérêts distincts des intérêts moratoires de la créance ».

¹³⁴⁹ W. DROSS, *op. cit.*, p. 384 et 385. En ce sens, Cass. soc., 19 février 1991, n° 88-40407, Bull. civ. V, n° 76. Cass. civ. 3^e, 25 novembre 1998, n° 96-22910. Cass. com., 16 novembre 1999, n° 97-15114.

¹³⁵⁰ W. DROSS, *op. cit.*, p. 383 et 384. Pour certains auteurs, il existe aussi les clauses d'indemnisation forfaitaire qui se distinguent des clauses pénales car elles n'ont pas de caractère comminatoire. Sur ce débat v. J. MESTRE, RTD civ. 1985, p. 372 ; D. MAZEAUD, *La notion de clause pénale, op. cit.*, n° 258 et s.

¹³⁵¹ Cass. civ. 3^e, 28 mars 1977, n° 75-14896, Bull. civ. III, n° 154.

¹³⁵² Cass. soc., 5 juin 1996, n° 92-42298, Bull. civ. V, n° 226 ; D. 1997, som. com., p. 101, obs. Y. SERRA.

clause ou de prévoir que le montant de la clause pénale est un minimum¹³⁵³. Cette dernière possibilité assure le créancier d'obtenir au moins son préjudice lorsqu'il est supérieur à ce plancher, et d'obtenir une indemnisation supérieure dans le cas inverse¹³⁵⁴.

664. **La révision d'office.** L'article 1231 du Code civil permet au juge de réviser d'office le montant de la clause pénale en cas d'inexécution partielle. Pour cela il faut d'une part, que l'obligation soit susceptible d'exécution partielle, et donc que l'obligation soit divisible par nature, d'autre part, que cette exécution partielle ait procuré un avantage au créancier. Le juge devra alors réduire le montant proportionnellement à l'avantage retiré par le créancier¹³⁵⁵.

665. **Un déséquilibre significatif.** La peine excessive ou dérisoire entrainera sans doute « *un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties* ¹³⁵⁶ ». La clause sera réputée non écrite¹³⁵⁷. Cependant, le déséquilibre s'apprécie au moment de la conclusion alors que le caractère excessif s'apprécie au moment du préjudice subi en raison de l'inexécution de l'obligation. Une clause ne créant pas de déséquilibre significatif peut être excessive ou dérisoire, et soumise ainsi à la réduction par le juge. En revanche, une clause créant un déséquilibre significatif est effacée, n'existant plus, la clause ne peut pas être excessive ou dérisoire. Il faudra donc vérifier si la clause entre un professionnel et un consommateur ne crée pas un déséquilibre significatif entre les droits et les devoirs des parties au contrat. En cas de réponse négative, il conviendra de vérifier si son montant n'est pas excessif ou dérisoire par rapport au préjudice subi¹³⁵⁸. Le montant excessif ou dérisoire n'est pas possible si la clause reprend le montant des pénalités prévues dans la loi qui s'appliquera dans le silence des parties¹³⁵⁹.

¹³⁵³ Cass. soc., 21 mars 1985 ; D. 1985, IR, p. 478, obs. Y. SERRA. Cass. soc., 22 juillet 1986, n° 83-46134, Bull. civ. V, n° 460. M. LAMOUREUX, *op. cit.*, tome 1, p. 473 où l'auteur rappelle que « *la jurisprudence admet en effet que les parties accompagnent la clause pénale d'une stipulation prévoyant la possibilité de demander au juge une indemnité complémentaire portant sur le même préjudice si celui-ci n'est pas intégralement réparé par le jeu de la clause pénale* ».

¹³⁵⁴ M. LAMOUREUX, *ibid.*, *loc. cit.*

¹³⁵⁵ W. DROSS, *op. cit.*, p. 385.

¹³⁵⁶ Article L. 132-1 du Code de la consommation.

¹³⁵⁷ Ce qui n'entraîne aucune incidence sur la validité de la convention. En ce sens, H. et L. MAZEAUD et A. TUNC, *op. cit.*, p. 784, n° 2639.

¹³⁵⁸ W. DROSS, *op. cit.*, p. 382 et 383.

¹³⁵⁹ W. DROSS, *ibid.*, p. 383.

666. **Faute dolosive et faute lourde.** La faute dolosive ou lourde permet-elle de rendre inefficace la clause pénale ? La loi est silencieuse sur le sujet. Les juges du fond ont, à plusieurs reprises, refusé de réduire les pénalités, lors d'inexécution volontaire de l'obligation par le débiteur¹³⁶⁰. Lorsque l'exécution est due à une faute lourde ou dolosive du débiteur, la clause ne devrait pas pouvoir être invoquée par ce dernier. En revanche, le créancier devrait obtenir la révision du montant forfaitaire si son préjudice est supérieur à ce montant. Le comportement volontaire du débiteur ne devrait pas lui bénéficier. À l'inverse, il ne devrait pas nuire au créancier. Ainsi le créancier bénéficierait de l'avantage de la clause pénale si son préjudice est inférieur au montant forfaitaire de cette clause¹³⁶¹, et il pourrait demander la réparation de son préjudice intégral dans l'autre hypothèse¹³⁶². Le débiteur, auteur d'une faute dolosive ou lourde, ne pourrait demander l'application de la clause pénale¹³⁶³. Il se verrait appliquer l'adage *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*¹³⁶⁴. Le créancier pourrait ainsi obtenir la réparation intégrale de son préjudice en cas de faute lourde ou dolosive du débiteur¹³⁶⁵, si ce préjudice dépasse le montant forfaitaire de la clause. « *Il est, en effet, indispensable que l'auteur d'une faute intentionnelle ou lourde, répare complètement le dommage qu'il a causé ; l'ordre public y est intéressé* »¹³⁶⁶. Le plaideur qui invoque la faute lourde ou dolosive doit en rapporter la preuve. La présence d'une clause pénale ne modifie pas cette imputation du risque probatoire.

¹³⁶⁰ W. DROSS, *ibid.*, *loc. cit.* ; V. not. CA Douai, 10 mars 1976 ; D. 1977, IR, p. 91. CA Amiens, 25 mai 1976, JCP G 1978, IV, p. 69. CA Montpellier, 28 mai 2001, n° 99/02862. Pour l'opinion des auteurs favorables à la révision de la clause pénale en cas d'inexécution volontaire, v. not. P. NECTOUX, *La révision judiciaire des clauses pénales, Bilan des premières années d'application de la loi du 9 juillet 1975*, JCP 1978, I, 2913, n° 19 ; F. CHABAS, D. 1976, p. 234 ; B. BOCCARA, *La réforme de la clause pénale : conditions et limites de l'intervention judiciaire*, JCP 1975, I, 2742, n° 37 et 38 ; S. SANZ, *La consécration du pouvoir judiciaire par la loi du 9 juillet 1975 et ses incidences sur la théorie générale de la clause pénale*, RTD civ. 1977, p. 281 ; G. PAISANT, RTD civ. 1985, p. 663, n° 38. Pour l'opinion des auteurs favorables au refus de réviser la clause pénale en cas d'inexécution volontaire, v. G. VINEY et P. JOURDAIN, *Traité de droit civil, Les effets de la responsabilité*, sous la dir. de J. GHESTIN, LGDJ, 3^e éd., 2011, n° 257-1.

¹³⁶¹ H. et L. MAZEAUD et A. TUNC, *op. cit.*, p. 779, n° 2631 où les auteurs précisent que « rien n'empêche le créancier de se prévaloir de la clause pénale s'il y trouve un intérêt, c'est-à-dire si le forfait est supérieur au dommage. Le fait que son débiteur a commis une faute particulièrement grave ne saurait évidemment diminuer son droit au forfait établi », et n° 2632 où ils indiquent que « la victime, au contraire, peut invoquer la clause pénale ; le forfait supérieur au dommage n'a pu qu'inciter le débiteur à une plus grande prudence ; la clause est opposable au responsable ; celui-ci doit la peine qui excède le préjudice ».

¹³⁶² D'ailleurs, « dans les cas où la loi interdit les limitations de responsabilité, la clause pénale n'est pas opposable à la victime, mais reste opposable au responsable, elle produit tous ses effets, sauf celui qui est prohibé : limitation ». H. et L. MAZEAUD et A. TUNC, *ibid.*, p. 778, n° 2630.

¹³⁶³ H. et L. MAZEAUD et A. TUNC, *ibid.*, p. 779, n° 2632 où les auteurs rappellent que « le responsable ne peut pas plus se prévaloir d'une clause pénale que d'une clause limitative, parce que ces dommages exigent une réparation intégrale ; il est nécessaire à l'ordre public que le débiteur observe la plus grande vigilance, et qu'en conséquence sa responsabilité entière soit engagée ».

¹³⁶⁴ Nul ne peut se prévaloir de sa propre turpitude.

¹³⁶⁵ W. DROSS, *op. cit.*, p. 383 et 384.

¹³⁶⁶ H. et L. MAZEAUD et A. TUNC, *op. cit.*, p. 779, n° 2631 (pour les clauses pénales).

667. **Conclusion.** Ces aménagements de la responsabilité contractuelle entraînent insidieusement des modifications importantes sur les règles légales de preuve. Dans certains cas, la charge de la preuve est inversée ; dans d'autres, l'objet de la preuve est renforcé ; dans quasiment tous les cas, les pouvoirs du juge sont liés. Le juge, conscient des dangers de la perte de son pouvoir d'appréciation, est vigilant lors de l'acceptation de ces clauses. La validité est accordée mais en respectant l'ordre public. En application de ces clauses, le juge ne peut consacrer dans ses décisions des situations illégitimes et injustes, au risque de troubler l'ordre public. « *Il apparaît en définitive que les parties ont la maîtrise de l'étendue de la sanction (...). Certes, quelques limites sont parfois apportées, tenant à l'ordre public ou à l'excès* »¹³⁶⁷. L'excès révèle l'atteinte à l'ordre public. Cette maîtrise est différente lorsque les parties souhaitent aménager la responsabilité, non plus contractuelle, mais délictuelle.

B : Les clauses de responsabilité délictuelle

668. **Annonce du plan.** En matière contractuelle, les clauses aménageant la responsabilité sont le signe d'une volonté de prévoir les conséquences qui pourraient surgir d'une inexécution. Les contractants veulent rester maîtres de la situation, ne faisant que peu confiance à l'appréciation des juges. La question est plus délicate pour les clauses concernant la responsabilité délictuelle. Contrairement à la matière contractuelle, la réalisation du préjudice n'est pas l'œuvre d'une volonté commune de s'engager. La responsabilité délictuelle est faite pour réparer les dommages survenus en dehors des contrats. L'auteur et la victime ne pouvaient pas prévoir qu'ils allaient être les acteurs de cette responsabilité ils ne sont d'ailleurs pas liés par des rapports contractuels. Dans ces conditions, il semble contraire à la philosophie de cette responsabilité de prévoir une clause aménageant la responsabilité sans porter atteinte à l'ordre public (1). Néanmoins, la situation n'est plus la même lorsque le dommage a été causé. La victime n'est pas obligée de mettre en œuvre la responsabilité de l'auteur de son préjudice. L'aménagement de cette responsabilité devient alors possible (2).

¹³⁶⁷ M. LAMOUREUX, *op. cit.*, tome 1, p. 474.

1 : Le rejet avant la réalisation du préjudice

669. **Notion.** La responsabilité délictuelle est prévue aux articles 1382 et suivants du Code civil. D'après l'article 1382, « *tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer* ». Le législateur a prévu cette responsabilité dans les cas où il n'y a pas de rapport contractuel entre les personnes. Ces personnes ne pouvaient pas prévoir à l'avance le rapport qui allait les lier. Si la faute était prévisible par son auteur, celui-ci aurait dû mettre tout en œuvre pour éviter sa réalisation.

670. **L'impossible aménagement contractuel.** Il est vrai que chacun peut être l'auteur d'un comportement pouvant aboutir à un dommage mais on ne sait pas forcément qui en sera la victime et l'étendue du préjudice qui va naître. Par exemple, le conducteur d'une voiture devrait avoir conscience qu'il peut être à l'origine d'un accident mais il ignore l'effectivité et la date de sa réalisation. S'il connaissait ces informations, il mettrait tout en œuvre pour l'éviter. Comment alors prévoir conventionnellement un aménagement de cette responsabilité ? Ce n'est matériellement pas possible. En matière contractuelle, c'est possible, car c'est la rencontre de la volonté des contractants qui forment leurs obligations¹³⁶⁸. En matière délictuelle, il n'y a pas de volonté commune d'être auteur d'un dommage pour l'un et victime pour l'autre. « *Semblables clauses sont inconcevables. La responsabilité délictuelle naît entre tiers, entre personnes qui n'ont pas eu de relations antérieures, qui ne se connaissent même pas. Comment concevoir qu'elles aient pu convenir à l'avance qu'elles ne répondraient pas, l'une envers l'autre, de leurs délits ?* »¹³⁶⁹

671. **Hypothèse.** Une personne souhaite prévoir les conséquences d'un hypothétique dommage qu'elle pourrait causer à l'un de ses voisins. Accepter cette clause la dispenserait d'avoir l'attention suffisante que la société exige à tous ses membres, pour éviter la réalisation d'un dommage¹³⁷⁰. La probable future victime accepterait sans savoir l'étendue de son engagement. Il existe un véritable danger de ces clauses parce que ça peut permettre de ne pas être prudent en raison de la fixation des conséquences en amont. Ça peut être plus

¹³⁶⁸ W. DROSS, *op. cit.*, p. 214 où l'auteur considère qu'« *en pratique, on voit mal de prime abord qu'un contrat puisse envisager une responsabilité délictuelle : le plus souvent, ce sont des manquements à la bonne exécution de la convention qui seront source du dommage* ».

¹³⁶⁹ M. MEIGNIE, *Responsabilité et contrat (essai d'une délimitation des responsabilités contractuelle et délictuelle)*, Thèse Lille, 1924, p. 85.

¹³⁷⁰ H. et L. MAZEAUD et A. TUNC, *op. cit.*, p. 663 et 664, n° 2516. Les auteurs pourtant favorables à ces clauses reconnaissent que « *[les clauses de non-responsabilité] peuvent développer ce détestable esprit d'insouciance, fait d'inattention, de négligence et d'imprudence, qui est le propre des irresponsables* ».

intéressant économiquement de réparer le préjudice, en vertu de la clause, plutôt que de mettre tout en œuvre pour éviter la réalisation du préjudice. D'ailleurs, la clause de responsabilité ne ferait-elle pas la preuve de l'absence de diligence de l'auteur du dommage ? Sachant qu'il risque de produire un préjudice, il préfère conclure une clause de responsabilité délictuelle avec la victime potentielle, au lieu de tout mettre en œuvre pour éviter sa réalisation. Cette clause est difficilement compatible avec l'ordre public. « *Quand bien même la volonté des parties serait incontestable, elle serait encore impuissante si elle se heurtait à l'ordre public (...)* »¹³⁷¹. Les clauses limitatives de responsabilité délictuelle sont déclarées nulles par les juges. La société ne peut pas accepter des conventions sur la réalisation potentielle d'un préjudice permettant d'être moins attentif pour l'auteur de ce dommage sans contrarier l'ordre public.

672. **Une question doctrinale.** Certains auteurs plaident pour l'acceptation des clauses de responsabilité en matière délictuelle¹³⁷². L'argumentation est claire, admettre ces conventions dès que le risque d'un dommage est probable permet aux parties de simplifier au maximum la réparation du préjudice s'il se réalise¹³⁷³. Ça permettrait de convenir sur une probabilité de réalisation d'un préjudice¹³⁷⁴. Il serait préférable de convenir avec une victime potentielle (ce qui suppose de déterminer préalablement un tiers, future victime, ce qui n'est pas toujours possible, et lorsque c'est possible, c'est en raison des risques connus) pour régler

¹³⁷¹ H. et L. MAZEAUD et A. TUNC, *op. cit.*, p. 669, n° 2520.

¹³⁷² V. not., B. STARCK, *Observations sur le régime des clauses de non-responsabilité ou de limitation de responsabilité*, D. 1974, chron., p. 157 ; Esmein a écrit, à propos d'un arrêt de la Chambre des requêtes de la Cour de cassation, que « *les propriétaires sont réputés s'être respectivement affranchis de la présomption établie par l'article 1385 du Code civil* ». L'acceptation des risques serait le fondement de cette décision, car la solution aurait été injuste sinon. Pour l'auteur les clauses de non-responsabilité délictuelle sont licites, malgré l'opinion commune. P. ESMEIN, *L'idée d'acceptation des risques en matière de responsabilité civile*, RIDC 1952, n° 4, p. 689. V. Cass. req., 16 novembre 1931 ; Gaz. Pal., 1932. 1. 45 ; D. 1931, 2, 555.

¹³⁷³ Le contrat d'assurance ne rentre pas dans ces considérations puisqu'il ne concerne pas l'auteur du dommage avec sa victime. Le système du contrat d'assurance repose sur la réparation de préjudices qui vont naître de la responsabilité délictuelle. Il n'y a pas de contrariété à l'ordre public car l'assureur n'est pas l'auteur du dommage. L'assureur sera subrogé dans les droits de l'assuré en cas de préjudice couvert par la garantie. L'assureur après indemnisation de son assuré, se retourne contre le responsable pour obtenir la réparation du préjudice que son assuré a subi. La réparation du préjudice sera d'ailleurs intégrale.

¹³⁷⁴ H. et L. MAZEAUD et A. TUNC, *op. cit.*, p. 725-726, n° 2567 où les auteurs remarquent que « *certes, l'homme ne peut prévoir tous les dommages qu'il est susceptible de causer et encore moins connaître à l'avance toutes les futures victimes de ces dommages. Mais il est, dans le domaine délictuel, certains dommages qu'un homme peut prévoir ; il est des cas où l'homme prudent sait fort bien quelles personnes sont plus particulièrement menacées ; c'est à ces victimes éventuelles qu'il proposera, en échange de tel ou tel avantage, de le décharger de la responsabilité délictuelle qu'il serait susceptible d'encourir à leur égard ; ainsi pourra être consentie une clause de non-responsabilité délictuelle* ». L'auteur énonce par la suite des cas où les clauses de non-responsabilité délictuelle ou simplement limitative peuvent voir le jour, comme par exemple en matière de troubles de voisinage.

les conséquences des dommages, au lieu de passer par l'incertitude d'un procès¹³⁷⁵. « Elles stimulent les initiatives, permettent l'action à ceux que pourraient décourager de trop lourdes responsabilités »¹³⁷⁶. Il existerait plusieurs cas où une convention de non-responsabilité pourrait avoir un certain intérêt pratique. Ces conventions ne seraient pas « *en contradiction avec la notion d'ordre public* ». Les personnes qui ont conclu ces conventions sont « *des gens prudents et avisés* ». Les avantages pour le responsable et la victime de conclure ces clauses sont pour « *l'une des parties [de prévoir] le dommage qu'elle est susceptible de causer et, en échange d'un avantage forfaitaire, [se garantir] contre ses conséquences ; l'autre partie [préférant] le forfait, susceptible de lui laisser un profit si le dommage ne se réalise pas ou se réalise moins important qu'il n'a été prévu. Les deux parties évitent des litiges éventuels sur le montant de l'indemnisation due* »¹³⁷⁷. Ces conventions de limitation ou d'exclusion de responsabilité devraient être licites pour cette partie de la doctrine¹³⁷⁸.

673. **Une sanction jurisprudentielle.** La jurisprudence ne valide pas ces clauses¹³⁷⁹. Pour les cas de responsabilité délictuelle sur le fondement des articles 1382 et 1383 du Code civil, la jurisprudence annule les clauses limitatives de réparation au motif que « *leur application ne peut être paralysée d'avance par une convention* »¹³⁸⁰. La Cour de cassation rappelant régulièrement que « *les articles 1382 et 1383 du Code civil étant d'ordre public, les clauses limitatives de responsabilité extra-contractuelle sont illicites* »¹³⁸¹. Il n'y a donc pas de clauses limitatives ou exclusives de responsabilité en matière de responsabilité

¹³⁷⁵ H. et L. MAZEAUD et A. TUNC, *op. cit.*, p. 661, n° 2515.

¹³⁷⁶ H. et L. MAZEAUD et A. TUNC, *ibid.*, p. 663 et 664, n° 2516. Les auteurs sont favorables à ces clauses.

¹³⁷⁷ H. et L. MAZEAUD et A. TUNC, *ibid.*, p. 733 et 734, n° 2572.

¹³⁷⁸ H. et L. MAZEAUD et A. TUNC, *ibid.*, *loc. cit.* où les auteurs pensent qu'« *ainsi, en thèse générale – sauf les exceptions qui vont être déterminées, notamment les fautes intentionnelles et lourdes et les dommages à la personne –, les clauses de non-responsabilité délictuelle apparaissent pleinement légitimes ; elles ne sont contraires ni à la loi ni à l'ordre public. Le principe de la liberté des conventions affirme leur validité* ». Les auteurs, favorables aux conventions de non-responsabilité délictuelle, le sont nécessairement pour les clauses limitatives de responsabilité délictuelle, et cela pour les mêmes raisons. « *On peut par une convention supprimer la responsabilité délictuelle. A plus forte raison peut-on se contenter de la limiter* ». *Ibid.*, p. 764, n° 2599.

¹³⁷⁹ H. et L. MAZEAUD et A. TUNC, *ibid.*, *loc. cit.* où les auteurs précisent que « *la jurisprudence annule les clauses de non-responsabilité délictuelle ; elle affirme que les règles de la responsabilité délictuelle (...) ne peuvent être modifiées par la convention des parties. Elle annule nécessairement pour la même raison les clauses de responsabilité délictuelle atténuée* ».

¹³⁸⁰ Cass. civ. 2^e, 17 février 1955 ; D. 1956, p. 17, note P. ESMEIN ; JCP G 1955, II, 8951, note R. RODIERE. Cass. civ. 2^e, 28 novembre 1962, Bull. civ. II, n° 755 ; D. 1963, p. 465, note J. BORRICAND ; JCP G 1964, II, 13170. Cass. civ. 1^{re}, 20 juin 1995, n° 93-15510, Bull. civ. I, n° 270.

¹³⁸¹ Cass. civ. 2^e, 17 décembre 1998, n° 97-10736. Dans le même sens, Cass. civ. 1^{re}, 20 juin 1995, n° 93-15510, Bull. civ. I, n° 270 : « *les clauses limitatives ou de non-responsabilité quasi délictuelle sont nulles eu égard au caractère d'ordre public des articles 1382 et 1383 du Code civil* ».

délictuelle¹³⁸². Le même problème se pose avec les clauses pénales en matière de responsabilité délictuelle, et la même solution s'impose¹³⁸³.

674. **Le critère de la disponibilité des droits.** En se reportant aux critères des conventions de preuve, elles sont permises si les droits en jeu sont disponibles. Pour être disponible, un droit doit être soit né, soit prévisible, comme en matière contractuelle. Dans le cas d'une responsabilité délictuelle, avant la réalisation du dommage, le droit à réparation n'existe pas et il n'est pas prévisible¹³⁸⁴. S'il est possible de prévoir qu'un jour telle personne sera l'auteur ou la victime d'un dommage, il est extrêmement difficilement de connaître sa victime ou son auteur et encore moins d'évaluer le montant du préjudice¹³⁸⁵. À l'inverse, en matière contractuelle, la prévision du préjudice en cas d'inexécution est le point de départ pour les contractants qui veulent limiter à un plafond la responsabilité, ou au contraire prévoir une clause pénale dont le montant sera *a priori* supérieur au préjudice prévisible pour inciter l'exécution du débiteur. Dans le cadre de la responsabilité délictuelle, le dommage n'étant pas encore réalisé et encore moins prévisible, les droits ne sont pas disponibles. Les conventions de preuve directes ou indirectes ne sont pas possibles. Elles porteraient atteinte à l'ordre public. La situation n'est plus la même après la naissance du dommage. L'impossible devient possible, les clauses de responsabilité délictuelle deviennent licites.

2 : L'admission après la réalisation du préjudice

675. **La fin de l'imprévisible.** Le refus des clauses de responsabilité délictuelle se justifie par l'imprévisibilité de cette situation, et lorsque la prévisibilité serait possible, ces clauses seraient encore plus suspectes en raison de la nature de la responsabilité. Les justifications du refus ne sont plus défendables après l'apparition du dommage.

¹³⁸² W. DROSS, *op. cit.*, p. 214 où l'auteur indique que « toute convention qui supprime la responsabilité délictuelle est donc illicite, et cela dans tous les domaines : responsabilité délictuelle et quasi délictuelle du fait personnel (articles 1382 et 1383), du fait d'autrui (article 1384), du fait des animaux (articles 1384, al. 1^{er}, et 1386) ». H. et L. MAZEAUD et A. TUNC, *op. cit.*, p. 730 et 731, n° 2570.

¹³⁸³ H. et L. MAZEAUD et A. TUNC, *ibid.*, p. 784, n° 2640 et s.

¹³⁸⁴ J. CARBONNIER, *Droit civil, Les obligations*, Thémis Droit privé, PUF, 22^e éd., 2000, n° 284.

¹³⁸⁵ H. et L. MAZEAUD et A. TUNC, *op. cit.*, p. 725, n° 2567 : « Mais peut-on concevoir qu'une convention vienne réglementer à l'avance la responsabilité délictuelle ? (...) Mais pareille prévision n'est-elle pas impossible en matière délictuelle ? L'auteur de la faute dommageable ne pouvait prévoir ni la faute, ni le dommage ; il ne connaissait pas à l'avance la victime. Comment aurait-il pu se rencontrer avec elle pour convenir de son irresponsabilité ? »

676. **Des droits devenus disponibles**¹³⁸⁶. La réalisation du préjudice permet à l'auteur et à la victime de pouvoir aménager cette responsabilité¹³⁸⁷. Les droits deviennent disponibles car le dommage est évaluable. L'interdiction laisse place à l'admission des aménagements de la responsabilité délictuelle¹³⁸⁸. D'ailleurs, la victime n'a pas l'obligation de demander la réparation de son préjudice, elle peut y renoncer¹³⁸⁹. Cette situation a un effet sur son droit plus important que d'aménager sa responsabilité. L'interdire après la réalisation du dommage deviendrait illogique. La victime peut obtenir, par la convention, une réparation supérieure à son préjudice si son auteur veut éviter les conséquences néfastes d'un procès¹³⁹⁰. La réparation peut s'effectuer par des avantages matériels, au lieu d'une somme d'argent. Pour la société, il est préférable que la victime et l'auteur se mettent d'accord en dehors de nos prétoires (c'est d'ailleurs le principe dans les régimes d'indemnisation). La paix sociale y gagnerait. « *Toutes ces conventions, au moins en principe, sont valables ; conclues après le dommage, elles s'analysent en transactions ; la validité de celles-ci a déjà été démontrée* »¹³⁹¹. Ces conventions doivent être quand même soumises à un contrôle lorsqu'elles vont dans les prétoires. L'ordre public permet au juge de sanctionner les clauses qui auraient un effet insoutenable pour la société. Maintenant licites, ces clauses entraînent les mêmes conséquences sur les règles légales de preuve que les stipulations de responsabilité en matière contractuelle. Il y a bien un aménagement indirect conventionnel de la preuve.

677. **Enseignements.** La prévisibilité est à l'origine de l'acceptation des conventions de preuve et notamment de responsabilité. C'est la raison pour laquelle elles sont autorisées en matière contractuelle. Elles ne produisent pas l'effet escompté pour les cas de faute dolosive ou lourde car l'ordre public serait contrarié. En matière délictuelle, le préjudice ne pouvant se prévoir, il n'est pas possible de conclure une convention tant qu'on ne peut concevoir l'étendue de son engagement. Le droit n'est pas encore disponible. C'est l'ordre public qui explique le caractère d'ordre public des règles de responsabilité délictuelle. Cependant, lorsque les droits issus de ces règles deviennent disponibles, notamment parce que

¹³⁸⁶ J. CARBONNIER, *Rapport général*, in Les renonciations au bénéfice de la loi en droit privé, Tome 13, Travaux de l'Association H. CAPITANT, 1963, p. 291.

¹³⁸⁷ H. et L. MAZEAUD et A. TUNC, *op. cit.*, p. 661, n° 2515.

¹³⁸⁸ B. FAUVARQUE-COSSON, *L'ordre public*, in 1804-2004 Le Code civil : Un passé, un présent, un avenir, Dalloz, 2004, p. 490-491 où l'auteur précise que « *les conventions passées à l'avance afin d'éliminer ou restreindre certaines conséquences de la responsabilité, ou encore de renoncer à certains droits, d'abord interdites, sont valables une fois l'évènement survenu* ».

¹³⁸⁹ H. et L. MAZEAUD et A. TUNC, *op. cit.*, *loc. cit.*

¹³⁹⁰ H. et L. MAZEAUD et A. TUNC, *ibid.*, *loc. cit.*

¹³⁹¹ H. et L. MAZEAUD et A. TUNC, *ibid.*, *loc. cit.*

la victime créancière est connue ainsi que la réalisation du dommage, les conventions deviennent alors possibles, alors que ces règles sont d'ordre public, c'est-à-dire impératives. Le caractère d'ordre public n'est donc pas la raison de l'admissibilité des conventions de preuve, c'est bel et bien la disponibilité des droits le critère déterminant, même si l'ordre public justifie la disponibilité des droits. L'ordre public est sous-jacent. En revanche, une fois les conventions permises, la validation de ces conventions est soumise directement au respect de l'ordre public. Les clauses indirectes de preuve sont ainsi soumises à l'ordre public. Les contractants, en aménageant les conséquences de l'inexécution de leurs obligations, réduisent les pouvoirs d'appréciation des juges du fond. D'autres types de clauses ont cet effet. Les parties peuvent lier le juge par des clauses dont l'objet est l'anéantissement du contrat lors de la réalisation d'évènement. Ces clauses vont avoir pour effet de modifier les règles légales de preuve. Le juge va devoir contrôler la validité des clauses anéantissant le contrat pour éviter les atteintes à l'ordre public, comme il l'a fait pour les clauses relatives à l'exécution des obligations.

Section 2 : Les clauses relatives à l'anéantissement du contrat

678. **Causes.** L'anéantissement d'une convention peut trouver sa source d'une part, dans le défaut de l'un de ses éléments de formation, d'autre part, dans son exécution. L'article 1108 du Code civil prévoit quatre conditions de formation pour les contrats : consentement, capacité, objet et cause. Il suffit que l'une soit absente pour encourir la sanction de la nullité. En principe, il appartient au juge de vérifier, à la demande de l'une des parties, la validité du contrat. Les contractants sont soumis à son pouvoir d'appréciation. La solution étant incertaine, les parties préfèrent maîtriser ce pouvoir en prévoyant des clauses dont l'objet sera celui de la nullité dans certaines circonstances. Le juge sera alors tenu de prononcer la nullité de la convention conformément à la volonté des contractants.

679. **Rôle du juge.** L'anéantissement du contrat peut être demandé au juge en cas d'inexécution contractuelle de la part de l'une des parties. En vertu de l'article 1184, alinéa 3, du Code civil, « *la résolution doit être demandée en justice, et il peut être accordé au défendeur un délai selon les circonstances* ». Le juge possède un pouvoir d'appréciation dans le prononcé de cette sanction. Les contractants, voulant se défaire de cet aléa, décident

d'insérer une clause permettant l'obtention automatique de la résolution sous certaines conditions.

680. **Contourner l'appréciation du juge.** Toute demande en justice doit être prouvée pour obtenir gain de cause. A chaque fois que les contractants élaborent des clauses pour limiter son appréciation, la preuve en est modifiée parfois directement, souvent indirectement. Deux possibilités existent pour les parties d'éviter le pouvoir d'appréciation du juge dans le prononcé de l'anéantissement de la convention. Elles peuvent intervenir soit sur les conditions de formation par l'intermédiaire de clauses de nullité conventionnelle (§1), soit sur l'inexécution des obligations grâce à des clauses résolutoires (§2).

Paragraphe 1 : Les clauses de nullité conventionnelle

681. **La présence de l'ordre public.** Il est difficile de convenir sur certaines conditions car l'ordre public empêche d'aménager les règles légales, comme par exemple la capacité. D'autres conditions peuvent être l'objet de clauses indirectes de preuve permettant d'éclairer l'intention des parties. Le juge se voit déposséder de son pouvoir d'appréciation de la volonté contractuelle. L'existence du contrat oblige la présence des quatre conditions de formation de l'article 1108 du Code civil. Les parties ne peuvent pas se mettre d'accord pour évincer l'une de ces conditions. En revanche, elles ont la possibilité de jouer sur le contenu de ces conditions lorsque l'ordre public le permet. Par exemple, les parties peuvent insérer dans le contrat des causes subjectives ou peuvent reconnaître que tel élément est essentiel au contrat. En éclairant leur intention dans des clauses, le juge se trouve lié dans son pouvoir. Les contractants prévoient la sanction du non-respect d'une condition de formation du contrat (**A**). Ce faisant, elles peuvent décider de lier des obligations ou des contrats, ou à l'inverse de séparer des obligations ou des contrats, notamment, par la conclusion des clauses d'indivisibilité ou de divisibilité (**B**). Le sort de ces obligations ou de ces contrats dépendra de la volonté exprimée par l'intermédiaire de ces clauses par les contractants : la nullité de l'une soit entraînera la nullité de toutes, soit n'aura aucune incidence sur la vie des autres.

A : Les clauses relatives au non-respect d'une condition de formation

682. **Annnonce du plan.** Avec la prise en compte de la cause subjective par les tribunaux, les contractants ont la volonté de graver dans le marbre du contrat les éléments qu'ils estiment substantiels à leur accord. En cas de conflit sur la nécessité de l'un de ces éléments, la partie qui s'en prévaut pourra demander au juge d'appliquer la clause. Lors de la formation de la convention, les contractants érigent en qualité essentielle des qualités qui, objectivement, ne le sont pas nécessairement (1). Dans d'autres cas, les contractants s'aperçoivent qu'un élément objectif ou subjectif de la formation du contrat n'est pas présent. Le contrat n'est pas valablement conclu. Pour éviter tout souci postérieur, les parties veulent annuler la convention, sans forcément passer par l'autorité du juge. Ils sont d'accord pour reconnaître la nullité, qualifiée de conventionnelle¹³⁹², du contrat (2).

1 : La détermination des éléments essentiels au consentement

683. **Des droits indisponibles.** En décomposant la formation d'une convention, il faudrait distinguer l'existence des conditions de leur teneur. L'ordre public impose la présence de conditions pour que le contrat existe, mais il impose aussi que ces conditions aient un contenu conforme à l'intérêt de la société. Par exemple, l'objet et la cause doivent être licites, le consentement ne doit pas avoir été obtenu par la violence. Le caractère impératif de ces règles ne suffit pas à être certain de l'impossibilité d'aménager conventionnellement les droits qui en sont issus. Il faut surtout vérifier que le droit est disponible. Les droits découlant des règles de l'incapacité sont indisponibles. Le contractant n'a pas la possibilité de renoncer par avance à son droit d'action. Tous les contrats doivent avoir une cause et un objet licite pour ne pas troubler l'ordre public. Les parties ne peuvent renoncer à ce droit-là.

684. **Subjectivisation.** Une marge de manœuvre perdue néanmoins en dehors de ces exigences. Les parties peuvent décider que tel élément est essentiel à la validité du contrat alors qu'objectivement cet élément n'est pas nécessaire. Son absence aura pour incidence le défaut d'une condition de formation du contrat, avec comme sanction la nullité. La

¹³⁹² Sur la nullité conventionnelle voir : G. COUTURIER, *La confirmation des actes nuls*, Bibliothèque de droit privé, tome 121, LGDJ, 1972 ; C. DUPEYRON, *La régularisation des actes nuls*, Bibliothèque de droit privé, tome 127, LGDJ, 1973.

subjectivisation de la cause a permis aux parties de faire rentrer dans le champ contractuel des éléments qui n'y sont pas par nature. Encore faut-il le stipuler expressément dans le contrat¹³⁹³. Les contractants doivent insérer une stipulation expresse dans leur convention précisant que tel motif est déterminant de leur consentement. Ce n'est qu'à cette condition que le juge sera lié pour le prononcé de la nullité.

685. **Nullité et qualité essentielle.** En principe, le juge est le seul maître de la décision de sanctionner un contrat de nullité. La définition de la nullité en atteste : c'est la « *sanction prononcée par le juge et consistant dans la disparition rétroactive de l'acte juridique qui ne remplit pas les conditions requises pour sa formation* »¹³⁹⁴. En demandant en justice la nullité de la convention, le plaideur doit rapporter la preuve que la qualité faisant défaut est essentielle dans leur volonté, faute de quoi le juge ne donnera pas droit à cette demande¹³⁹⁵. Pour éviter cette incertitude, les parties vont alors préciser dans le contrat les qualités essentielles de leur consentement afin d'éviter que le juge qualifie telle qualité d'accessoire, empêchant le prononcé de la nullité. Le juge doit constater que la qualité est essentielle conformément à la clause révélant la volonté des parties¹³⁹⁶.

686. **Contractants et pouvoir du juge.** Il faut différencier les rapports des contractants entre eux du pouvoir du juge. Cette clause évite de devoir prouver au juge que tel élément est essentiel au contrat. Entre les parties, la clause va bénéficier de la force obligatoire. Elles doivent la respecter. Il est possible de prouver contre cet écrit par un écrit de valeur identique ou supérieur. Le contractant mécontent de l'application de cette clause ne peut donc en principe refuser de s'y soumettre. L'élément établi comme essentiel dans le

¹³⁹³ V. par ex., Cass. civ. 1^{re}, 13 février 2001, n° 98-15092, Bull. civ. I, n° 31 : « *l'absence de satisfaction du motif considéré savoir la recherche d'avantages d'ordre fiscal alors même que ce motif était connu de l'autre partie, ne pouvait entraîner l'annulation du contrat faute d'une stipulation expresse qui aurait fait entrer ce motif dans le champ contractuel en l'érigant en condition de ce contrat* » ; Defrénois 2002, 476, note D. ROBINE ; JCP 2001. I. 330, n° 5, obs. J. ROCHFELD ; RTD civ. 2001. 352, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; H. CAPITANT, F. TERRÉ et Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile, Obligations, contrats spéciaux, sûretés*, Tome 2, Dalloz, 12^e éd., 2008, n° 149 ; Cass. civ. 3^e, 24 avril 2003, n° 01-17458, Bull. civ. III, n° 82 : « *l'erreur sur un motif du contrat extérieur à l'objet de celui-ci n'étant pas, faute de stipulation expresse, une cause de nullité de la convention, quand bien même ce motif aurait été déterminant* » ; D. 2004, p. 450, note S. CHASSAGNARD ; JCP 2003. II. 10134, note R. WINTGEN ; RDC 2003, p. 42, obs. D. MAZEAUD.

¹³⁹⁴ R. GUILLIEN et J. VINCENT (dir.), *v° nullité*, in *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 16^e éd., 2007. ; Y. PICOD, *v° nullité*, in *Rép. Civ.* Dalloz, 2013, n° 1 : « *sanction judiciaire des conditions de formation de l'acte juridique* ».

¹³⁹⁵ M. LAMOUREUX, *op. cit.*, tome 1, p. 233 où l'auteur précise que « *le juge est tout d'abord seul à pouvoir décider si un contrat mérite ou non de quitter la scène juridique. La nullité comme la résolution sont des sanctions judiciaires, relevant de l'impérium du juge* ».

¹³⁹⁶ Cass. com., 20 octobre 1970 ; JCP G 1971, II, 16916, note J. GHESTIN. Cass. civ. 1^{re}, 26 janvier 1972 ; D. 1972, jurispr., p. 517.

contrat entrainera la nullité s'il fait défaut. S'agissant du rôle du juge, il doit appliquer la convention et donc la volonté des parties dès lors qu'elle est valable. Il perd ainsi son pouvoir d'appréciation au détriment des contractants. La preuve du caractère déterminant d'un élément est ainsi allégée. Cette clause empêche la preuve contraire¹³⁹⁷ et surtout, annihile le pouvoir d'appréciation du juge. Autrement dit, les contractants ne peuvent contester l'importance de cet élément et, le juge a l'obligation de tirer les conséquences de l'intention des parties, d'en faire une qualité substantielle.

2 : La nullité conventionnelle

687. **Une nullité convenue.** Dans cette situation, les parties veulent toutes les deux la nullité du contrat. Les contractants sont donc d'accord pour reconnaître la nullité de la convention. Sans passer devant le juge, elles conviennent mutuellement de cette nullité. Il s'agit de la nullité conventionnelle, à la condition qu'il existe une imperfection à la formation du contrat¹³⁹⁸.

688. **Fonctionnement.** Par la nullité conventionnelle, les parties sont d'accord de tirer les conséquences de l'absence d'une condition essentielle du contrat¹³⁹⁹. « *La nullité conventionnelle permet alors d'assurer que la sanction de l'invalidité du contrat soit bien son anéantissement pur et simple lorsque telle est la volonté des parties* »¹⁴⁰⁰. La nullité est effective du seul accord des contractants, il n'y a pas besoin de décision judiciaire¹⁴⁰¹. Rien de plus normal que d'accepter cette situation. En effet, les parties sont maîtresses de la formation de leurs obligations réciproques, pourquoi leur interdire la possibilité de défaire ce qu'elles ont mal fait ? L'avantage de ce mécanisme est d'accélérer la nullité et de la rendre moins

¹³⁹⁷ M. LAMOUREUX, *op. cit.*, tome 1, p. 207.

¹³⁹⁸ Si les conditions de formation étaient valables, il ne s'agirait plus d'une nullité conventionnelle mais d'une abrogation. La différence au niveau des effets est que la nullité est rétroactive contrairement à l'abrogation qui ne vaut que pour l'avenir. Pour le fisc, la nullité conventionnelle est un acte nouveau. Il ne reconnaît pas la nullité, qui aurait dû s'accompagner d'un retour des droits de mutation. Le fisc y voit deux actes distincts. A. CHAPPERT, *Les incidences fiscales de l'annulation, de la modification, de la régularisation et de l'usage d'un contrat*, Defrénois 1993, art. 35661 et 35671. Il y a restitution fiscale que si la nullité émane de l'autorité judiciaire : Article 1961, alinéa 2, du Code général des impôts ; CE, 16 novembre 1981 ; Defrénois, 1981, p. 1453, obs. B. JADAUD.

¹³⁹⁹ M. LAMOUREUX, *op. cit.*, tome 1, p. 234.

¹⁴⁰⁰ M. LAMOUREUX, *ibid.*, *loc. cit.*

¹⁴⁰¹ M. LAMOUREUX, *ibid.*, p. 235. Décision consacrant l'effectivité des nullités conventionnelles sans décision judiciaire : Cass. civ., 14 mai 1952, Bull. civ. I, n° 166. Avant-projet de réforme du droit des obligations déposé au Garde des Sceaux en septembre 2005, article 1130-1 : « *la nullité est prononcée par le juge, à moins que les parties à l'acte ne la constatent d'un commun accord* ».

onéreuse qu'une action en justice, sans pour autant nuire à l'efficacité du système¹⁴⁰². La société y trouve également des intérêts, comme ceux d'éviter un litige et de réduire l'encombrement des tribunaux. L'action en justice dans ce domaine n'est pas le principe ; admettre les nullités conventionnelles respecte l'idéologie de la matière contractuelle. Le juge ne doit intervenir que lorsque les contractants sont dans l'impossibilité de se mettre d'accord lors de la naissance d'un litige¹⁴⁰³. Par ce procédé, les contractants n'ont plus besoin de prouver devant le juge la nullité de la convention puisqu'ils sont d'accord de ne pas entrer dans un conflit judiciaire. Ils prennent la mesure de l'absence d'une condition de formation de leur contrat, en l'annulant. Ce comportement ne peut qu'être encouragé¹⁴⁰⁴. « *La nullité conventionnelle présente ainsi le double avantage de simplifier et d'accélérer le processus de mise en œuvre de la nullité tout en constituant un moyen privilégié de contourner le pouvoir d'appréciation du juge* »¹⁴⁰⁵.

689. **Un bienfait pour l'ordre public.** Les contractants, en reconnaissant la nullité qualifiée d'ordre public, ne porte pas atteinte à l'ordre public, bien au contraire¹⁴⁰⁶. Par cette nullité conventionnelle, ils empêchent la réalisation d'un trouble à l'ordre public qui aurait été consécutif à l'exécution du contrat. « *Les intérêts protégés par les nullités d'ordre public ne se trouvent donc pas remis en cause par la nullité conventionnelle puisqu'elle tend précisément à faire cesser la violation de la loi* »¹⁴⁰⁷. Toutes les nullités peuvent être reconnues conventionnellement par les contractants¹⁴⁰⁸. Cependant cette possibilité ne concerne que les contrats. En effet, si un mariage est entaché d'une cause de nullité, les mariés ne peuvent convenir de la nullité de leur union sans passer devant un juge. Leur accord pour obtenir une nullité ne permet pas de l'obtenir si les conditions de cette dernière ne sont

¹⁴⁰² M. LAMOUREUX, *op. cit.*, tome 1, p. 234.

¹⁴⁰³ M. LAMOUREUX, *ibid.*, p. 239 où l'auteur précise qu'« *en droit français (...), faute d'accord des parties sur la nullité, celle-ci doit être prononcée par le juge* ». L'une des parties ne peut prononcer la nullité et en tirer les conséquences unilatéralement. Par ex., Cass. civ. 1^{re}, 15 juin 2004, Bull. civ. I, n° 172 ; RJDA 2004, n° 1188 : « *qu'il importait peu que cette société ONIC ait engagé une action judiciaire en contestation de la validité de son engagement dès lors qu'elle était tenue de se conformer au principe selon lequel le contrat conclu doit être exécuté par chacune des parties tant qu'il n'en a pas été statué sur la validité par les juges du fond compétents et que nul ne peut se faire justice à soi-même, (...) caractérisant ainsi l'existence d'un trouble manifestement illicite* ».

¹⁴⁰⁴ R. JAPIOT, *Des nullités en matière d'actes juridiques, essai d'une théorie nouvelle*, Thèse Dijon, 1909, p. 437, 487 et s. ; M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français, Obligations*, tome 6, par P. ESMEIN, LGDJ, 2^e éd., 1952, n° 296.

¹⁴⁰⁵ M. LAMOUREUX, *op. cit.*, tome 1, p. 234.

¹⁴⁰⁶ G. DE LA BROUE DE VAREILLES-SOMMIERES, *Des lois d'ordre public et de la dérogation aux lois*, Étude de philosophie du droit et de droit civil, Revue de Lille, Paris, 1899, p. 74.

¹⁴⁰⁷ M. LAMOUREUX, *op. cit.*, tome 1, p. 236.

¹⁴⁰⁸ M. LAMOUREUX, *ibid.*, *loc. cit.*

pas réunies¹⁴⁰⁹. De la même manière qu'il a fallu l'intervention d'un représentant de l'État, le maire, pour valider leur mariage, il faut l'intervention d'un autre représentant de l'État, le juge, pour annuler leur mariage. Les droits en la matière ne sont pas disponibles. Il s'agit d'une institution et non d'un simple contrat.

690. **Une technique peu fréquente.** Deux raisons peuvent justifier cette pensée : d'une part, les contractants ne passent pas devant le juge, il est donc difficile d'en connaître le nombre exact, d'autre part, l'accord des deux parties est indispensable pour la nullité conventionnelle¹⁴¹⁰, en cas d'entente elles préféreront soit compléter la convention de l'élément manquant, soit l'exécuter malgré tout. Après avoir constaté à l'amiable la nullité de la convention, les parties peuvent conclure un nouvel accord valable pour la remplacer. La volonté peut ainsi faire, défaire¹⁴¹¹ et refaire.

691. **Effets.** Pour les contractants, l'effet de la nullité est l'anéantissement rétroactif du contrat. Les parties doivent procéder aux restitutions. La nullité conventionnelle est avant tout une convention avec la force obligatoire qui s'y rattache : il faut l'accord des deux pour la modifier. Ce qui a pour conséquence d'empêcher l'un des contractants de demander à son cocontractant d'exécuter le contrat annulé¹⁴¹². À l'égard des tiers, cette nullité leur sera opposable pour les cas de nullité de droit¹⁴¹³. Il en est moins certain pour les nullités facultatives¹⁴¹⁴. Les conséquences de la nullité n'affectant plus les contractants seulement, le juge serait le seul pour rendre efficace cette nullité vis-à-vis des droits des tiers. Par exemple, lorsque deux contrats de vente sont successifs, les contractants du premier contrat en se mettant d'accord pour une nullité mettraient en péril le second contrat. La nullité du premier entraînerait la nullité du second en cascade. Le motif invoqué doit normalement être apprécié par le juge, comme un élément subjectif qui aurait été déterminant du consentement du

¹⁴⁰⁹ V. CA Douai, 17 novembre 2008 ; JCP 2009, II, 10005, note Ph. MALAURIE.

¹⁴¹⁰ M. LAMOUREUX, *op. cit.*, tome 1, p. 234.

¹⁴¹¹ Y. PICOD, v° *nullité*, in Rép. Civ. Dalloz, 2013, n° 30 : « *Le consentement peut défaire ce qu'il a fait, a fortiori ce qu'il a mal fait* ».

¹⁴¹² M. LAMOUREUX, *op. cit.*, tome 1, p. 238. Elle est dotée de l'autorité de la chose jugée en application de l'article 2052 du Code civil si on la qualifie de transaction, comme certains auteurs le préconisent. R. JAPIOT, *op. cit.*, p. 488. Sur la qualification de transaction v. L. BOYER, *La notion de transaction, contribution à l'étude des concepts de cause et de l'acte déclaratif*, Thèse Toulouse, 1947.

¹⁴¹³ M. LAMOUREUX, *ibid.*, tome 1, p. 239.

¹⁴¹⁴ M. LAMOUREUX, *ibid.*, *loc. cit.* où l'auteur précise que « pour le reste, on peut penser, de façon générale, que le tiers qui aurait acquis des droits sur le bien concerné ne pourrait voir ses droits atteints du fait de la nullité conventionnelle. Mais, pour l'essentiel, il ne s'agit que d'appliquer le droit commun des restitutions, entendons les règles applicables en cas de nullité prononcée judiciairement, les mêmes limites que celles affectant l'effet rétroactif de la nullité judiciaire s'appliquant bien évidemment à la nullité amiable ».

premier vendeur. La collusion des deux premiers contractants ne doit pas leur permettre de tirer avantage de la nullité envers un tiers alors que le motif invoqué pour la nullité est fallacieux. Les restitutions pour la nullité conventionnelle ne pourront pas avoir plus d'incidences sur les tiers que dans le cadre des restitutions lors d'une nullité prononcée par le juge. Lorsque les contractants sont d'accord de tirer les conséquences d'un problème de formation du contrat, cette nullité peut avoir des répercussions sur d'autres obligations ou conventions. Les parties peuvent prévoir de rendre divisible ou indivisible des obligations ou des contrats, amoindrissant ou amplifiant les conséquences de la nullité, conventionnelle ou judiciaire.

B : Les clauses de divisibilité et d'indivisibilité

692. **Annnonce du plan.** Il est fréquent qu'une opération juridique se compose de plusieurs obligations dans un même contrat, ou de plusieurs contrats, formant ainsi un ensemble contractuel. En cas de nullité d'une des obligations ou d'un des contrats, le juge détermine souverainement les incidences sur les autres obligations ou sur les autres conventions. Pour éviter l'insécurité de cette appréciation, les contractants vont vouloir rendre divisible ou indivisible les obligations entre elles d'une même convention (1), ou un contrat d'un ensemble de contrats (2).

1 : L'incidence de la nullité d'une clause sur le contrat : indivisibilité et divisibilité des obligations

693. **Postulat.** Les obligations incluses dans une convention peuvent avoir un destin lié naturellement. En effet l'adage « *accessorium sequitur principale* » veut que la disparition de l'obligation principale emporte avec elle la disparition des obligations accessoires. Certaines obligations n'ont pas de lien entre elles, permettant l'exécution de l'une alors que l'autre est annulée. Les obligations sont ainsi soit divisibles soit indivisibles. Lors de l'annulation d'une obligation, les plaideurs vont devoir prouver devant le juge le caractère divisible ou indivisible des obligations de la convention. Le juge apprécie ce lien afin d'en tirer les conséquences qui s'imposent.

694. **Prévenir.** Pour éviter toute incertitude de ce pouvoir, parfois qualifié d'arbitraire, les parties insèrent dans leur contrat une clause prévoyant le lien entre ces obligations. On retrouve la stipulation selon laquelle toutes les clauses sont de rigueur, liant le sort de toutes les clauses les unes aux autres¹⁴¹⁵, autrement dit « *toutes les stipulations contractuelles sont déterminantes du consentement des parties et que la nullité de l'une quelconque d'entre elles entraînera la disparition de l'entier contrat* »¹⁴¹⁶. La nullité de l'une entraîne la nullité en cascade de toutes les autres¹⁴¹⁷, justifiant ainsi la règle du tout ou rien. Il s'agit des clauses d'indivisibilité¹⁴¹⁸.

695. **Clause d'indivisibilité.** Grâce à leur efficacité, elles semblent être devenues des clauses de style¹⁴¹⁹. Les contractants préfèrent insérer une clause précisant que toutes les stipulations sont de rigueur, au risque d'être sanctionnés en cas de contrariété à l'ordre public, plutôt que de laisser aux juges l'appréciation des conséquences à apporter en cas de nullité d'une des obligations du contrat. Le pouvoir souverain d'appréciation du juge fait souvent craindre si ce n'est l'arbitraire du moins un aléa¹⁴²⁰. La stipulation d'indivisibilité fait disparaître tout risque d'interprétation contraire à la volonté des parties¹⁴²¹.

696. **Une jurisprudence méfiante.** La jurisprudence n'est pas aussi enthousiaste quant aux effets de ces clauses insérées systématiquement. S'agissant des libéralités, les juges considèrent que ces clauses sont une présomption simple pouvant être renversée¹⁴²². En revanche, pour les contrats à titre onéreux, en principe les juges donnent une pleine efficacité à ces clauses¹⁴²³, ce n'est que par exception qu'ils refusent de se laisser soumettre par la

¹⁴¹⁵ M. LAMOUREUX, *op. cit.*, tome 1, p. 450.

¹⁴¹⁶ M. LAMOUREUX, *ibid.*, p. 205. Un autre exemple de rédaction : « *Toutes les clauses du présent contrat sont de rigueur (...); chacune est une condition déterminante de la convention sans laquelle les parties n'auraient pas contracté* », clause extraite du Dictionnaire permanent Droit des affaires, Formulaire, éd. législatives, 2001, p. 5055.

¹⁴¹⁷ Cass. civ. 1^{re}, 2 juillet 1958, Bull. civ. I, n° 352 : « *lorsque, dans l'intention des parties, toutes les stipulations d'un contrat sont intimement liées entre elles et que les unes sont la cause déterminante des autres, la nullité des clauses illicites invalide les clauses licites* ».

¹⁴¹⁸ J. CAYRON, *Les clauses d'indivisibilité*, in Lamy Droit du contrat, sous la dir. de B. FAGES, 2006, étude 340.

¹⁴¹⁹ S. SANA-CHAILLE DE NERE, *Effets de la nullité*, art. 1304 à 1314, Fasc. 50, in J.-Cl. Civ., 2008, n° 101.

¹⁴²⁰ Cass. civ. 3^e, 13 février 1969 ; JCP G 1969, II, 15942, 2^e esp., note J.-P. LEVY. Cass. civ. 3^e, 22 octobre 1970, JCP G 1971, II, 16636, bis, note J.-P. LEVY.

¹⁴²¹ M. LAMOUREUX, *op. cit.*, tome 1, p. 451.

¹⁴²² Cass. civ., 17 juillet 1883, DP 1884, 1, 156. Cass. civ. 1^{re}, 7 janvier 1955, Bull. civ. I, n° 3.

¹⁴²³ M. LAMOUREUX, *op. cit.*, tome 1, p. 453 où l'auteur précise que « *la clause d'indivisibilité jouit d'une efficacité de principe, et que si le spectre de la fraude est toujours susceptible de rôder autour de la clause d'indivisibilité, celle-ci n'est pas nécessairement frauduleuse, auquel cas elle doit lier le juge* ». La Cour de cassation a sanctionné les juges du fond pour avoir dénaturé les termes clairs et précis de la clause

volonté des parties¹⁴²⁴. Le refus doit être dicté par la protection de l'ordre public¹⁴²⁵. « *Le critère de la volonté des parties [n'est] pas absolu, et (...) la volonté de ces dernières, fût-elle exprimée de manière expresse, [doit] s'incliner devant les exigences de l'ordre public* »¹⁴²⁶. La Cour de cassation n'est pas favorable à un respect absolu de la volonté des contractants¹⁴²⁷. Ces derniers sont en principe libres de stipuler que toutes les clauses sont de rigueur mais leur volonté ne doit pas être contraire à l'ordre public¹⁴²⁸. La Cour de cassation sanctionne les juges du fond qui refusent d'appliquer de telles clauses : « *en prononçant une nullité limitée à la clause (...) illicite alors qu'une stipulation précisait "toutes les clauses du présent contrat sont de rigueur, chacune d'elles est une condition déterminante du présent contrat sans laquelle les parties n'auraient pas contracté", la cour d'appel en a dénaturé les termes clairs et précis* »¹⁴²⁹. En revanche, le juge va retrouver son pouvoir d'appréciation en cas de fraude caractérisée¹⁴³⁰ ou, plus généralement, en cas de contrariété à l'ordre public et, annuler que la clause litigieuse malgré l'indivisibilité conventionnelle¹⁴³¹. L'ordre public commande cette solution.

697. **Quelques exemples.** Prenons l'exemple d'un contrat de bail comportant une clause illicite, la présence d'une clause d'indivisibilité ne sera pas efficace. En effet, si le bailleur prévoit dans une clause que les locataires n'ont pas le droit de recevoir des amis.

d'indivisibilité : Cass. com., 19 janvier 1967, Bull. civ. III, n° 39. Cass. civ. 3^e, 5 février 1971, Bull. civ. III, n° 84.

¹⁴²⁴ M. LAMOUREUX, *op. cit.*, p. 452 où l'auteur indique que « *la Cour de cassation est venue apporter des tempéraments à l'efficacité des clauses d'indivisibilité. La première limite est intervenue sur le fondement classique de la fraude, la clause d'indivisibilité frauduleuse ne pouvant avoir aucun effet* ».

¹⁴²⁵ M. LAMOUREUX, *ibid.*, *loc. cit.*

¹⁴²⁶ M. LAMOUREUX, *ibid.*, *loc. cit.*

¹⁴²⁷ « *Ayant relevé que la clause de fourniture exclusive, générale et absolue, portait atteinte au droit au renouvellement en assurant au bailleur, en raison de la menace d'annulation du bail tout entier, la pérennité d'une stipulation interdite par une disposition d'ordre public, la cour d'appel a décidé à bon droit, nonobstant le fait que les parties étaient convenues que cette clause était essentielle, que son annulation ne devait pas entraîner celle du bail* » : Cass. civ. 3^e, 31 janvier 2001 ; D. 2001, som. com., p. 3520, obs. L. ROZES ; JCP 2001, I, 354, obs. Y.-M. SERINET ; RJDA 2001, n° 428.

¹⁴²⁸ M. LAMOUREUX, *op. cit.*, tome 1, p. 453 où l'auteur précise que « *les clauses d'indivisibilité sont valables et efficaces dès lors que des intérêts supérieurs ne commandent pas de les priver d'effet, ce que démontre clairement l'arrêt du 27 mars 1990* ».

¹⁴²⁹ Cass. com., 27 mars 1990, Bull. civ. IV, n° 93 ; D. 1991, jurispr., p. 289, note F.-X. TESTU ; RTD civ. 1991, p. 112, obs. J. MESTRE.

¹⁴³⁰ M. LAMOUREUX, *op. cit.*, tome 1, p. 454.

¹⁴³¹ M. LAMOUREUX, *ibid.*, p. 205. V. par ex. en matière de bail commercial, la clause d'indexation illicite entraîne une nullité partielle et non totale malgré la clause d'indivisibilité : Cass. civ. 3^e, 6 juin 1972, Bull. civ. III, n° 369 ; JCP 1972, II, 17255 ; D. 1973, jurispr., p. 151, note Ph. MALAURIE. Cass. civ. 3^e, 9 juillet 1973, Bull. civ. III, n° 467 ; D. 1974, jurispr., p. 24, note Ph. MALAURIE. Cass. civ. 3^e, 14 juin 1983, Bull. civ. III, n° 136. *Contra*, la Cour de cassation a adopté une position plus respectueuse de la volonté des parties dans un arrêt du 27 mars 1990 : Cass. com., 27 mars 1990, Bull. civ. IV, n° 93 ; D. 1991, jurispr., p. 289, note F.-X. TESTU ; RTD civ. 1991, p. 112, obs. J. MESTRE.

Après avoir eu connaissance du non-respect de cette obligation, le bailleur assigne en justice son locataire. La demande du locataire d'annuler la clause ne doit pas avoir pour effet d'annuler le contrat de bail, à cause de la stipulation d'indivisibilité. Le juge rendra inefficace la clause illicite et ne prendra pas en compte l'indivisibilité conventionnelle. La solution contraire aurait pour incidence de troubler l'ordre public. Un autre exemple peut être apporté sur les dangers de l'acceptation de ces clauses. Dans un contrat de travail, si une clause prévoit des conditions de salaires contraires à la loi, la stipulation comme quoi cette clause est de rigueur n'aura pas d'effet sur le pouvoir d'appréciation du juge. Il annulera la clause illicite mais pas le contrat de travail¹⁴³².

698. **Ordre public et clause d'indivisibilité.** « Dès lors que les juges prennent en compte les nécessités de l'ordre public pour préférer la nullité partielle, on imagine aisément que la portée des clauses d'indivisibilité ne peut être absolue et que le respect inconditionnel de ces clauses prôné par Henri Capitant n'est plus aujourd'hui soutenable »¹⁴³³. La clause d'indivisibilité demeure un moyen efficace de lier le juge¹⁴³⁴ dans son pouvoir d'appréciation dès lors que l'ordre public est respecté¹⁴³⁵. En d'autres termes, cette clause conserve une utilité importante en liant le juge dans son pouvoir d'appréciation toutes les fois que l'ordre public n'exige pas la nullité partielle¹⁴³⁶. La clause d'indivisibilité, prise comme une convention indirecte de preuve, doit respecter l'ordre public pour être efficace de la même manière que les clauses directes de preuve.

699. **Efficacité.** La clause d'indivisibilité est efficace vis-à-vis du juge et entre les parties¹⁴³⁷. Lorsqu'elle est insérée dans un acte écrit, elle ne peut être combattue que par un acte de force probante égale ou supérieure, conformément à l'article 1341 du Code civil. Le

¹⁴³² M. LAMOUREUX, *op. cit.*, tome 1, p. 454.

¹⁴³³ M. LAMOUREUX, *ibid.*, p. 452 ; H. CAPITANT, note sous Rouen, 16 novembre 1922, DP 1926, 2, p. 57 et s., sp. p. 58.

¹⁴³⁴ M. LAMOUREUX, *ibid.*, p. 455.

¹⁴³⁵ M. LAMOUREUX, *ibid.*, p. 454 où l'auteur précise que « l'utilité de la clause d'indivisibilité n'en reste pas moins certaine car dès lors que la fraude n'est pas caractérisée, la volonté des parties doit alors être primordiale, et le juge n'a donc plus de raison de ne pas respecter les stipulations claires et précises des parties ».

¹⁴³⁶ M. LAMOUREUX, *ibid.*, p. 454-455. Certains auteurs considèrent que la volonté des contractants ne peut pas obliger le juge. Ce dernier devrait garder son pouvoir d'appréciation en toutes circonstances. La clause ne servirait plus que de présomption simple. V. not. O. GOUT, *Le juge et l'annulation du contrat*, Thèse Aix-Marseille, PUAM, 1999, n° 606 et s.

¹⁴³⁷ J. MESTRE, obs. sous Cass. com., 27 mars 1990, RTD civ. 1991, p. 112 où l'auteur indique que « si les parties ont pris la peine de désamorcer cette mine de contentieux par une stipulation expresse de l'acte, il faut respecter leur volonté expresse et ne pas ouvrir une autre brèche en admettant que l'on puisse plaider sur la portée de la clause d'indivisibilité ».

juge ne peut accepter que l'un des contractants rapporte la preuve contraire par tout moyen à cette volonté déclarée. La volonté réelle succombe à la volonté déclarée faute d'une preuve contraire admissible. Cette solution est identique à la contestation des clauses de constatation. D'ailleurs, la clause d'indivisibilité est une clause qui constate la volonté des contractants de considérer que toutes les clauses ont été déterminantes du consentement. Le juge pourra toujours contourner habilement la restriction à son pouvoir par la justification de la protection de l'ordre public. Les contractants en réduisant de plus en plus le pouvoir du juge, ils l'incitent à faire preuve d'une vigilance accrue dans le peu de pouvoir qu'il conserve.

700. **Les clauses de divisibilité.** À l'inverse, les contractants peuvent décider que les obligations sont indépendantes les unes des autres. Les problèmes et les solutions apportés pour les clauses d'indivisibilité se transposent pour les clauses de divisibilité. Les parties préfèrent dans cette situation que la nullité de la clause n'emporte pas la nullité du contrat. La nullité partielle est voulue par les contractants, au détriment de la nullité totale. « *Les parties démontrent ainsi leur faveur pour la validité du contrat, et donc son exécution, en orientant le juge vers la nullité partielle chaque fois qu'elle est possible* »¹⁴³⁸. Cette clause permet de lier le juge, évitant son pouvoir d'appréciation¹⁴³⁹. La clause de divisibilité est soumise au même contrôle que la clause d'indivisibilité, par le juge. Il vérifie que l'intention des parties ne trouble pas l'ordre public. Cette convention aménage la preuve de manière indirecte, tout en étant soumise au contrôle du juge par l'intermédiaire de l'ordre public. Les contractants peuvent aussi créer des ensembles contractuels, prévoyant les conséquences de la nullité d'un des contrats sur les autres.

2 : L'incidence de la nullité d'un contrat sur un autre contrat : indivisibilité et divisibilité des contrats

701. **Postulat.** L'indivisibilité des contrats permet de lier le sort de plusieurs contrats entre eux¹⁴⁴⁰. Naturellement certains contrats sont indivisibles¹⁴⁴¹. La précision de

¹⁴³⁸ M. LAMOUREUX, *op. cit.*, tome 1, p. 449 et 450.

¹⁴³⁹ M. LAMOUREUX, *ibid.*, p. 450 où l'auteur remarque que « *cette clause est alors particulièrement avantageuse pour les parties qui ne désirent pas laisser une trop grande marge de manœuvre au juge puisque non seulement elle assure que la nullité soit limitée à la clause illicite et que le juge ne vienne donc pas détruire un lien contractuel auquel les parties demeurent attachées, mais elle évite en outre que le juge détermine lui-même une clause de substitution* ».

¹⁴⁴⁰ M. LAMOUREUX, *ibid.*, p. 458.

cette indivisibilité par les parties n'est pas nécessaire mais rajoute de la sécurité. Dès lors qu'il y a appréciation par une personne extérieure, un risque infime existe. L'un des contractants peut vouloir contester cette indivisibilité inhérente à ces conventions. Dans cette situation, l'intérêt de prévoir une indivisibilité conventionnelle est certes faible mais n'est pas contraignante à insérer. En revanche, lorsque les contrats ne sont pas indivisibles naturellement, il est primordial de le prévoir expressément pour lier le juge dans son pouvoir d'appréciation. L'application de l'article 1165 du Code civil risque d'empêcher la nullité en cascade des contrats conclus entre des contractants différents¹⁴⁴². La Cour de cassation affirme que les « *conventions [étant] essentiellement distinctes par leur nature, leur indivisibilité ne peut résulter que de la volonté des parties* »¹⁴⁴³. Plusieurs contrats forment un ensemble indispensable à la réalisation d'une opération économique. Ces contrats naturellement autonomes peuvent être conclus entre les mêmes contractants¹⁴⁴⁴ ou des contractants différents¹⁴⁴⁵. Le sort de ces contrats est identique, c'est-à-dire la nullité, la résolution, la résiliation de l'un entraîne la nullité, la résolution, la résiliation de ou des autres¹⁴⁴⁶. « *L'objectif est qu'à la cohérence économique d'une opération corresponde une cohérence juridique : l'opération est condamnée à réussir ou à échouer en totalité, elle ne pourra être partiellement réalisée* »¹⁴⁴⁷. En principe, l'indivisibilité des conventions permet d'obtenir la même sanction à l'ensemble de ces conventions. Il arrive exceptionnellement que cette indivisibilité joue le rôle inverse, l'indivisibilité sert à sauver un contrat de la nullité¹⁴⁴⁸.

702. **Quand le principal suit l'accessoire.** Contrairement à la situation où une convention est l'accessoire d'une autre, l'indivisibilité conventionnelle permet d'annuler le

¹⁴⁴¹ Par ex., les juges ont reconnu l'indivisibilité entre un contrat de licence et un contrat de vente de prototype, v. Cass. com., 8 juillet 1970, Bull. civ. IV, n° 234. Indivisibilité aussi entre un contrat de location de matériel informatique et un contrat de maintenance, v. CA de Paris, 19 mars 1993 ; RTD civ. 1995, p. 363, obs. J. MESTRE. Également entre un contrat de création de site Internet et un contrat de fourniture informatique, v. CA Paris, 28 janvier 2005, comm. com. électr. 2005, n° 103, note L. GRYNBAUM. Cass. civ. 1^{re}, 3 février 2002, comm. com. électr. 2002, n° 131, note L. GRYNBAUM et note Ph. STOFFEL-MUNCK. Ou encore entre un contrat de location de matériel et un contrat de diffusion d'images publicitaires, v. CA Paris, 17 novembre 1994 ; RTD civ. 1995, p. 363, obs. J. MESTRE.

¹⁴⁴² M. LAMOUREUX, *op. cit.*, tome 1, p. 457 où l'auteur précise que « *si aucun lien d'indivisibilité ne peut être reconnu, l'article 1165 du Code civil conserve toute sa force* ».

¹⁴⁴³ Cass. civ., 8 avril 1924, DP 1924, 1, p. 118. Cass. com., 4 avril 1995, cont., conc., consom. 1995, n° 105, obs. L. LEVENEUR.

¹⁴⁴⁴ Cass. com., 11 juin 1996, n° 93-15376 ; RTD civ. 1996, p. 907, obs. J. MESTRE.

¹⁴⁴⁵ W. DROSS, *op. cit.*, p. 296.

¹⁴⁴⁶ M. LAMOUREUX, *op. cit.*, tome 1, p. 458.

¹⁴⁴⁷ W. DROSS, *op. cit.*, *loc. cit.*

¹⁴⁴⁸ L'indivisibilité des contrats a permis de sauver un contrat de la nullité : Cass. civ. 1^{re}, 13 novembre 2003 ; D. 2004, jurispr., p. 657, note I. NAJJAR. Cass. civ. 1^{re}, 16 novembre 2004, n° 02-11138 ; J.-B. SEUBE, *La fonction salvatrice de l'indivisibilité*, Dr. et patr. n° 138, juin 2005, p. 41.

contrat principal en cas de nullité du contrat accessoire. En principe, l'accessoire suit le principal, la volonté peut inverser ce rapport : le principal suivra alors l'accessoire. Le contrat principal sera annulé si le contrat accessoire est nul¹⁴⁴⁹. Par exemple, pour l'achat d'un bien, l'acheteur peut lier le contrat de prêt permettant le financement de cet achat au contrat de vente. La nullité du prêt entraîne la nullité de la vente, l'acheteur se protégeant ainsi d'un achat qu'il ne pourrait pas payer. La loi prévoit ce lien pour les ventes immobilières entre un consommateur et un professionnel¹⁴⁵⁰. La loi peut prévoir des situations dans lesquelles les contrats seront indivisibles, il n'est plus nécessaire d'insérer une stipulation d'indivisibilité¹⁴⁵¹.

703. **La recherche du juge.** Dans les cas où la loi est silencieuse, il est préférable de prévoir cette indivisibilité, même si la jurisprudence accepte régulièrement cette interdépendance¹⁴⁵². En l'absence d'indivisibilité légale et conventionnelle, elle doit être recherchée par le juge. Pour ce faire, le juge se fonde sur des indices pour établir la volonté de rendre ces contrats indivisibles¹⁴⁵³. Les juges essaient par des considérations subjectives de déceler la volonté implicite d'unir juridiquement ces contrats. Cette indivisibilité implicite peut être révélée par l'unicité de l'*instrumentum*, les contrats ayant été rédigés sur le même document écrit¹⁴⁵⁴. Cependant, la solution n'est pas certaine, la jurisprudence refusant de reconnaître l'indivisibilité alors que les contrats étaient inscrits dans le même écrit mais ne

¹⁴⁴⁹ W. DROSS, *op. cit.*, p. 296.

¹⁴⁵⁰ Les articles L. 312-12 et L. 312-16 du Code de la consommation affirment l'indivisibilité du contrat de crédit immobilier avec le contrat de vente immobilière. La lettre de ces articles prévoit l'indivisibilité des contrats lorsqu'un de ces deux contrats ne serait pas conclu. La jurisprudence a fait une interprétation large de ces textes puisque la nullité de l'un des deux contrats a pour conséquence la nullité de l'autre. V. Cass. civ. 1^{re}, 1^{er} décembre 1993, n° 91-20539 ; RTD civ. 1994, p. 859, obs. J. MESTRE ; JCP 1994, II, 22325, note C. JAMIN. Cass. civ. 1^{re}, 18 juin 1996, n° 94-16456, Bull. civ. I, n° 262. Cass. civ. 1^{re}, 7 juillet 1998, n° 96-15098, Bull. civ. I, n° 242 ; D. 1998, IR, p. 207. Cass. civ. 1^{re}, 1^{er} mars 2005, n° 03-10456, Bull. civ. I, n° 108.

¹⁴⁵¹ Pour des exemples de lois prévoyant l'indivisibilité de contrats, v. W. DROSS, *op. cit.*, p. 296 et 297.

¹⁴⁵² Par exemple, la Cour de cassation estime que « *la résolution du contrat de vente entraîne nécessairement la résiliation du contrat de crédit-bail* » : Cass. mixte, 23 novembre 1990, 3 arrêts, n° 87-17044, n° 86-19396 et n° 88-16883 ; D. 1991, jurispr., p. 121, note C. LARROUMET ; JCP E 1991, II, p. 29, note D. LEGEAS ; RTD civ. 1991, p. 360, obs. J. MESTRE. Les juges ont reconnu l'indivisibilité dans des opérations plus complexes, v. par ex. : Cass. com., 15 février 2000, n° 97-19793, Bull. civ. IV, n° 29 ; D. 2000, som. com., p. 364, obs. Ph. DELEBECQUE ; Defrénois 2000, p. 1118, obs. D. MAZEAUD ; JCP 2000, I, 272, obs. A. CONSTANTIN ; RTD civ. 2000, p. 35, obs. J. MESTRE et B. FAGES.

¹⁴⁵³ Sur une volonté implicite d'unir des contrats : Cass. com., 4 avril 1995, n° 93-20029, Bull. civ. IV, n° 115 ; D. 1996, som. com., p. 231, obs. L. AYNES et jurispr., p. 141, note PIQUET ; cont., conc., consom. 1995, n° 105, note L. LEVENEUR. Cass. com., 4 avril 1995, n° 93-14585 et 93-15671, Bull. civ. IV, n° 116. Cass. com., 15 juin 1999, n° 97-12122 ; D. 2000, som. com., p. 363, obs. D. MAZEAUD. La proximité de conclusion de deux contrats peut être un indice de l'indivisibilité des contrats. W. DROSS, *op. cit.*, p. 297.

¹⁴⁵⁴ V. not. : Cass. com., 3 octobre 1977, n° 76-11460, Bull. civ. IV, n° 212. Cass. com., 20 janvier 1998, n° 96-13584.

comportait pas de clause spécifiant cette interdépendance¹⁴⁵⁵. Les juges du fond se fondent également sur des éléments objectifs tels que l'économie du contrat et de l'opération¹⁴⁵⁶. « *Les considérations subjectives et objectives s'entremêlent volontiers au gré des faisceaux d'indices pris en compte par les juges, mais le critère fondamental semble bien demeurer la volonté des parties* »¹⁴⁵⁷. Déterminer l'intention véritable des contractants n'est pas évidente, l'appréciation humaine comporte une part d'erreur inévitable¹⁴⁵⁸. Cela démontre bien l'intérêt de prévoir expressément cette unicité juridique¹⁴⁵⁹. Les juges ont un pouvoir d'appréciation qui ne garantit pas la sécurité en cas de contestation.

704. **La force de la volonté.** Pour être certain des conséquences de la nullité, de la résiliation ou de la résolution du contrat sur l'autre contrat, les contractants doivent stipuler qu'il s'agit d'un ensemble contractuel indivisible¹⁴⁶⁰ : « *le contrat secondaire et interdépendant est dès lors privé de cause et considéré comme caduc* »¹⁴⁶¹. Ils peuvent le faire par une clause d'indivisibilité ou clause de lien¹⁴⁶². L'indivisibilité est essentiellement une question de volonté¹⁴⁶³. La volonté est le moyen le plus efficace de lier le juge, après la loi bien évidemment. L'indivisibilité contractuelle participe à l'essor de la subjectivisation de la cause. Contrairement à l'indivisibilité des obligations, l'élément déterminant n'est plus un élément intrinsèque à la convention mais un élément extrinsèque : une autre convention. Autrement dit, la cause subjective du premier contrat est le second contrat et réciproquement la cause subjective du second contrat est le premier contrat.

¹⁴⁵⁵ Cass. com., 7 avril 1987, Bull. Joly Sociétés 1987, p. 277 ; RTD civ. 1988, p. 123, obs. J. MESTRE.

¹⁴⁵⁶ M. LAMOUREUX, *op. cit.*, tome 1, p. 459. D. MAZEAUD, obs. sous Cass. com., 15 juin 1999, D. 2000, som. com., p. 363. D. MAZEAUD, obs. sous Cass. com., 15 février 2000, Defrénois 2000, p. 1118.

¹⁴⁵⁷ M. LAMOUREUX, *ibid.*, *loc. cit.*

¹⁴⁵⁸ J. MESTRE, RTD civ. 1995, p. 365 où l'auteur précise que « *pour ne pas courir ensuite le risque judiciaire d'une interprétation quelque peu divinatoire de la volonté des parties. L'indivisibilité est à l'évidence une notion trop souple pour que les parties n'aient pas intérêt, dans certains cas, à la circonscrire elles-mêmes et donc à préciser dans les actes qu'elles passent quel est exactement le lien juridique qui les unit éventuellement* ». Dans le même sens, v. P. MOUSSERON, J. RAYNARD et J.-B. SEUBE, *Technique contractuelle, op. cit.*, n° 254 et s. ; J.-B. SEUBE, obs. sous Cass. com., 15 juin 1999, JCP E 2000, p. 267.

¹⁴⁵⁹ M. LAMOUREUX, *op. cit.*, tome 1, p. 459 et 460.

¹⁴⁶⁰ Cass. civ. 1^{re}, 4 avril 2006, n° 02-18277. Cass. civ. 1^{re}, 30 octobre 2008, Bull. civ. I, n° 241.

¹⁴⁶¹ L. MARTINET et H. DE ROUX, *Mise en échec des clauses de divisibilité : un net recul de la liberté contractuelle*, Petites affiches, 01 juillet 2013 n° 130, p. 7.

¹⁴⁶² M. LAMOUREUX, *op. cit.*, tome 1, p. 460.

¹⁴⁶³ J. MOURY, *De l'indivisibilité entre les obligations et entre les contrats*, RTD civ. 1994, p. 255 et s., n° 10 ; J.-B. SEUBE, *L'indivisibilité et les actes juridiques*, Thèse Montpellier, Litec, 1999, n° 413 ; Ph. SIMLER, *La nullité partielle des actes juridiques*, Préf. A. WEILL, Bibliothèque de droit privé, tome 101, LGDJ, 1969, n° 304 ; F. TERRE, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, Bibliothèque de droit privé, tome 2, LGDJ, 1957, n° 488, p. 392 ; F. MAUGER, *Indivisibilité et ensembles contractuels : l'anéantissement en cascade des contrats*, in Méf. B. MERCADAL, Ed. F. Lefebvre, 2002, p. 203 et s., sp. p. 204 et s. ; P. REIGNE, *La résolution pour inexécution au sein des groupes de contrats*, in La cessation des relations contractuelles d'affaires, PUAM, 1997, p. 151 et s., sp. n° 30.

705. **Présomption d'indivisibilité.** La clause présume l'indivisibilité des contrats. L'un des contractants peut-il rapporter la preuve contraire ? Le juge en acceptant cela fait de cette présomption un renversement de la charge de la preuve. Normalement, les contrats sont indivisibles. C'est à la personne qui invoque l'indivisibilité de la prouver. La clause permet de faire peser la charge de la preuve sur le contractant qui souhaite établir la divisibilité. Ce renversement de la charge de la preuve est renforcé par les moyens de preuve admissibles. En effet, la clause étant insérée dans un acte écrit sous seing privé ou authentique, l'article 1341 du Code civil ne permet pas la preuve contre et outre cet acte sauf par un acte de force probante au moins égale. Cette règle signifie que « *la commune intention des parties quant à l'opération qu'elles ont entendu réaliser doit l'emporter sur la volonté unilatérale déclarée par l'une d'entre elles, qui n'a d'autre objectif que d'échapper aux conséquences de l'indivisibilité* »¹⁴⁶⁴. La clause d'indivisibilité succombera en revanche face à l'ordre public. En effet, il est toujours possible de sanctionner une clause d'indivisibilité lorsque la loi prévoit la divisibilité pour sanctionner un comportement frauduleux¹⁴⁶⁵. L'ordre public en serait contrarié. Seule la clause d'indivisibilité licite va lier le juge dans son pouvoir d'appréciation¹⁴⁶⁶.

706. **Quid de la clause de divisibilité.** Les contractants peuvent prévoir à l'inverse une clause de divisibilité des conventions. La nullité, la résolution ou la résiliation d'un des contrats n'entraînera pas la disparition du ou des autres contrats¹⁴⁶⁷. Lorsque les contractants veulent se départir de l'indivisibilité naturelle, les juges ont tendance à rendre inefficace cette divisibilité¹⁴⁶⁸. La situation reconnue par le juge en application de la clause doit être un minimum vraisemblable. Le juge ne peut pas consolider une situation invraisemblable au risque de troubler l'ordre public¹⁴⁶⁹. La décision judiciaire doit être légitime entre les parties

¹⁴⁶⁴ M. LAMOUREUX, *op. cit.*, tome 1, p. 463.

¹⁴⁶⁵ Nullité de la clause d'indivisibilité dans une opération comprenant une contre-lettre pour dissimuler le prix de la vente. La divisibilité intéresse l'ordre public. V. Cass. mixte, 12 juin 1981, n° 78-14971 ; D. 1981, jurispr., p. 413, concl. J. CABANNES et note J.-L. AUBERT ; RTD civ. 1982, p. 140, obs. F. CHABAS.

¹⁴⁶⁶ La Cour de cassation censure pour dénaturation les juges du fond qui ne respectent pas une clause d'indivisibilité lorsqu'elle est claire et précise. V. Cass. civ. 1^{re}, 3 juillet 2001 ; RTD civ. 2002, p. 96, obs. J. MESTRE et B. FAGES. Cass. com., 27 mars 1990, n° 88-15092, Bull. civ. IV, n° 93 ; D. 1991, jurispr., p. 289, note F.-X. TESTU.

¹⁴⁶⁷ M. LAMOUREUX, *op. cit.*, tome 1, p. 460.

¹⁴⁶⁸ M. LAMOUREUX, *ibid.*, p. 462 où l'auteur précise que « *lorsque la clause de divisibilité jure avec la réalité créée par l'ensemble contractuel, les parties ne peuvent se départir de l'indivisibilité manifeste de leurs conventions et l'efficacité de la clause de divisibilité peut alors être réduite à néant* ».

¹⁴⁶⁹ M. LAMOUREUX, *ibid.*, p. 464 où l'auteur indique que « *l'efficacité de la clause de divisibilité implique son réalisme, la Cour de cassation refusant toute divisibilité exagérément artificielle. Lorsqu'il est évident que les*

et vis-à-vis de la société. La société ne peut pas prêter son concours par l'intermédiaire du juge pour une décision qui serait invraisemblable à cause de l'application absolue d'une stipulation. Le juge impose une certaine cohérence pour enlever la suspicion qui pourrait naître des clauses de divisibilité¹⁴⁷⁰. En effet, en principe les contrats sont indépendants, ce n'est que par exception qu'ils ne le sont pas. Cette idée est parfaitement exprimée par deux arrêts rendus le 17 mai 2013. En effet, la chambre mixte de la Cour de cassation a sanctionné la clause de divisibilité qui contredisait la cohérence économique générale de l'opération réalisée par des contrats¹⁴⁷¹. Une divergence entre la chambre commerciale et la première chambre civile existait en la matière. Pour la chambre commerciale, l'économie générale du contrat doit être recherchée au risque de paralyser la clause de divisibilité qui ne serait pas conforme à l'économie de l'opération réalisée¹⁴⁷² ; pour la première chambre civile, la volonté prime sur l'analyse de l'économie générale de cet ensemble contractuel, c'est l'idée de cause subjective qui doit prévaloir¹⁴⁷³. La chambre mixte se rallie ainsi à l'opinion de sa chambre commerciale au détriment de sa première chambre civile¹⁴⁷⁴. Pour la Cour de cassation, il semblerait que la clause de divisibilité doit avoir une certaine cohérence avec la réalité économique, faute de quoi elle sera réputée non écrite : « *Mais attendu que les contrats concomitants ou successifs qui s'inscrivent dans une opération incluant une location financière, sont interdépendants ; que sont réputées non écrites les clauses des contrats inconciliables avec cette interdépendance* »¹⁴⁷⁵. La cause subjective ne doit pas rendre invraisemblable cette situation. De sorte qu'il est possible de s'interroger sur la puissance de la volonté par rapport à la cause subjective normalement inhérente à ce type d'ensemble contractuel, l'interdépendance naturelle de ces deux contrats. Diviser l'indivisible est interdit ! Est-il possible de rendre indivisible deux contrats naturellement divisibles ?

parties poursuivent un objectif global, que la clause de l'un des contrats réside manifestement dans l'exécution de l'autre, les parties ne peuvent faire échec à l'interdépendance liant les contrats ».

¹⁴⁷⁰ V. en ce sens Cass. com., 15 février 2000, Bull. civ. IV, n° 29 ; D. 2000, som. com., p. 364, obs. Ph. DELEBECQUE ; Defrénois 2000, p. 1118, obs. D. MAZEAUD ; JCP G 2000, I, 272, p. 2069, obs. A. CONSTANTIN ; JCP E 2001, p. 320, obs. J.-B. SEUBE ; RTD civ. 2000, p. 325, obs. J. MESTRE et B. FAGES.

¹⁴⁷¹ Cass. mixte, 17 mai 2013, 2 arrêts, n° 11-22768 et n° 11-22927 ; D. 2013, 1273, obs. X. DELPECH ; D. 2013, 1658, note D. MAZEAUD ; RTD civ. 2013, 597, obs. H. BARBIER ; RTD com. 2013, 569, obs. D. LEGEAIS. *Adde*, Cass. com., 9 juillet 2013, n° 11-19633 et n° 11-14371 ; D. 2013, 2554, obs. H. GUILLOU.

¹⁴⁷² Cass. com., 15 février 2000, n° 97-19793, Bull. civ. IV, n° 29. Cass. com., 3 mai 2000, n° 98-18782.

¹⁴⁷³ Cass. mixte, 17 mai 2013, 2 arrêts, n° 11-22768 et n° 11-22927 ; Petites affiches, 01 juillet 2013 n° 130, p. 7, sp. p. 8 et s., note L. MARTINET et H. DE ROUX, *Mise en échec des clauses de divisibilité : un net recul de la liberté contractuelle*.

¹⁴⁷⁴ Cass. mixte, 17 mai 2013, *ibid*.

¹⁴⁷⁵ Cass. mixte, 17 mai 2013, n° 11-22768. L'attendu de principe de l'arrêt rendu le même jour reprend à l'identique cette formulation. V. Cass. mixte, 17 mai 2013, n° 11-22927.

707. **Rendre indivisibles deux contrats naturellement divisibles.** Les juges acceptent plus facilement les indivisibilités artificielles avec les conséquences qui en découlent en cas de sanction d'un des contrats sur les autres¹⁴⁷⁶. La volonté d'unir juridiquement des contrats est plus facilement acceptable. Ne vont rentrer dans le champ contractuel que les éléments subjectifs précisés expressément¹⁴⁷⁷. Cependant, certaines causes du contrat vont naturellement rentrer dans le champ contractuel. Pourquoi des éléments non expressément déterminés vont-ils rentrer dans la cause du contrat ? Traditionnellement, on enseigne que la cause objective ou immédiate est la cause de l'obligation, à l'inverse la cause subjective ou lointaine est la cause du contrat¹⁴⁷⁸. En s'intéressant à la cause du contrat, c'est-à-dire à la cause dite subjective, on peut se poser la question de l'existence d'une cause habituellement commune au contractant qui serait identique dans la plupart des situations. Cette cause du contrat n'aurait pas la nécessité d'être exprimée puisqu'elle découle du contrat. L'acheteur d'une voiture réalise cette opération *a priori* pour rouler avec soit lui, soit une autre personne. Il est certain que des acheteurs peuvent vouloir en faire autre chose, il faudra alors que cette cause soit mentionnée dans l'acte pour rentrer dans le champ contractuel, car elle est suffisamment subjective pour que le vendeur ne puisse la prévoir raisonnablement. La cause du contrat ne serait pas purement subjective mais tendrait vers l'objectivité. Pour qu'un élément subjectif devienne essentiel au consentement lors de la formation de la convention, il doit être porté à la connaissance de son cocontractant, alors que les éléments qui tendent vers l'objectivité de la cause du contrat n'ont pas besoin d'être communiqués puisqu'ils sont les raisons naturelles qui poussent à la conclusion de ce contrat. Afin d'éviter toute confusion entre la cause de l'obligation qui est objective et la cause du contrat qui serait presque objective, il conviendrait de différencier au sein de la cause du contrat, la cause abstraite de la cause concrète. En partant de l'appréciation *in abstracto* et *in concreto*, la cause abstraite est celle découverte par le juge lorsqu'il recherche *in abstracto* la cause du contrat, tandis que la cause concrète provient de l'appréciation *in concreto* de la cause du contrat toujours par le juge. La cause subjective d'un contrat aurait une partie abstraite qui pourrait être complétée, voire dans certains cas remplacée par une cause subjective concrète. Ajouter une cause concrète à un contrat est moins suspect que d'enlever une cause abstraite à un contrat.

¹⁴⁷⁶ M. LAMOUREUX, *op. cit.*, tome 1, p. 464.

¹⁴⁷⁷ Cass. civ. 1^{re}, 13 février 2001, Bull. civ. I, n° 31 ; Defrénois 2002, p. 476, note D. ROBINE ; JCP 2001, I, 330, n° 5, obs. J. ROCHFELD ; RTD civ. 2001, p. 352, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; H. CAPITANT, F. TERRE et Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile, Obligations, contrats spéciaux, sûretés*, Tome 2, Dalloz, 12^e éd., 2008, n° 149 ; 24 avril 2003 ; D. 2004, p. 450, note S. CHASSAGNARD ; JCP 2003, II, 10134, note R. WINTGEN ; RDC 2003, p. 42, obs. D. MAZEAUD.

¹⁴⁷⁸ F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Les obligations, Droit civil, Précis*, Dalloz, 10^e éd., 2009, n° 333.

708. **Exemple.** Par exemple, si une personne décide d'acheter du papier peint : la cause abstraite du contrat est de poser le papier sur un mur. L'acheteur peut spécifier une cause concrète en déterminant la nature particulière du support par l'insertion d'une stipulation contractuelle. Si le papier peint ne peut-être posé sur ce support alors la cause du contrat ne peut être réalisée, la cause devient absente entraînant la nullité du contrat. En revanche, si l'acheteur n'a pas précisé dans le contrat la particularité du mur servant de destination, il ne pourra obtenir la nullité de la vente pour absence de cause. La cause concrète n'est pas rentrée dans le champ contractuel. La cause abstraite est souvent suppléée par d'autres techniques juridiques telles que la garantie des vices cachés, l'objet non conforme. Dans un ensemble contractuel, utiliser la cause du contrat est, en principe, un moyen efficace¹⁴⁷⁹.

709. **Enseignement.** Derrière la cause du contrat qui tend vers l'objectivité se cache l'idée de vraisemblance. La plupart des individus réalisent telle opération pour telle cause du contrat. Toute stipulation qui enlève purement et simplement une cause abstraite au contrat doit être examinée avec plus de vigilance par le juge qu'une clause ajoutant une cause concrète. Autrement dit, les clauses de divisibilité doivent être regardées avec plus d'attention que les clauses d'indivisibilité. Le juge rendra inefficace toutes les clauses de divisibilité et d'indivisibilité des contrats dès lors que la décision qu'il rendrait en application de cette clause serait invraisemblable¹⁴⁸⁰. Ces décisions troubleraient l'ordre public à cause de cette invraisemblance. Les clauses dont l'objet est de prévoir les conséquences en cas de défaut ou de disparition d'un élément de formation du contrat sont en principes licites¹⁴⁸¹. Elles permettent d'alléger la preuve, tout en liant le juge dans son pouvoir d'appréciation. Cependant, ces aménagements indirects des règles légales de preuve sont soumis au respect de l'ordre public. Le juge privera d'efficacité toutes clauses qui contrarieraient l'ordre public, notamment par le caractère invraisemblable qui conduirait à des décisions illégitimes. Les contractants insèrent dans leur convention des clauses prévoyant l'anéantissement de la

¹⁴⁷⁹ L'indivisibilité de deux contrats de travail est licite mais n'a aucune véritable efficacité, puisque la rupture du premier contrat de travail n'entraîne pas de plein droit la rupture du second. L'employeur devra prouver que le second contrat ne pouvait plus s'exécuter en raison de la rupture du premier, c'est-à-dire il doit rapporter la preuve objective d'une cause réelle et sérieuse de licenciement. En ce sens, v. Cass. soc., 18 novembre 1998, n° 97-42854, Bull. civ. V, n° 496 ; D. 1999, p. 443, note J. MOULY. Cass. soc., 12 juillet 2005, n° 03-45394, Bull. civ. V, n° 244 ; D. 2006, p. 344, note J. MOULY ; RTD civ. 2006, p. 308, obs. J. MESTRE et B. FAGES.

¹⁴⁸⁰ Les juges « peuvent occasionnellement priver d'effet leurs stipulations pour sanctionner les abus manifestes ». M. LAMOUREUX, *op. cit.*, tome 1, p. 464.

¹⁴⁸¹ M. LAMOUREUX, *ibid.*, p. 460 où l'auteur précise que « les clauses des parties prédéterminant l'étendue de la sanction sont en principe valables et efficaces, mais elles ne sont pas toujours décisives ».

convention non plus en raison d'un problème au niveau de la formation mais en raison de l'inexécution.

Paragraphe 2 : Les clauses résolutoires

710. **Principe.** En principe, en cas d'inexécution d'une obligation, le créancier a la possibilité de demander soit l'exécution forcée, lorsqu'elle est possible, soit la résolution du contrat. Il appartient au juge de vérifier les conditions de la résolution pour la prononcer¹⁴⁸². Le créancier qui demande en justice la résolution doit rapporter la preuve que l'inexécution est suffisamment grave pour obtenir la résolution du contrat. Le juge apprécie les éléments qui lui sont soumis¹⁴⁸³. Le débiteur peut demander au juge un délai dans l'exécution, ce qui a pour effet d'empêcher la résolution. Si la faculté de demander la résolution, lorsqu'un débiteur n'exécute pas son obligation dans un contrat synallagmatique, est reconnue au créancier, son prononcé est plus incertain du fait de l'appréciation du juge. Les contractants peuvent vouloir insérer une clause afin d'échapper à l'intervention de ce dernier.

711. **Eviter le juge.** La clause résolutoire est la clause qui anticipe et organise « *les modalités d'une éventuelle résolution du contrat* »¹⁴⁸⁴. Les contractants prévoient, par l'intermédiaire de cette stipulation, « *qu'en cas d'inexécution le contrat pourra être résolu de plein droit sans intervention du juge* »¹⁴⁸⁵. Cette clause permet l'anéantissement rétroactif du contrat en cas d'inexécution de l'un des contractants, à la demande de l'autre. Les contractants permettent au créancier, éventuelle victime de l'inexécution, de se départir des exigences de l'article 1184 du Code civil et, surtout des risques d'une appréciation du juge défavorable à l'octroi de la résolution. Le contractant qui demande la résolution n'a plus besoin de rapporter la preuve devant le juge, ni d'ailleurs de passer par l'autorité judiciaire pour l'obtenir. En cas de contestation de la résolution de plein droit grâce à cette clause, le débiteur ne peut pas prouver que l'inexécution n'est pas suffisamment grave. Les juges du

¹⁴⁸² Article 1184 du Code civil : « *La condition résolutoire est toujours sous-entendue dans les contrats synallagmatiques pour le cas où l'une des deux parties ne satisfera point à son engagement.*

Dans ce cas, le contrat n'est point résolu de plein droit. La partie envers laquelle l'engagement n'a point été exécuté, a le choix ou de forcer l'autre à l'exécution de la convention lorsqu'elle est possible, ou d'en demander la résolution avec dommages-intérêts.

La résolution doit être demandée en justice, et il peut être accordé au défendeur un délai selon les circonstances ».

¹⁴⁸³ W. DROSS, *op. cit.*, p. 540.

¹⁴⁸⁴ W. DROSS, *ibid.*, p. 539.

¹⁴⁸⁵ M. LAMOUREUX, *op. cit.*, tome 1, p. 247.

fond n'ont pas le pouvoir de refuser d'appliquer la clause sur ce motif¹⁴⁸⁶. Également, ils ne peuvent pas accorder des délais d'exécution au débiteur afin d'éviter la résolution de la convention¹⁴⁸⁷. Ils ne peuvent pas davantage prendre en compte les actes d'exécution effectués ou proposés après l'acquisition de la clause résolutoire¹⁴⁸⁸.

712. **Avantages.** La clause résolutoire présente vraiment un intérêt au niveau probatoire : elle allège la preuve et évite son appréciation par les juges¹⁴⁸⁹. Même si la volonté des contractants n'est pas de conclure une clause de preuve, l'effet de cette clause joue indirectement sur les règles légales de preuve. Cet intérêt disparaît toutes les fois où la loi prévoit cette faculté pour le créancier, victime de l'inexécution, l'insertion d'une clause résolutoire devenant alors inutile¹⁴⁹⁰. Il n'y a plus de différence entre la situation légale et la clause résolutoire¹⁴⁹¹, la résolution étant de plein droit sans passer par l'autorité judiciaire, avec ou sans clause résolutoire.

713. **Licéité de principe de la clause résolutoire.** Dès le XIX^e siècle, la clause résolutoire a été jugée licite : « *Il n'est pas défendu aux parties, par une convention expresse, d'attacher à [l'inexécution du contrat] les effets d'une condition résolutoire précise, absolue et opérant de plein droit ; qu'une pareille convention n'a rien d'illicite ; qu'elle tient lieu de loi à ceux qui l'ont faite ; que les tribunaux ne peuvent pas la changer, et qu'ils doivent se borner à vérifier si, en fait, il y a eu réellement inexécution du contrat, dans le sens prévu et réglé à l'avance par les parties* »¹⁴⁹². Aujourd'hui, elle jouit d'une validité de principe¹⁴⁹³ et

¹⁴⁸⁶ Le juge doit constater la résolution sans pouvoir d'appréciation de la gravité de l'inexécution. Cass. civ. 3^e, 5 février 1992, n° 90-13153, Bull. civ. III, n° 38 ; RTD civ. 1992, p. 763, obs. J. MESTRE.

¹⁴⁸⁷ Cass. civ. 3^e, 27 mars 1991, n° 89-18600, Bull. civ. III, n° 102. Cass. civ. 2^e, 13 juillet 2005, Bull. civ. II, n° 205 ; RDC 2006, p. 390, obs. G. LARDIEUX.

¹⁴⁸⁸ Cass. com., 27 juin 1955, Bull. civ. III, n° 227.

¹⁴⁸⁹ M. LAMOUREUX, *op. cit.*, p. 253 où l'auteur indique que « *la résolution est acquise sans l'intervention du juge, et si celui-ci est amené à statuer sur la résolution conventionnelle, il ne peut en principe exercer un quelconque pouvoir d'appréciation quant au bien fondé de la résolution d'ores et déjà intervenue. Sous réserve de sa mise en œuvre de bonne foi, la clause résolutoire reste un exemple majeur de la faculté offerte aux parties d'écarter le pouvoir d'appréciation du juge, illustration d'autant plus remarquable lorsque l'on connaît l'étendue du pouvoir d'appréciation du juge en ce domaine en l'absence de clause résolutoire* ».

¹⁴⁹⁰ V. par exemple les articles 1657 du Code civil, L. 114-1 du Code de la consommation, L. 132-20 du Code des assurances.

¹⁴⁹¹ W. DROSS, *op. cit.*, p. 541.

¹⁴⁹² Cass. civ., 2 juillet 1860 ; DP 1860, 1, p. 284.

¹⁴⁹³ M. LAMOUREUX, *op. cit.*, tome 1, p. 247. Les réglementations ou les prohibitions sont dans des domaines où il y a des règles d'ordre public de protection : interdiction au profit du bailleur dans un bail rural (art. L. 411-31 et 411-53 Code rural ; Cass. civ. 3^e, 20 novembre 1984, Bull. civ. III, n° 193), ou au profit de l'employeur dans un contrat de travail (Cass. soc., 11 mai 1988, Bull. civ. V, n° 283). Très peu de textes interdisent les clauses résolutoires. V. par ex., L. 132-20 du Code des assurances. La jurisprudence interdit les clauses résolutoires au

doit même être conseillée par les professionnels du droit sous peine d'engager leur responsabilité¹⁴⁹⁴. Comme tout contrat entre professionnels et consommateurs ou non-professionnels, il est soumis au respect de la législation sur les clauses abusives¹⁴⁹⁵. La clause résolutoire n'est pas nécessairement abusive¹⁴⁹⁶ mais elle peut l'être en fonction de sa mise en œuvre, notamment dans l'hypothèse dans laquelle le professionnel utilise l'inexécution d'une obligation accessoire pour résoudre le contrat¹⁴⁹⁷. La clause est valable à l'origine, c'est sa mise en œuvre qui contrarie l'ordre public¹⁴⁹⁸. Le juge prive d'effet la clause résolutoire. Le juge peut agir de la même manière dans les contrats ne comportant pas de consommateur¹⁴⁹⁹.

714. **Une clause expresse.** La clause résolutoire doit être expresse¹⁵⁰⁰. En se trouvant dans un acte juridique, le débiteur qui conteste la clause va devoir rapporter la preuve contraire en respectant 1341 du Code civil. La preuve inverse est alors difficile à établir. Les juges, voulant sans doute conserver un minimum de pouvoir là où les contractants leur en enlèvent, interprètent strictement les clauses résolutoires. Les parties doivent prendre soin de rédiger clairement leur intention d'obtenir la nullité de plein droit sans passer par une autorité judiciaire¹⁵⁰¹. Une rédaction imprécise risque de permettre aux juges du fond de récupérer leur pouvoir d'appréciation qu'ils avaient perdu : « *la clause résolutoire, qui permet aux parties de soustraire la résolution d'une convention à l'appréciation des juges, doit être exprimée de manière non équivoque, faute de quoi les juges retrouvent leur pouvoir d'appréciation* »¹⁵⁰². L'expression utilisée pour évincer de manière certaine le juge importe peu. En revanche, il faut absolument que les termes soient clairs¹⁵⁰³. La rédaction de la clause résolutoire doit

profit de l'employeur dans les contrats à durée déterminée ou indéterminée : Cass. soc., 27 mai 1992, n° 89-41704, Bull. civ. V, n° 342 ; JCP E 1992, II, n° 379, note J. MOULY.

¹⁴⁹⁴ Un notaire a engagé sa responsabilité pour ne pas avoir conseillé à ses clients d'insérer une clause résolutoire : Cass. civ. 1^{re}, 29 novembre 2005, n° 02-13550, Bull. civ. I, n° 451 ; RTD civ. 2006, p. 311, obs. J. MESTRE et B. FAGES.

¹⁴⁹⁵ V. article L. 132-1 du Code de la consommation.

¹⁴⁹⁶ V. CA de Limoges, 5 avril 2006 ; D. 2006, p. 1886.

¹⁴⁹⁷ W. DROSS, *op. cit.*, p. 543.

¹⁴⁹⁸ Notamment lorsque la clause est mise en œuvre de mauvaise foi. En ce sens, M. LAMOUREUX, *op. cit.*, tome 1, p. 255.

¹⁴⁹⁹ W. DROSS, *op. cit.*, p. 543.

¹⁵⁰⁰ Cass. civ., 17 mai 1954, RTD civ. 1954, p. 666, obs. J. CARBONNIER ; Rapport de la Cour de Cassation 1988, La Documentation française, 1989, p. 194, n° 1 : « *si le créancier tient à se faire dispenser, par l'effet de la convention, de l'obligation de s'adresser au juge, il doit l'exprimer formellement* ». M. LAMOUREUX, *op. cit.*, tome 1, p. 249 où l'auteur précise que « *contrairement à ce que pourrait laisser croire l'article 1184, alinéa 1^{er}, du Code civil, la clause résolutoire doit être expresse pour pouvoir écarter les pouvoirs que le juge tient de ce texte* ».

¹⁵⁰¹ M. LAMOUREUX, *ibid.*, *loc. cit.*

¹⁵⁰² Cass. civ., 1^{re}, 10 octobre 1995, Bull. civ. I, n° 357.

¹⁵⁰³ Par exemple, les parties peuvent stipuler l'expression « *de plein droit* » ou encore « *sans passer devant le juge* », « *sans recourir à la justice* ». M. LAMOUREUX, *op. cit.*, tome 1, p. 249.

montrer « *la commune intention des parties de mettre fin de plein droit à leur convention* »¹⁵⁰⁴. Les contractants doivent préciser, à cause de l'interprétation stricte réalisée par les juges, les obligations stipulées expressément dans le contrat qui, en cas d'inexécution, permettront le mécanisme de la clause résolutoire¹⁵⁰⁵. En précisant les obligations pouvant entraîner la résolution de plein droit, les contractants fixent limitativement ces obligations. Le juge n'a pas le droit d'étendre ce domaine délimité par la clause¹⁵⁰⁶. Ce faisant, il violerait l'article 1134, alinéa 1^{er}, du Code civil¹⁵⁰⁷. Les parties peuvent aussi écrire que la résolution peut être demandée en cas d'inexécution d'une des obligations expressément stipulées dans le contrat¹⁵⁰⁸.

715. **Conditions de mise en œuvre.** Les contractants peuvent prévoir les conditions de mise en œuvre de la clause¹⁵⁰⁹. Les parties vont préciser la présence ou non d'une mise en demeure avant l'obtention de la résolution¹⁵¹⁰. « *Le plus souvent les parties rappellent cette exigence et en précisent les modalités, notamment en prévoyant la forme de la mise en demeure et le délai dans lequel le débiteur devra s'exécuter* »¹⁵¹¹. La demande en justice de la résolution ne nécessite pas de mise en demeure¹⁵¹². En revanche, la clause va être efficace après une mise en demeure restée infructueuse¹⁵¹³, à moins que le juge ne déduise une dispense de mise en demeure tacite¹⁵¹⁴. Les contractants peuvent décider que la résolution de plein droit sera exigible sans mise en demeure¹⁵¹⁵. « *Ces clauses de résolution automatiques sont toutefois rarement stipulées* »¹⁵¹⁶. L'explication à cette rareté réside dans les

¹⁵⁰⁴ Cass. civ., 3^e, 12 octobre 1994 ; JCP G 1995, I, 3828, n° 11 à 15, obs. C. JAMIN.

¹⁵⁰⁵ Cass. civ. 3^e, 5 janvier 1993 ; Loyers et copr. avril 1993, p. 7, n° 130. Cass. civ. 3^e, 29 avril 1985, Bull. civ. III, n° 71. Cass. civ. 3^e, 11 juin 1986 ; R.D. imm. 1987, p. 383, obs. J. DERRUPPE et G. BRIERE DE L'ISLE.

¹⁵⁰⁶ Cass. civ. 3^e, 24 mai 2000 ; D. Aff. 2000, p. 323, obs. Y. ROUQUET. Cass. civ. 3^e, 24 février 1999, Bull. civ. III, n° 47. Cass. civ. 3^e, 11 juin 1986, Bull. civ. III, n° 92.

¹⁵⁰⁷ M. LAMOUREUX, *op. cit.*, tome 1, p. 249 et 250.

¹⁵⁰⁸ Cass. civ. 3^e, 5 juin 1969, JCP G. 1969, II, 16133, obs. R. DESIRY. Cass. civ. 3^e, 13 octobre 1999, n° 97-22.611.

¹⁵⁰⁹ M. LAMOUREUX, *op. cit.*, tome 1, p. 250.

¹⁵¹⁰ Très souvent, une mise en demeure, prévue expressément, est nécessaire à la résolution du contrat. « *Mais les parties sont libres d'écarter l'exigence d'une mise en demeure et de prévoir que le contrat sera résolu de plein droit et sans sommation en cas d'inexécution* ». M. LAMOUREUX, *ibid.*, p. 251.

¹⁵¹¹ M. LAMOUREUX, *ibid.*, p. 250.

¹⁵¹² Cass. civ. 1^{re}, 23 janvier 2001 ; cont., conc., consom. 2001, n° 69, obs. L. LEVENEUR. Cass. com., 28 février 1972 ; RTD civ. 1972, p. 775, obs. Y. LOUSSOUARN. Cass. civ., 28 mars 1904, DP 1904, I, 315.

¹⁵¹³ Cass. civ. 3^e, 29 juin 1977, Bull. civ. III, n° 293. Cass. civ. 1^{re}, 3 février 2004 ; cont., conc., consom. 2004, n° 55, obs. L. LEVENEUR.

¹⁵¹⁴ Cass. civ. 3^e, 7 mars 1969, Bull. civ. III, n° 206. Cass. civ. 1^{re}, 5 juin 1967, RTD civ. 1968, p. 144, obs. J. CHEVALLIER.

¹⁵¹⁵ C. PAULIN, *La clause résolutoire*, Bibliothèque de droit privé, tome 258, LGDJ, 1996, n° 158, p. 172 ; Cass. civ. 3^e, 30 juin 1977, Bull. civ. III, n° 293.

¹⁵¹⁶ M. LAMOUREUX, *op. cit.*, tome 1, p. 251. En ce sens : P. MOUSSERON, J. RAYNARD et J.-B. SEUBE, *Technique contractuelle*, *op. cit.*, n° 1345 et s. ; C. PAULIN, *ibid.*, n° 161, p. 174 et 175 ; M. STORCK,

conséquences en cas d'inexécution d'une des obligations prévues dans la clause. Sans la mise en demeure, l'inexécution entraîne automatiquement la résolution du contrat¹⁵¹⁷. Le créancier perd ainsi la possibilité de demander l'exécution forcée ou la résolution judiciaire. Dans certaines situations, il est préférable pour le créancier de conserver cette option. « *Cette forme de clause résolutoire est donc non seulement rigoureuse pour le débiteur mais peut être aussi désavantageuse pour le créancier. Cette clause emporte en effet nécessairement renonciation anticipée à l'exécution forcée. C'est pourquoi la majorité des clauses résolutoires se contentent de prévoir un mécanisme de résolution de plein droit soumis à l'exigence d'une mise en demeure* »¹⁵¹⁸. L'insertion d'une mise en demeure permet au créancier d'avoir toujours le choix¹⁵¹⁹ entre utiliser la clause ou passer par la résolution judiciaire en cas d'inexécution¹⁵²⁰. Il peut aussi demander l'exécution forcée¹⁵²¹ ainsi que des dommages-intérêts¹⁵²². Toutefois, les dommages-intérêts peuvent se cumuler avec l'exercice de la clause résolutoire¹⁵²³. « *La clause résolutoire ménage ainsi un droit de rupture unilatérale au profit du créancier, sans que celui-ci ne soit néanmoins privé de la possibilité de recourir à d'autres voies, de manière alternative ou cumulative selon les cas, s'il les estime appropriées* »¹⁵²⁴.

716. **Un allègement de la preuve.** La clause résolutoire est un moyen efficace d'alléger la preuve pour le contractant qui invoque la résolution. Le juge a un pouvoir d'appréciation de cette clause pour vérifier si elle respecte l'ordre public. Une fois validée, la clause empêche le juge d'apprécier l'opportunité de la résolution. Il peut seulement vérifier s'il y a bien inexécution de l'obligation et respect de la mise en œuvre de la clause résolutoire¹⁵²⁵. Il ne prononce pas la résolution mais la constate puisqu'elle est de droit en

Dérogations à la résolution judiciaire : les clauses résolutoires, in J.-Cl. Civ., art. 1184, Fasc. 20, 2007, n° 38 ; B. TEYSSIE, *Les clauses de résolution et de résiliation*, Cah. dr. entr. 1975, n° 1, p. 13 et s. ; D. LEDOUBLE, *L'entreprise et le contrat*, Litec, 1980, n° 231, p. 225.

¹⁵¹⁷ M. LAMOUREUX, *op. cit.*, *loc. cit.*

¹⁵¹⁸ M. LAMOUREUX, *ibid.*, *loc. cit.*

¹⁵¹⁹ L'inexécution fait apparaître un « *droit de résolution* ». Le créancier a alors un choix qui s'offre à lui. C. PAULIN, *op. cit.*, n° 162, p. 176.

¹⁵²⁰ Cass. civ. 3^e, 29 avril 1985, n° 83-14916, Bull. civ. III, n° 70 ; RTD civ. 1986, p. 108, obs. J. MESTRE.

¹⁵²¹ Cass. civ. 1^{re}, 11 janvier 1967, aff. *Proust*, Bull. civ. I, n° 15. *Contra* : Cass. com., 1^{er} février 1994, n° 92-12621 ; D. 1996, som. com., p. 290, obs. J.-M. MOUSSERON, C. GALLOUX et J. SCHMIDT. En effet, le créancier peut estimer préférable l'exécution plutôt que la résolution. En ce sens, M. STORCK, J.-Cl. Civ., art. 1184, fasc. 20, *Dérogations à la résolution judiciaire : les clauses résolutoires*, 1997, n° 51 et s.

¹⁵²² W. DROSS, *op. cit.*, p. 543.

¹⁵²³ Cass. com., 26 janvier 1953, Bull. civ. III, n° 38.

¹⁵²⁴ M. LAMOUREUX, *op. cit.*, tome 1, p. 252.

¹⁵²⁵ M. LAMOUREUX, *ibid.*, tome 1, p. 253.

vertu de la clause résolutoire¹⁵²⁶. « *Le juge perd donc les pouvoirs qui lui sont reconnus par l'article 1184 du Code civil, et il ne peut notamment pas refuser de constater la résolution au motif de la faible gravité de l'inexécution ou de l'absence de préjudice causé au créancier* »¹⁵²⁷. La résolution n'a pas besoin d'être proportionnée à la gravité de l'inexécution pour que le juge la constate¹⁵²⁸. La force obligatoire de la convention l'emporte sur l'appréciation du juge. Les contractants « *déterminent la mesure de l'inexécution justifiant la rupture du contrat* »¹⁵²⁹. La volonté des contractants va indirectement modifier les règles de preuve par la technique de la clause résolutoire, mais le juge garde un pouvoir d'appréciation sur les conséquences de l'application de la clause vis-à-vis de l'ordre public. Les clauses résolutoires ayant un effet néfaste sur l'ordre public vont perdre leur efficacité entre les parties. Le juge ne devant que constater la résolution, son contrôle sera plus naturellement restreint que s'il devait prononcer la résolution. L'ordre public est plus difficilement atteint par le jeu des clauses résolutoires.

¹⁵²⁶ M. LAMOUREUX, *op. cit.*, tome 1, p. 252. D'ailleurs le juge des référés est incompétent pour l'action relative à la résolution judiciaire mais devient compétent pour l'action en constatation de la résolution en application d'une clause résolutoire. Pour l'incompétence en matière de résolution judiciaire : Cass. civ. 3^e, 27 novembre 1990, Bull. civ. III, n° 254. Pour la compétence de la constatation de la résolution : Cass. civ. 3^e, 2 avril 2003, Bull. civ. III, n° 78 ; RTD civ. 2003, p. 705, obs. J. MESTRE et B. FAGES.

¹⁵²⁷ M. LAMOUREUX, *ibid.*, p. 253.

¹⁵²⁸ Cass. civ. 3^e, 20 juillet 1989, Bull. civ. III, n° 172 ; RTD civ. 1990, p. 75, obs. J. MESTRE.

¹⁵²⁹ M. LAMOUREUX, *op. cit.*, tome 1, p. 254.

CONCLUSION DU CHAPITRE SECOND

717. **Les clauses indirectes de preuve.** Les contractants aménagent leurs obligations en fonction de l'opération économique souhaitée. Les stipulations du contrat qui concernent le fond du droit ont des incidences sur les règles légales de preuve, même si la volonté des parties n'était pas de les modifier. Volontaire ou involontaire, le résultat est, par l'insertion de certaines clauses, un aménagement indirect des règles de preuve. Ces clauses indirectes de preuve doivent être appréhendées avec la plus grande vigilance. Elles ont pour objet principal de limiter les pouvoirs du juge dans l'appréciation des droits des parties. Ce faisant, elles allègent ou empêchent la preuve en fonction du mécanisme mis en place.

718. **Acceptation jurisprudentielle conditionnée.** Les juges du fond sont favorables à l'insertion de ces clauses dans les conventions car ils acceptent que la volonté des contractants limite leur pouvoir d'appréciation. Pour autant, cette acceptation n'est pas un blanc seing laissé aux contractants. Dans un premier temps, les juges contrôlent la validité de ces clauses et surtout, dans un second temps, vérifient les conséquences de leur application.

719. **L'ordre public sauvegardé.** Pour préserver l'ordre public, le juge atténue les effets de ces clauses indirectes de preuve, notamment lorsqu'elles ont pour effet de constater un fait ou d'ériger un élément en élément essentiel de la volonté contractuelle. Il qualifie ces clauses de présomption simple, permettant de rapporter la preuve contraire. En revanche, cette preuve ne peut être rapportée que dans les conditions prévues à l'article 1341 du Code civil. Par une interprétation de l'intention des parties, le juge évite que la preuve contraire soit interdite. La stipulation modifiant indirectement les règles légales de preuve ne doit pas aboutir à l'impossibilité d'apporter une preuve contraire. Cela aurait pour conséquence de priver les parties d'un accès à la justice, de sorte que leurs droits fondamentaux (article 6§1 de la Convention EDH) et plus généralement l'ordre public seraient contrariés.

720. **L'inefficacité des clauses portant atteinte à l'ordre public.** Le juge peut rendre totalement inefficace la clause lorsque sa mise en œuvre est contraire à l'ordre public. À

chaque fois que le juge rendrait une décision invraisemblable ou insoutenable en application de la clause, cette décision serait illégitime. Il faut garder à l'esprit que les règles légales de preuve ont pour objectif soit la vérité, soit la sécurité mais toujours dans la direction de la légitimité. En aménageant indirectement les règles de preuve, les parties peuvent arriver à une décision prononcée par le juge qui viendrait en contrariété avec l'ordre public en raison de l'invraisemblance de la solution. Le comportement de l'une des parties peut être à l'origine de l'atteinte à l'ordre public, notamment en cas de fraude. Le juge doit alors rendre la clause inefficace. En définitive, les juges du fond perdent de leur pouvoir par l'insertion de ces clauses d'aménagement indirect de la preuve mais en gagnent en contrôlant leur application. L'ordre public devient l'argument le plus efficace pour priver d'efficacité les clauses contraires à l'ordre public.

CONCLUSION DU TITRE PREMIER

721. **L'incidence des aménagements sur le juge.** En aménageant directement ou indirectement les règles légales de preuve, les parties modifient les pouvoirs du juge. Dans peu de situations, le juge augmente ses pouvoirs. L'atteinte à l'ordre public se fait plus difficilement. L'augmentation des pouvoirs du juge s'accompagne d'un rapprochement de la vérité. Permettre à l'une des parties de rapporter la preuve de la réalité d'un fait ne peut pas être, *a priori*, contraire à l'ordre public. En revanche, en réduisant l'appréciation du juge, les parties rendent sa mission plus délicate. Si la sécurité y gagne, c'est dans certains cas au mépris de la vérité. Le législateur privilégie la sécurité pour préserver la paix sociale. Les contractants peuvent aussi sécuriser leur relation.

722. **Dénominateur commun.** Toutes ces modifications ont en commun la validité qui provient du respect de la loi. Plus exactement les parties peuvent aménager les règles légales de preuve mais à la condition que leurs droits soient disponibles. En plus, ces clauses ne sont juridiquement efficaces que si elles ne troublent pas l'ordre public par leur application. Les critères d'applicabilité et d'application des conventions de preuve se retrouvent dans l'analyse de la jurisprudence.

723. **De l'application préférée à l'applicabilité.** Les décisions concernent plus souvent l'application, c'est-à-dire l'efficacité, que l'applicabilité. L'application est davantage tributaire de l'appréciation des juges du fond que ne l'est l'applicabilité, ce qui explique peut-être ce constat. L'efficacité des conventions de preuve est regardée en fonction des incidences sur l'ordre public. Cette notion a un contenu variable, entraînant une incertitude dans la réponse donnée. Les contractants, en voulant éviter toute incertitude sur l'issue d'un éventuel conflit, se retrouvent face à une autre incertitude. Ironie du sort : chasser l'incertitude, elle revient au galop.

724. **Conseils.** Quelques règles à respecter pour éviter de contrarier l'ordre public : ne jamais rendre impossible la preuve ; l'application de la clause ne doit pas aboutir à une

invraisemblance (la décision invraisemblable ne peut pas être légitime) ; l'utilisation de la clause ne doit pas être frauduleuse. Toutes ces recommandations n'ont d'intérêt que si ces aménagements des règles légales de preuve sont soumis à un contrôle effectué par les juges.

TITRE SECOND
LE CONTRÔLE DES CONVENTIONS
RELATIVES À LA PREUVE

725. **La nécessité d'un litige.** L'intérêt véritable d'une convention de preuve naît du conflit. Tant que le litige n'est pas porté devant le juge, l'aménagement direct ou indirect des règles légales de preuve n'a qu'une efficacité théorique. En pratique, les conventions, dont l'objet ou la cause est illicite, sont sans doute nombreuses. Pourtant, elles sont exécutées sans être remises en cause par l'une ou l'autre des parties. Ce faisant, elles connaissent le même sort que les conventions licites.

726. **Avant le litige.** Le contrôle des conventions de preuve s'effectue uniquement à l'occasion d'un litige porté dans les prétoires. Avant d'y arriver, combien de contractants n'osent pas soumettre au juge l'examen de la licéité de stipulations contractuelles aménageant les règles de preuve ! Psychologiquement, l'insertion de ces clauses aurait pour effet d'inciter le profane à mesurer ses chances de gain avant d'introduire une action en justice. Dans son *for* intérieur, le contractant, pensant qu'il est peu probable de convaincre le juge, préfère exécuter la convention initialement décidée. Autrement dit, la validité de la clause ou du contrat n'est pas prise en compte par le contractant. Seule son application constitue l'évènement déterminant de son succès.

727. **Le contournement de la voie judiciaire.** L'exécution amiable des obligations n'est pas l'unique source du contournement de la judiciarisation des problèmes contractuels. De nombreux conflits trouvent une solution en dehors de la voie judiciaire¹⁵³⁰ en raison de la crainte de l'arbitraire du juge¹⁵³¹. Par exemple, existent des clauses de règlement des litiges¹⁵³² : les modes alternatifs de règlement des conflits ou des litiges. Fondée ou non, cette peur est bien réelle. Sortir de la voie classique sécurise les contractants qui désirent prévoir les difficultés éventuelles en cas d'inexécution des obligations. Une nouvelle possibilité d'aménager les règles légales de preuve voit le jour. La négociation ou la conciliation¹⁵³³

¹⁵³⁰ S. GUINCHARD, *L'évitement du juge civil*, in Les transformations de la régulation juridique, sous la dir. de J. CLAM et G. MARTIN, LGDJ, 1998, p. 221.

¹⁵³¹ D. MAZEAUD, *Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ?*, in L'avenir du droit, Mél. F. TERRE, PUF, Dalloz, 1999, p. 603 et s., sp. n° 23. L. LEVENEUR, *Le solidarisme contractuel : un mythe ?*, in Le solidarisme contractuel, sous la dir. de L. GRYNBAUM et M. NICOD, coll. études juridiques, Economica, 2004, p. 173 et s., sp. n° 17. G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ, 4^e éd., 1949, n° 59, p. 103. J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Les obligations, L'acte juridique*, tome 1, Sirey, 15^e éd., 2012, n° 67.

¹⁵³² M. LAMOUREUX, *L'aménagement des pouvoirs du juge par les contractants, Recherche sur un possible imperium des contractants*, tome 1, PUAM, 2006, p. 25 où l'auteur précise que « se dessine une contractualisation du procès par le développement du recours aux modes conventionnels de règlement des litiges et autres clauses de différend ». V. aussi, L. CADJET, *Liberté des conventions et clauses relatives au règlement des litiges*, Petites affiches 5 mai 2000, n° 30, p. 30.

¹⁵³³ C. JARROSSON, *Les clauses de renégociation, de conciliation et de médiation*, in Les principales clauses des contrats conclus entre professionnels, PUAM, 1990, p. 141. X. LAGARDE, *L'efficacité des clauses de conciliation*

remplace la preuve, l'arbitre tranche selon les consignes probatoires voulues par les parties. La contractualisation de ne pas agir en justice prend une place de plus en plus importante au sein de la pratique¹⁵³⁴.

728. **Le retour du juge.** La convention n'est pas soumise au contrôle des juges du fond dans ces deux hypothèses. Cela étant, son retour n'est pas exclu¹⁵³⁵ : le règlement extrajudiciaire peut accoucher d'un différend de sorte que l'un des contractants voudra soumettre la clause litigieuse à un examen de validité¹⁵³⁶. L'ordre public commande au juge de rendre des décisions qui paraissent légitimes aux yeux des plaideurs et des justiciables. L'autorité judiciaire ne peut que difficilement asseoir une situation invraisemblable. Un contrôle de la licéité des conventions est opéré afin de ne pas aboutir à un tel résultat : lier le juge par une convention certes, mais pas au mépris de l'ordre public¹⁵³⁷. En diminuant le pouvoir d'appréciation des juges du fond, les contractants conservent la maîtrise de leurs droits. La loi des parties¹⁵³⁸ devient la loi du juge¹⁵³⁹. En acceptant ces clauses, le risque

ou de médiation, Rev. Arb. 2000, p. 377. T. MONTERAN, *Le respect des clauses contractuelles de médiation*, Gaz. Pal. 30 mars-1^{er} avril 2003, doct. p. 8. G. BLOCK, *La sanction attachée au non-respect d'une clause de conciliation ou de médiation obligatoire*, in *Liber amicorum en l'honneur de R. MARTIN*, Bruylant-LGDJ, 2004, p. 69.

¹⁵³⁴ P. GRIGNON, *L'obligation de ne pas agir en justice*, in *Mél. C. MOULY*, tome 2, Litec, 1998, p. 115 et s.

¹⁵³⁵ L'interdiction de se faire justice à soi-même oblige le passage par le juge pour obtenir la réalisation de ses droits en cas de conflits. « *Ce n'est pas lui [le titulaire d'un droit] qui peut donner au droit son plein effet dans le cas où il serait attaqué ; il faut pour cela une main plus puissante que la sienne. Il ne peut être défendu que par l'autorité du juge, agissant conformément aux ordres du législateur* ». J. BENTHAM, *Traité des preuves judiciaires*, tome 1, Ed. Hector Bossange, Paris, 2^e éd., 1830, p. 253.

¹⁵³⁶ M. MEKKI, *La gestion contractuelle du risque de la preuve (2^e partie)*, RDC 2009, p. 453 et s.

¹⁵³⁷ M. LAMOUREUX, *op. cit.*, tome 2, p. 633 où l'auteur remarque que « *les contractants sont libres d'aménager les pouvoirs du juge ; le juge conserve néanmoins le pouvoir de contrôler la loyauté des parties ; mais ce contrôle du comportement des parties ne peut-il pas lui-même être encadré par la convention des parties, être modulé, réduit, alourdi, défini... ?* »

¹⁵³⁸ M.-A. FRISON-ROCHE, *Volonté et obligation*, in *L'obligation*, Archives de philosophie du droit, tome 44, Dalloz, 2000, p. 130, n° 5 où l'auteur considère que « *l'article 1134, alinéa 1, ne signe pas une analogie d'effet entre la loi et le contrat mais bien une identité de nature* ». J. GATSI, *Le contrat-cadre*, Préf. M. BEHAR-TOUCHAIS, Bibliothèque de droit privé, tome 273, LGDJ, 1996, p. 111, n° 171 où l'auteur précise que « *même si la validité de tout contrat est subordonnée au respect de la loi, le contrat peut apparaître, d'un certain point de vue, comme l'équivalent de la loi, tout au moins dans les relations entre contractants* ». D'ailleurs la loi avant d'avoir une force obligatoire doit respecter une norme supérieure. Ce n'est donc pas l'apanage uniquement des contrats, ni même une preuve de la faiblesse de son pouvoir contraignant, bien au contraire. *Adde* FAVART, *Rapport sur les quatre premiers chapitres*, in *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Discussions, motifs, rapports et discours, Livre troisième, Des différentes manières dont on acquiert la propriété, Titre troisième, Des contrats ou des obligations conventionnelles en général, tome 13, par A. FENET, Videcoq Librairie, 1836, p. 319 : « *toutes les fois qu'une convention aura été légalement formée, et dont les causes seront avouées par la loi, cette convention sera elle-même une loi* ». Le contrat régit les relations entre les contractants, règles qui doivent être respectées, même s'il y a disparition de l'intérêt économique pour l'un d'eux. V. en ce sens, C. RIGALLE-DUMETZ, *Le rejet de la résolution partielle ou la lecture normative de la règle résolutoire*, in *Droits des contrats France, Belgique*, sous la dir. de H. COUSY et *alii*, Larcier et LGDJ, 2005, p. 125 et s., sp. p. 142 et 143.

d'avoir des décisions de justice illégitimes grandit. Afin de diminuer ce risque, le gardien de l'ordre public procède à un examen des clauses aménageant les règles légales de preuve¹⁵⁴⁰. Encore faut-il déterminer les pouvoirs lui permettant d'assurer le respect de l'ordre public (**Chapitre 1**) avant de tirer les conséquences de sa mise en œuvre sur les conventions de preuve (**Chapitre 2**).

¹⁵³⁹ C. DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, tome 25, Des contrats ou des obligations conventionnelles en général, vol. 1, Ed. A. Lahure, 1881, p. 370, n° 384 où l'auteur rappelle que le créancier a « le droit d'invoquer le secours de la puissance publique pour en obtenir l'exécution », c'est-à-dire recourir au juge.

¹⁵⁴⁰ R. LEGAIS, *Les règles de preuve en droit civil*, « Permanences et transformations », Thèse Poitiers, LGDJ, Paris, 1955, p. 26 où l'auteur précise qu'« une autre conséquence est l'atténuation de l'idée que le procès est la chose des parties. Sans doute celles-ci, alors que seuls des intérêts privés sont en jeu, ont la disposition de leurs droits conformément au principe d'autonomie de la volonté. Mais une fois le procès commencé, soumis au juge, une fois le conflit privé porté devant le représentant de la société, cette souveraineté des parties ne saurait avoir la même ampleur ».

CHAPITRE PREMIER

LA VÉRIFICATION DU RESPECT DE L'ORDRE PUBLIC DANS LES CONVENTIONS DE PREUVE

PAR LE JUGE

729. **Une question de pouvoir d'appréciation.** Les contractants, en aménageant les règles de preuve, modifient le pouvoir d'appréciation du juge. En cas d'augmentation de son pouvoir, il est plus enclin à donner plein effet à cette stipulation : le juge est moins suspicieux car il acquiert une compétence accrue. À l'inverse, en diminuant ou en annulant son pouvoir d'appréciation, la clause est davantage sujette à une sanction : sa nullité. L'ordre public et la fraude servent de motifs pour redonner au juge le pouvoir enlevé par la clause.

730. **La détermination de l'ordre public par le juge.** La confrontation de l'ordre public aux clauses de preuve a une incidence sur l'efficacité de ces dernières. Les juges du fond exercent cette délicate mission attribuée par le législateur. Pour ce faire, une étape préalable est indispensable à son succès : préciser le contenu de l'ordre public et reconnaître les règles d'ordre public. L'ordre public ne bénéficiant d'aucune détermination légale de son contenu et toutes les règles d'ordre public n'étant pas expressément qualifiées d'impératives, cette fonction va devoir être exercée par le juge. En d'autres termes, l'État a confié au juge un pouvoir dans la détermination de l'ordre public (**Section 1**).

731. **Quels pouvoirs du juge ?** L'ordre public peut être un outil efficace pour les juges du fond lors de la vérification de la validité des conventions de preuve. Le respect de l'ordre public ne doit pas servir de motif pour sanctionner des conventions qui ne mériteraient pas de l'être. Ce pouvoir de contrôle ne signifie pas que le juge peut en abuser : l'appréciation des conventions de preuve dépend donc de l'étendue des pouvoirs du juge (**Section 2**).

Section 1 : Les pouvoirs du juge dans la détermination de l'ordre public et des règles d'ordre public

732. **Les règles d'ordre public et l'ordre public.** La distinction entre les règles d'ordre public, entendues comme les règles supplétives, et l'ordre public¹⁵⁴¹ est la source de la différence dans l'étendue des pouvoirs du juge. Parfois nommé ordre public textuel par opposition à l'ordre public virtuel¹⁵⁴², il est qualifié de révolutionnaire, le second de conservateur¹⁵⁴³. Quelle raison justifie ces qualificatifs ? En amont, l'ordre public est protégé par le législateur en imposant des comportements aux membres de la société par l'intermédiaire de lois impératives ou d'ordre public. Cet ordre public est révolutionnaire, car il appartient au législateur d'orienter l'évolution de la société par des lois¹⁵⁴⁴. Quant au juge, il remplace le législateur, en aval, en utilisant l'ordre public directement. La compétence du juge est plus limitée, il prend en considération cette évolution sans y donner la moindre impulsion : l'ordre public ainsi déterminé est normalement conservateur. Dès lors, la répartition des rôles semble simple, du moins en apparence. En réalité, le législateur ne facilite pas le travail du juge.

733. **L'importance du juge.** La jurisprudence est une source incontournable et importante de l'ordre public¹⁵⁴⁵. Le juge détermine les règles d'ordre public, lorsque le législateur ne leur a pas expressément conféré ce caractère. Il sanctionne les conventions des parties qui seraient contraires à l'ordre public, alors que les règles en jeu ne sont pas d'ordre public, de commandement public. Toutes les lois d'ordre public ne comprennent pas cette détermination dans leur libellé. La découverte de ce caractère incombe au juge¹⁵⁴⁶ : il constate les règles d'ordre public (§1).

¹⁵⁴¹ Pour éviter toute logomachie, les définitions du caractère d'ordre public et de l'ordre public sont celles proposées dans cette étude : le caractère d'ordre public est le commandement public attaché aux lois, alors que l'ordre public correspond à l'ordonnement dans la société.

¹⁵⁴² P. CATALA, *Rapport de synthèse*, in *L'ordre public*, Travaux de l'Association H. CAPITANT, Tome 49, 1998, p. 2.

¹⁵⁴³ D. TALLON, *Considérations sur la notion d'ordre public dans les contrats en droit français et en droit anglais*, in Mél. R. SAVATIER, Dalloz, 1965, p. 885 où l'auteur rappelle que « dans sa thèse, M. Malaurie oppose l'ordre public législatif et l'ordre public judiciaire, le premier à caractère dynamique et révolutionnaire, le second conservateur et prudent ».

¹⁵⁴⁴ P. CATALA, op. cit., p. 3 et 4 où l'auteur pose la question suivante : « Face aux mutations des sociétés l'ordre public est-il conservateur ou innovateur ? Il est alternativement l'un et l'autre. C'est un instrument neutre, appelé à servir soit la stabilité, soit le changement au gré du législateur ».

¹⁵⁴⁵ M. MEKKI, *L'intérêt général et le contrat : contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, Préf. J. GHESTIN, Bibliothèque de droit privé, Tome 411, LGDJ, 2004, p. 219 et s.

¹⁵⁴⁶ D. HOUTCIEFF, *L'atteinte à l'ordre public et aux bonnes mœurs*, in *Lamy Droit du contrat*, sous la dir. de B. FAGES, 2009, n° 236-49.

734. **L'ordre public en mouvement.** La limitation du pouvoir du juge pour révéler les règles d'ordre public, si elle est justifiée par la compétence du législateur, ne l'est plus pour l'ordre public. La compétence a été donnée au juge de sanctionner les comportements troublant l'ordre public, en présence ou non d'un texte¹⁵⁴⁷. Parce que les atteintes à l'ordre public sont tributaires de l'évolution de la société, le contenu de l'ordre public ne peut être figé définitivement dans des textes¹⁵⁴⁸. Son contenu nécessite une création prétorienne en mouvement (§2).

Paragraphe 1 : La constatation des règles d'ordre public : ordre public textuel

735. **Règles d'ordre public et disponibilité des droits.** L'utilisation des règles d'ordre public comme critère d'applicabilité des conventions de preuve n'est pas le plus pertinent. Pour autant, sa détermination n'est pas sans utilité pour le juge lorsqu'il vérifie le critère retenu, c'est-à-dire la disponibilité des droits. Le lien entre ces deux notions est temporel : les règles impératives concernent le droit objectif, tandis que les droits disponibles sont relatifs aux droits subjectifs. Une certitude dans ce rapport, toutes les lois supplétives engendrent des droits subjectifs disponibles. En revanche, toutes les lois impératives ne donnent pas systématiquement naissance à des droits indisponibles : certains sont disponibles.

736. **Difficultés supplémentaires.** La qualification de la règle à l'origine du droit en jeu aide en partie le travail du juge, mais ne semble pas suffisant. Comment répartir les droits issus des lois impératives dans la catégorie des droits disponibles ou dans la catégorie des droits indisponibles ? Les lois d'ordre public de direction empêchent toute renonciation *a priori* comme *a posteriori*. La renonciation aux droits, interdite initialement pour les règles d'ordre public de protection, disparaît après la réalisation d'un événement. La protection n'a plus de raison d'être et prend fin. La division entre l'ordre public de direction et celui de protection ne correspond pas à la division entre l'ordre public classique et l'ordre public économique, ni d'ailleurs à celle au sein de l'ordre public économique. Le législateur accorde

¹⁵⁴⁷ L'ordre public est un fondement véritable pour sanctionner les faits ou les actes juridiques sans texte législatif le permettant. V. TGI de Nanterre (référés), 23 septembre 1987, Gaz. Pal. 1987, 2, p. 672 : « *nonobstant l'absence d'un texte législatif sanctionnant expressément des propos tels que ceux reprochés à Jean-Marie Le Pen* ». En ce sens, J.-M. LE MASSON, *La recherche de la vérité dans le procès civil*, Droit et Société n°38, 1998, p. 32.

¹⁵⁴⁸ A. PLANTEY, *Définitions et principes de l'ordre public*, in *L'ordre public*, sous la dir. de R. POLIN, Politique d'aujourd'hui, PUF, Paris, 1995, p. 31 où l'auteur indique que « *la loi ne peut pas répondre à toutes les nécessités concrètes de la paix publique* ».

aux individus une marge de manœuvre, bien que la loi soit impérative. À chaque fois qu'il entend protéger l'ordre public par la protection d'une personne en situation de faiblesse économique ou sociale, la règle est susceptible de dérogation en faveur de cette personne. Le juge doit s'interroger sur la volonté du législateur afin de découvrir si la loi impérative entend se réaliser par la protection d'un individu ou d'une catégorie d'individus pour sauvegarder l'ordre public.

737. **Annnonce du plan.** L'étude des considérations du législateur requiert la détermination des lois d'ordre public émanant de la source légale (A), avant de les diviser entre les règles d'ordre public de direction et de protection (B).

A : La reconnaissance des règles d'ordre public

738. **Florilège.** « *Nonobstant toute clause contraire* », « *toute clause contraire sera réputée non écrite* », « *sous peine de nullité* », « *on ne peut renoncer* », « *les conventions contraires à cette loi sont nulles* » ou encore « *on ne peut déroger* » : autant d'expressions utilisées par le législateur pour attacher le caractère impératif à une loi¹⁵⁴⁹. Elle est dans certains cas expressément qualifiée « *d'ordre public* »¹⁵⁵⁰, dans d'autres, c'est la sanction prévue qui permet d'en préciser le caractère¹⁵⁵¹. Il y a donc des règles expressément d'ordre public et d'autres tacites. Pour ces dernières, la certitude de la volonté du législateur empêche le juge de se fourvoyer dans la recherche des lois d'ordre public. Des pans entiers de droit sont couverts par l'impérativité, le caractère d'ordre public embrasse toutes les règles incluses dans ces domaines¹⁵⁵². Ainsi par exemple, en matière de divorce, tous les articles du Code civil sont d'ordre public. Également, la sanction pénale certifie le caractère d'ordre public de

¹⁵⁴⁹ G. PIGNARRE, *Et si l'on parlait de l'ordre public (contractuel) ?*, RDC 2013, n° 1, p. 251 et s., sp. n° 9 ; F. HAGE-CHAHINE, *L'ordre public dans l'économie, Rapport général*, in *L'ordre public*, Travaux de l'Association H. CAPITANT, Tome 49, 1998, p. 26 ; B. FAUVARQUE-COSSON, *L'ordre public*, in *1804-2004 Le Code civil : Un passé, un présent, un avenir*, Dalloz, 2004, p. 477 ; J. HAUSER et J.-J. LEMOULAND, *Ordre public et bonnes mœurs*, in *Rép. Civ.* Dalloz, 2004, n° 13, p. 5. Exemples de formule pour comprendre qu'une loi est d'ordre public, v. not. les articles 6, 1131, 1133 du Code civil, L. 131-3, L. 132-1, L. 135-1, L. 211-2 *in fine* du Code de la consommation.

¹⁵⁵⁰ J. HAUSER et J.-J. LEMOULAND, *ibid.*, *loc. cit.* D. HOUTCIEFF, *op. cit.*, n° 236-45. Règle d'ordre public par spécification, par un texte général, à la manière d'une clause générale. Ex. : article 16-9 du Code civil, article L. 581-85 Code de l'environnement, article 2 de la loi du 6 juillet 1989 sur les baux d'habitation.

¹⁵⁵¹ C. BOULLEZ, *L'ordre public dans les relations de travail, Rapport français*, in *L'ordre public*, Travaux de l'Association H. CAPITANT, Tome 49, 1998, p. 735.

¹⁵⁵² D. HOUTCIEFF, *op. cit.*, n° 236-47 où l'auteur précise que « *les dispositions de la Constitution forment un bloc juridique d'ordre public ; elles doivent être respectées à tous les niveaux de l'État* ». A. PLANTEY, *Définitions et principes de l'ordre public*, in *L'ordre public*, sous la dir. de R. POLIN, Politique d'aujourd'hui, PUF, Paris, 1995, p. 29.

la loi¹⁵⁵³. Dès lors, les règles d'ordre public tacites peuvent facilement être détectées dans ces conditions. Malheureusement, de temps en temps, une loi d'ordre public se retrouve au milieu d'un ensemble d'articles supplétifs. La simplicité disparaît, dans cette situation, pendant que, dans un même mouvement, les difficultés surgissent : comment reconnaître une règle d'ordre public tacite ? Le juge suit-il une démarche pour déterminer les règles d'ordre public ?

739. **Savoir si une règle est d'ordre public.** Le bon sens est le meilleur conseil et le pire en même temps. Le meilleur, car les interventions autoritaires limitant l'autonomie de la volonté s'imposent pour le bien de la société, le pire, en raison de la dépendance de l'auteur de la réflexion. La question à se poser pour savoir si une règle est d'ordre public est la suivante : La loi resterait-elle efficace si les individus pouvaient l'écarter ? Autrement dit, la possibilité de ne pas se soumettre à la loi a-t-elle une incidence sur l'effectivité de cette loi. L'appréciation du juge n'est pas divinatoire, « *car la plupart du temps on [est] en face de dispositions dont le respect [s'impose] à l'évidence* »¹⁵⁵⁴. Ainsi par exemple, la loi interdisant l'utilisation d'un produit perd toute son efficacité en cas de permission d'y déroger. La dérogation ou l'absence de loi revient alors au même. Par cette interdiction, le législateur refuse catégoriquement l'utilisation de ce produit. L'ordre public commande cette solution. La volonté contraire n'a pas de place dans cette hypothèse : « *la loi peut donc fixer des normes auxquelles le citoyen ne saurait déroger* ». ¹⁵⁵⁵.

740. **Quid des lois supplétives.** En revanche, la situation est sensiblement différente dans le cas des lois supplétives. La force de la loi perdure pour des propositions faites par le législateur, comme, par exemple, le lieu de livraison en cas de vente, malgré une dérogation. Prévoir un lieu différent n'est pas contraire à l'ordre public. Admettons l'absence de loi prévoyant le lieu de livraison. En ne décidant pas d'un commun accord un lieu de livraison, un litige naîtrait de cette situation. Le juge ne pourrait imposer à l'un comme à l'autre un lieu pour livrer le bien. La présence d'une loi prévoyant en cas de silence un lieu de livraison n'aboutit pas à la même situation qu'en son absence. La nécessité impose l'intervention du législateur, mais pas la force avec laquelle elle s'impose sur leur volonté. Le bon sens

¹⁵⁵³ B. FAUVARQUE-COSSON, *op. cit.*, *loc. cit.*

¹⁵⁵⁴ J. HAUSER et J.-J. LEMOULAND, *op. cit.*, n° 17, p. 6.

¹⁵⁵⁵ A. PLANTEY, *op. cit.*, p. 30.

commande cette solution, ou de manière plus juridique l'esprit du texte¹⁵⁵⁶, la nature de la loi¹⁵⁵⁷.

741. **Conclusion.** Quand la loi ordonne ou interdit un comportement, le caractère est d'ordre public, c'est-à-dire impératif. Il est supplétif toutes les fois où la loi ne présente qu'une possibilité à suivre, faute d'une volonté contraire. Le caractère d'ordre public enfin découvert dans les textes, le juge doit procéder à la différenciation entre les règles d'ordre public de direction et celles de protection.

B : La distinction entre les règles d'ordre public de direction et les règles d'ordre public de protection

742. **Postulat.** Le point de départ de la réflexion du juge tient au fait que la règle est d'ordre public. Le droit, issu de l'application de cette règle, est disponible dès lors que la dérogation est susceptible de renforcer la protection prévue dans la loi. L'ordre public de direction ne permet pas d'atteindre une protection supplémentaire, le législateur dirige alors les comportements des membres de la société¹⁵⁵⁸. La volonté est ainsi de plus en plus réduite. Une nuance différente est associée à chaque loi par le législateur : la loi supplétive laisse l'opportunité la plus grande aux acteurs de la vie sociale, la loi d'ordre public de protection commence à limiter l'autonomie de la volonté, la loi d'ordre public de direction ne laisse que peu de place à l'expression d'une volonté. L'ordre public justifie l'utilisation de ce nuancier.

743. **Positionnement du juge.** Concrètement, le juge va vérifier si la possibilité de déroger à la loi d'ordre public de protection existait au moment de la formation du contrat. De deux choses l'une, soit la renonciation ne pouvait pas se réaliser¹⁵⁵⁹, la convention encourt la nullité à la demande seulement de la personne protégée, soit la renonciation était déjà permise, le juge donne plein effet à la convention. L'auteur du trouble à l'ordre public ne peut évidemment pas demander au juge son concours pour obtenir la nullité de la clause qui, hier lui était favorable, et aujourd'hui ne lui est plus ou le dérange¹⁵⁶⁰.

¹⁵⁵⁶ J. HAUSER et J.-J. LEMOULAND, *op. cit.*, n° 13, p. 5.

¹⁵⁵⁷ C. BOULLEZ, *op. cit.*, p. 735.

¹⁵⁵⁸ J. HAUSER et J.-J. LEMOULAND, *op. cit.*, n° 211, p. 35.

¹⁵⁵⁹ Renonciation interdite tant que le droit n'est pas acquis : Cass. civ. 1^{re}, 10 avril 1996, Bull. civ. I, n° 178.

¹⁵⁶⁰ J. HAUSER et J.-J. LEMOULAND, *op. cit.*, n° 204, p. 34 où les auteurs rappellent que « *la jurisprudence, du moins lorsqu'elle accepte d'assortir l'ordre public de protection d'une nullité relative, refuse alors logiquement au cocontractant le droit d'invoquer une nullité édictée à son encontre* ». Jurisprudence sur les clauses de non

744. **Le juge va-t-il valider les dérogations à des règles d'ordre public de protection, alors que le droit n'est pas encore disponible ?** En matière d'aménagement de la responsabilité délictuelle la réponse est négative. La stipulation prévoyant une réparation supérieure au préjudice subi par la suite connaît le même sort que celle fixant une indemnité inférieure. S'agit-il vraiment d'un ordre public de protection comme il se dévoile en droit de la consommation ou encore comme en droit du travail ? *A priori* non. Les règles d'ordre public de protection rentrant dans la classification de l'ordre public classique semblent moins souples que les règles d'ordre public économique de protection, même si, en pratique, le résultat est identique. D'une part, la clause favorable au salarié ou au consommateur peut être conclue avant de pouvoir renoncer à son droit, d'autre part, la clause favorable à la victime qui ne devrait pas être validée par les juges, ne peut être soumise à ce contrôle de validité que par la victime, le responsable ne pouvant se prévaloir de sa propre turpitude, la clause devra donc être exécutée. Inversement, la clause défavorable au salarié ou au consommateur sera sanctionnée par les juges du fond, comme la stipulation défavorable à la victime. La renonciation possible, la liberté retrouvée, les parties peuvent aménager avec une plus grande latitude ces droits maintenant disponibles¹⁵⁶¹. Il y a ainsi un temps où la disponibilité des droits issus des règles d'ordre public économique de protection, est réduite. L'ordre public classique de protection ne donne pas naissance à des droits « semi-disponibles » : le passage se fait du rien au tout. Pourquoi une telle différence ? La réponse se situe dans la prévisibilité. Elle est l'élément qui empêche de stipuler une clause de responsabilité délictuelle même en faveur de la victime : tant que le préjudice n'est pas subi, son montant ne peut être déterminé¹⁵⁶². En revanche, dans les contrats de travail, de consommation, les contractants peuvent prévoir que la clause avantage le salarié ou le consommateur en se référant au minimum imposé par le législateur.

concurrence en droit du travail par ex. : Cass. soc., 17 juillet 1997 ; Dr. soc. 1997, p. 972, note C. ROY-LOUSTAUNAU. Cass. ass. plén., 6 novembre 1998 ; Dr. soc. 1999, p. 94, note J. SAVATIER. Jurisprudence pour un contrat d'assurance dépourvu d'aléa : Cass. civ. 1^{re}, 9 novembre 1999 ; D. 2000, p. 507, note A. CRISTAU.

¹⁵⁶¹ V. par ex. J. HAUSER et J.-J. LEMOULAND, *ibid.*, n° 210, p. 35. Renoncer à l'application d'une règle : Cass. civ. 3^e, 27 octobre 1975, Bull. civ. III, n° 310. Renoncer à ses effets acquis : Cass. civ. 1^{re}, 17 mars 1998, Bull. civ. I, n° 120.

¹⁵⁶² Solution à rapprocher de la réserve héréditaire : J. HAUSER et J.-J. LEMOULAND, *op. cit.*, n° 213, p. 35 où les auteurs indiquent que « la violation des règles relatives à la réserve héréditaire [sont sanctionnées] par une nullité absolue, il est admis que les héritiers réservataires puissent, après l'ouverture de la succession, renoncer en tout ou partie à leurs droits ». En ce sens, Cass. civ., 6 mai 1885 ; DP 1885, 1, 369. Cass. civ., 21 mars 1934 ; DH 1934, 282 ; H. CAPITANT, *Du consentement des héritiers réservataires à l'exécution des libéralités qui excèdent la quotité disponible*, Journ. not. 1932, 425.

745. **Prévisibilité, liberté et patrimonialité.** Il s'agit des trois critères utilisés par les juges pour savoir si un droit est disponible. Tous les droits extrapatrimoniaux sont indisponibles ; pour les droits patrimoniaux, la liberté et la prévisibilité justifient la disponibilité.

746. **L'ordre public dépasse les règles d'ordre public.** Que les droits soient disponibles en raison d'une loi supplétive ou d'une loi d'ordre public de protection, le juge ne limite pas son contrôle à la possibilité de faire intervenir une volonté individuelle. L'ordre public est plus large que les règles d'ordre public. D'une part, parce qu'il est impossible de tout prévoir, d'autre part, parce que le comportement des sujets de droit, tout en respectant formellement les règles de droit, peut porter atteinte à l'ordre public. La fraude à la loi, l'abus de droit sont notamment des exemples de ce phénomène. Alors que les conditions d'application d'un droit sont respectées, le sujet de droit détourne l'esprit de la loi. Toutes les lois sont prises avec un objectif plus ou moins direct de protection de la paix sociale. Si l'utilisation d'un droit est contraire à son esprit, l'ordre public est le mécanisme permettant au juge de sanctionner ce comportement. Cet ordre public doit être découvert par le juge.

Paragraphe 2 : La révélation de l'ordre public : ordre public virtuel

747. **Quand la loi ne rime pas avec l'ordre public.** Le respect des dispositions légales n'est pas synonyme de respect de l'ordre public. Le contrat, conforme à la loi, peut contrarier cet ordre¹⁵⁶³. Le pouvoir a été donné au juge de contrôler les conventions au regard de l'ordre public qui est alors « *virtuel* »¹⁵⁶⁴, car il est en dehors des textes. Cet ordre public nécessite l'intervention du juge pour être créé ou découvert¹⁵⁶⁵. Les règles légales permettent au juge de se poser la question du contenant, le contenu se regardant au travers du résultat de la confrontation avec l'ordre public. L'ordre public n'est pas systématiquement utilisé, les juges inventent des théories permettant de réaliser ce contrôle sous un autre nom : l'abus de

¹⁵⁶³ D. HOUTCIEFF, *op. cit.*, n° 236-49 ; F. TERRE, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Les obligations, op. cit.*, n° 375. D. TALLON, *op. cit.*, p. 890 où l'auteur précise que « depuis longtemps déjà, la jurisprudence française a affirmé que l'ordre public ne résulte pas nécessairement de la loi et personne ne nie plus l'existence d'un ordre judiciaire ».

¹⁵⁶⁴ J. MESTRE, *L'ordre public dans l'économie, Rapport français*, in *L'ordre public*, Travaux de l'Association H. CAPITANT, Tome 49, 1998, p. 126.

¹⁵⁶⁵ M. MEKKI, *L'intérêt général et le contrat : contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, Préf. J. GHESTIN, Bibliothèque de droit privé, Tome 411, LGDJ, 2004, p. 200 ; D. HOUTCIEFF, *op. cit.*, n° 236-31 où l'auteur remarque que « la jurisprudence exerce un rôle de maïeutique : c'est au juge qu'il appartient, dans le fréquent silence des textes, de découvrir si la règle considérée est portée par l'ordre public ».

droit, les troubles anormaux de voisinage. Le nom peut changer, l'ordre public reste le véritable fondement.

748. **Ordre public virtuel et textuel.** Certains auteurs intègrent à l'ordre public virtuel les lois qui ne sont pas expressément déclarées d'ordre public¹⁵⁶⁶. L'ordre public n'est pas virtuel dans cette hypothèse, mais bien textuel. L'interdiction ou l'obligation est insérée dans un écrit, le juge ne fait qu'appliquer la volonté du législateur. La loi est la source de ce caractère d'ordre public, l'interprétation de la volonté du législateur se fonde sur le texte et son esprit : les lois dont le caractère d'ordre public est implicite, ne sont pas virtuelles¹⁵⁶⁷. En l'absence de loi, l'ordre public révélé par le juge est, quant à lui, virtuel. Il n'y a pas de texte précisant un contenu, seule la possibilité d'invoquer le contenant est textuelle. L'ordre public virtuel ou textuel dépend du contenu. En d'autres termes, si le contenu trouve son origine dans une disposition légale, l'ordre public est textuel, peu importe que le texte ne précise pas son caractère impératif. En revanche, lorsque le contenu n'a pas sa source dans une loi, l'ordre public est virtuel¹⁵⁶⁸.

749. **Le pouvoir du juge.** Le juge tire ce pouvoir de la loi : l'article 6 du Code civil. Ce texte général interdit les dérogations à l'ordre public et aux bonnes mœurs¹⁵⁶⁹. Nul besoin d'un texte spécial pour donner une plus grande compétence au juge, lorsqu'il défend l'intérêt de la société¹⁵⁷⁰. « *L'ordre public et les bonnes mœurs sont des notions autonomes auxquelles le juge peut se référer sans support textuel* »¹⁵⁷¹. En principe, le juge n'a qu'un pouvoir

¹⁵⁶⁶ P. CATALA, *op. cit.*, p. 11. F. HAGE-CHAHINE, *Rapport général, L'ordre public dans l'économie*, in *L'ordre public*, Travaux de l'Association H. CAPITANT, Tome 49, 1998, p. 26.

¹⁵⁶⁷ *Contra*, B. FAUVARQUE-COSSON, *op. cit.*, p. 476-477 où l'auteur considère que « *l'ordre public peut être non seulement textuel mais aussi virtuel ou implicite ; dans le silence du législateur, le juge reconnaît le caractère d'ordre public de la disposition légale lorsqu'il estime que son non-respect est nécessaire à la sauvegarde des intérêts de la société française* ».

¹⁵⁶⁸ D. HOUTCIEFF, *op. cit.*, n° 236-49 ; F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Les obligations, op. cit., loc. cit.*

¹⁵⁶⁹ D. TALLON, *op. cit.*, p. 890 où l'auteur indique que « *la formule de l'article 6 est suffisamment vague et peut être interprétée comme recouvrant à la fois l'illégalité considérée comme la contrariété à un texte et l'ordre public constitué par les principes fondamentaux de la société* ».

¹⁵⁷⁰ A. PLANTEY, *op. cit.*, p. 35 où l'auteur précise qu'« *il appartient aussi au juge de priver d'effet toute convention, tout acte dont l'objet serait contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs, voire d'appliquer les peines prévues par la loi* ». V. également, J. FOYER, *Les bonnes mœurs, in 1804-2004 Le Code civil : Un passé, un présent, un avenir*, Dalloz, 2004, p. 506 ; M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français, Les obligations*, tome 6, 1^{re} partie, par P. ESMEIN, LGDJ, 2^e éd., 1952, n° 229, p. 309. *Contra*, H. CAPITANT, *De la cause des obligations*, 3^e éd., 1930, n° 107 où l'auteur considère que « *l'article 6 ne fait que prohiber les conventions particulières dérogeant aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs. Il interdit seulement les dérogations aux prescriptions légales fondées sur la morale ou l'ordre public ; par conséquent, pour que la convention soit nulle, il est indispensable qu'elle soit interdite par la loi* ».

¹⁵⁷¹ J. FOYER, *ibid.*, p. 504.

révélateur du contenu de l'ordre public, sa création étant dévolue au législateur¹⁵⁷². Pourtant, la doctrine lui reconnaît ce pouvoir de création¹⁵⁷³. Chasse gardée du pouvoir législatif, serait-il un braconnier ? La séparation des pouvoirs serait l'argument pour refuser au juge un pouvoir de détermination du contenu de l'ordre public¹⁵⁷⁴, de répartition de mœurs entre les bonnes et les mauvaises¹⁵⁷⁵. Le pouvoir législatif est-il le mieux à même d'y parvenir ? Il appartient au pouvoir législatif et réglementaire de décider de l'orientation de la société. Le juge n'est là que pour faire respecter ces choix de société, et non pour les décider. Contrairement au législateur et indirectement au pouvoir réglementaire, les juges ne sont pas élus, ils ne sont pas choisis par le peuple. Ce constat entraîne un déficit de légitimité. En pratique, le juge va au-delà de son rôle théorique. Il peut tirer sa légitimité de sa compétence technique¹⁵⁷⁶ qui pourrait égaler celle issue d'une élection démocratique.

750. **Autres standards juridiques.** Pour déterminer les comportements nuisibles à l'ordre public sans texte, les juges utilisent d'autres standards juridiques sans trop de difficultés¹⁵⁷⁷ comme par exemple, le bon père de famille. Les nécessités de la vie sociale, à un moment donné, dans un espace déterminé, ne sont pas affaire d'élection mais de réflexion.

751. **Le juge, révélateur ou créateur du contenu de l'ordre public.** En s'octroyant un pouvoir de création de l'ordre public, le juge remplit un rôle qui, en pratique, ne peut être exercé efficacement par le législateur¹⁵⁷⁸. Il n'est pas possible de prévoir tous les comportements troublant l'ordre public. Refuser au juge de sanctionner les contournements de la loi aurait pour effet de donner une prime à l'intelligence au service du désordre. Le manque

¹⁵⁷² M. MEKKI, *L'intérêt général et le contrat : contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, op. cit., p. 211 où l'auteur rappelle que « les premiers commentateurs du Code civil ont appréhendé l'ordre public comme une antithèse de la liberté contractuelle, comme une limite aux initiatives individuelles. C'est pourquoi, ils ne concevaient pas un ordre public en dehors de la loi. Seul le législateur pouvait légitimer une telle atteinte à la liberté contractuelle ».

¹⁵⁷³ G. FARIAT, *L'ordre public économique*, Préf. B. GOLDMAN, Bibliothèque de droit privé, Thèse Paris, LGDJ, 1963, p. 30 où l'auteur rappelle qu'« il est unanimement admis que le juge a un certain pouvoir créateur ».

¹⁵⁷⁴ Plus généralement sur la légitimité du juge au regard de la séparation des pouvoirs, v. Th. REVET, *La Légisprudence*, Mél. Ph. MALAURIE, Defrénois, 2005, p. 377.

¹⁵⁷⁵ D. FENOUILLET, *Les bonnes mœurs sont mortes ! Vive l'ordre public philanthropique*, in Etudes offertes à P. CATALA, *Le droit privé français à la fin du XX^e siècle*, Litec, 2001, p. 498 et 499.

¹⁵⁷⁶ Sur la contestation de la compétence et de la légitimité du juge, v. P. DEUMIER, *Pouvoir créateur du juge et méthodes de rédactions des décisions*, in La création du droit par le juge, Archives de philosophie du droit, tome 50, Dalloz, 2007, p. 49 et s., sp. n° 27.

¹⁵⁷⁷ D. TALLON, op. cit., p. 890 où l'auteur précise que les « bonnes mœurs, elles ont toujours été appréciées par le juge seul, sans que personne s'en étonne ».

¹⁵⁷⁸ A. BENABENT, *Droit civil : Droit des obligations*, Montchrestien, 13^e éd., 2012, n° 158 où l'auteur constate que « dans le silence de la loi, les tribunaux se reconnaissent parfaitement le droit d'apprécier si une disposition est d'ordre public ou non ».

de précision du contenu de l'ordre public, souvent qualifié d'inconvénient, est en fait son point fort¹⁵⁷⁹. La souplesse prend le pas sur la rigidité des lois¹⁵⁸⁰. L'adaptation de l'évolution de la société est révélée par le juge au moyen de l'ordre public¹⁵⁸¹ : « *le juge a une vocation naturelle à révéler l'existence s'il estime que le respect de telle ou telle disposition est particulièrement impérieux pour notre société ou encore la protection des personnes* »¹⁵⁸². En ne définissant pas cette notion dans la loi, le juge peut notamment exercer « *une police utile des contrats* »¹⁵⁸³.

752. **Le recours à l'objet et à la cause.** Les juges utilisent les notions d'objet et de cause pour protéger l'ordre public¹⁵⁸⁴. Respecter la loi ne suffit pas, l'objet et la cause¹⁵⁸⁵ ne doivent pas être contraires à l'ordre public et aux bonnes mœurs. Le libellé de l'article 1133 du Code civil distingue le respect de la loi de l'ordre public et des bonnes mœurs¹⁵⁸⁶. Par exemple, la Cour de cassation prive d'effet un contrat en raison de son objet qui entre « *en contradiction avec les principes fondamentaux de notre droit et de l'organisation sociale*

¹⁵⁷⁹ Ph. MALAURIE, *L'ordre public et le contrat, op. cit.*, n° 103 où l'auteur considère que « *de par sa nature même, il semble que le contenu de l'ordre public ne puisse être pratiquement défini que par le juge. Son imprécision ne lui permet de prendre un sens et une fonction caractérisés que lors de son application (...) Enfin, et surtout, son caractère fondamental oblige le juge à le faire apparaître malgré le silence de la loi écrite* ».

¹⁵⁸⁰ Ph. MALAURIE, *ibid.*, *loc. cit.*

¹⁵⁸¹ Les libéralités consenties à une concubine dans le cadre d'une relation adultérine jadis sanctionnées car contraire aux bonnes mœurs sont aujourd'hui devenues licites pour les juges. V. J. HAUSER et J.-J. LEMOULAND, *op. cit.*, n° 134, p. 24 et n° 179 et s., p. 31. Cass. civ. 1^{re}, 3 février 1999 ; JCP G 1999, II, 10083, note M. BILLIAU et G. LOISEAU ; D. 1999, p. 267, rapp. X. SAVATIER, note J.-P. LANGLADE-O'SUGHRUE ; D. 1999, som. com., p. 377, obs. J.-J. LEMOULAND ; RJPF 1999, n° 2, p. 52, obs. J. CASEY ; Dr. fam. 1999, n° 54, obs. B. BEIGNIER ; Defrénois 1999, p. 680, obs. J. MASSIP ; Defrénois 1999, p. 738, obs. D. MAZEAUD ; L. LEVENEUR, *Une libéralité consentie pour maintenir une relation adultère peut-elle être valable ?*, JCP G 1999, I, 152 ; C. LARROUMET, *La libéralité consentie par un concubin adultère*, D. 1999, chron., p. 351. Dans le même sens Cass. civ. 1^{re}, 25 janvier 2000 ; RJPF 2000, n° 4, p. 54, obs. J. CASEY. Cass. civ. 1^{re}, 16 mai 2000 ; RJPF 2000, n° 9, p. 47.

¹⁵⁸² J. MESTRE, *op. cit.*, p. 126.

¹⁵⁸³ H. et L. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil, Introduction à l'étude du droit*, t. I, vol. 1, Montchrestien, 12^e éd., 2000, n° 265.

¹⁵⁸⁴ J. FOYER, *op. cit.*, p. 506 où l'auteur précise que « *cela ne signifie pas pour autant que l'article 6 n'ait pas vocation à s'appliquer au moins pour les conventions ayant un objet immoral. D'ailleurs, certaines décisions auraient pu se placer aussi bien sur le terrain de l'article 6 que sur celui de l'article 1133* ».

¹⁵⁸⁵ La jurisprudence admet que « *la cause est illicite quand elle est contraire à l'ordre public sans qu'il soit nécessaire qu'elle soit prohibée par la loi* » : Arrêt du 4 décembre 1929 ; DH 1930, 50 ; S. 1931. 1. 49, note P. ESMEIN. Exemple de l'abus de droit : Pour caractériser un abus de droit, aucun texte n'a besoin d'être violé. Le juge s'oriente vers l'objet ou la cause de l'exercice du droit. Les droits ont une finalité : l'ordre public, la paix sociale. La fonction sociale de chaque droit doit être respectée par son titulaire. Donner la possibilité aux contractants de se lier par des obligations ne signifie pas qu'ils peuvent nuire à la société directement ou indirectement. La notion d'abus de droit ne peut donc pas être évincée par la volonté ; les juges ont toujours la possibilité de contrôler l'exercice d'un droit. V. Cass. com., 21 octobre 1997 ; Bull. Joly 1998, p. 40, note P. LE CANNU ; JCP G 1998, II, 10047, note D. VELARDOCCIO.

¹⁵⁸⁶ Article 1133 du Code civil : « *La cause est illicite, quand elle est prohibée par la loi, quand elle est contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public* ». En ce sens, v. J. FOYER, *op. cit.*, p. 505 où l'auteur remarque qu'« *au passage, qu'elle distingue la loi d'une part et les bonnes mœurs et l'ordre public d'autre part, ce qui indirectement justifie l'interprétation large de l'article 6* ».

actuelle »¹⁵⁸⁷. Par exemple, l'utilisation d'une institution pour contourner une loi impérative a été interdite¹⁵⁸⁸ : l'adoption ne pouvant pas servir à contourner l'interdiction d'établir une filiation incestueuse. Un autre exemple emblématique réside dans l'interdiction des mères porteuses¹⁵⁸⁹. Le détournement de l'adoption fut sanctionné à la demande du ministère public, mais uniquement pour l'avenir. Le pourvoi était formé dans l'intérêt de la loi, car, pour l'enfant, l'ordre public commandait cette solution.

753. **Quid de la sécurité juridique ?** Les clauses abusives sont une justification nouvelle pour révéler l'ordre public, alors qu'aucun texte ne prévoit cette qualification pour une clause¹⁵⁹⁰ : la loi n'interdit pas, mais le juge sanctionne. Comment ne pas créer une source d'insécurité en sanctionnant des comportements qui ne sont pas expressément prohibés par la loi ? La subjectivité des juges du fond risque de se faire ressentir dans l'appréciation souveraine qu'ils font du contenu de l'ordre public. Pour limiter au maximum ce danger, la Cour de cassation encadre étroitement les pouvoirs de ces juges, uniformisant ainsi le contenu de l'ordre public virtuel¹⁵⁹¹. Un arrêt du 27 juin 1837 a posé un principe selon lequel « *il n'est pas dans le pouvoir des juges du fait de déclarer illicite une clause pour le seul motif qu'ils ne peuvent lui trouver une cause plausible sans qu'elle ne se trouve prohibée par aucune loi et qu'elle n'a rien de contraire à la morale et à l'ordre public* »¹⁵⁹². Les juges d'appel participent à cette unité, en rappelant « *que les restrictions et interdictions à la liberté de*

¹⁵⁸⁷ Cass. civ., 4 décembre 1929 ; DH 1930, 1, 49, note P. ESMEIN ; H. CAPITANT, F. TERRE et Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t. 1, Dalloz, 12^e éd., 2007, n° 13.

¹⁵⁸⁸ J. HAUSER, *Le droit de la famille et l'utilitarisme*, in *L'avenir du droit*, Dalloz, 1999, p. 443 et s. Cass. civ. 1^{re}, 6 janvier 2004 ; RTD civ. 2004, obs. J. HAUSER ; D. 2004, p. 362, concl. J. SAINTE-ROSE, note D. VIGNEAU ; AJ Famille 2004, n° 2, p. 66, obs. F. BICHERON ; Dr. Famille 2004, p. 13, obs. D. FENOUILLET.

¹⁵⁸⁹ Cass. ass. plén., 31 mai 1991 ; D. 1991, p. 417, rapport Y. CHARTIER, note D. THOUVENIN ; JCP 1991, II, 21752, communication J. BERNARD, concl. H. DONTENWILLE, note F. TERRE ; Defrénois 1991. 1267, obs. J.-L. AUBERT ; RTD civ. 1991, p. 517, obs. D. HUET-WEILLER, 1992, p. 489, chron. M. GOBERT ; Petites Affiches, 23 octobre 1991, n° 127, p. 4, note M. GOBERT ; H. CAPITANT, F. TERRE et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, n° 50.

¹⁵⁹⁰ J. HAUSER et J.-J. LEMOULAND, *Ordre public et bonnes mœurs*, *op. cit.*, n° 86, p. 18 où les auteurs indiquent que « *la jurisprudence a admis qu'une clause puisse être considérée comme abusive sur le seul fondement de l'article L. 132-1, illustrant ainsi la création d'un ordre public jurisprudentiel, même en l'absence d'un décret en ayant formellement prononcé l'interdiction* ». Cass. civ. 1^{re}, 16 juillet 1987 ; D. 1988, p. 49, note J. CALAIS-AULOY ; JCP 1988, II, 21001, note G. PAISANT. Cass. civ. 1^{re}, 25 janvier 1989 ; D. 1989, p. 253, note Ph. MALAURIE ; JCP 1989, II, 21357, note G. PAISANT. Cass. civ. 1^{re}, 14 mai 1991 ; D. 1991, p. 449, note J. GHESTIN ; JCP 1991, II, 21763, note G. PAISANT.

¹⁵⁹¹ J. MESTRE, *op. cit.*, p. 126. Monsieur le professeur Fenouillet désire augmenter le pouvoir de la Cour de cassation sur les juges du fond lorsque ces derniers utilisent l'ordre public pour annuler une convention : « *il serait néanmoins souhaitable d'exiger des juges du fond qui annulent un contrat pour cause subjective contraire à l'ordre public (et pas seulement à la dignité de la personne humaine) qu'ils procèdent à une motivation spéciale, afin de permettre à la Cour de cassation de réaliser un contrôle approfondi de la base légale* ». D. FENOUILLET, *op. cit.*, p. 519.

¹⁵⁹² S. 1837. I. 697. V. dans le même sens, Cass. req., 10 juillet 1845 ; DP 1845, 1, 386. Cass. civ., 13 janvier 1879 ; DP 1879, 1, 77. Cass. civ., 18 novembre 1913 ; DP 1917, 1, 161.

contracter ne peuvent être interprétées de manière extensive »¹⁵⁹³. La protection des citoyens contre l'arbitraire des juges du fond est assurée par la Cour de cassation mais les citoyens ne sont pas protégés contre son arbitraire¹⁵⁹⁴. Cette crainte serait exagérée¹⁵⁹⁵, selon certains auteurs, au contraire la « *timidité* » dans ses décisions devrait lui être reprochée¹⁵⁹⁶.

754. **Conclusion.** Conservateur : voilà le caractère de l'ordre public virtuel en comparaison avec l'ordre public textuel qui a une tendance à être « *dynamique et révolutionnaire* »¹⁵⁹⁷. « *Au fond, la jurisprudence n'a pas créé d'ordre public, mais a tiré, avec plus ou moins de liberté, les conséquences de ce que le législateur lui paraissait avoir considéré comme essentiel, ce qui, à l'époque moderne, lui a souvent permis d'aller plus loin* »¹⁵⁹⁸. Toutes ces théories prétoriennes ne sont en fait que des mots mis sur une sanction encourue en raison d'un trouble causé à l'ordre public. L'époque détermine le domaine d'intervention du juge dans sa détection des comportements néfastes à la société¹⁵⁹⁹. Le juge y veille avec attention, notamment en cas de modification conventionnelle des règles légales de preuve.

¹⁵⁹³ B. FAUVARQUE-COSSON, *op. cit.*, p. 477.

¹⁵⁹⁴ Pour un exemple en matière de bonnes mœurs, v. D. FENOUILLET, *op. cit.*, p. 501. Le juge administratif exerce lui aussi un contrôle de l'ordre public. Condamnation par le Conseil d'État du lancer de nain, CE, 27 octobre 1995 ; AJDA 1995, p. 942 et s. Le juge décide ce qui paraît choquant pour la société et ce qui est acceptable. Certaines décisions interpellent au regard de ce qui est sanctionné. Que penser de la pornographie au regard des bonnes mœurs ? De même les émissions de télé-réalité ne sont-elles pas aussi contraires aux bonnes mœurs, ou du moins à la dignité ? La raison économique surclasse sans doute les bonnes mœurs. Le problème de la dignité est le même que pour les mœurs. Quelle place donner à la liberté d'une personne sur elle-même ? Peut-elle porter atteinte à sa dignité ? Dans certaines situations la réponse est négative (lancer de nain) alors que dans d'autres la tradition l'emporte (prostitution, tabac, alcool, pornographie). « *Leur rôle n'est pas en effet d'entériner toutes ces pratiques et ces comportements au motif fallacieux qu'il leur appartient, en tout état de cause et en dépit des conséquences dramatiques qui pourraient en résulter, de suivre l'évolution des mœurs* ». D. HUET-WEILLER, note sous CA Toulouse, 21 septembre 1987, D. 1988, jurispr., p. 184. V. sur la télé-réalité, C.-M. SIMONI, *La télé-réalité appréhendée par le droit*, Thèse Corse, 2008.

¹⁵⁹⁵ J. FOYER, *op. cit.*, p. 511 où l'auteur précise que « *quant à la crainte de l'arbitraire de la Cour de cassation, elle paraît pour le moins exagérée. Taxer les hauts magistrats de la Cour d'arbitraire ne saurait leur être agréable. Au surplus, l'expression est ambiguë : l'arbitraire est sans doute pour l'auteur de sanctionner un acte immoral et non fermer les yeux sur lui* ».

¹⁵⁹⁶ D. TALLON, *op. cit.*, p. 890 où l'auteur remarque qu'« *on ne conteste plus guère le pouvoir créateur de la jurisprudence et ce n'est plus l'arbitraire que l'on reproche au juge, mais plutôt sa timidité* ».

¹⁵⁹⁷ B. FAUVARQUE-COSSON, *op. cit.*, p. 477.

¹⁵⁹⁸ J. HAUSER et J.-J. LEMOULAND, *op. cit.*, n° 17, p. 6.

¹⁵⁹⁹ Actuellement, les juges sont très vigilants lorsqu'ils examinent les rapports entre les professionnels et les consommateurs. En ce sens, J. HAUSER et J.-J. LEMOULAND, *op. cit.*, n° 18, p. 6.

Section 2 : Les pouvoirs du juge dans l'appréciation des conventions de preuve

755. **Aménagement des règles de preuve ou l'ordre public menacé.** En aménageant les règles de preuve, le risque de troubler l'ordre public est présent, surtout au regard des finalités du système probatoire choisi par le législateur. Pour vérifier si la clause de preuve n'empêche pas le prononcé d'une décision légitime, le juge analyse avec attention la volonté des contractants. L'intention véritable des parties est, certes, de se lier par la convention, mais surtout de lier le juge dans son appréciation. Afin d'éviter toute contrariété à l'ordre public, les juges du fond contrôlent cette clause de preuve (§1). Voyant son pouvoir diminuer, la tentation devient grande, pour les juges du fond, de limiter les effets de ces stipulations au mépris de la force obligatoire des conventions. Sous couvert du respect de l'ordre public, l'efficacité des conventions de preuve peut être est réduite à peau de chagrin. La fonction de contrôler les juges du fond dans l'exercice de leur pouvoir est alors attribuée à la Cour de cassation (§2).

Paragraphe 1 : Le contrôle des conventions de preuve par les juges du fond

756. **Contenant et contenu.** « *Aimer est le grand point, qu'importe la maîtresse ? Qu'importe le flacon pourvu qu'on ait l'ivresse ?* »¹⁶⁰⁰. En amour, selon Musset, la personne aimée importe peu, il faut aimer. En droit, l'important n'est pas uniquement attaché au contenu, le contenant mérite autant d'égards. Certainement, comme en amour ...

757. **Distinguer le contenant du contenu.** La séparation du contenant et du contenu trouve application dans de nombreux domaines : en politique, une réforme dépend de son contenu, il ne suffit pas de réformer, encore faut-il que le résultat intéresse la société. En droit, le patrimoine est un ensemble indépendant des droits qui le composent ; un autre exemple avec l'ordre public qui est une notion avec un contenu variable en fonction de considérations spatiale et temporelle.

758. **L'importance du contenant.** Le contenant, à la fois indépendant et dépendant du contenu, doit subir un examen avant d'être reçu. Une convention de preuve doit avoir d'abord une existence : ces conditions sont les conditions classiques du droit commun des

¹⁶⁰⁰ Alfred DE MUSSET, *La Coupe et les Lèvres*, 1830.

contrats, c'est-à-dire une personne capable juridiquement doit donner son consentement à une convention ayant un objet et une cause licites.

759. **La question de la disponibilité des droits ou l'appréciation du contenant.** Pour prendre corps dans la sphère juridique, encore faut-il que les contractants aient le droit de créer un tel accord de volonté. Autrement dit, la loi ne doit pas interdire aux contractants de s'engager par une convention. Dès lors que la convention existe, sa validité dépend de son respect du caractère des lois : une clause est possible lorsque les droits sont disponibles. La disponibilité des droits est appréciée par les juges du fond (**A**) pour vérifier la légalité du contenant.

760. **Reste le contenu.** La réalisation de cet examen est indispensable mais pas suffisante : il reste le contrôle du contenu. Les juges analysent la convention pour en apprécier la teneur (**B**), car l'objet et la cause ne doivent pas seulement exister, ils doivent encore être licites. Le contenant et le contenu doivent respecter l'ordre public directement et indirectement.

A : La vérification des conditions d'applicabilité : les droits disponibles face au contenant

761. **Des règles de preuve disponibles, des droits disponibles.** La validité de la convention de preuve est tributaire du domaine dans lequel elle intervient : les droits doivent être disponibles. Plus précisément, non seulement les règles de preuve modifiées doivent avoir ce caractère, mais aussi les droits qu'elles doublent. Le système prévu par le législateur pour la preuve des obligations a été qualifié de règles d'ordre privé¹⁶⁰¹ par la jurisprudence, les droits qui en sont issus sont forcément disponibles. Pour les conventions dont les règles du Code civil s'appliquent, leurs règles de preuve sont donc disponibles. Inversement, les droits en jeu disponibles sont accompagnés de règles de preuve tout autant disponibles : blanc bonnet, bonnet blanc. Le juge commence par une vérification du domaine dans lequel la volonté des contractants se manifeste. La possibilité de renoncer à son droit est un révélateur de la disponibilité de ce droit pour le juge. Les conséquences de la renonciation à un droit sont

¹⁶⁰¹ Appellation trompeuse, nous préférons celle de « proposition publique ». V. supra n^{os} 472 et s., sp. n^o 473.

plus radicales que celles de la modification de la preuve s'y rattachant : qui peut renoncer, peut modifier.

762. **Des droits indisponibles, des règles de preuve indisponibles.** En revanche, lorsque le domaine concerne des droits indisponibles, les règles probatoires ont la même coloration. Par exemple, le Code civil prévoit les conditions dans lesquelles la filiation peut être prouvée. Aucune convention n'est tolérée sur ce point. Le législateur a érigé la possibilité de pouvoir rapporter la preuve par tout moyen, la limiter est strictement défendue. Une clause de preuve dans ce domaine est privée d'effet par les juges du fond. Contraire à la loi, la validité n'est pas reconnue. La renonciation interdite du droit à l'établissement de la filiation, car contraire à l'intérêt de l'enfant et à l'ordre public, témoigne de l'indisponibilité des règles de preuve. Toutes les dispositions relatives à la filiation donnent naissance à des droits indisponibles.

763. **En matière de responsabilité.** Dans le domaine de la responsabilité, les juges du fond refusent les aménagements de la responsabilité en matière délictuelle alors qu'ils les valident en matière contractuelle¹⁶⁰². Les droits des parties disponibles dans l'un sont indisponibles dans l'autre, du moins un certain temps. Les contractants ont, en principe, la possibilité de prévoir les conséquences de l'inexécution ou de l'exécution partielle des obligations. Une permission demeure pour les clauses de responsabilité contractuelle. Le contrôle des juges est plus délicat pour les stipulations de responsabilité délictuelle. Interdites dans un premier temps, autorisées dans un second temps, le passage de l'indisponibilité à la disponibilité des droits doit être vérifié par les juges du fond, avant de valider ces clauses de responsabilité délictuelle. L'élément à prendre en compte, par les juges du fond, est la réalisation du préjudice. Le dommage subi, la victime peut négocier les conditions de la responsabilité avec son auteur.

764. **Clauses directes et indirectes de preuve.** En présence de règles d'ordre public économique de protection, les clauses directes de preuve semblent moins dangereuses pour la partie faible que les clauses indirectes. Les règles de preuve n'ont pas l'objectif de protéger

¹⁶⁰² M. LAMOUREUX, *op. cit.*, tome 2, p. 644 où l'auteur rappelle que « les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité sont en principe valables en matière contractuelle alors qu'elles sont nulles dans le domaine délictuel ». G. VINEY et P. JOURDAIN, *Traité de droit civil, Les effets de la responsabilité*, LGDJ, 3^e éd., 2011, n° 212 et s. ; Ph. DELEBECQUE, *Régime de la réparation, art. 1146 à 1155, Fasc. 21*, in J.-Cl. Civ., 2012 ; Ph. LE TOURNEAU et alii, *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz Action 2012/13, n° 1054 et s.

l'une des parties face à l'autre : la neutralité au service de la légitimité des décisions de justice est le but poursuivi par le législateur. Modifier directement les règles de preuve n'est pas, *a priori*, contraire à la disponibilité des droits tant que cela ne rompt pas l'égalité des parties dans son établissement. D'ailleurs, plusieurs clauses de preuve sont acceptées par les juges du fond, pour permettre d'atteindre des décisions judiciaires légitimes. Par exemple, les clauses permettant la constitution d'une preuve à soi-même dans le cadre des contrats d'abonnements de fournitures de service¹⁶⁰³ (eau, électricité, gaz, internet, téléphonie, etc.). La preuve contraire peut bien évidemment être rapportée, la simplification de l'établissement de l'objet s'accompagne d'un renversement de la charge de la preuve¹⁶⁰⁴. Les juges du fond acceptent cette clause, car elle poursuit l'objectif d'établir la vérité par le contractant qui est le plus à même d'y arriver, la preuve contraire étant toujours possible¹⁶⁰⁵, notamment en cas de dysfonctionnement de l'appareil de mesure, le consommateur peut établir sa consommation réelle¹⁶⁰⁶. Ces clauses se trouvant généralement dans des contrats entre professionnels et consommateurs, la législation sur les clauses abusives doit être également respectée. Les juges du fond vérifient que la clause n'a pas pour effet de créer un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des contractants au détriment de la partie protégée. Certaines clauses de preuve sont présumées abusives de manière irréfragable, lorsqu'elles créent un déséquilibre significatif en imposant « *au non-professionnel ou au consommateur la charge de la preuve, qui, en vertu du droit applicable, devrait incomber normalement à l'autre partie au contrat* »¹⁶⁰⁷. Autrement dit, la charge de la preuve ne peut pas être déplacée sur les épaules

¹⁶⁰³ Cass. civ. 1^{re}, 28 janvier 2003, n° 00-17553, Bull. civ. I, n° 26. Cass. civ. 1^{re}, 7 mars 2000, n°98-12397, Bull. civ. I, n° 81 ; RTD civ. 2000, p. 333, obs. J. MESTRE et B. FAGES. Cass. civ. 1^{re}, 28 mars 1995, n° 92-16270 ; D. 1995, p. 517, note J. HUET ; JCP G 1995, II, 22539, note A. BENABENT ; RTD civ. 1997, p. 142. En matière de distribution d'eau : Cass. civ. 1^{re}, 30 mars 1999, n° 97-13047, Bull. civ. I, n° 113 ; D. 2000, p. 596, note D. AMMAR ; JCP G 2000, II, 10334, note C. GHICA-LEMARCHAND ; RTD civ. 1999, p. 642, obs. P.-Y. GAUTIER.

¹⁶⁰⁴ Cass. com., 24 mars 1992, Bull. civ. IV, n° 131. Cass. civ. 1^{re}, 28 mars 1995 ; RTD civ. 1996, p. 170, obs. J. MESTRE ; D. 1995, jurispr., p. 517, note J. HUET ; JCP 1995, II, 22539, note A. BENABENT. Cass. civ. 1^{re}, 7 mars 2000, n° 98-12397, Bull. civ. I, n° 81 ; RTD civ. 2000, p. 333, obs. J. MESTRE et B. FAGES, pour des factures téléphoniques. Cass. civ. 1^{re}, 30 mars 1999, n° 97-13047, Bull. civ. I, n° 113 ; D. 2000, p. 596, note D. AMMAR ; JCP G 2000, II, 10334, note C. GHICA-LEMARCHAND ; RTD civ. 1999, p. 642, obs. P.-Y. GAUTIER, pour le relevé d'un compteur d'eau.

¹⁶⁰⁵ P.-Y. GAUTIER, *La panne de compteur (suite) : c'est à l'utilisateur de prouver qu'il a moins consommé*, RTD Civ. 1999, p. 642.

¹⁶⁰⁶ C. GHICA-LEMARCHAND, note sous Cass. civ. 1^{re}, 30 mars 1999, *CGE c/ Albou*, JCP 2000, II, 10334. Ex. de décisions où le consommateur a rapporté la preuve contraire : TA Caen, 2 décembre 1969, Lebon p. 669 ; CE 26 septembre 1986 ; D. 1988, jurispr., p. 8, note J.-L. CLERGERIE. Décisions où le consommateur n'a pas réussi à convaincre le juge de l'erreur de facturation : TA Paris, 18 mai 1983, cité par D. TALON, note sous TA Paris, 15 mars 1985, Gaz. Pal. 1985, 2, p. 782. TA Paris 15 mars 1985, Gaz. Pal. 1985, 2, p. 781.

¹⁶⁰⁷ Article R. 132-1 du Code de la consommation : « *Dans les contrats conclus entre des professionnels et des non-professionnels ou des consommateurs, sont de manière irréfragable présumées abusives, au sens des dispositions du premier et du troisième alinéas de l'article L. 132-1 et dès lors interdites, les clauses ayant pour objet ou pour effet de : (...)12° Imposer au non-professionnel ou au consommateur la charge de la preuve, qui, en vertu du droit applicable, devrait incomber normalement à l'autre partie au contrat* ».

du consommateur. Les stipulations modifiant directement les règles légales de preuve sont donc autorisées, sous réserve de la législation des clauses abusives. Les juges apprécieront par la suite leur contenu avant de les rendre pleinement efficaces.

765. **Détermination des clauses indirectes de preuve.** Les aménagements indirects de la preuve sont plus difficiles à détecter. En touchant au droit, la preuve se voit modifier de manière souvent plus radicale. Sous couvert d'une règle de fond, la preuve disparaît totalement. Les juges sont très attentifs aux conséquences de ces stipulations.

766. **L'exemple du droit du travail.** En droit du travail par exemple, la clause prévoyant que la non-réalisation d'un objectif constitue une cause réelle et sérieuse de licenciement ne produit aucun effet pour les juges du fond. L'indemnité de rupture d'ordre public est à l'origine de droits indisponibles, les parties ne peuvent ni directement exclure conventionnellement l'indemnisation en cas de licenciement¹⁶⁰⁸, ni indirectement par une clause jouant sur la cause du licenciement, c'est-à-dire la faute grave¹⁶⁰⁹. La validité ne peut pas être obtenue, faute de disponibilité. L'appréciation de la cause de licenciement est de la compétence exclusive des juges du fond¹⁶¹⁰, aucune clause ne peut lier le juge dans son pouvoir : « aucune clause du contrat de travail ne peut valablement prévoir que le manquement du salarié à une obligation contractuelle pourra donner lieu à la rupture du contrat et qu'il appartient au juge d'apprécier si cette inexécution constitue une cause réelle et sérieuse de licenciement »¹⁶¹¹. Les juges du fond demeurent libres d'apprécier la cause de licenciement. La preuve doit toujours être rapportée pour emporter la conviction du juge, faute de validité de cet aménagement indirect des règles de preuve. La clause de non-réalisation d'un objectif s'utilise aussi en droit commercial : dans un contrat d'un agent commercial, la clause prévoyant un chiffre d'affaire, qualifie la non-réalisation de cet objectif de faute grave¹⁶¹². Cette clause ne produit aucun effet¹⁶¹³. Seules les dérogations plus

¹⁶⁰⁸ Cass. com., 17 juin 2003 ; cont., conc., consom. 2003, n° 133, obs. L. LEVENEUR.

¹⁶⁰⁹ M. LAMOUREUX, *op. cit.*, tome 2, p. 666 et 667.

¹⁶¹⁰ Cass. soc., 14 novembre 2000, Bull. civ. V, n° 367. Cass. soc., 3 février 1999, Bull. civ. V, n° 56.

¹⁶¹¹ Cass. soc., 24 juin 2003 ; RJS 2003, n° 1131.

¹⁶¹² Cass. com., 28 mai 2002, Bull. civ. IV, n° 91 ; D. 2003, som. com., p. 459, obs. Ph. DELEBECQUE ; D. 2002, som. com., p. 3004, obs. D. FERRIER ; JCP E 2002, p. 1842, note V. PERRUCHOT-TRIBOULET ; RTD civ. 2002, p. 833, obs. P.-Y. GAUTIER ; RTD civ. 2003, p. 85, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; RTD com. 2003, p. 158, obs. B. BOULOC ; Dr. et patr. octobre 2002, n° 108, obs. P. CHAUVEL ; Petites Affiches 3 juillet 2003, n° 132, p. 39, note L. ETNER.

¹⁶¹³ M. LAMOUREUX, *op. cit.*, tome 2, p. 666 où l'auteur précise que « la non réalisation des objectifs stipulés ne constitue pas en elle-même une cause de licenciement et que le salarié peut notamment démontrer que celle-ci est due au comportement de l'employeur lui-même ou à la conjoncture économique ». En ce sens, v. Lamy

favorables au salarié ou à l'agent commercial sont légales, les définitions de la faute grave et du motif de cause réelle et sérieuse sont plus sévères que celles données par le législateur¹⁶¹⁴. « *Les parties avaient mis la barre de la faute grave beaucoup trop bas (...) de sorte que la définition contractuelle de la faute grave, donnée par avance dans le contrat et sans rapport avec sa définition jurisprudentielle et doctrinale, se trouvait en porte-à-faux avec le droit positif* »¹⁶¹⁵. Les juges du fond vérifient ainsi la possibilité de convenir des règles qui vont modifier directement ou indirectement les dispositions en matière de preuve. Le contenant autorisé, le contenu doit être apprécié au regard du respect de l'ordre public.

B : La vérification des conditions d'application : l'ordre public face au contenu

767. **L'objet et la cause.** Pour analyser le contenu des conventions de preuve, les juges du fond vont confronter l'objet et la cause à l'ordre public¹⁶¹⁶. Toute stipulation ayant un objet ou une cause en contrariété avec cet ordre doit être sanctionnée, peu important le nom utilisé par les juges du fond : abus de droit, faute, bonne foi, ou tout simplement ordre public¹⁶¹⁷. Le fait est que la volonté contractuelle ne doit pas avoir une intention nuisible à la société, qu'elle soit révélée par l'examen de l'objet de l'obligation ou de sa cause. Les juges procèdent à la vérification des effets de la mise en œuvre de la clause de preuve, en dépit de sa force obligatoire¹⁶¹⁸. Une question générale pour le juge : la stipulation de preuve est-elle contraire à l'ordre public ?

social, 2005, n° 512. *Contra* : Cass. soc., 18 mars 1986, Bull. civ. V, n° 90 : « *statuant ainsi, alors que l'insuffisance des résultats obtenus par un salarié chargé de commercialiser les produits de l'entreprise par rapport aux quotas prévus à son contrat constitue, sauf fraude de la part de l'employeur non alléguée en l'espèce, une cause réelle et sérieuse de licenciement, peu important que cette insuffisance soit liée à l'état du marché et que la situation économique rende souhaitable la recherche par l'employeur de moyens de vente plus efficaces, la Cour d'appel a violé les textes susvisés* ».

¹⁶¹⁴ M. LAMOUREUX, *op. cit.*, tome 2, p. 668.

¹⁶¹⁵ P.-Y. GAUTIER, obs. sous Cass. com., 28 mai 2002, RTD civ. 2002, p. 833 et s., sp. p. 834 et 835.

¹⁶¹⁶ Les différents projets de réforme proposent de remplacer la cause par le concept de but : changement d'appellation ou changement de notion ? Le contenu du contrat ne devra pas troubler l'ordre public notamment en ce qui concerne son but. D. HOUTCIEFF, *Le contenu du contrat*, in Pour une réforme du droit des contrats, sous la dir. F. Terré, Dalloz 2009, p. 183 et s., sp. p. 206 et 207. D. HOUTCIEFF, *L'atteinte à l'ordre public et aux bonnes mœurs*, *op. cit.*, n° 236-98.

¹⁶¹⁷ M. LAMOUREUX, *op. cit.*, tome 2, p. 493 où l'auteur remarque que « *les clauses aménageant l'office du juge sont plutôt soumises à un contrôle de leur mise en œuvre, en particulier par le biais des notions de bonne foi, de faute et d'abus de droit* ».

¹⁶¹⁸ M. LAMOUREUX, *ibid.*, p. 495.

768. **Le vase communicant.** Par l'aménagement des pouvoirs du juge, les contractants ont l'espoir de l'obliger dans sa prise de décision, voulant éviter toute imprévisibilité qui pourrait naître de son intervention judiciaire, c'est-à-dire de son appréciation¹⁶¹⁹. Cette sécurité recherchée ne doit pas conduire à des situations invraisemblables. « *Les clauses aménageant l'office du juge, lui retirant une partie de son pouvoir d'appréciation, sont largement consacrées mais impliquent un minimum de surveillance judiciaire* »¹⁶²⁰ : le juge va tolérer une réduction de ses pouvoirs, mais jusqu'à une certaine limite, qui est le trouble à l'ordre public. L'acceptation par le juge des clauses d'aménagement de ces pouvoirs, en réduisant principalement son pouvoir d'appréciation, a pour conséquence l'augmentation de son pouvoir dans le contrôle de ces clauses¹⁶²¹. Vase communicant : ce qu'il perd d'un côté, il le gagne de l'autre.

769. **Deux situations.** Interdit de déni de justice afin de sauvegarder la paix sociale, le juge doit statuer sur les conflits qui lui sont soumis. Pourquoi ne pas se faire aider par les contractants lorsqu'ils se sont mis d'accord sur les règles à suivre en cas de litige¹⁶²². Suivre la volonté des parties éviterait de porter atteinte à l'ordre public : la décision de justice serait alors légitime par l'adhésion des contractants lors de la formation de la convention de preuve¹⁶²³. À l'inverse, le juge en suivant les consignes prévues dans le contrat, en se servant des outils choisis par les parties, va rendre une décision dont il n'a plus la maîtrise¹⁶²⁴. De deux choses l'une, soit la solution rendue semble conforme à la réalité ou du moins n'y paraît pas contraire, soit la décision est invraisemblable aux yeux de la justice, aux yeux des plaideurs et aux yeux des justiciables. Dans la première situation, le juge n'a pas besoin de sanctionner la volonté des contractants car elle est conforme à l'ordre public, alors que dans la seconde, la mise en œuvre de la clause n'est pas acceptable au regard de l'ordre public.

770. **Une appréciation in concreto.** L'appréciation de l'efficacité de l'aménagement des clauses de preuve se fait au cas par cas, même si certaines clauses sont toujours illicites. Par exemple, l'accès à la justice doit toujours être possible, ce qui signifie qu'un individu doit pouvoir saisir une juridiction, mais doit surtout pouvoir défendre

¹⁶¹⁹ M. LAMOUREUX, *op. cit.*, tome 1, p. 28.

¹⁶²⁰ M. LAMOUREUX, *ibid.*, p. 48.

¹⁶²¹ M. LAMOUREUX, *ibid.*, *loc. cit.*

¹⁶²² M. LAMOUREUX, *ibid.*, p. 33.

¹⁶²³ M. LAMOUREUX, *ibid.*, p. 47.

¹⁶²⁴ Le juge doit être plus attentif lorsque ces clauses sont insérées dans des contrats d'adhésion laissant supposer la domination de l'une des parties sur l'autre.

efficacement ses droits devant les juges. L'article 6 §1 de la Convention européenne des droits de l'homme oblige les juges à sanctionner toutes les stipulations qui empêcheraient l'un des plaideurs de pouvoir prouver ses droits en justice.

771. **L'appréciation indispensable du juge.** En principe, les plaideurs doivent convaincre le juge de leurs allégations. La clause de preuve, dont l'effet est de priver le juge d'apprécier les éléments qui lui sont soumis, ne correspond pas à l'idée de vérité et ni à celle de légitimité¹⁶²⁵. La preuve n'existe plus avec ces stipulations qui ne peuvent pas être remises en cause devant et par le juge. Par exemple, la clause qui octroie la faculté à l'une des parties de se constituer une preuve à elle-même ne peut pas empêcher la preuve contraire, sinon le juge serait tenu de donner raison aux dires de ce plaideur¹⁶²⁶. La constitution de la preuve entraînerait automatiquement une force probante absolue dont le juge ne pourrait se départir : « *il n'y a plus de preuve lorsqu'une partie est nécessairement crue sur son affirmation !* »¹⁶²⁷. Un minimum de vraisemblance est indispensable au niveau du contenu de cette preuve constituée unilatéralement ; la possibilité théorique d'en rapporter la preuve contraire doit exister, même si elle est difficile en pratique. La situation que le juge va confirmer ou qu'il va établir, par sa décision, doit être plausible pour être conforme à l'ordre public. Les juges du fond sont conscients qu'il y a des avantages et des inconvénients à l'application de ces clauses, pour en conserver les premiers et en exclure les seconds. Ils les valident, ce qui facilite leur travail, mais acceptent que l'autre contractant rapporte la preuve contraire, l'accès à la justice reste ainsi préservé. L'attitude des juges doit être attentive dans ces conditions¹⁶²⁸. La recherche de la sécurité juridique et de la prévisibilité de la décision prise par les juges du fond ne doivent pas masquer la volonté du contractant, en position de force dans la relation contractuelle, de dominer l'autre¹⁶²⁹. L'ordre public ne commande qu'une seule réponse à ces agissements : la censure judiciaire. Une justice unilatérale ne peut trouver un écho dans les décisions judiciaires, le juge n'a pas une fonction d'enregistrement de la volonté individuelle.

¹⁶²⁵ M. LAMOUREUX, *op. cit.*, tome 1, p. 221 : « *Lorsque par leur convention les parties ne développent plus l'art de convaincre le juge par leurs stipulations mais le privent purement et simplement de son rôle en l'empêchant de formuler aucune réserve alors même qu'il ne serait absolument pas convaincu, ces stipulations sont alors totalement en marge des finalités du droit de la preuve* ».

¹⁶²⁶ M. LAMOUREUX, *op. cit.*, tome 2, p. 489 et 490 où l'auteur considère que « *la raison en est simple : permettre aux parties de minimiser le rôle du juge, c'est prendre le risque de consacrer une justice conventionnelle de façade laissant libre cours à une justice unilatérale et partielle. C'est la raison pour laquelle, si les juges reconnaissent assez largement l'imperium des contractants, ils sont en revanche beaucoup plus suspicieux lorsque se révèle plutôt l'imperium du contractant* ».

¹⁶²⁷ M. LAMOUREUX, *op. cit.*, tome 1, p. 221.

¹⁶²⁸ M. LAMOUREUX, *op. cit.*, tome 2, p. 490.

¹⁶²⁹ M. LAMOUREUX, *ibid.*, *loc. cit.*

Si des comportements troublent impunément l'ordre public, parce qu'ils se déroulent en dehors d'un contrôle judiciaire, il n'en demeure pas moins qu'une fois saisi, le juge ne peut pas consacrer ces agissements sur le fondement de la force obligatoire des conventions. La justice contractuelle doit être garantie par le pouvoir d'appréciation du juge¹⁶³⁰. L'article 12, alinéa 3, du Code de procédure civile¹⁶³¹ impose les qualifications au juge seulement pour les droits dont les plaideurs ont la libre disposition. Dans les autres situations, il est libre de réattribuer la juste qualification en dépit de la volonté contractuelle¹⁶³².

772. **Diversité des standards.** Tantôt le juge va utiliser le terme « *ordre public* », tantôt il lui préférera des concepts comme celui de « bonne foi », de « faute », de « fraude ». La diversité des appellations ne doit pas tromper sur l'origine de la flotte : le navire amiral est bien évidemment l'ordre public, mais les autres vaisseaux appartiennent bien à sa flotte. Derrière chacune de ces notions, l'ombre de l'ordre public plane. Une pluralité d'expressions, une seule fonction : protéger la société des agissements contraires à l'ordre public (1). Le leitmotiv est la vraisemblance de la situation qui serait consacrée par le juge en application de la convention de preuve (2). Une décision invraisemblable est une décision illégitime, et donc contraire à l'ordre public.

1 : Les notions masquant l'ordre public pour caractériser l'illicéité des conventions de preuve

773. **Fraude, faute lourde ou dolosive et bonne foi.** L'intention qui sous-tend les comportements est prise en considération par les juges du fond lorsqu'ils procèdent à l'examen des conventions de preuve. En apparence, la volonté des parties peut sembler conforme à l'ordre public mais en réalité l'intention frauduleuse de contourner un ensemble de règles impératives va entacher l'efficacité juridique de la stipulation (a). Dans d'autres circonstances, c'est en cours d'exécution du contrat qu'une partie va souhaiter se départir d'une législation trop contraignante. Elle va avoir un comportement contraire à l'ordre public lors de son manquement à ses obligations contractuelles. L'inexécution de l'obligation va se

¹⁶³⁰ M. LAMOUREUX, *op. cit.*, tome 2, p. 490.

¹⁶³¹ Article 12, alinéa 3, du Code de procédure civile : « *Toutefois, il [le juge] ne peut changer la dénomination ou le fondement juridique lorsque les parties, en vertu d'un accord exprès et pour les droits dont elles ont la libre disposition, l'ont lié par les qualifications et points de droit auxquels elles entendent limiter le débat* ».

¹⁶³² Article 12, alinéa 2, du Code de procédure civile : « *Il [le juge] doit donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux sans s'arrêter à la dénomination que les parties en auraient proposée* ».

révéler particulièrement fautive, octroyant aux juges la possibilité de rendre inefficace la convention de preuve (b). Ni frauduleuses, ni fautives, certaines stipulations, réduisant le pouvoir d'appréciation des juges, ont des conséquences excessives par leur application. La bonne foi dans leur mise en œuvre permet aux juges de réduire les effets de ces clauses (c).

a : La fraude

774. **Le contournement d'une législation protectrice.** Les juges ont voulu se départir de la qualification imposée notamment par des clauses de divisibilité et d'indivisibilité des obligations ou des contrats¹⁶³³. Pour ce faire, l'ordre public n'a pas été le fondement invoqué mais il est la raison sous-jacente de celui usité : la fraude¹⁶³⁴. Leur validité de principe n'est pas remise en cause par les juges, elles perdront leur efficacité lorsqu'elles ont pour intention de contourner une législation protectrice.

775. **De la fraude elle-même.** La fraude permet de sanctionner ces clauses qui seront alors illicites. Ainsi par exemple, en droit commercial, la clause d'indivisibilité qui a pour objectif de priver le preneur de son droit au renouvellement¹⁶³⁵. Les clauses de divisibilité peuvent connaître le même sort si la division a pour objet de contourner une disposition d'ordre public : « *la scission apparente des deux contrats n'avait pour but que de détourner les dispositions d'ordre public du Code de la consommation* »¹⁶³⁶. La fraude n'est pas le seul fondement invoqué par les juges pour priver d'effet une clause de divisibilité¹⁶³⁷.

¹⁶³³ Les clauses d'indivisibilité des obligations ou des contrats sont : pour les obligations, des stipulations prévoyant que toutes les clauses sont déterminantes du consentement des contractants, la nullité de l'une des clauses entraîne la nullité de toutes les autres ; pour les contrats, l'anéantissement (nullité, résolution, résiliation) de l'un des contrats entraînera l'anéantissement de l'autre. Inversement, les clauses de divisibilité des obligations ou des contrats ont pour objectif d'empêcher que le sort d'une des clauses ou d'un des contrats ait une incidence sur les autres stipulations ou sur les autres contrats.

¹⁶³⁴ M. LAMOUREUX, *op. cit.*, tome 2, p. 585.

¹⁶³⁵ La Cour de cassation a rejeté le pourvoi, donnant ainsi raison aux juges du fond, au motif « *que la clause de fourniture exclusive, générale et absolue, portait atteinte au droit au renouvellement en assurant au bailleur, en raison de la menace d'annulation du bail tout entier, la pérennité d'une stipulation interdite par une disposition d'ordre public, la cour d'appel a décidé à bon droit, nonobstant le fait que les parties étaient convenues que cette clause était essentielle, que son annulation ne devait pas entraîner celle du bail* ». Cass. civ. 3^e, 31 janvier 2001 ; D. 2001, som. com., p. 3520, obs. L. ROZES ; JCP G 2001, I, 354, obs. Y.-M. SERINET. Dans le même sens, Cass. civ. 3^e, 6 juin 1972, Bull. civ. III, n° 369 ; JCP G 1972, II, 17255 ; D. 1973, jurispr., p. 151, note Ph. MALAURIE. Cass. civ. 3^e, 9 juillet 1973, Bull. civ. III, n° 467 ; D. 1974, jurispr., p. 24, note Ph. MALAURIE.

¹⁶³⁶ Cass. civ. 1^{re}, 7 février 2006 ; D. 2006, p. 649, obs. C. RONDEY, RTD civ. 2006, p. 308, obs. J. MESTRE et B. FAGES.

¹⁶³⁷ L'économie du contrat, quand cette clause est contraire à l'économie de l'opération, peut également servir à protéger la paix sociale. V. not., J. MOURY, *Une embarrassante notion : l'économie du contrat*, D. 2000, chron. p. 382 ; A. ZELCEVIC-DUHAMEL, *La notion d'économie du contrat en droit privé*, JCP G 2001, I, 300 ; S.

776. **Fraude et abus de droit.** La fraude en matière contractuelle ressemble sur beaucoup de points à l'abus de droit, ainsi qu'au détournement d'institution. En effet, par une action qui est licite en apparence – usage de son droit de propriété, demande d'adoption – se cache en fait un comportement nuisible pour la société – usage abusif de son droit de propriété, détournement de l'institution d'adoption – ; il en est de même avec la fraude, sous le principe de l'expression d'une volonté contractuelle conforme à la loi apparaît l'intention de contourner des règles gênantes. Le nom change parce qu'il s'agit d'une convention et non d'une loi, mais l'esprit est identique.

777. **La créativité des juges.** Les juges font preuve d'innovation pour « *faire échec aux clauses qui tendent à leur confisquer leur pouvoir d'appréciation lorsqu'elles sont dans le même temps exagérément réductrices des droits de l'une des parties et ruinent la cohérence du contrat ou de l'opération* »¹⁶³⁸, alors que la référence à la contrariété de l'ordre public suffirait certainement. Ce n'est pas la seule notion permettant aux juges du fond de sanctionner un comportement portant atteinte à l'ordre public, la faute d'une certaine gravité permet d'arriver au même résultat.

b : La faute lourde et dolosive

778. **Domaines de prédilection.** Voulant rendre inefficace des aménagements indirects de règles légales de preuve, le juge emploie la notion de faute pour protéger l'ordre public. Cela est particulièrement vrai dans l'application des clauses limitatives et élusives de responsabilité ainsi que dans celle des clauses pénales. En effet, la faute lourde ou dolosive du débiteur de l'obligation permet à la victime de l'inexécution d'obtenir la réparation intégrale de son préjudice, contrairement à la limitation conventionnelle ou au montant forfaitaire prévu par la stipulation contractuelle¹⁶³⁹.

PIMONT, *L'économie du contrat*, Thèse Poitiers, 2002 ; B. ZOUANIA, *L'économie du contrat : essai d'une théorie néo-classique du contrat*, Thèse Toulouse, 2007.

¹⁶³⁸ M. LAMOUREUX, *op. cit.*, tome 2, p. 588.

¹⁶³⁹ Pour le rejet d'une clause limitative de responsabilité en cas de dol, v. not. : Cass. civ. 1^{re}, 24 février 1993, Bull. civ. I, n° 88 ; D. 1994, p. 6, note X. AGOSTINELLI ; D. 1993, som. com., p. 249, obs. T. HASSLER ; JCP 1993, II, 22166, note G. PAISANT ; Defrénois 1994, p. 354, obs. D. MAZEAUD. Cass. civ. 1^{re}, 4 février 1969 ; D. 1969, p. 601, note J. MAZEAUD. Cass. civ. 1^{re}, 22 octobre 1975 ; D. 1976, p. 151, note J. MAZEAUD ; RTD Civ. 1976, p. 352, obs. G. DURRY. Cass. com., 4 mars 2008 ; JCP 2008, II, 10079, note L. GUIGNARD ; RTD Civ. 2008, p. 490, obs. P. JOURDAIN. Cass. civ. 1^{re}, 11 octobre 1966, Bull. civ. I, n° 466 : « *Mais attendu que les premiers juges, dont la cour d'appel s'est approprié les motifs, et qui n'ont nullement déclaré adopter sur ce point les conclusions du rapport de l'expert, qu'ils n'ont pas dénaturées, ont pu estimer qu'en l'espèce, le fait par les établissements Bonte " de ne pas s'être assurés de la qualité du produit mis en vente par le seul moyen*

779. **Explication.** Le comportement du débiteur de l'obligation, lorsqu'il est constitutif d'un dol¹⁶⁴⁰ ou d'un manquement grave à son obligation d'exécution¹⁶⁴¹, ne peut pas lui permettre de limiter la réparation du préjudice qu'il a causé¹⁶⁴². L'ordre public serait contrarié par cette possibilité. L'aménagement de la responsabilité est efficace tant qu'elle ne permet pas au débiteur de ne pas exécuter sciemment son obligation, ayant fait un calcul entre le coût et l'avantage de cette inexécution. Les juges du fond sanctionnent le débiteur défaillant en cas de faute lourde ou dolosive, déjouant ainsi la prévision d'un bénéfice estimé par l'application de la clause de réparation. « *Il est, en effet, indispensable que l'auteur d'une faute intentionnelle ou lourde, répare complètement le dommage qu'il a causé ; l'ordre public y est intéressé* »¹⁶⁴³.

véritablement sûr, à savoir un semis fait à une époque telle qu'au moment de la vente aux agriculteurs, le développement de la plante ait été suffisamment avancé pour qu'ils soient assurés de vendre des graines de betteraves sucrières » constituait une faute lourde ». Pour le rejet d'une clause limitative de responsabilité en cas de faute lourde, v. not. : Cass. civ. 1^{re}, 15 janvier 1976 ; JCP 1976, IV, 80 ; D. 1976, IR, p. 95. Cass. com., 4 décembre 1977 ; D. 1978, IR, p. 216. Cass. com., 17 janvier 1984 ; JCP 1984, IV, 96. Cass. civ. 1^{re}, 24 février 1993 ; JCP 1993, II, 22166, note G. PAISANT. Cass. com., 31 janvier 1995 ; RJDA 1995, n° 574. Cass. com., 3 mars 1998 ; RJDA 1998, n° 860. Cass. mixte, 22 avril 2005 ; BICC 15 juillet 2005, rapp. M. GARBAN, concl. M. DE GOUTTES ; D. 2005, p. 1864, note J.-P. TOSI (2^{ème} espèce) ; D. 2005, AJ, p. 1224, obs. E. CHEVRIER ; D. 2005, pan., p. 2750, obs. H. KENFACK, et p. 2844, obs. B. FAUVARQUE-COSSON ; D. 2006, pan., p. 1932, obs. P. JOURDAIN ; JCP 2005, II, 10066, note G. LOISEAU (1^{ère} espèce) ; JCP E 2005, 1446, note C. PAULIN ; RCA 2005, n° 175, note S. HOCQUET-BERG ; cont., conc., consom. 2005, n° 150, note L. LEVENEUR ; dr et patr. oct. 2005, p. 36, étude G. VINEY ; RDC 2005, p. 673, obs. D. MAZEAUD et p. 753, obs. Ph. DELEBECQUE ; RTD Civ. 2005, p. 604, obs. P. JOURDAIN, et p. 779, obs. J. MESTRE et B. FAGES.

¹⁶⁴⁰ Définition de la faute dolosive : Cass. civ. 1^{re}, 4 février 1969, aff. *Giraud*, Bull. civ. I, n° 60 ; D. 1969, jurispr., p. 601, note J. MAZEAUD ; JCP G 1969, II, 16030, note R. PRIEUR. Cass. com., 19 janvier 1993, n° 91-11805, Bull. civ. IV, n° 24 : « *Le débiteur commet une faute dolosive lorsque, de propos délibéré, il se refuse à exécuter ses obligations contractuelles, même si ce refus n'est pas dicté par l'intention de nuire à son cocontractant* ». Contrairement à la faute intentionnelle qui implique la volonté de causer le dommage en plus de l'inexécution contractuelle.

¹⁶⁴¹ La faute lourde peut-être appréciée objectivement ou subjectivement. L'approche objective est tournée vers les conséquences de l'inexécution, c'est-à-dire l'importance de l'obligation inexécutée, alors que l'approche subjective s'attache à la gravité du comportement du débiteur. W. DROSS, *Clausier, Dictionnaire des clauses ordinaires et extraordinaires des contrats de droit privé interne*, LexisNexis, 2008, p. 219. Pour une appréciation objective de la faute lourde : Cass. civ. 1^{re}, 18 janvier 1984, n° 82-15103 ; JCP G 1985, II, 20372, note J. MOULY ; RTD civ. 1984, p. 727, obs. J. HUET. Cass. civ. 1^{re}, 15 novembre 1988, n° 87-10263 ; D. 1989, jurispr., p. 349, note Ph. DELEBECQUE. Cass. civ. 1^{re}, 2 décembre 1997, n° 95-21907, Bull. civ. I, n° 349 ; RTD civ. 1998, p. 673, obs. J. MESTRE. Cass. civ. 1^{re}, 4 avril 2006, n° 04-11848 ; RTD civ. 2006, p. 775, obs. P. JOURDAIN. Pour une appréciation subjective de la faute lourde : Cass. com., 3 avril 1990, n° 88-14871, Bull. civ. IV, n° 108. Cass. mixte, 22 avril 2005, n° 02-18326 ; D. 2005, p. 1864, note TOSI ; RTD civ. 2005, p. 604, obs. P. JOURDAIN ; JCP G 2005, II, 10066, note G. LOISEAU ; RDC 2005, p. 651, avis M. DE GOUTTES, note D. MAZEAUD. Cass. com., 21 février 2006, n° 04-20139 ; D. 2006, p. 717, obs. E. CHEVRIER ; RTD civ. 2006, p. 322, obs. P. JOURDAIN. Cass. com., 13 juin 2006, n° 05-12619, Bull. civ. IV, n° 143 ; D. 2006, p. 1680, obs. X. DELPECH ; JCP G 2006, II, 10123, note G. LOISEAU ; RTD civ. 2006, p. 774, obs. P. JOURDAIN. Cass. civ. 1^{re}, 19 septembre 2007, n° 05-17769 ; D. 2008, p. 395, note S. NADAUD ; JCP G 2007, II, 10176, note Ph. DELEBECQUE. La jurisprudence semble tendre actuellement vers l'approche subjective depuis l'arrêt du 21 février 2006 de la Chambre commerciale de la Cour de cassation.

¹⁶⁴² Pour les clauses pénales : H. et L. MAZEAUD et A. Tunc, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, Préf. H. CAPITANT, tome 3, Montchrestien, Paris, 5^e éd., 1960, p. 779, n° 2632. W. DROSS, *ibid.*, p. 383-384.

¹⁶⁴³ H. et L. MAZEAUD et A. Tunc, *op. cit.*, p. 779, n° 2631.

780. **Conclusion.** Faute de trouble à l'ordre public, les juges du fond ne peuvent qu'appliquer la volonté des parties, sous réserve de la révision de la clause pénale lorsque son montant est manifestement excessif¹⁶⁴⁴ ou dérisoire¹⁶⁴⁵. En revanche, l'inexécution de bonne foi rend efficace la mise en œuvre de la clause de responsabilité¹⁶⁴⁶.

c : La bonne foi

781. **Principe.** Partant du contrôle des clauses résolutoires, les juges ont développé le concept de bonne foi dans le contrat¹⁶⁴⁷. Les conséquences de la mise en œuvre de ces clauses étant considérable, c'est-à-dire l'anéantissement du contrat, les juges récupèrent un pouvoir d'appréciation qui leur a été enlevé par ces clauses, en cas d'excès. La rigueur du mécanisme pousse à un examen de la loyauté du contractant qui se prévaut de la résolution¹⁶⁴⁸. Sans la dite clause, les juges apprécient l'inexécution de l'obligation et en décident les conséquences sur la vie du contrat. Avec cette stipulation, les contractants évitent tout pouvoir d'appréciation des juges, obtenant ainsi la résolution dès la preuve de l'inexécution. La sanction contractuellement prévue peut paraître sévère au regard de l'obligation inexécutée.

¹⁶⁴⁴ Les juges, en révisant le montant manifestement excessif, peuvent octroyer une réparation supérieure au préjudice. La clause gardant alors un caractère punitif pour le débiteur défaillant. L'idée d'allocation de dommages et intérêts punitifs fait son chemin dans les tribunaux. En effet, la Cour de cassation a reconnu pour la première fois la possibilité de condamner un débiteur à des dommages-intérêts punitifs, à la condition d'être proportionnés en comparant le préjudice subi et les manquements contractuels. V. Cass. civ. 1^{re}, 1^{er} décembre 2010, n° 09-13303, Bull. civ. I, n° 248 : « *Mais attendu que si le principe d'une condamnation à des dommages-intérêts punitifs, n'est pas, en soi, contraire à l'ordre public, il en est autrement lorsque le montant alloué est disproportionné au regard du préjudice subi et des manquements aux obligations contractuelles du débiteur (...)* » ; JCP G 2011, 140, note J. JUVENAL ; P. REMY-CORLAY, *Dommages et intérêts punitifs et ordre public international : contrôle de proportionnalité*, RTD civ. 2011, p. 317 ; Ph. Delebecque, RTD com. 2011, p. 666 ; G. GUERLIN, *Les dommages-intérêts punitifs ne sont pas forcément contraires à l'ordre public international*, L'Essentiel Droit des contrats 2011, n° 1, p. 6 ; S. CARVAL, *Pas d'exequatur pour un jugement étranger condamnant un vendeur à verser à l'acheteur des dommages-intérêts punitifs d'un montant excessif*, RDC 2011, n° 2, p. 459 ; D. 2011, p. 423, obs. I. GALLMEISTER.

¹⁶⁴⁵ V. l'article 1152, alinéa 2, du Code civil. En ce sens, W. DROSS, *op. cit.*, p. 373. Pour un montant manifestement dérisoire : Cass. soc., 5 juin 1996, n° 92-42298, Bull. civ. V, n° 226 ; D. 1997, som. com., p. 101, obs. Y. SERRA.

¹⁶⁴⁶ Pour les clauses évasives de responsabilité, v. H. et L. MAZEAUD et A. Tunc, *op. cit.*, p. 503, n° 2370.

¹⁶⁴⁷ C. PAULIN, *La clause résolutoire*, Préf. J. Devèze, Bibliothèque de droit privé, Tome 258, LGDJ, 1996 ; Y. PICOD, *La clause résolutoire et la règle morale*, JCP G 1990, I, 3447 ; F. OSMAN, *Le pouvoir modérateur du juge dans la mise en œuvre de la clause résolutoire de plein droit*, Defrénois 1993, p. 65. Plus généralement, sur la notion de bonne foi : Ph. LE TOURNEAU et M. POUMAREDE, *v° bonne foi*, in Rép. Civ. Dalloz, 2009 ; A. BENABENT, *Rapport français sur la bonne foi dans les relations entre particuliers dans l'exécution du contrat*, in *La bonne foi*, Travaux de l'Association H. CAPITANT, tome 43, Litec, 1994, p. 291 et s., sp. p. 293 ; B. JALUZOT, *La bonne foi dans les contrats, étude comparative de droit français, allemand et japonais*, Nouvelle bibliothèque des thèses, Dalloz, 2001, n° 1023 et n° 1745.

¹⁶⁴⁸ M. LAMOUREUX, *op. cit.*, tome 2, p. 616.

782. **Une question d'équilibre.** Un équilibre doit être trouvé entre l'« *intérêt particulier du créancier cherchant à se défaire d'une relation contractuelle qui lui est préjudiciable, et l'intérêt général dont la protection incombe au juge* »¹⁶⁴⁹. La bonne foi permet ce rééquilibrage, les juges n'ayant pas un pouvoir modérateur tel que celui de l'article 1152 du Code civil¹⁶⁵⁰, pour les clauses résolutoires. La mise en œuvre de la clause doit respecter une certaine morale contractuelle. La Cour de cassation réaffirme régulièrement que « *si les clauses résolutoires s'imposent aux juges, leur application reste néanmoins subordonnée aux exigences de la bonne foi* »¹⁶⁵¹. L'efficacité de la clause dépend de la bonne foi du créancier, lors de son application¹⁶⁵².

783. **L'exemple de la mise en demeure.** La mauvaise foi¹⁶⁵³ du créancier peut se révéler par une mise en demeure rendant impossible l'exécution de l'obligation par le débiteur. Tel est le cas lorsque la mise en demeure est adressée à un moment où le débiteur ne peut pas en prendre connaissance¹⁶⁵⁴, ou encore lorsque le délai laissé pour l'exécution est insuffisant¹⁶⁵⁵. Dans ces deux situations, la mise en demeure n'en a que l'apparence. Il ne suffit pas qu'elle soit formelle, elle doit être en plus effective.

784. **Une cohérence de comportement.** Le créancier doit également avoir un comportement cohérent. Accepter pendant très longtemps une inexécution, puis en réclamer l'exécution peut constituer une preuve de la mauvaise foi dans la mise en œuvre de la

¹⁶⁴⁹ F. OSMAN, *op. cit.*, p. 68.

¹⁶⁵⁰ La Cour de cassation ne permet pas aux juges du fond d'appliquer l'article 1152 du Code civil pour les clauses résolutoires. En ce sens, Cass. civ. 3^e, 20 juillet 1989, Bull. civ. III, n° 172 ; Defrénois 1990, p. 361, note J.-L. AUBERT ; RTD civ. 1990, p. 75, obs. J. MESTRE.

¹⁶⁵¹ Cass. com., 7 octobre 1953, Bull. civ. III, n° 290 ; Cass. civ. 1^{re}, 14 mars 1956, Bull. civ. I, n° 133.

¹⁶⁵² M. LAMOUREUX, *op. cit.*, tome 2, p. 616.

¹⁶⁵³ Dans le contrat, la mauvaise foi est le pendant de l'abus de droit. Le juge peut refuser la demande de nullité lorsqu'elle est abusive, comme le refus d'octroyer la nullité en application d'une clause résolutoire mise en œuvre de mauvaise foi. Pour l'abus de droit lors d'une demande de nullité relative, v. not. L. AYNES, *Indétermination du prix dans les contrats de distribution : comment sortir de l'impasse ?*, D. 1993, chron. p. 25. ; X. LAGARDE, *Office du juge et ordre public de protection*, JCP G 2001, I, 312, n° 10 où l'auteur indique que « *l'exploitation est de fait abusive puisque l'irrégularité du contrat, qui ne cause en réalité aucun grief, est dénoncée par pur opportunisme. L'effet pervers est caractérisé puisque la règle protectrice, censée rétablir l'équilibre entre les parties et de ce fait garantir la crédibilité du modèle contractuel, n'a finalement d'autre effet que d'affaiblir la force contraignante du contrat ; or, dépouiller celui-ci de cet attribut, c'est priver le concept de sa substance* ». Le commencement d'exécution peut révéler l'intention de la partie de renoncer à agir. Y trouvant un intérêt elle préfère l'exécution à la nullité du contrat, les circonstances se modifiant elle ne peut obtenir la nullité parce que l'exécution ne lui sied plus. C'est l'idée de cohérence dans le comportement qui émerge.

¹⁶⁵⁴ Cass. civ. 3^e, 15 décembre 1976, Bull. civ. III, n° 465.

¹⁶⁵⁵ Cass. civ. 3^e, 29 juin 1976 ; D. 1976, I.R. p. 286. Cass. civ. 3^e, 5 juin 1991, Bull. civ. III, n° 163 ; RTD civ. 1992, p. 92, obs. J. MESTRE.

clause¹⁶⁵⁶. Le créancier « *ne peut ainsi surprendre son cocontractant après une longue période d'inaction, lorsqu'il a laissé croire au débiteur qu'il faisait son affaire de l'inexécution* »¹⁶⁵⁷. Une certaine insécurité naît de ce changement imprévisible de comportement. La paix sociale n'apprécie guère ces changements brusques de situation ; l'ordre public a besoin d'une certaine stabilité pour prospérer. Obtenir une résolution en cas d'inexécution est certes normal, mais la demander alors que le comportement du créancier a laissé croire au débiteur pendant plusieurs années qu'il acceptait cette inexécution fait preuve d'une certaine mauvaise foi de sa part.

785. **L'exemple de la clause résolutoire.** Il est encore plus légitime d'invoquer la bonne foi pour rendre inefficace une clause résolutoire, lorsque l'inexécution du débiteur provient d'un manquement du créancier¹⁶⁵⁸. L'origine de cette inexécution ne pouvant pas s'imputer sur le comportement du débiteur, l'inefficacité de la clause résolutoire n'a pas besoin de se fonder sur la mauvaise foi du créancier. En effet, l'une des conditions d'application de la clause fait défaut : « *à savoir l'imputabilité de l'inexécution au débiteur* »¹⁶⁵⁹. L'efficacité de la clause résolutoire dépend ainsi de la bonne foi du créancier dans sa mise en œuvre, plus généralement de sa loyauté contractuelle. Le contrat ne doit pas servir à asseoir la domination d'un des contractants sur l'autre¹⁶⁶⁰. S'il est légitime pour les parties de rechercher la célérité de la sanction en cas d'inexécution ainsi que sa prévisibilité, refusant l'arbitraire du juge, la mise en œuvre de cette clause doit être loyale¹⁶⁶¹. Les juges refusent d'être instrumentalisés par l'un des contractants au détriment des intérêts de

¹⁶⁵⁶ Cass. civ. 3^e, 8 avril 1987, Bull. civ. III, n° 53 ; JCP G 1988, II, 21037, note Y. PICOD ; RTD civ. 1988, p. 122, obs. J. MESTRE, et p. 146, obs. P. REMY. Cass. civ. 1^{re}, 16 avril 1996 ; RTD civ. 1996, p. 900, obs. J. MESTRE. Cass. civ. 1^{re}, 16 février 1999, Bull. civ. I, n° 52 ; D. 2000, som. com., p. 360, obs. D. MAZEAUD ; Defrénois 2000, p. 248, obs. D. MAZEAUD.

¹⁶⁵⁷ M. LAMOUREUX, *op. cit.*, tome 2, p. 617.

¹⁶⁵⁸ Cass. civ. 3^e, 27 mai 1987, Bull. civ. III, n° 108 ; Cass. civ. 3^e, 7 novembre 1978 ; Gaz. Pal. 1979, 1, pan., p. 14.

¹⁶⁵⁹ M. LAMOUREUX, *op. cit.*, tome 2, p. 617. En ce sens, v. C. PAULIN, *La clause résolutoire, op. cit.*, n° 182 et s.

¹⁶⁶⁰ Au sujet de la détermination unilatérale des obligations, la cour d'appel de Paris précise « *que la contrepartie de l'absence de réglementation est précisément qu'il appartient aux tribunaux par le contrôle de la bonne foi des parties, notamment lorsqu'elles sont en situation de domination économique, de sanctionner l'abus* ». CA Paris, 15^e ch. A, 24 octobre 2000 ; D. 2001, som. com., p. 3236 ; D. 2002, som. com., p. 641, obs. crit. D.-R. MARTIN ; a été cassé par Cass. civ. 1^{re}, 30 juin 2004, Bull. civ. I, n° 190 ; cont., conc., consom. 2004, n° 151, obs. L. LEVENEUR ; RTD civ. 2004, p. 749, obs. P.-Y. GAUTIER ; RTD civ. 2005, p. 126, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; RDC 2005, p. 275, obs. Ph. STOFFEL-MUNCK ; D. 2005, jurispr., p. 1828, note D. MAZEAUD. La clause résolutoire est toutefois licite même lorsqu'elle est stipulée pour sanctionner l'inexécution du consommateur, révélant des manquements graves. Sur ce point, v. TGI Nanterre, 2 juin 2004, JCP G 2005, II, 10022, note B. FAGES ; a été confirmé par CA Versailles, 1^{re} ch., 1^{re} sect., 15 septembre 2005 ; comm. com. électr. 2005, n° 171, note Ph. STOFFEL-MUNCK. La clause résolutoire ne doit pas être trop extensive et instaurée au seul profit du professionnel. En ce sens, v. TGI Paris, 5 avril 2005 ; cont., conc., consom. 2005, n° 140, obs. G. RAYMOND.

¹⁶⁶¹ M. LAMOUREUX, *op. cit.*, tome 2, p. 617.

l'autre¹⁶⁶² mais surtout de celui de la société. La validité de principe de ces clauses n'est pas à remettre en cause. Cependant les juges vérifient leur mise en œuvre pour éviter tout trouble à l'ordre public. L'un des moyens pour y parvenir est la bonne foi¹⁶⁶³ : les juges contrôlent la bonne foi du créancier dans la mise en œuvre de la clause¹⁶⁶⁴. S'agissant du comportement du débiteur, son inexécution ne doit pas être nécessairement de mauvaise foi pour permettre au créancier l'application de la clause résolutoire. La bonne foi du débiteur n'est pas de nature à empêcher la clause résolutoire. Pourtant, dans deux arrêts¹⁶⁶⁵, la Cour de cassation avait permis de rendre inefficaces les effets des clauses résolutoires en se fondant sur la bonne foi du débiteur dans son inexécution. Cette position a été vivement critiquée par des auteurs¹⁶⁶⁶, car l'article 1134, alinéa 3, du Code civil ne permet pas au juge de réviser une clause résolutoire sur ce motif, c'est-à-dire l'inexécution de bonne foi. Assez rapidement, la Cour de cassation a fait marche arrière par un arrêt du 10 mars 1993¹⁶⁶⁷, position réaffirmée par un arrêt du 24 septembre 2003 indiquant « *qu'en cas d'inexécution de son engagement par le débiteur sa bonne foi est sans incidence sur l'acquisition de la clause résolutoire* »¹⁶⁶⁸. Les juges du fond ne peuvent pas neutraliser une clause résolutoire au motif de la bonne foi du débiteur. Plusieurs fondements permettent ainsi aux juges de se départir des clauses de preuve qui les privent de leur pouvoir d'appréciation. L'inefficacité de ces stipulations permet d'éviter aux juges de prendre des décisions qui paraîtraient invraisemblables.

¹⁶⁶² M. LAMOUREUX, *op. cit.*, tome 2, p. 619 où l'auteur précise que « *le contrôle judiciaire de la loyauté des parties, par le biais des notions de bonne foi et d'abus de droit en particulier, permet de concilier les intérêts en présence et d'assurer un certain équilibre entre un légitime désir de prévisibilité et de sécurité, et l'impératif de justice contractuelle* ».

¹⁶⁶³ M. LAMOUREUX, *ibid.*, p. 622 où l'auteur indique que « *les principes manifestent donc cette confiance de principe accordée aux parties, leur permettant de prendre toute une série de mesures sans faire intervenir le juge, tempérée par un juge armé pour faire face aux éventuels abus qui en résulteraient* ». Sur ce double mouvement de consécration de l'unilatéralisme et des pouvoirs du juge, v. D. MAZEAUD, *À propos du droit virtuel des contrats : réflexions sur les principes d'Unidroit et de la commission Lando*, in Mél. M. CABRILLAC, Dalloz-Litec, 1999, p. 205 ; D. MAZEAUD, *Regards positifs et prospectifs sur « le nouveau monde contractuel »*, Petites Affiches 7 mai 2004, n° 92, p. 47 et s., sp. p. 56 et s.

¹⁶⁶⁴ Le juge des référés peut vérifier si la résolution unilatérale est justifiée : Cass. civ. 1^{re}, 29 mai 2001 ; RTD civ. 2001, p. 590, obs. J. MESTRE et B. FAGES. Il peut également maintenir en vie un contrat alors que ce dernier a été conformément dénoncé : Cass. civ. 1^{re}, 7 novembre 2000, Bull. civ. I, n° 286 ; D. 2001, jurispr., p. 256, note C. JAMIN et M. BILLIAU ; D. 2001, som. com., p. 1137, obs. D. MAZEAUD ; JCP G 2001, II, 10506, note X. VUITTON ; RTD civ. 2001, p. 135, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; Defrénois 2001, p. 437, obs. E. SAVAUX.

¹⁶⁶⁵ Cass. civ. 1^{re}, 22 juillet 1986, Bull. civ. I, n° 223 ; RTD civ. 1988, p. 122, obs. J. MESTRE. Cass. civ. 3^e, 13 avril 1988, Bull. civ. III, n° 68 ; D. 1989, p. 334, note J.-L. AUBERT.

¹⁶⁶⁶ V. not., Cass. civ. 1^{re}, 22 juillet 1986, Bull. civ. I, n° 223 ; RTD civ. 1988, p. 122, obs. J. MESTRE. Cass. civ. 3^e, 13 avril 1988, Bull. civ. III, n° 68 ; D. 1989, p. 334, note J.-L. AUBERT.

¹⁶⁶⁷ Cass. civ. 3^e, 10 mars 1993 ; D. 1993, p. 357, note P. BIHR ; JCP G 1993, I, 3725, n° 15, obs. C. JAMIN ; RTD civ. 1994, p. 100, obs. J. MESTRE ; Defrénois 1994, p. 347, obs. D. MAZEAUD ; cont., conc., consom. 1993, n° 149, obs. L. LEVENEUR.

¹⁶⁶⁸ Cass. civ. 3^e, 24 septembre 2003, n° 02-12474, Bull. civ. III, n° 161 ; Defrénois 2004, p. 382, obs. J.-L. AUBERT ; cont., conc., consom. 2003, n° 174, obs. L. LEVENEUR ; RDC 2004, p. 644, obs. D. MAZEAUD ; RTD civ. 2003, p. 707, obs. J. MESTRE et B. FAGES.

2 : Le critère de l'in vraisemblance caractérisant l'illicéité des conventions de preuve

786. **Vraisemblance et invraisemblance.** Au regard des finalités de la preuve, la légitimité des décisions de justice est essentielle à une acceptation de la sanction pour le justiciable la recevant. Le corps social doit également avoir ce sentiment de légitimité pour assurer un sentiment de sécurité et de confiance dans le rôle de la justice. La vraisemblance des décisions rendues par les juges participe à cette légitimité, préservant l'ordre public. Examinées par les juges du fond, les conventions de preuve ne doivent pas aboutir à la consécration de situations invraisemblables, au risque de se voir sanctionnées. Toutes les stipulations dont l'objet est de priver l'appréciation des juges en établissant contractuellement des faits peuvent entraîner un manque de légitimité : l'ordre public serait alors troublé.

787. **Les clauses de constatation.** Plus particulièrement, les clauses de constatation font l'objet d'une attention particulière des juges, car elles les privent de leur pouvoir d'appréciation, ce qui a une incidence non négligeable sur la décision finale. Revient l'idée de vraisemblance du contenu de la stipulation qui entend lier les juges. L'évènement constaté ou l'élément déterminant du consentement doit être suffisamment plausible pour que les juges donnent plein effet à cette clause. La légitimité de la solution qu'ils rendent dépend de la véracité de la constatation. Par la possibilité offerte à l'autre plaideur de contester le contenu de la clause, les juges permettent la même possibilité de contestation que celle prévue par la loi en présence d'un acte sous seing privé ou authentique¹⁶⁶⁹. Le législateur privilégie la sécurité au détriment d'une recherche de la vérité à la condition qu'elle ne semble pas trop s'en éloigner. D'ailleurs, dans beaucoup de situations la vérité est protégée par cette sécurité, car cette dernière la consacre. Dans les autres situations, la sécurité recherchée par la clause de constatation ne doit pas aboutir à une parodie de justice fondée sur des faits non contestables, qui plus est contraires à la vérité. Autrement dit, « *lorsque la clause d'indivisibilité est manifestement contraire à la réalité et qu'elle n'a été stipulée que pour faire obstacle aux droits de l'une des parties, elle doit être inefficace* »¹⁶⁷⁰. Il ne suffit pas d'affirmer pour être cru¹⁶⁷¹. Les clauses de constatation demeurent toutefois licites lorsque le

¹⁶⁶⁹ V. art. 1341 du Code civil.

¹⁶⁷⁰ M. LAMOUREUX, *op. cit.*, tome 2, p. 588.

¹⁶⁷¹ Cass. civ. 1^{re}, 10 février 1972, Bull. civ. I, n° 45 ; Defrénois 1972, p. 1402, obs. J.-L. AUBERT. Cass. civ. 1^{re}, 26 février 1991, Bull. civ. I, n° 79. Cass. civ. 1^{re}, 6 novembre 2001, Bull. civ. I, n° 271.

contenu est vraisemblable¹⁶⁷². En matière de clause de parfaite information, les juges vérifient la véracité du contenu de l'information¹⁶⁷³. « *C'est donc reconnaître la valeur des stipulations de constatation dans la preuve des faits, tout en subordonnant leur efficacité à un contrôle formel de vraisemblance* »¹⁶⁷⁴.

788. **L'exemple de la clause de divisibilité.** Ainsi par exemple, la clause de divisibilité entre deux contrats alors que l'un sert au financement de l'autre est contraire à la réalité. Il est invraisemblable que les deux contrats ne constituent pas une opération économique unique entraînant une unicité juridique. La clause de constatation permet d'éviter toute discussion sur la volonté de lier ou de séparer des obligations ou contrats à la condition que la volonté soit vraisemblable¹⁶⁷⁵. Des obligations ou des contrats qui par nature sont liés ne peuvent que difficilement être séparés par la volonté surtout quand la clause est insérée dans un contrat d'adhésion où l'acceptant n'a pas d'autres possibilités que d'être d'accord ou non avec toutes les clauses.

789. **Conclusion.** En définitive, les clauses de constatation et autres stipulations de preuve sont licites, sous réserve d'un contrôle de leurs effets vis-à-vis de l'ordre public, par le biais notamment de la vraisemblance du contenu de la clause ou de la solution, qui va s'imposer aux juges. Tout est une question de mesure avec l'ordre public : les parties peuvent s'approcher du Rubicon sans jamais le franchir faute de quoi leur comportement sera sanctionné ; les juges du fond surveillent la rive mais qui surveillent ces juges ?

Paragraphe 2 : Le contrôle des juges du fond par la Cour de cassation

790. **Les points de contrôle.** Les juges du fond peuvent contrôler l'applicabilité et l'application des aménagements conventionnels des règles légales de preuve. Ce pouvoir est

¹⁶⁷² La clause de constatation relative à la preuve de la transmission d'une information est efficace. V. not., pour l'information due par les notaires, Cass. civ. 1^{re}, 10 juin 1997, n° 95-14767, Bull. civ. I, n° 197 ; Defrénois 1998, p. 743, obs. J.-L. AUBERT. Cass. civ. 1^{re}, 3 février 1998, n° 96-13201, Bull. civ. I, n° 44 ; JCP N 1998, p. 701, note J.-F. PILLEBOUT ; Defrénois 1998, p. 743, obs. J.-L. AUBERT ; RTD civ. 1998, p. 381, obs. P. JOURDAIN. Cass. civ. 1^{re}, 23 mars 1999, n° 97-11711 ; RTD civ. 2000, p. 323, obs. J. MESTRE et B. FAGES.

¹⁶⁷³ M. LAMOUREUX, *op. cit.*, tome 2, p. 589 où l'auteur précise que « *le débiteur de l'obligation d'information peut donc se préconstituer la preuve de l'exécution de son obligation par la stipulation d'une clause de parfaite information, mais pour cela il faut que le contenu de la clause démontre la véracité de son affirmation* ».

¹⁶⁷⁴ Marie LAMOUREUX, *ibid.*, *loc. cit.*

¹⁶⁷⁵ Marie LAMOUREUX, *ibid.*, p. 588.

soumis à son tour à un contrôle de la part de la Cour de cassation¹⁶⁷⁶. Ce contrôle s'est manifesté sur plusieurs points. Dans son rôle de protecteur de l'ordre public, la Cour de cassation a hésité sur la possibilité ou non de reconnaître un pouvoir de relever d'office une nullité relative aux juges du fond lorsque la clause de preuve ne respectait pas une règle d'ordre public de protection (A). La Cour de cassation a tendance à protéger la volonté des parties face à la modification de leur intention par les juges du fond ; elle sanctionne la dénaturation du contenu des conventions de preuve lorsque les clauses sont claires et précises (B). Toujours dans le même esprit de protection des contractants, les juges du fond ont l'obligation de motiver leurs décisions lorsqu'ils sanctionnent les clauses de preuve (C). Dans tous ces cas, la Cour de cassation veille à ce que les juges du fond n'abusent pas de leur pouvoir en voulant protéger l'ordre public.

A : De l'interdiction à l'autorisation accordée aux juges du fond de soulever d'office une nullité relative

791. **Ordre public de protection et office du juge.** De nombreuses règles d'ordre public de protection interdisent ou limitent la volonté des contractants de déroger aux règles légales de preuve. La législation sur les clauses abusives en droit de la consommation en fait partie. En tant qu'ordre public de protection, la question de la possibilité de soulever d'office ces règles se pose pour le juge. Le Code de procédure civile prévoit expressément l'obligation au ministère public d'agir d'office « *dans les cas spécifiés par la loi* »¹⁶⁷⁷. « *En dehors de ces cas, il peut agir pour la défense de l'ordre public à l'occasion des faits qui portent atteinte à celui-ci* »¹⁶⁷⁸. Ces règles justifient-elles le pouvoir du juge d'agir pour tous les cas de nullité absolue et encore plus pour ceux de nullité relative¹⁶⁷⁹ ? Si les règles d'ordre public de direction devraient être soulevées d'office par les juges en raison de l'atteinte directe portée à

¹⁶⁷⁶ Le rôle de la Cour de cassation est notamment de vérifier la conformité des décisions rendues par les juges du fond, avec le droit. D'après la célèbre formule, elle est le juge du droit. Si la matérialité des faits ne peut jamais être contrôlée par la Cour de cassation, l'interprétation de la loi est quant à elle toujours soumise à son contrôle. En revanche, une difficulté se présente pour la qualification des faits : le contrôle ne s'exerce pas sur les faits constatés par les juges du fond mais uniquement sur la qualification juridique qui en est faite.

¹⁶⁷⁷ Article 422 du Code de procédure civile : « *Le ministère public agit d'office dans les cas spécifiés par la loi* ».

¹⁶⁷⁸ Article 423 du Code de procédure civile.

¹⁶⁷⁹ Certains auteurs considèrent qu' « *il est douteux que l'on puisse étendre le domaine de son action à toutes les hypothèses de nullité absolue ou à des règles qui relèvent d'un ordre public de protection et seraient sanctionnées par une nullité relative* ». J. HAUSER et J.-J. LEMOULAND, *op. cit.*, n° 205, p. 34.

l'ordre public, les règles d'ordre public de protection ne semblent pas connaître le même sort, ni en théorie, ni en pratique, du moins jusqu'à la loi du 3 janvier 2008¹⁶⁸⁰.

792. **Une doctrine divisée.** Pour certains auteurs, appliquer d'office une règle d'ordre public de protection, alors que la partie protégée ne l'a pas invoquée, constitue une atteinte à la neutralité des juges, rompant ainsi l'égalité des armes entre les plaideurs¹⁶⁸¹. En présentant un fondement nouveau à l'une des parties, le juge lui donne une arme au détriment de l'autre¹⁶⁸². « [Le juge] *se fait l'agent d'exécution de la loi dont l'application lui paraît s'imposer alors même qu'en l'absence de contestation, le bénéfice de celle-ci n'a pas été réclamé par le défendeur ; le juge civil devient une sorte d'agent de contrôle* »¹⁶⁸³. Tant que la partie faible ne lui demande pas l'application de la règle d'ordre public de protection, le juge n'a pas le pouvoir de la relever d'office¹⁶⁸⁴. C'est une conception accusatoire qui plaide pour un rôle d'arbitre tranchant les litiges dont l'objet est défini par les plaideurs.

793. **Arguments en faveur.** Plusieurs arguments sont favorables à la faculté de relever d'office les règles d'ordre public de protection. Le juge, en interrogeant les plaideurs sur l'éventualité de l'utilisation d'une règle non invoquée par eux, ne présume pas de la décision finale¹⁶⁸⁵. De plus, le juge ne fait qu'appliquer une règle légale, ce qui est son rôle¹⁶⁸⁶ ; elle bénéficie à l'une des parties, non par la volonté du juge, mais par celle du législateur. Ce dernier argument se fonde sur l'application de l'article du 12 du Code de procédure civile, obligeant le juge à trancher « *le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables* »¹⁶⁸⁷. Encore faut-il qu'il y ait un conflit ; « *or, il est des hypothèses où l'absence totale de contestation confine à l'absence de litige* »¹⁶⁸⁸. Si les parties sont devant le juge, c'est qu'il y a un point de divergence à examiner, mais ce n'est peut-être pas celui concerné par la règle d'ordre public susceptible d'être soulevé d'office. Il faudrait qu'il existe un rapport entre l'objet du conflit déterminé par les plaideurs et le point de droit soulevé à l'initiative du juge. C'est une question de pertinence : l'application de la règle d'ordre public

¹⁶⁸⁰ Loi n°2008-3 du 3 janvier 2008 pour le développement de la concurrence au service des consommateurs.

¹⁶⁸¹ V. R. MARTIN, *L'article 6, §1, de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme contre l'article 12 du Nouveau Code de procédure civile*, D. 1996, chron. p. 20 ; Une réponse à cet article a été donnée, J. NORMAND, RTD civ. 1996, p. 689 et s.

¹⁶⁸² X. LAGARDE, *Office du juge et ordre public de protection*, JCP G 2001, I, 312, n° 6.

¹⁶⁸³ X. LAGARDE, *ibid.*, n° 7.

¹⁶⁸⁴ X. LAGARDE, *ibid.*, n° 2.

¹⁶⁸⁵ X. LAGARDE, *ibid.*, n° 6.

¹⁶⁸⁶ X. LAGARDE, *ibid.*, *loc. cit.*

¹⁶⁸⁷ Article 12, alinéa 1, du Code de procédure civile.

¹⁶⁸⁸ X. LAGARDE, *op. cit.*, *loc. cit.*

de protection doit avoir une incidence sur la question litigieuse des parties. Par exemple, si les contractants sont en conflit sur le lieu de livraison d'un bien, le juge ne peut pas décider de la nullité relative en s'apercevant d'un vice du consentement. Ni la partie forte, ni la partie faible ne souhaitent être déliées de leur rapport d'obligations, leur volonté prime sur l'office du juge, s'agissant d'une nullité relative. Mais l'argument le plus important serait de réfuter l'idée d'égalité des armes entre le demandeur et le défendeur. Pourquoi ne pas soutenir que le relevé d'office du juge vise justement à rééquilibrer les armes entre les plaideurs. L'égalité entre le demandeur et le défendeur serait une position initiale utopique. En revanche, prendre cette égalité comme un objectif à atteindre légitimerait le pouvoir du juge¹⁶⁸⁹. La même question se pose sur l'égalité des droits avec les discriminations positives qui ne sont qu'un rééquilibrage d'une inégalité naturelle ou socioéconomique. Cette inégalité se traduit par une inégalité devant le juge lorsque la partie faible n'invoque pas la règle dont l'objectif *in fine* est de créer une égalité. Pour une part de la doctrine, la protection des parties faibles entre pleinement dans les fonctions du juge¹⁶⁹⁰. Intervenant pour préserver l'ordre public, la société a un intérêt à ce que la protection qu'elle instaure par l'intermédiaire de la loi trouve un écho devant lui. Le juge peut-il rendre une décision qu'il sait contraire à une règle impérative, fût elle de protection¹⁶⁹¹ ? Certainement pas !

794. **Les limites de la protection de la partie « faible ».** Cependant, il n'est pas acceptable de forcer la partie faible à l'application d'une règle protectrice, si elle ne le souhaite pas. Le juge a notamment comme objectif d'éviter un trouble à l'ordre public. En intervenant sans l'accord de la partie faible ne va-t-il pas, au contraire, en créer un ? Afin de s'assurer de sa volonté réelle, le juge doit vérifier qu'elle a bien conscience du droit auquel elle s'apprête à renoncer. Renoncer à un droit est concevable à la condition de le posséder et de le connaître¹⁶⁹². D'ailleurs, la prescription ne court pas ou est suspendue¹⁶⁹³ tant que la connaissance d'un droit et (ou) de son exercice ne sont pas effectifs : personne dans une

¹⁶⁸⁹ X. LAGARDE, *op. cit.*, n° 7 où l'auteur précise que « *d'une certaine manière, le juge rétablit l'égalité des chances entre les deux parties en ce qu'il hisse l'une d'entre elles à un niveau de compétence juridique qu'elle n'avait pas. Il se borne à parfaire la loyauté du débat, objectif qui paraîtra d'autant plus légitime que le défendeur s'est présenté sans l'assistance d'un auxiliaire de justice* ».

¹⁶⁹⁰ G. PAISANT et G. RAYMOND, *Quatre-vingts propositions pour les quatre-vingts ans de La Semaine juridique*, JCP hors série, p. 66, p. 73.

¹⁶⁹¹ X. LAGARDE, *op. cit.*, n° 1.

¹⁶⁹² En cas d'oubli, la partie faible est alors secourue par le juge. En ce sens, v. Ph. BIARDEAUD et Ph. FLORES, *La protection de l'emprunteur : une notion menacée*, D. aff. 2000, n° 12, p. 191 et s.

¹⁶⁹³ Article 2230 du Code civil : « *La suspension de la prescription en arrête temporairement le cours sans effacer le délai déjà couru* ».

situation physique temporaire l'empêchant d'agir¹⁶⁹⁴ ; incapacité des mineurs et des majeurs protégés¹⁶⁹⁵...

795. **Une doctrine divisée du fait d'une jurisprudence incertaine.** Cette divergence d'opinion doctrinale a été entretenue par les revirements de jurisprudence en la matière. La Cour de cassation a reconnu aux juges du fond, dans un premier temps, un pouvoir de relever d'office une nullité de protection non invoquée par la partie protégée au procès¹⁶⁹⁶, dès lors que le principe du contradictoire était respecté¹⁶⁹⁷. Considérant qu'ils n'avaient pas le pouvoir de relever d'office une nullité relative, la cour d'appel a été censurée par la Cour de cassation pour méconnaissance de ses pouvoirs et violation des textes qu'elle n'a pas utilisés¹⁶⁹⁸. Dans un deuxième temps, le pouvoir de relever d'office une nullité relative a été retiré aux juges du fond : « *Attendu que la méconnaissance des exigences des textes susvisés, même d'ordre public, ne peut être opposée qu'à la demande de la personne que ces dispositions ont pour objet de protéger* »¹⁶⁹⁹. Un tempérament à cette interdiction a

¹⁶⁹⁴ Article 2234 du Code civil : « *La prescription ne court pas ou est suspendue contre celui qui est dans l'impossibilité d'agir par suite d'un empêchement résultant de la loi, de la convention ou de la force majeure* ».

¹⁶⁹⁵ Article 2235 du Code civil : « *Elle ne court pas ou est suspendue contre les mineurs non émancipés et les majeurs en tutelle, sauf pour les actions en paiement ou en répétition des salaires, arrérages de rente, pensions alimentaires, loyers, fermages, charges locatives, intérêts des sommes prêtées et, généralement, les actions en paiement de tout ce qui est payable par années ou à des termes périodiques plus courts* ».

¹⁶⁹⁶ Cass. civ. 1^{re}, 22 mai 1985, n° 84-10572, Bull. civ. I, n° 159 : « *Sur la première branche du premier moyen : attendu que la société gerp immobilier reproche encore à la cour d'appel d'avoir relevé d'office le moyen tiré de l'absence de limite de la durée du mandat alors qu'une "nullité de protection n'est invocable que par le seul particulier" ; mais attendu que, s'agissant d'un moyen de pur droit qui n'était mélangé d'aucun élément de fait puisqu'il ressortait des termes mêmes du mandat dont l'application était demandé, la cour d'appel était fondée à relever d'office le moyen tiré de la violation de l'article 7 de la loi du 2 janvier 1970* » ; RTD civ. 1986. 149, obs. P. REMY. Dans le même sens, Cass. civ. 3^e, 20 novembre 1985, n° 84-13353, Bull. civ. III, n° 153 ; V. J. GHESTIN, *Traité de droit civil, Les obligations, La formation du contrat*, LGDJ, 3^e éd., 1993, n°s 750-1 et s.

¹⁶⁹⁷ Cass. civ. 3^e, 20 novembre 1985, n° 84-13353, Bull. civ. III, n° 153 : « *attendu que le juge peut à condition d'observer le principe de la contradiction, prendre en considération, parmi les éléments du débat, même les faits que les parties n'auraient pas spécialement invoqués au soutien de leurs prétentions et leur appliquer la règle de droit appropriée* ».

¹⁶⁹⁸ Cass. civ. 3^e, 20 novembre 1985, n° 84-13353, Bull. civ. III, n° 153 : « *Attendu que pour constater que les parties avaient transigé et dire en conséquence, que les époux z... devront régulariser la vente consentie a m. x... moyennant le prix de 600. 000 francs, la cour d'appel, après avoir constaté que les époux z... produisaient une attestation selon laquelle la signature de la transaction avait été provoquée par la peur que leur avaient inspirée les menaces proférées par m. x..., relève que les époux z... ne prétendaient pas faire rescinder cette convention pour cause de dol ou de violence et qu'à supposer prouve un tel vice du consentement, elle était sans pouvoir de le relever d'office ; qu'en statuant ainsi, alors qu'elle pouvait, pour déterminer les obligations des époux z..., se fonder sur des faits résultant d'une pièce produite aux débats, la cour d'appel a méconnu l'étendue de ses pouvoirs et viole les textes susvisés* ».

¹⁶⁹⁹ Cass. civ. 1^{re}, 15 février 2000, n° 98-12713, Bull. civ. I, n° 49 ; JCP G 2001, II, 10477, note O. GOUT ; cont., conc., consom. 2000, n° 116, obs. G. RAYMOND. Cass. com., 3 mai 1995, Bull. civ. IV, n° 128 ; D. 1997, p. 124, note F. EUDIER. Cass. Civ. 1^{re}, 10 juillet 2002, Bull. civ. I, n° 195 ; D. 2003, jurispr., p. 549, note O. GOUT ; RTD civ. 2003, p. 87, obs. J. MESTRE et B. FAGES. Cass. civ. 2^e, 4 décembre 2003, Bull. civ. II, n° 367. Cass. civ. 1^{re}, 16 mars 2004, (deux arrêts), Bull. civ. I, n° 91 ; RDC 2004, p. 679, obs. D. FENOUILLET ; X. LAGARDE, *Office du juge et ordre public de protection, op. cit.* ; I. FADLALLH et C. BAUDE-TEXIDOR, *L'office du juge en matière de crédit de la consommation : éloge de la neutralité judiciaire*, D. 2003, chron., p. 750.

été apporté lorsque la partie faible avait invoqué la nullité sur un autre fondement¹⁷⁰⁰. Dans ces conditions, l'intention de se voir protéger par la nullité ne fait nul doute, la partie n'a pas renoncé à sa protection légale.

796. **L'intervention du législateur.** Peut-être sous l'influence de la Cour de Justice des Communautés Européennes¹⁷⁰¹ (CJCE), le législateur a-t-il inséré l'article L. 141-4¹⁷⁰² dans le Code de la consommation : « *Le juge peut soulever d'office toutes les dispositions du présent code dans les litiges nés de son application* ». En revanche, la CJCE n'a pas eu beaucoup d'influences sur la position de la Cour de cassation¹⁷⁰³, qui s'est cependant inclinée devant la volonté du législateur, permettant aux juges du fond de relever d'office une nullité de protection¹⁷⁰⁴. La Cour de cassation va-t-elle sanctionner les juges du fond lorsqu'ils ne soulèveront pas des nullités d'ordre public ? Que le juge ait le pouvoir de prendre des mesures d'instruction est différent de l'interdire ou de l'obliger à en prendre. La décision du juge en vue de préserver l'ordre public peut se révéler en fait y porter atteinte. Soulever d'office une règle d'ordre public de protection doit s'effectuer parce qu'il y a un litige, mais ce n'est pas une condition suffisante. Il faudrait également que les conséquences de l'application de cette règle d'ordre public de protection soit cohérente avec la demande de la partie protégée. L'intention de la partie faible n'est pas d'accepter la situation que la partie forte veut lui

¹⁷⁰⁰ « *Lorsque la personne protégée a manifesté son intention de se prévaloir de la nullité de l'acte, fût-ce sur un autre fondement* » : Cass. civ. 1^{re}, 18 décembre 2002, Bull. civ. I, n° 315 ; RTD civ. 2003, p. 704, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; RDC oct. 2003, p. 86, obs. D. FENOUILLET.

¹⁷⁰¹ M. LAMOUREUX, *op. cit.*, tome 2, p. 560 où l'auteur précise que « [la Cour de Justice des Communautés Européennes] a clairement fait savoir dans une décision du 27 juin 2000 en énonçant que la protection établie par la directive de 1993 "implique que le juge national puisse apprécier d'office le caractère abusif d'une clause du contrat qui lui est soumis" ». CJCE, 27 juin 2000, aff. C-240/98 à C-244/98, *Océano Grupo Editorial SA c/ Rocio Muciano Quintero et a.*, Rec. I, p. 4991 ; JCP G 2001, II, 10513, note M. CARBALLO FIDALGO et G. PAISANT ; RTD civ. 2001, p. 878, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; RTD civ. 2001, p. 939, obs. A. RAYNOUARD. Cette même cour a décidé que la directive de 1993 « s'oppose à une réglementation interne qui, dans une action intentée par un professionnel à l'encontre d'un consommateur et fondée sur un contrat entre eux, interdit au juge national à l'expiration d'un délai de forclusion de relever, d'office ou à la suite d'une exception soulevée par le consommateur, le caractère abusif d'une clause insérée dans ledit contrat » ; CJCE, 21 novembre 2002, aff. C-473/00, *Cofidis SA c/ J.-L. Fredont*, Rec. CJCE, p. 10875 ; D. 2003, jurispr., p. 486, note C. NOURISSAT ; JCP G 2003, I, 107, n° 14, obs. G. JAZOTTES ; JCP G 2003, II, 10082, note G. PAISANT ; cont., conc., consom. 2003, n° 31, obs. G. RAYMOND ; RTD com. 2003, p. 410, obs. M. LUBY. Sur la jurisprudence de la CJCE en matière de clauses abusives, v. M. LUBY, *Trop ne vaut rien ! (ou quand la CJCE ébranle le régime juridique des clauses abusives)*, cont., conc., consom. 2004, chron. n° 1.

¹⁷⁰² Loi n°2008-3 du 3 janvier 2008 pour le développement de la concurrence au service des consommateurs (1), article 34.

¹⁷⁰³ Cass. civ. 1^{re}, 23 novembre 2004, n° 03-11411, Bull. civ. I, n° 287 ; D. 2005, p. 2222 ; JCP G 2005, IV, 1012.

¹⁷⁰⁴ Cass. civ. 1^{re}, 22 janvier 2009, n° 05-20176, Bull. civ. I, n° 9 : « *Mais attendu que la méconnaissance des dispositions d'ordre public du code de la consommation peut être relevée d'office par le juge* » ; X. LAGARDE, *Le juge peut relever d'office la méconnaissance des dispositions d'ordre public du Code de la consommation*, JCP 2009, II, 10037. Dans deux autres arrêts du même jour, la Cour de cassation s'est fondée sur l'article 6 du Code civil alors que ce n'était pas utile : Cass. civ. 1^{re}, 22 janvier 2009, 2 arrêts, n° 05-14.954, n° 03-11.775.

imposer, sinon il n'y aurait pas eu d'action en justice. Le juge ne peut pas laisser cette inégalité initiale perdurer par l'absence d'invocation de la règle qui permet de rétablir l'égalité¹⁷⁰⁵.

797. **Conclusion.** En définitive, pour l'ordre public de direction, le juge doit relever d'office la règle de droit alors que pour l'ordre public de protection il peut le faire : une nuance conforme aux moyens d'intervenir pour sauvegarder l'ordre public du législateur. Le juge doit conserver un pouvoir d'appréciation pour préserver l'ordre public avec les moyens les plus efficaces. La Cour de cassation exerce un contrôle sur les décisions des juges du fond en cas de silence des parties et en cas d'expression de leur volonté. Dans cette hypothèse les juges ne doivent pas dénaturer cette volonté.

B : L'interdiction faite aux juges du fond de dénaturer la volonté contractuelle

798. **Définition.** La dénaturation peut se définir comme une signification différente donnée à un document écrit ou à une partie d'un document, que celle pourtant claire et précise de la volonté des contractants¹⁷⁰⁶. Autrement dit, les juges du fond ont rendu une décision en se fondant sur une interprétation contraire à la volonté exprimée, de manière non équivoque, par les parties. Leur pouvoir d'interprétation souverain ne doit pas permettre de dénaturer les intentions révélées par les écrits clairs et précis, à défaut de quoi la Cour de cassation intervient pour protéger la prévisibilité contractuelle : « *le juge s'expose à une censure pour dénaturation* »¹⁷⁰⁷. Depuis 1872¹⁷⁰⁸, la jurisprudence des magistrats du Quai de l'Horloge est sans nuance sur cette question : les juges ont l'interdiction de dénaturer les conventions, lorsque les termes des stipulations sont clairs et précis. Il ne faut pas que, par une interprétation dispensable, les obligations soient modifiées. Les juges du fond sont ainsi soumis à la force obligatoire des conventions de l'article 1134 du Code civil. Le respect des clauses claires et précises n'aboutit pas à la censure de la part de la Cour de cassation¹⁷⁰⁹. A

¹⁷⁰⁵ X. LAGARDE, *Office du juge et ordre public de protection*, op. cit., n° 1 où l'auteur pose la question suivante : « *Ne revient-il pas au juge de compenser l'insuffisance juridique de cette dernière en relevant d'office les dispositions qui, trop souvent, échappent à sa sagacité ?* »

¹⁷⁰⁶ J.-Y. FROUIN, Petites affiches, 25 janvier 2007 n° 19, p. 15 et s.

¹⁷⁰⁷ M. LAMOUREUX, op. cit., tome 1, p. 135.

¹⁷⁰⁸ Cass. civ., 15 avril 1872 ; DP 1872, 1, 176 ; S. 1873, 1, 232.

¹⁷⁰⁹ Cass. req., 30 juillet 1884 ; S. 1885, 1, 374 : « *qu'en déclarant inadmissible la preuve testimoniale interdite par la convention, souverainement interprété par lui, l'arrêt attaqué, loin de violer les articles 1341, 1347 et*

contrario, les clauses manquant de clarté ou (et) de précision doivent être interprétées par les juges du fond afin de découvrir l'intention véritable des parties. Le problème est simple, les clauses claires et précises ne donnent pas lieu à interprétation. Les juges du fond qui y procéderaient seraient censurés par la Cour de cassation. Dans le cas d'une clause obscure, l'interprétation est possible. La définition des stipulations claires et précises est primordiale pour délimiter les pouvoirs des juges. La réponse devient compliquée en l'absence de définition. Les mêmes clauses sont tantôt claires et précises, tantôt ambiguës¹⁷¹⁰. Les circonstances de l'espèce auraient la faculté de faire d'un écrit clair et précis, un écrit nécessitant une interprétation pour en révéler l'intention cachée. Il est douteux qu'une même rédaction puisse être les deux selon le contexte. La Cour de cassation agirait sans doute plus par opportunité dans ces situations.

799. **Un exemple topique.** Dans le cadre d'un contrat d'assurance vol, une clause prévoyait que l'assuré devait rapporter la preuve « *des détériorations liées à une pénétration dans l'habitacle par effraction, le forçement de la direction ou de son antivol et la modification des branchements électriques ayant permis le démarrage du véhicule* »¹⁷¹¹. Cette stipulation a connu deux interprétations différentes de la part de la Cour de cassation. La première analyse a consisté à y voir une limitation des modes de preuve admissibles pour prouver le vol¹⁷¹², tandis que la seconde a considéré que cette stipulation déterminait le risque garanti¹⁷¹³. La même clause, la même année a connu deux sorts totalement opposés : inefficace pour la première, licite pour la seconde. La Cour de cassation a refusé, dans la première espèce, qu'une clause limite les moyens de preuve d'un fait. Pourtant dans d'autres situations, elle sanctionne les juges du fond lorsqu'ils refusent d'appliquer une clause dont l'objet est justement de limiter les moyens de preuve d'un fait. En effet, des contractants peuvent prévoir les modes de preuve admissibles modifiant les règles légales de preuve. Ce type de clause précise que tel évènement peut être prouvé par tel(s) mode(s) de preuve (écrit,

1348 du Code civil, dont l'application dans la cause est repoussée par cette convention même, n'a fait qu'obéir aux prescriptions de l'article 1134 du Code civil ».

¹⁷¹⁰ M. LAMOUREUX, *op. cit.*, tome 1, p. 135, v. note bas de page n° 468.

¹⁷¹¹ Cass. civ. 2^e, 10 mars 2004, n° 03-10154, Bull. civ. II, n° 101.

¹⁷¹² Cass. civ. 2^e, 10 mars 2004, Bull. civ. II, n° 101 ; RDC 2004, p. 938, obs. Ph. STOFFEL-MUNCK ; RDC 2004, p. 1080, obs. A. DEBET ; Resp. civ. et assur. 2004, n° 199 ; D. NOGUERO, *Liberté de la preuve du sinistre ou conditions du jeu de la garantie du vol ? (A propos d'un arrêt de la deuxième chambre civile de la Cour de cassation du 10 mars 2004)*, Resp. civ. et assur. 2004, étude n° 20 ; RGDA 2004-03, p. 645 ; J. KULLMANN, *De l'aménagement contractuel de la preuve du vol à la liberté de la preuve du sinistre... la Convention Européenne des Droits de l'Homme à l'assaut du contrat d'assurance*, RGDA 2004, p. 561 ; RTD civ. 2005, p. 133, obs. J. MESTRE et B. FAGES.

¹⁷¹³ Cass. civ. 2^e, 16 décembre 2004, n° 03-18232, RGDA 2005-02, p. 182, note J. KULLMANN.

témoignage, reçu, sms, etc.). Les juges peuvent interpréter la clause de deux manières, soit les modes énumérés sont limitatifs, soit ils sont simplement indicatifs. Faute pour les contractants d'exprimer clairement l'intention de restreindre à ces seuls éléments de preuve, les juges peuvent très bien considérer que d'autres éléments sont rapportables.

800. **L'exemple de la loterie.** Le 10 janvier 1995, la Cour de cassation a censuré une cour d'appel pour avoir dénaturé les termes d'un contrat¹⁷¹⁴. En l'espèce, une personne prétendait avoir gagné le « gros lot ». Malheureusement, elle avait perdu le reçu et le double du billet gagnant. Les juges du fond lui accordèrent de rapporter la preuve par tout moyen, considérant que la clause ne faisait qu'indiquer de manière non exhaustive des éléments de preuve. La Cour de cassation considéra que l'article 1134 du Code civil avait été violé par la cour d'appel, en condamnant la société Loto à verser le gain au joueur qui ne rapportait pas la preuve par le double ou le reçu du billet gagnant au motif que le règlement du jeu n'excluait pas expressément toute autre preuve du droit au gain, alors que l'article 14 de ce même règlement stipulait que les gains étaient payables sur remise du reçu ou du double. La Cour de cassation protégea la société Loto en faisant cette interprétation. L'opportunité dans l'interprétation est sans doute à prendre en compte plus souvent qu'il n'y paraît. Avec ces deux comparaisons, le constat du manque de cohérence de la Cour de cassation s'impose. La justification ne peut être que l'opportunité d'un changement pour préserver l'ordre public.

C : L'obligation faite aux juges du fond de motiver la sanction d'une clause

801. **Postulat.** En principe, les clauses d'une convention sont licites et donc applicables. Ce n'est que par exception que les juges du fond les sanctionnent. Ils doivent, pour ce faire, motiver leur décisions afin d'expliquer en quoi elles sont illicites, permettant ainsi de légitimer la solution retenue. L'acceptation commence par la compréhension ; l'explication permet cette compréhension ; les juges expliquent leur position par la motivation.

¹⁷¹⁴ Cass. civ. 1^{re}, 10 janvier 1995, Bull. civ. I, n° 26 ; Defrénois 1995, p. 746, obs. Ph. DELEBECQUE.

802. **Rôles de la motivation.** La motivation joue un rôle primordial dans le processus d'apaisement des conflits. Rendre une décision en se contentant de qualifier une clause d'illicite n'est pas suffisant pour la Cour de cassation. La motivation permet également de lever le doute sur un hypothétique arbitraire dont les juges du fond sont parfois accusés. Les exemples de motivation pour la qualification de clause abusive (1) et pour la révision de la clause pénale (2) montrent comment la Cour de cassation veille au travail des juges du fond.

1 : L'obligation de motiver la qualification de clause abusive

803. **Motivation lacunaire vaut absence de motivation.** Les motivations elliptiques sont censurées par la Cour de cassation, lorsque les juges du fond se satisfont de sanctionner une clause dans un contrat de consommation sans préciser les raisons qui ont poussé à cette sanction. Les clauses abusives doivent répondre à plusieurs critères que les juges doivent vérifier et motiver dans leur décision. Tous les critères peuvent être réunis, l'absence de motivation entraîne, malgré tout, la censure de la Cour de cassation. La nouvelle Cour d'appel devra alors motiver son choix pour ne pas connaître la même sanction. Cette exigence de forme permet de contrôler le fond de la décision.

804. **Le seul motif ... ne suffit pas.** Les juges du fond ne peuvent pas se permettre de justifier la qualification d'abusives de la clause litigieuse sur le seul motif qu'elle est insérée dans un contrat d'adhésion. Cela ne démontre pas un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des contractants au détriment du consommateur¹⁷¹⁵. Le déséquilibre ne suffit pas pour sanctionner la clause examinée, les juges doivent s'assurer que le déséquilibre revêt une certaine importance pour qualifier la clause d'abusives¹⁷¹⁶. La Cour de cassation veille à ce que cette sanction soit appliquée aux clauses véritablement déséquilibrées, un léger déséquilibre est cependant possible.

805. **En matière de droit de la consommation.** Dans les contrats soumis à la réglementation du Code de la consommation, les clauses aménageant directement les règles

¹⁷¹⁵ Cass. civ. 1^{re}, 12 mars 2002 ; Dr. et patr. mai 2002, n° 104, p. 92, obs. P. CHAUVEL.

¹⁷¹⁶ M. LAMOUREUX, *op. cit.*, tome 2, p. 570 et 571 ; J. MESTRE, *Vingt ans de lutte contre les clauses abusives*, in *L'avenir du droit*, Mél. F. TERRE, PUF, Dalloz, 1999, p. 677 et s., sp. p. 682 ; X. LAGARDE, *Qu'est-ce qu'une clause abusive ? Étude pratique*, JCP G 2006, I, 110.

de preuve comme celles les aménageant indirectement ne pourront être qualifiées d'abusives par les juges du fond que si elles créent un déséquilibre incontestable entre les parties au profit du professionnel¹⁷¹⁷. Ainsi par exemple, s'agissant des modifications indirectes des règles légales de preuve, le caractère abusif des clauses de responsabilité doit être démontré par les juges du fond au risque de voir leur décision sanctionnée par la Cour de cassation. En effet, ces clauses ne sont pas obligatoirement abusives du seul fait d'être insérées dans un contrat de consommation¹⁷¹⁸. Il en est de même pour les clauses résolutoires¹⁷¹⁹. Modifier les règles légales ne suffit pas à caractériser le déséquilibre manifeste entre le professionnel et le consommateur¹⁷²⁰, et cela même lorsque la Commission des clauses abusives recommande de considérer une telle clause comme abusive. La Cour de cassation s'émancipe de ces recommandations¹⁷²¹.

806. **L'exemple des clauses de conciliation.** Les clauses de conciliation ont pour effet d'écarter toutes les règles de preuve au profit d'un accord entre les contractants sur les conséquences du litige qui les oppose. L'insertion de la clause dont l'objet est de « *passer exclusivement par un mode alternatif de règlement des litiges* »¹⁷²² dans la liste des clauses abusives par le législateur ne concerne pas ces clauses de conciliation préalable. Ces clauses n'interdisent pas un recours en justice, mais imposent une tentative de conciliation avant toute saisie du juge compétent¹⁷²³. En outre, cette liste n'étant qu'indicative, les juges du fond doivent motiver leur décision de qualifier d'abusives une stipulation mentionnée sur cette liste¹⁷²⁴. La législation sur les clauses abusives n'est pas l'unique possibilité offerte par le législateur pour déjouer les prévisions contractuelles lorsque l'application d'une clause a pour conséquence de troubler l'ordre public. Les clauses pénales se voient soumises à ce double

¹⁷¹⁷ Excepté certaines clauses considérées comme abusives de manière irréfutable en raison de l'article R. 132-1 du Code de la consommation, notamment lorsqu'elles inversent la charge de la preuve au détriment du consommateur.

¹⁷¹⁸ Cass. civ. 1^{re}, 24 février 1993 ; D. 1993, IR, p. 78 ; TGI Paris, 1^{re}, ch. Soc., 4 février 2003 ; JCP G 2003, II, 10079, note Ph. STOFFEL-MUNCK ; D. 2003, jurispr., p. 762, obs. C. MANARA.

¹⁷¹⁹ M. LAMOUREUX, *op. cit.*, tome 2, p. 571.

¹⁷²⁰ V. pour une clause de conciliation, Cass. civ. 1^{re}, 1^{er} février 2005, Bull. civ. I, n° 64 ; cont., conc., consom. 2005, n° 97, obs. G. RAYMOND ; RTD civ. 2005, p. 394, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; RDC 2005, p. 726, obs. D. FENOUILLET ; JCP G 2005, I, 141, n° 8 et s., obs. N. SAUPHANOR-BROUILLAUD ; JCP E 2005, 1178, note N. SAUPHANOR-BROUILLAUD.

¹⁷²¹ M. LAMOUREUX, *op. cit.*, tome 2, p. 572 et 573.

¹⁷²² Article R. 132-2 du Code de la consommation ; Loi n° 2005-67 du 28 janvier 2005 ; RDC 2005, p. 715, obs. D. FENOUILLET ; H. CLARET, *La loi n° 2005-67 du 28 janvier 2005 tendant à conforter la confiance et la protection du consommateur*, JCP G 2005, I, 140. Formulation reprise par le Décret n°2009-302 du 18 mars 2009 - art. 2.

¹⁷²³ C. PELLETIER, *Les clauses de conciliation et de médiation dans les contrats de consommation*, JCP E 2005, Aperçu rapide, p. 493.

¹⁷²⁴ RDC 2005, p. 718, obs. D. FENOUILLET.

contrôle : celui des clauses abusives et celui du pouvoir de révision de l'article 1152 du Code civil.

2 : L'obligation de motiver la révision des clauses pénales

807. **Motiver le caractère manifestement excessif ou dérisoire.** Le pouvoir de révision des clauses pénales, lorsque le montant forfaitaire est manifestement dérisoire ou excessif, est une faculté offerte au juge et non une obligation¹⁷²⁵. Il doit, pour en user, motiver les éléments justifiant le caractère manifestement dérisoire ou excessif¹⁷²⁶. En revanche, le refus d'exercer son pouvoir n'est soumis à aucune motivation, le juge ne faisant qu'appliquer la loi des parties : « *application pure et simple de la convention* »¹⁷²⁷. Entre autre, le caractère facultatif du pouvoir modérateur prévu à l'article 1152, alinéa 2, du Code civil justifie l'absence d'obligation de motiver le refus de réviser la clause pénale. La Cour de cassation exerce seulement un contrôle de la motivation de la révision judiciaire de la clause pénale litigieuse¹⁷²⁸, « *rappelant à l'ordre les juges du fond qui ont la révision un peu trop facile* »¹⁷²⁹. Comme pour la qualification des clauses abusives, il ne suffit pas d'indiquer que la clause pénale est dérisoire ou excessive¹⁷³⁰ pour remplir les conditions de la motivation attendue par la Cour de cassation. Est insuffisante la motivation relevant que le montant est « *un peu élevé* »¹⁷³¹. Encourt la même sanction, la décision de réviser au seul motif que le préjudice subi est supérieur à l'évaluation forfaitaire de la clause pénale, s'affranchissant ainsi du caractère « *manifeste* »¹⁷³².

¹⁷²⁵ Cass. com., 23 janvier 1979 ; JCP G 1979, IV, 106 ; RTD civ. 1981, p. 153, obs. F. CHABAS. Cass. soc., 23 octobre 1980, Bull. civ. V, n° 765. Cass. civ. 1^{re}, 23 février 1982, Bull. civ. I, n° 55. Cass. com., 12 mars 1999 ; JCP E 2000, p. 991, obs. E. GARAUD. V. aussi, P. THERY, *Le juge dans le Code civil, in 1804-2004, Le Code civil, un passé, un présent, un avenir*, Dalloz, 2004, p. 657 et s., sp. p. 668.

¹⁷²⁶ Cass. mixte, 20 janvier 1978 ; RTD civ. 1978, p. 377, obs. G. CORNU. Cass. civ. 1^{re}, 10 mai 1978 ; Defrénois 1979, p. 880, obs. J.-L. AUBERT. Cass. com., 18 décembre 1978 ; D. 1980, I.R., p. 12. Cass. civ. 3^e, 1^{er} juillet 1980, JCP G 1980, IV, 351. Cass. com., 10 juillet 2001, 5 février 2002 et 22 janvier 2002 ; Gaz. Pal. 2003, 1, pan. p. 534 ; M. SALUDEN, *L'étendue du contrôle exercé par la Cour de cassation sur les juges du fond en matière de clause pénale*, Gaz. Pal. 1984, 1, doct. p. 262.

¹⁷²⁷ Cass. civ. 1^{re}, 23 février 1982, Bull. civ. I, n° 85 ; RTD civ. 1982, p. 603, obs. F. CHABAS. Cass. civ. 3^e, 14 janvier 1987, Bull. civ. III, n° 8. Cass. com., 26 février 1991, Bull. civ. IV, n° 91. Cass. civ. 3^e, 12 janvier 1994, Bull. civ. III, n° 5 ; Defrénois 1994, p. 804, obs. D. MAZEAUD. Cass. civ. 1^{re}, 26 juin 2001, Bull. civ. I, n° 191. Cass. civ. 1^{re}, 12 juillet 2001, Bull. civ. I, n° 218 ; JCP E 2002, p. 482, note L. LEVENEUR ; Defrénois, 2001, p. 1417, obs. Y. DAGORNE-LABBE. Cass. civ. 3^e, 25 septembre 2002 ; RJDA 2002, n° 1235.

¹⁷²⁸ M. SALUDEN, *op. cit., loc. cit.*

¹⁷²⁹ M. LAMOUREUX, *op. cit.*, tome 2, p. 580. En ce sens, v. Cass. soc., 24 mai 1978, Bull. civ. V, n° 385. Cass. civ. 1^{re}, 19 janvier 1988 ; JCP G 1989, II, 21298, note M. HARICHAUX.

¹⁷³⁰ Cass. civ. 3^e, 14 novembre 1991, Bull. civ. III, n° 274.

¹⁷³¹ Cass. mixte, 20 janvier 1978, Bull. civ. n° 1 ; RTD civ. 1978, p. 377, obs. G. CORNU.

¹⁷³² Cass. com., 10 juillet 2001 ; JCP E 2002, p. 482, note L. LEVENEUR.

808. **Précisions.** La Cour de cassation sanctionnant l'insuffisance de motivation, forcément la décision de réduire le montant sans justification va être censurée¹⁷³³. Les juges du fond doivent donc motiver leur décision de réviser la clause litigieuse. Pour ce faire, son montant doit être dérisoire ou excessive par rapport au préjudice subi, mais aussi présenter un caractère manifeste dans cette différence¹⁷³⁴ : « *La disproportion doit être manifeste, évidente, grave* »¹⁷³⁵. En revanche, est interdite par la Cour de cassation, la révision au motif que le débiteur est de mauvaise foi¹⁷³⁶ ou encore parce que cela semble « *juste* »¹⁷³⁷. Ces considérations peuvent sans doute être utilisées pour vérifier la licéité de la clause, mais pas pour la réviser.

809. **Les juges du fond.** Dans l'hypothèse où les juges du fond décident de réviser le montant forfaitairement prévu dans la stipulation litigieuse, la Cour de cassation laisse une grande liberté à ces derniers dans la détermination de la nouvelle évaluation¹⁷³⁸. Cependant, lorsque le montant déterminé par les juges du fond est inférieur au préjudice subi en raison de l'inexécution, cette décision encourt la censure de la part de la Cour de cassation¹⁷³⁹. La réparation ne peut pas être inférieure au préjudice subi. Elle peut toutefois être supérieure à celui-ci, conservant ainsi son rôle de pénalité.

810. **Le juge des référés.** Quant au juge des référés, la Cour de cassation lui refuse ce pouvoir modérateur¹⁷⁴⁰, elle lui permet seulement d'octroyer une provision sur le forfait prévu dans la clause pénale¹⁷⁴¹. Seuls les juges du fond ont ce pouvoir dévolu par la loi. Les juges des référés sont les juges « de l'urgence et de l'évidence », ils ne statuent pas sur le fond du droit, mais uniquement sur l'apparence manifeste.

811. **Conclusion.** De manière générale, la Cour de cassation exerce un contrôle du travail des juges du fond pour uniformiser l'application des règles de droit sur tout le

¹⁷³³ Cass. com., 22 janvier 2002 ; Gaz. Pal. 2003, 1, pan. p. 534.

¹⁷³⁴ Refus d'une révision d'une clause pénale par les juges du fond, v. CA Versailles, 28 novembre 2002 ; RJDA 2003, n° 359.

¹⁷³⁵ M. LAMOUREUX, *op. cit.*, tome 2, p. 581.

¹⁷³⁶ Cass. com., 5 février 2002 ; Gaz. Pal. 2003, 1, pan., p. 534.

¹⁷³⁷ Cass. com., 21 janvier 1997, n° 94-18663.

¹⁷³⁸ M. LAMOUREUX, *op. cit.*, tome 2, p. 580.

¹⁷³⁹ Cass. civ. 1^{re}, 24 juillet 1978, Bull. civ. I, n° 280 ; RTD civ. 1979, p. 150, obs. G. CORNU. Cass. com., 12 février 1979 ; RTD civ. 1981, p. 153, obs. F. CHABAS. Cass. com., 3 février 1982 ; RTD civ. 1982, p. 603, obs. F. CHABAS. Cass. com., 8 juillet 1986, Bull. civ. IV, n° 147.

¹⁷⁴⁰ Cass. civ. 3^e, 19 février 2003, Bull. civ. III, n° 44 ; RJDA 2003, n° 688 ; Gaz. Pal. 2003, jurispr., p. 3081, note J. REMY ; RTD civ. 2003, p. 705, obs. J. MESTRE et B. FAGES.

¹⁷⁴¹ Cass. civ. 2^e, 10 juillet 1978 ; JCP G 1980, II, 19355, obs. E.-M. BEY. Cass. com., 1^{er} mars 1983 ; Gaz. Pal. 1983, 2, jurispr., p. 533, obs. E.-M. BEY.

territoire, mais surtout afin d'éviter un arbitraire qui porterait atteinte à l'ordre public. Les juges du fond doivent user de leur pouvoir avec parcimonie. En veillant au respect de l'ordre public, ils ne doivent pas causer un trouble encore plus important. Les conventions sur la preuve produisent des effets tant qu'elles ne portent pas atteinte à l'ordre public notamment en obligeant le juge à rendre une décision invraisemblable. Dans le cas contraire, les juges du fond rendront inefficace la clause litigieuse afin d'éviter une décision illégitime. Ce pouvoir des juges du fond est soumis au contrôle de la Cour de cassation.

CONCLUSION DU CHAPITRE PREMIER

812. **Un juge indispensable.** L'intervention *a priori* du législateur pour défendre l'ordre public a un intérêt à condition que cette fonction soit prolongée par le juge à l'occasion des conflits qui lui sont soumis. Prévention et interdiction en amont par la loi ; sanction en aval par les décisions de justice ; entre les deux : les initiatives individuelles, collectives, contractuelles doivent respecter cet ordre indispensable à toute vie en société. Le juge, dans l'exercice de son rôle, vérifie *a posteriori* le respect de la loi par l'accord de volonté modifiant les règles légales de preuve, ainsi que ses incidences sur l'ordre public alors que la loi n'est pas violée.

813. **Le critère de l'applicabilité : la disponibilité des droits.** Plus exactement, il doit commencer par vérifier si les contractants avaient la possibilité de créer une convention de preuve. Autrement dit, les droits issus des lois applicables sont-ils disponibles ? Par cette question, le juge s'interroge sur le contenant : la place de la volonté en fonction des droits en jeu. La disponibilité des droits est alors le critère de l'applicabilité des aménagements des règles légales de preuve.

814. **Vient ensuite l'application ou l'effet produit sur l'ordre public.** Le respect de la condition de disponibilité est certes nécessaire mais insuffisant pour rendre pleinement efficace une clause de preuve. Les juges du fond procèdent à l'examen des incidences de l'application de cette clause sur l'ordre public. Le contenu est passé au scanner afin d'en déceler les anomalies. Les terminologies pour sanctionner un contenu contraire à cet ordre sont nombreuses : mauvaise foi, faute, fraude, etc. L'objectif direct de ces notions est d'éviter d'avoir des décisions de justice invraisemblables les rendant illégitimes. Les plaideurs, comme les justiciables, ne peuvent être satisfaits d'une telle intervention de la société par l'intermédiaire des juges : si la vérité n'est pas systématiquement découverte, un mensonge ostensible ne peut être consacré par les juges. Les juges ont besoin d'un moyen pour sauvegarder la paix sociale. Peu important la dénomination de ce moyen, il s'agit bien de l'ordre public au fond. Les prévisions contractuelles sont déjouées dans ce cas-là.

815. **Contrôler le contrôleur.** La sécurité juridique de la convention de preuve pouvant être réduite à néant, l'ordre public peut être troublé par l'intervention des juges du fond. La Cour de cassation veille au travail de ces juges. Ces derniers s'assurent du respect de l'ordre public par les contractants ; la Cour de cassation contrôle le respect de l'ordre public par les juges du fond. La prévisibilité contractuelle n'est remise en cause qu'à la condition d'avoir violé indirectement ou directement l'ordre public. Toute décision prise à la légère connaît la censure de la part de la Cour de cassation. Le respect de l'ordre public concerne toutes les strates de la société : législateur, juge, individu. La seule question en suspend est de savoir qui protège les plaideurs de l'arbitraire de la Cour de cassation, arbitraire perçu en raison des revirements jurisprudentiels. Après ce double contrôle du contenant puis du contenu de la convention de preuve au regard de l'ordre public, les juges peuvent rendre leur décision.

CHAPITRE SECOND

LES EFFETS DE LA VÉRIFICATION DES CONVENTIONS DE PREUVE SUR LA DÉCISION DU JUGE

816. **Intérêt.** Déroger à la loi par des règles conventionnelles n'a d'intérêt que si les parties sont obligées de respecter la convention. S'il est possible de revenir unilatéralement sur ces nouvelles règles, l'intérêt de les avoir modifiées disparaît. Les conventions de preuve, comme la loi, ont besoin d'une sécurité juridique qui tient à la force obligatoire de l'article 1134 du Code civil. Les parties désirant être conventionnellement liées ne doivent pas pouvoir se délier unilatéralement, sinon cela reviendrait à ne pas être engagées. Une telle possibilité serait source d'insécurité juridique pour les parties. Les règles conventionnelles sont la nouvelle loi des parties. En cas de litige, ces lois s'appliquent à la place des règles supplétives sur la preuve. Les contractants ne sont pas les seuls tenus par cette force obligatoire. Les juges appliquent la loi des parties dès lors qu'ils la qualifient de licite. En revanche, la convention de preuve illicite ne s'impose pas avec la même force. Les juges contrôlent la clause de preuve afin d'en tirer les conséquences pour rendre leur décision.

817. **Deux temps.** Le passage devant les juges se décompose en deux temps. Le juge commence par apprécier la licéité de la convention de preuve, avant d'en tirer les conséquences : le respect ou non de l'ordre public. En cas de non-respect, les juges ne peuvent pas appliquer la convention de preuve telle qu'elle est, faute de quoi l'ordre public serait atteint. Quelle doit être la sanction adéquate pour protéger l'ordre public (**Section 1**) ? Si la mesure commande la sanction du comportement contraire à l'ordre public rendant la solution à apporter incertaine, il en va différemment lorsque la convention de preuve respecte l'ordre public. Son respect rend la volonté des contractants pleinement efficace entre eux et vis-à-vis du juge (**Section 2**).

Section 1 : L'incidence du non-respect de l'ordre public sur l'application de la convention de preuve

818. **La contrariété à l'ordre public**¹⁷⁴². La convention de preuve contraire à l'ordre public ne peut pas être efficace, sinon le juge participerait à cette atteinte alors qu'il en est le garant. La première sanction traversant la pensée d'un juriste est la nullité¹⁷⁴³. Par ce mécanisme, la convention de preuve sort du domaine juridique depuis sa formation, laissant un vide comblé par les règles de preuve initialement prévues par le législateur¹⁷⁴⁴.

819. **Sanction.** Cette sanction est certainement très efficace, mais présente l'inconvénient de manquer de mesure. La nullité de la convention de preuve n'est pas toujours la réponse la plus adaptée. Les juges sont maîtres de déterminer la sanction qui permet d'éviter ou d'arrêter le trouble à l'ordre public, tout en évitant d'en créer un nouveau en raison d'une solution excessive. Le juge est en quelque sorte le médecin du contrat, il diagnostique la maladie afin d'y associer le protocole de guérison correspondant : amputation, cautérisation, apposition d'un simple pansement, tout dépend des dégâts occasionnés à l'ordre public. Le juge a « *la tâche de déterminer la sanction la plus adéquate. D'où une grande incertitude quant à l'issue de la procédure judiciaire* »¹⁷⁴⁵, mais une incertitude salvatrice. L'aménagement illicite des règles de preuve entraîne des sanctions rigoureuses toutes les fois que cela est approprié (§1). Les juges préfèrent choisir une sanction plus souple lorsque les circonstances le permettent¹⁷⁴⁶ (§2) : « *la nullité n'est plus la seule sanction de l'invalidité du contrat, des sanctions alternatives lui étant parfois préférées* »¹⁷⁴⁷.

¹⁷⁴² M. LUBY, *À propos des sanctions de la violation de l'ordre public*, cont., conc., consom. 2001, chron. n° 3.

¹⁷⁴³ Définition de la nullité : « *sanction prononcée par le juge et consistant dans la disparition rétroactive de l'acte juridique qui ne remplit pas les conditions requises pour sa formation* », R. GUILLIEN et J. VINCENT (dir.), *v° nullité*, in *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 16^e éd., 2007 ; « *Sanction judiciaire des conditions de formation de l'acte juridique* », Y. PICOD, *v° nullité*, in *Rèp. Civ. Dalloz*, 2013, n° 1.

¹⁷⁴⁴ Par exemple en droit du travail, le CDD ne respectant pas l'ordre public va disparaître au profit d'un CDI. L'opération se déroule en deux étapes : annulation de la volonté des parties au regard des obligations à respecter pour être un CDD ; puis la situation de fait est qualifiée par le contrat de droit commun en droit du travail qu'est le CDI : application de la règle supplétive. Cette solution est préférable au regard de l'ordre public. La nullité uniquement du CDD sans le requalifier par la suite de CDI serait contraire au maintien de l'emploi et à la protection du salarié qui a subi cette situation. En ce sens, v. C. BOULLEZ, *L'ordre public dans les relations de travail, Rapport français*, in *L'ordre public*, Travaux de l'Association H. CAPITANT, Tome 49, 1998, p. 735.

¹⁷⁴⁵ M. LAMOUREUX, *L'aménagement des pouvoirs du juge par les contractants, Recherche sur un possible imperium des contractants*, tome 1, PUAM, 2006, p. 229.

¹⁷⁴⁶ Il existe beaucoup de sanctions plus adéquates que la nullité en cas de non-respect de règle d'ordre public de protection par exemple. V. par ex., J. MESTRE, *L'ordre public dans l'économie, Rapport français*, in *L'ordre public*, Travaux de l'Association H. CAPITANT, Tome 49, 1998, p. 144.

¹⁷⁴⁷ M. LAMOUREUX, *op. cit.*, tome 1, p. 432 et 433.

Paragraphe 1 : Le choix d'une sanction rigoureuse en cas de non-respect de l'ordre public

820. **Clause et convention.** « *Arbitre de la vie et de la mort du contrat* »¹⁷⁴⁸, le juge doit agir avec mesure pour sauver ce qui peut être sauvé. Une clause de preuve qualifiée d'illicite doit être rendue inefficace, c'est une certitude. L'incertitude provient de l'incidence de cette illicéité sur la convention dans laquelle elle figure. En ne respectant pas l'ordre public, la stipulation litigieuse entraîne une réponse judiciaire qui peut se limiter à elle-même, mais peut aussi avoir une répercussion sur son support. L'importance de la clause litigieuse vis-à-vis de la convention dans laquelle elle est insérée permet de déterminer l'étendue de la nullité. Si la clause revêt un caractère accessoire, à ce moment là, la convention peut survivre à l'amputation de cette clause illicite. En revanche, si la clause est essentielle, déterminante du consentement, la convention disparaîtra en même temps que la clause¹⁷⁴⁹. Les juges du fond décident¹⁷⁵⁰ si la convention entière doit connaître la nullité (**A**), ou s'il suffit de sanctionner uniquement la clause de preuve pour préserver l'ordre public (**B**). Le législateur a donné un autre moyen pour lutter contre les clauses contraires à l'ordre public et aux bonnes mœurs : la clause réputée non écrite. La législation en matière de contrat de consommation est le domaine de prédilection des clauses réputées non écrites¹⁷⁵¹. Les juges peuvent, pour préserver l'ordre public, réputer non écrite la clause litigieuse (**C**).

A : La nullité totale : la disparition du contrat comportant la clause de preuve

821. **Actes à titre gratuit et actes à titre onéreux.** « *Toute condition d'une chose impossible, ou contraire aux bonnes mœurs, ou prohibée par la loi est nulle, et rend nulle la convention qui en dépend* » : l'article 1172 du Code civil prévoit la sanction en cas de condition illicite dans les actes à titre onéreux. La jurisprudence s'est appuyée sur cet article pour sanctionner de la même manière la clause illicite. Condition illicite et clause illicite connaissent un sort identique : la nullité de la clause s'accompagne de la nullité de la

¹⁷⁴⁸ J. DEPREZ, *Les sanctions qui s'attachent à l'inexécution des obligations contractuelles en droit civil et commercial français*, in Travaux de l'Association H. CAPITANT, tome 17, LGDJ, 1968, p. 28 et s., sp. p. 32.

¹⁷⁴⁹ M. LAMOUREUX, *op. cit.*, tome 1, p. 444 où l'auteur précise que « *dans des circonstances, le juge est placé devant une alternative entre une nullité totale ou une nullité seulement partielle, limitée aux clauses invalides* ».

¹⁷⁵⁰ M. LAMOUREUX, *ibid.*, p. 233 où l'auteur indique que « *le juge est tout d'abord seul à pouvoir décider si un contrat mérite ou non de quitter la scène juridique* ».

¹⁷⁵¹ R. BAILLOD, *À propos des clauses réputées non écrites*, in Mél. L. BOYER, 1996, p. 15.

convention¹⁷⁵². Inversement, pour les actes à titre gratuit, l'article 900 du même code dispose que les conditions illicites, car contraires aux bonnes mœurs ou à l'ordre public plus généralement, sont réputées non écrites¹⁷⁵³. Dans ce cas, seule la clause subit la sanction de la part des juges.

822. **L'importance de la clause.** Cette première approche consistant à différencier entre caractère gratuit ou caractère onéreux des actes a laissé place à une nouvelle conception fondée sur l'importance de la clause litigieuse dans l'acte. Le juge peut désormais prononcer une nullité totale¹⁷⁵⁴ ou une nullité partielle indifféremment de la nature de l'acte où se situe la clause de preuve. La volonté des contractants devient le nouveau critère permettant au juge de choisir entre ces deux sanctions. L'analyse effectuée par le juge doit se tourner vers l'intention des parties : la clause litigieuse doit être « *la cause impulsive et déterminante* »¹⁷⁵⁵ de la convention. Les magistrats vont rechercher si la clause était essentielle au consentement des parties¹⁷⁵⁶. Une autre approche, qui revient au même, est de savoir si la clause était indivisible des autres clauses. Le tout formant alors un ensemble, dont la nullité de l'une de ces clauses a pour incidence la nullité de toutes les autres. L'indivisibilité, si elle est naturelle dans bon nombre de situations, peut provenir de la volonté des parties¹⁷⁵⁷. La cause déterminante et impulsive se cumule, voire se confond avec l'indivisibilité des obligations. Une clause de preuve peut-elle être naturellement indivisible des obligations des contractants ? La réponse semble devoir distinguer selon que cette clause aménage directement les règles légales de preuve ou qu'elle le fasse indirectement.

823. **Aménagement direct.** La stipulation prévoyant un aménagement direct des règles légales de preuve ne devrait pas être une clause déterminante¹⁷⁵⁸ du consentement des parties. En effet, la preuve vient seulement doubler des droits, elle est l'accessoire de ces

¹⁷⁵² M. LAMOUREUX, *op. cit.*, tome 1, p. 444.

¹⁷⁵³ Article 900 du Code civil : « *Dans toute disposition entre vifs ou testamentaire, les conditions impossibles, celles qui sont contraires aux lois ou aux mœurs, seront réputées non écrites* ».

¹⁷⁵⁴ Cass. com., 3 octobre 1977, Bull. civ. IV, n° 212.

¹⁷⁵⁵ Pour un acte à titre onéreux, Cass. civ. 3^e, 24 juin 1971, Bull. civ. III, n°405 et pour un acte à titre gratuit, Cass. civ., 19 octobre 1910 ; DP 1911, 1, 463.

¹⁷⁵⁶ J. HAUSER et J.-J. LEMOULAND, *Ordre public et bonnes mœurs*, in Rép. Civ. Dalloz, 2004, n° 194, p. 32 où les auteurs considèrent que « *la jurisprudence estime que la convention peut être maintenue si la cause nulle n'était pas une condition essentielle présentant un caractère impulsif et déterminant* ». Cass. civ., 20 mars 1929 ; DP 1930, 13, note P. VOIRIN.

¹⁷⁵⁷ B. TEYSSIE, *Réflexions sur les conséquences de la nullité d'une clause d'un contrat*, D. 1976, chron., p. 281, n° 15.

¹⁷⁵⁸ Ph. SIMLER, *La nullité partielle des actes juridiques*, Bibliothèque de droit privé, tome 101, LGDJ, 1969, n° 272 et s.

derniers. La convention n'a pas besoin d'une clause de preuve pour être efficace : les règles de preuve prévues par le législateur sont là pour palier l'absence de volonté contraire. En principe, les obligations comprises dans la convention doivent s'exécuter sans passer par le juge ; la preuve devient alors inutile. C'est en raison d'un litige dans l'exécution que les parties vont devoir prouver les droits dont ils réclament le respect. La clause de preuve permet de prévoir dans ces conditions comment les plaideurs peuvent rapporter la véracité de leurs allégations. L'importance de cette stipulation voit ainsi le jour. En amputant uniquement la clause de preuve illicite, la prévision contractuelle est réduite à néant. Les parties avaient eu la présence d'esprit de prévoir le pire, ce qui les avait sans doute rassurées au moment de la formation du contrat. Certes accessoire à un droit, elle peut pour autant être déterminante du consentement. Il semblerait que les juges du fond sanctionnent rarement d'une nullité totale une convention en raison de l'illicéité d'une stipulation modifiant directement les règles légales de preuve même si, théoriquement, rien ne l'interdit. Les juges du fond vont devoir procéder à une introspection de la volonté véritable des contractants au moment de la formation. Autrement dit, est-ce que la clause de preuve a été déterminante du consentement ? Si tel est le cas, la nullité embrassera la convention entièrement. La règle applicable se résume de la manière suivante : « *tout ou rien* »¹⁷⁵⁹ !

824. **Aménagement indirect.** Les modifications indirectes des règles légales de preuve peuvent plus facilement être considérées comme essentielles à la convention, car ces stipulations sont avant tout des stipulations sur le fond du droit. C'est en aménageant leurs obligations que les contractants vont incidemment aménager les règles probatoires. Les juges vont vérifier si cette clause est déterminante du consentement des parties. Dans les clauses indirectes de preuve, se retrouvent les clauses dont l'objet est de prévoir la sanction en cas d'inexécution. Ces clauses de responsabilité peuvent être considérées comme essentielles à la convention pour la simple et bonne raison qu'elles permettent d'obtenir le consentement des contractants avec des conditions différentes. En effet, lorsque le créancier accepte une clause limitative ou évasive de réparation, c'est parce qu'il obtient une contrepartie de la part du débiteur. La clause a une importance dans l'équilibre des obligations. La nullité de cette clause va entraîner un déséquilibre contractuel entre les parties. La diminution, par exemple, de la prestation est justifiée par la clause de réparation. Sa sanction fait perdre la cause de

¹⁷⁵⁹ M. LAMOUREUX, *op. cit.*, tome 1, 2006, p. 21.

cette diminution. L'indivisibilité des obligations est l'unique solution pour éviter de rompre l'équilibre contractuel.

825. **Clauses pénales.** Pour les clauses pénales, la solution rejoint celle des clauses limitatives. Psychologiquement, cette clause permet au débiteur de donner un sentiment de confiance au créancier mais aussi, juridiquement, une sécurité financière en cas d'inexécution¹⁷⁶⁰. La nullité de la clause pénale va faire perdre au créancier cette confiance et cette sécurité. Sans la clause pénale, il n'aurait peut-être pas accepté de conclure la convention ou il l'aurait fait à des conditions différentes. En principe, la clause limitative ou exonératoire de responsabilité contractuelle et la clause pénale sont licites¹⁷⁶¹. Dans le cadre d'un contrat de consommation, ces clauses peuvent être qualifiées d'abusives. La clause disparaissant de la convention devrait-elle impliquer la nullité totale ? La sanction prévue pour les clauses abusives est de les réputer non écrites¹⁷⁶². L'inexistence de la clause litigieuse empêche la nullité en cascade de la convention lorsqu'elle peut subsister sans cette clause. Il faudrait pour en arriver à cette sanction ultime que la clause abusive porte sur une obligation essentielle, la nullité de la convention étant alors moins pénalisante pour le consommateur quand la clause litigieuse concerne l'obligation essentielle¹⁷⁶³.

826. **Clauses limitatives et élusives de responsabilité.** La solution est quelque peu différente pour les clauses limitatives et élusives de responsabilité qui portent sur une obligation essentielle du contrat¹⁷⁶⁴ et celles concernant la responsabilité délictuelle avant la réalisation du dommage. Dans un contrat de consommation, la clause limitative ou exclusive de responsabilité portant sur une obligation essentielle va se voir attribuer la sanction de la

¹⁷⁶⁰ W. DROSS, *Clausier, op. cit.*, p. 373.

¹⁷⁶¹ Pour la validité des clauses élusives de responsabilité, v. Cass. civ., 24 janvier 1874 ; DP 1876, I, p. 133. Cass. civ. 1^{re}, 19 janvier 1982, n° 80-15745 ; D. 1982, p. 457, note C. LARROUMET ; JCP G 1984, II, 20215, note F. CHABAS ; RTD civ. 1983, p. 144, obs. G. DURRY. Cass. com., 23 novembre 1999, n° 96-21869, Bull. civ. IV, n° 210 ; JCP G 2000, II, 10326, note J.-P. CHAZAL. La validité des clauses exclusives de responsabilité entraîne, *a fortiori*, la validité des clauses limitatives et des clauses pénales.

¹⁷⁶² Article L. 132-1 du Code de la consommation : « (...) *Les clauses abusives sont réputées non écrites. L'appréciation du caractère abusif des clauses au sens du premier alinéa ne porte ni sur la définition de l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix ou de la rémunération au bien vendu ou au service offert pour autant que les clauses soient rédigées de façon claire et compréhensible.*

Le contrat restera applicable dans toutes ses dispositions autres que celles jugées abusives s'il peut subsister sans lesdites clauses ».

¹⁷⁶³ La clause de preuve accessoire, lorsqu'elle est abusive, entraînant la nullité de la convention porte plus atteinte au consommateur que lorsqu'elle est essentielle. En ce sens, M. LAMOUREUX, *op. cit.*, tome 2, p. 563.

¹⁷⁶⁴ Cass. com., 30 mai 2006, n° 04-14974, Bull. civ. IV, n° 132 ; D. affaires 2006, n° 23, jurispr., p. 1599-1600, obs. X. DELPECH ; cont., conc., consom. 2006-10, n° 10, p. 11-12, obs. L. LEVENEUR ; RTD civ. 2006, n° 4, p. 773 et 775, obs. P. JOURDAIN.

clause réputée non écrite¹⁷⁶⁵. En revanche, dans les autres contrats, la clause encourt la nullité. D'ailleurs, comme en matière délictuelle, tant que le dommage n'a pas été causé, la clause de responsabilité est nulle¹⁷⁶⁶. Quelle est la conséquence de cette nullité sur la convention ? Cette clause est-elle la cause « *impulsive et déterminante* » du consentement des parties ? En cas de réponse positive, les juges doivent alors sanctionner la convention dans son ensemble. La solution voulant une nullité partielle est contraire à l'autonomie de la volonté et incidemment à l'ordre public *a priori* (l'efficacité de la sanction doit quand même être regardée, pour être certaine, en fonction de son effet sur l'ordre public).

827. **Aménagement direct et indirect.** La situation peut légèrement se compliquer lorsque les parties ont voulu réduire l'incertitude de l'appréciation des juges sur leur intention. Dans la même convention, il peut coexister une stipulation aménageant directement une règle légale de preuve et une autre modifiant indirectement une autre règle de preuve. Ainsi par exemple, à côté de la clause de preuve litigieuse, une clause d'indivisibilité des clauses peut avoir été insérée. Le juge, après un examen des différentes clauses du contrat, va aboutir à l'illicéité de la clause directe de preuve mais, en même temps, à la licéité de celle indirecte, c'est-à-dire la clause d'indivisibilité. La nullité de la convention comportant ces clauses va s'imposer au juge en application de la clause d'indivisibilité qui est licite. La part d'incertitude de l'appréciation judiciaire est réduite par ce mécanisme. La clause constatant l'intention véritable des contractants permet d'aider le juge et de le lier dans son pouvoir d'appréciation.

¹⁷⁶⁵ Cette position provient du très célèbre premier arrêt *Chronopost* : « *alors que, spécialiste du transport rapide garantissant la fiabilité et la célérité de son service, la société Chronopost s'était engagée à livrer les plis de la société Bancheureau dans un délai déterminé, et qu'en raison du manquement à cette obligation essentielle, la clause limitative du contrat, qui contredisait la portée de l'engagement pris, devait être réputée non écrite* », Cass. com., 22 octobre 1996, n° 93-18632, Bull. civ. IV, n° 261 ; D. 1997, jurispr., p. 121, note A. SERIAUX ; D. 1997, som. com., p. 175, obs. Ph. DELEBECQUE ; JCP G 1997, II, 22881, note D. COHEN ; JCP G 1997, I, 4002, n° 1, obs. M. FABRE-MAGNAN ; JCP G 1997, I, 4025, n° 17, obs. G. VINEY ; Defrénois 1997, p. 333, obs. D. MAZEAUD ; cont., conc., consom. 1997, n° 24, obs. L. LEVENEUR ; RTD civ. 1997, p. 418, obs. J. MESTRE ; C. LARROUMET, *Obligation essentielle et clause limitative de responsabilité*, D. 1997, chron., p. 145 ; J.-P. CHAZAL, *Théorie de la cause et justice contractuelle. À propos de l'arrêt Chronopost*, JCP G 1998, I, 152. Gaz. Pal. 1997, n° 238, p. 12, note R. MARTIN ; JCP E 1997, n° 12, p. 49, note K. ADOM. La suite de cette affaire n'a pas été favorable au client, car le droit commun du transport venu remplacer la clause litigieuse arriva à un résultat identique à la limitation contractuelle : Cass. com., 9 juillet 2002, Bull. civ. IV, n° 121 ; JCP G 2002, II, 10176, note G. LOISEAU et M. BILLIAU ; cont., conc., consom. 2003, n° 2, obs. L. LEVENEUR ; D. 2002, som. com., p. 2836, obs. Ph. DELEBECQUE ; D. 2003, som. com., p. 457, obs. D. MAZEAUD.

¹⁷⁶⁶ Cass. civ. 2^e, 17 février 1955 ; D. 1956, p. 17, note P. ESMEIN ; JCP G 1955, II, 8951, note R. RODIERE. Cass. civ. 2^e, 28 novembre 1962, Bull. civ. II, n° 755 ; D. 1963, p. 465, note J. BORRICAND ; JCP G 1964, II, 13170. Cass. civ. 1^{re}, 20 juin 1995, n° 93-15510, Bull. civ. I, n° 270.

828. **Guider le juge.** L'ordre public n'est pas contrarié lorsque la volonté des parties est de guider le juge dans son travail d'interprétation. Il n'est pas indispensable de maintenir la convention dans ces conditions, la décision de justice ainsi rendue sera légitime par adhésion.

829. **Dans le seul intérêt de l'auteur du trouble à l'ordre public.** La situation est différente quand la nullité ne profite qu'au plaideur qui est à l'origine du trouble à l'ordre public. Dans un contrat de consommation, par exemple, la clause de preuve litigieuse profitant au professionnel peut entraîner la nullité de la convention au détriment du consommateur. En protégeant l'ordre public, un trouble aussi important lui est porté. Le consommateur subissant alors un choix cornélien : demander la nullité de la convention alors qu'il a un intérêt à l'exécution des autres obligations ou exécuter toutes les obligations avec notamment celle qui est contraire à l'ordre public et à ses intérêts : « *tout briser ou tout subir* »¹⁷⁶⁷. Seul, il ne peut se sortir de cette impasse, il a besoin de l'aide d'une personne : le juge. Par l'annulation de la clause et de la convention où elle est insérée, le juge va effacer une contrariété à l'ordre public et en créer une autre incidemment. En revanche, la nullité exclusivement de la clause litigieuse, protège la partie faible, comme le désire le législateur, et sauvegarde l'ordre public en rendant l'effectivité à la loi violée. La nullité de la convention apparaît alors contraire à l'ordre public, le juge préférant dans ces conditions sanctionner uniquement la clause de preuve litigieuse¹⁷⁶⁸. Tout est question d'opportunité¹⁷⁶⁹.

B : La nullité partielle : la seule disparition de la clause de preuve

830. **Sauver ce qui peut l'être.** Dans tous les cas où la divisibilité des obligations le permet, le juge va procéder seulement à l'anéantissement de la clause de preuve, qui porte

¹⁷⁶⁷ G. RIPERT, *L'ordre économique et la liberté contractuelle*, in Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de F. GENY, tome 2, Les sources générales des systèmes juridiques actuels, Sirey, 1934, p. 347 et s., sp. p. 353.

¹⁷⁶⁸ M. LAMOUREUX, *op. cit.*, tome 1, p. 432 et 433.

¹⁷⁶⁹ M. LAMOUREUX, *ibid.*, p. 444 où l'auteur précise que « constatant que la nullité totale n'est pas toujours la sanction la plus appropriée de l'illicéité affectant le contrat, le juge s'est progressivement reconnu le pouvoir d'en limiter l'étendue lorsqu'une nullité partielle s'avère plus efficace qu'une nullité totale ». En ce sens, v. Ph. SIMLER, *La nullité partielle des actes juridiques*, *op. cit.* ; M.-E. PANCRAZI-TIAN, *La protection judiciaire du lien contractuel*, PUAM, 1996, n^{os} 165 et s. ; O. GOUT, *Le juge et l'annulation du contrat*, PUAM, 1999, n^{os} 514 et s. ; J. GHESTIN, *Traité de droit civil, Les obligations, La formation du contrat*, LGDJ, 3^e éd., 1993, n^{os} 872 et s.

atteinte à l'ordre public¹⁷⁷⁰. Solution préférable pour les contractants, le contrat va survivre à l'amputation du vice qui l'affecte¹⁷⁷¹, assistant ainsi à une incontestable « *mutation des sanctions* » de l'ordre public¹⁷⁷². Il faut sauver tout ce qui peut l'être : cela semble être le mot d'ordre du juge¹⁷⁷³. La nullité partielle répond à ces exigences, la nullité totale n'est pas indispensable pour sauvegarder la paix sociale¹⁷⁷⁴. Si à une époque l'amputation totale d'un membre était la solution la plus efficace pour sauver la personne, les progrès de la médecine ont permis au médecin de soigner sans couper toutes les fois que ce n'est pas indispensable. En droit a eu lieu la même évolution, permettant au juge la possibilité de sauver le contrat en soignant uniquement la clause malade¹⁷⁷⁵, en la retirant (parfois en la modifiant), la société conservant ainsi un contrat dans sa sphère juridique. Comment procéder au bon diagnostic ?

831. **Conditions.** Toutes les fois où la clause de preuve litigieuse n'est pas une cause « *impulsive et déterminante* » du consentement des contractants, le juge peut sauver le reste du contrat : seule la stipulation illicite sera paralysée¹⁷⁷⁶.

832. **Aménagement direct.** La clause modifiant directement la preuve n'étant, en général, qu'accessoire aux obligations essentielles, elle a pour seul objectif de préparer un éventuel litige qui pourrait naître de l'inexécution de l'une des obligations principales. La convention conserve toute son essence malgré la disparition de cette clause de preuve. Les règles légales de preuve vont venir remplacer la volonté contraire à l'ordre public. La nullité partielle paraît dès lors plus opportune pour les intérêts des contractants, pour la sauvegarde de la convention dans le domaine juridique et enfin indirectement pour l'intérêt de la société.

¹⁷⁷⁰ M. LAMOUREUX, *op. cit.*, tome 1, p. 443 où l'auteur précise que « *si la nullité reste en principe totale en cas de vice du consentement, d'incapacité ou autre vice affectant le contrat dans son principe même et où aucune divisibilité matérielle n'est plausible, il est d'autres hypothèses dans lesquelles une nullité seulement partielle est envisageable* ».

¹⁷⁷¹ J. MESTRE, *L'ordre public dans l'économie, Rapport français*, in *L'ordre public*, Travaux de l'Association H. CAPITANT, Tome 49, LGDJ, 1998, p. 143 ; Ph. SIMLER, *op. cit.* ; M.-E. PANCRAZI-TIAN, *op. cit.*, n^{os} 165 et s. ; O. GOUT, *op. cit.*, n^{os} 514 et s. ; J. GHESTIN, *op. cit.*, n^{os} 872 et s.

¹⁷⁷² B. FAUVARQUE-COSSON, *L'ordre public*, in 1804-2004, Le Code civil, un passé, un présent, un avenir, Dalloz, 2004, p. 473 et s., sp. n^o 11 et s.

¹⁷⁷³ Il y a une idée de proportionnalité de la sanction en fonction de l'atteinte à l'ordre public. Certains auteurs utilisent le terme de « *mesure* » dans la sanction. V. not. J. MESTRE, *op. cit.*, p. 145.

¹⁷⁷⁴ J. HAUSER et J.-J. LEMOULAND, *op. cit.*, n^o 218, p. 36. Ph. SIMLER, *op. cit.*

¹⁷⁷⁵ Sur le passage de la sanction du contrat à la sanction de la clause illicite, v. G. PIGNARRE, *op. cit.*, n^o 36.

¹⁷⁷⁶ Cass. civ. 3^e, 13 février 1969, Bull. civ. III, n^o 134. En ce sens, v. F. HAGE-CHAHINE, *L'ordre public dans l'économie, Rapport général*, in *L'ordre public*, Travaux de l'Association H. CAPITANT, Tome 49, LGDJ, 1998, p. 34 où l'auteur indique que « *l'anéantissement du contrat est partiel parce que la clause illicite a été considérée comme n'ayant pas joué le rôle de cause impulsive et déterminante* ».

L'atteinte à l'ordre public est effacée par cette nullité segmentaire et le contrat est maintenu en vie : cette solution est doublement efficace.

833. **Aménagement indirect.** Les aménagements indirects des règles légales de preuve vont connaître la nullité partielle lorsque l'ordre public l'exige. Certaines de ces clauses doivent être annulées sans avoir pour autant une incidence sur la convention, faute de quoi la partie à l'origine du caractère illicite bénéficierait de la sanction au détriment de la victime¹⁷⁷⁷. Dans le cadre des clauses résolutoires, l'inexécution de l'obligation permet l'obtention de la nullité de la convention. Lorsque le juge décide la nullité totale, la clause illicite va aboutir au même résultat que la mise en œuvre de cette clause. En effet, en sanctionnant une clause illicite, la convention disparaît ; en mettant en œuvre la clause illicite, la convention disparaît aussi. La solution revenant au même, si la clause trouble l'ordre public, sa sanction produit le même effet. Aussi, la nullité partielle de cette seule clause permet d'effacer le vice du contrat, tout en rendant efficace cette sanction au regard de l'ordre public. L'opportunité doit déterminer l'option du juge entre la nullité totale et la nullité partielle dans cette situation. Dès lors, le juge doit se poser la question suivante : la partie qui veut mettre en œuvre cette clause est-elle celle à l'origine de l'illicéité de la clause ? La réponse influencera son choix. La sanction de la clause illicite uniquement permet de rendre effective la loi tout en dissuadant le plaideur qui prévoyait de contourner l'ordre public au mieux et, au pire, d'obtenir la nullité entière de la convention¹⁷⁷⁸. Lorsque la clause litigieuse est une clause aménageant indirectement les règles légales de preuve, le juge sanctionnera uniquement cette clause et lui substituera les règles dont les parties ont essayé d'y déroger sans succès et les règles légales de preuve seront applicables normalement.

834. **L'opportunité de la nullité partielle.** La nullité partielle paraît plus opportune que la nullité totale dans bon nombre de situations. Certains professionnels insèrent dans leurs contrats des clauses précisant que toutes les obligations du contrat sont de rigueur. Autrement dit, chacune des clauses a été déterminante du consentement des contractants. La nullité d'une de ces clauses entraîne ainsi la nullité de la convention. Ce procédé efficace permet au professionnel de se mettre à l'abri de la censure d'une seule clause. Le consommateur connaît le risque de nullité de la convention s'il souhaite attaquer une des stipulations de cette

¹⁷⁷⁷ La victime peut être découragée à agir en justice. En ce sens, H. et L. MAZEAUD et A. TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, Préf. H. CAPITANT, tome III, 5^e éd., Montchrestien, Paris, 1960, p. 720, n^{os} 2562 et s.

¹⁷⁷⁸ M. LAMOUREUX, *op. cit.*, tome 1, p. 446.

convention. Cependant, cette dissuasion n'est pas compatible avec la protection accordée au consommateur par le législateur. Le consommateur souhaite conserver les bénéfices de ce contrat tout en demandant au juge d'y enlever la clause illicite. Donnant raison au consommateur, le juge refuse de se sentir lié par cette clause et anéantit seulement les clauses illicites, la paix sociale restant préservée par cette sanction limitée à la clause troublant l'ordre public.

835. **Lien entre la volonté et l'efficacité de la sanction.** Le rapport entre la volonté et l'efficacité de la sanction, c'est-à-dire l'opportunité du choix entre nullité totale et nullité partielle, doit s'effectuer dans une relation hiérarchique selon la doctrine majoritaire¹⁷⁷⁹, l'efficacité de la sanction devant la volonté des parties. Cette efficacité n'a d'autre intention que celle de protéger l'ordre public. L'ordre public est une notion qui apparaît lorsqu'une atteinte lui est portée. L'ordre public ne peut pas devancer la volonté, faute de savoir encore si la volonté le contrarie. Le juge doit commencer par prendre en compte la volonté des contractants avant de la confronter aux effets qu'elle a sur l'ordre public. L'efficacité de la sanction n'est qu'un révélateur de l'atteinte à cet ordre. En d'autres termes, l'ordre public commande le choix entre la nullité partielle et la nullité totale¹⁷⁸⁰. Les juges assument parfaitement aujourd'hui¹⁷⁸¹ la référence à l'ordre public pour sanctionner les clauses et les conventions illicites¹⁷⁸². Le juge, en sanctionnant de nullité la clause de preuve, parvient à un résultat qui se rapproche en apparence d'une sanction plus originale : la clause réputée non écrite.

¹⁷⁷⁹ J. GHESTIN, *op. cit.*, n° 895 ; F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Les obligations, op. cit.*, n° 420 ; O. GOUT, *op. cit.*, n° 564 ; J.-B. SEUBE, *L'indivisibilité et les actes juridiques*, Bibliothèque de droit de l'entreprise, Litec, 1999, n° 276.

¹⁷⁸⁰ J. GHESTIN, *ibid.*, n° 897 ; F. TERRE, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *ibid.*, *loc. cit.* ; Ph. SIMLER, *op. cit.*, n° 81 ; M.-E. PANCRAZI-TIAN, *op. cit.*, n° 165 et s. ; O. GOUT, *op. cit.*, n° 540 et s.

¹⁷⁸¹ Avant, les juges préféraient se passer de la notion d'ordre public. En ce sens, v. Ph. MALAURIE, *Les contrats contraires à l'ordre public, op. cit.*, n° 387 où l'auteur précise qu'« habiller l'ordre public avec une prétendue volonté contractuelle, [et] présenter les règles impératives sous la forme d'interprétation de volonté tacite en suivant une sorte de réflexe héréditaire ».

¹⁷⁸² M. LAMOUREUX, *op. cit.*, tome 1, p. 445.

C : La clause réputée non écrite : la clause de preuve effacée du *negotium* et de l'*instrumentum*

836. **Pouvoir du juge.** Le juge est titulaire d'un pouvoir, dans certaines circonstances, non pas de prononcer la nullité de la clause de preuve litigieuse, mais de l'écarter en la réputant non écrite, notamment en matière de clauses abusives¹⁷⁸³.

837. **Similitudes avec la nullité partielle.** La sanction de la réputation non écrite d'une clause est similaire à la nullité partielle sur plusieurs points. Dans les deux cas, seule la clause illicite va être sanctionnée et elle ne produira aucun effet car elle disparaîtra rétroactivement.

838. **Différences avec la nullité partielle.** Il y a cependant des différences¹⁷⁸⁴, notamment en ce qui concerne la prescription : il n'y a pas de prescription pour les clauses réputées non écrites. Un second élément notable de divergence concerne son prononcé. Alors que la nullité doit provenir d'une décision judiciaire, la clause réputée non écrite n'a pas besoin de l'intervention du juge pour produire ses effets.

839. **Clauses directes et indirectes.** Les clauses de preuve, qu'elles soient directes ou indirectes, peuvent subir la sanction d'être réputées non écrites par le biais de la législation des clauses abusives en droit de la consommation¹⁷⁸⁵. En effet, les clauses créant un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des professionnels¹⁷⁸⁶ et consommateurs

¹⁷⁸³ Le juge « dispose en effet d'un certain nombre de moyens de contrôle et de sanction, au premier rang desquels figure celui d'écarter les clauses abusives ». M. LAMOUREUX, *op. cit.*, tome 2, p. 543. Cette faculté pour le juge de sanctionner une clause abusive en la qualifiant de clause réputée non écrite en l'absence de tout décret, a été permise par la Cour de cassation en 1991, malgré les termes de la loi de 1978 (loi n° 78-23 du 10 janvier 1978 sur la protection et l'information des consommateurs de produits et services, dite loi Scrivener). Sur l'évolution de la législation sur les clauses abusives en droit de la consommation.

¹⁷⁸⁴ Sur la distinction entre nullité et clause réputée non écrite, v. J. KULLMANN, *Remarques sur les clauses réputées non écrites*, D. 1993, chron., p. 59. F. HAGE-CHAHINE, *op. cit.*, p. 36 où l'auteur précise qu'« entre la nullité absolue et la clause réputée non écrite il n'y a pas seulement une différence d'étendue mais une différence de nature. (...) M. Carbonnier (...) considère que la clause réputée non écrite est une clause frappée d'inexistence. D'ailleurs la locution non écrite signifie que la clause n'a pas de trace non seulement dans le *negotium* mais aussi sur l'*instrumentum* ». D'autres auteurs réfutent cette distinction, v. not., J. CALAIS-AULOY et H. TEMPLE, *Droit de la consommation*, Précis, Dalloz, 8^e éd., 2010, n° 187.

¹⁷⁸⁵ Article L. 132-1 du Code de la consommation.

¹⁷⁸⁶ Sur la qualification de professionnel, la Cour de cassation a tendance à opter actuellement pour une conception restrictive de cette notion. V. not. Cass. civ. 1^{re}, 24 janvier 1995, Bull. civ. I, n° 54 ; cont., conc., consom. 1995, n° 84, obs. L. LEVENEUR ; D. 1995, jurispr., p. 327, note G. PAISANT ; D. 1995, som. com., p. 229, obs. Ph. DELEBECQUE ; JCP G 1995, I, 3893, obs. G. VINEY ; L. LEVENEUR, *Contrats entre professionnels et législation des clauses abusives*, cont., conc., consom. 1996, chron. 4. D. TALON, *L'obligation de conseil du vendeur de progiciel*, note sous Cass. com., 14 mars 2000, JCP E 2000, p. 1430. Cass. civ. 2^e, 18 mars 2004 ; cont., conc., consom. 2004, n° 76, obs. L. LEVENEUR ; cont., conc., consom. 2004, n° 100, obs. G. RAYMOND ;

au détriment de ces derniers vont être qualifiées de non écrites par les juges du fond¹⁷⁸⁷. La sanction est plus rigoureuse que la nullité partielle à cause de son absence de prescription et d'intervention judiciaire pour la prononcer. Pour autant, l'intervention du juge permet de connaître les hypothèses dans lesquelles la clause sera déclarée abusive en cas de litige.

840. **Survie de la convention.** La sanction de la clause de preuve litigieuse ne doit pas retentir sur la validité de la convention, faute de quoi le consommateur ne serait pas incité à demander la protection que la loi lui accorde¹⁷⁸⁸. En annulant au contraire la convention dans son ensemble, l'efficacité de cette sanction se retournerait contre le consommateur au bénéfice du professionnel et surtout contre l'ordre public en ne garantissant pas la protection mise en place par la loi. Grâce à la sanction partielle, le professionnel est incité à ne pas insérer une clause illicite au risque qu'elle soit amputée du contrat, laissant ce dernier perdurer dans le domaine juridique¹⁷⁸⁹. Le juge, en amputant la clause de preuve litigieuse, assure deux fonctions essentielles pour le maintien de l'ordre public, l'une positive, l'autre négative : dissuasion et sanction. Ainsi par exemple, les juges vont qualifier d'abusives la clause renversant la charge de la preuve créant un déséquilibre significatif entre le consommateur et le professionnel à l'avantage du dernier : la sanction de la clause réputée non écrite se voit ainsi appliquée¹⁷⁹⁰. Plus généralement, toutes les clauses empêchant le consommateur d'accéder au juge – l'accès devant être effectif – risquent de se voir sanctionner de la même sorte, comme pour la clause de constatation¹⁷⁹¹ interdisant la preuve d'un fait contraire ou encore pour les clauses d'indivisibilité¹⁷⁹². Ces clauses sont réputées non écrites dès lors qu'elles peuvent être qualifiées d'abusives, faisant craindre au

D. 2004, p. 1018, obs. C. RONDEY ; JCP G 2004, II, 10106, note D. BAKOUCHE. Avant, la même cour avait une conception plus large de la notion de professionnel. V. en ce sens, Cass. civ. 1^{re}, 28 avril 1987, Bull. civ. I, n° 134 ; D. 1987, som. com., p. 455, obs J.-L. AUBERT ; D. 1988, jurispr., p. 1, note Ph. DELEBECQUE ; JCP G 1987, II, 20893, note G. PAISANT ; RTD civ. 1987, p. 537, obs. J. MESTRE.

¹⁷⁸⁷ J. MESTRE, *L'ordre public dans l'économie*, op. cit., p. 144.

¹⁷⁸⁸ J. MESTRE, *ibid.*, p. 143 où l'auteur constate « un développement de sanctions plus souples, destinées à mieux répondre à l'objectif de l'ordre public de protection, plus exactement à s'en tenir à ce qu'implique le respect de celui-ci ». V. également, M. LAMOUREUX, op. cit., tome 2, p. 549.

¹⁷⁸⁹ M. LAMOUREUX, op. cit., tome 1, p. 445.

¹⁷⁹⁰ Cass. civ. 1^{re}, 1^{er} février 2005, Bull. civ. I, n° 60 ; cont., conc., consom. 2005, n° 99, obs. G. RAYMOND ; RTD civ. 2005, p. 394, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; RDC 2005, p. 719, obs. D. FENOUILLET.

¹⁷⁹¹ Ces clauses pour un auteur représentent un véritable danger pour le consommateur. « *Les conséquences draconiennes de ces clauses, en dépit de leur présentation anodine, devraient en effet susciter la vigilance des magistrats* ». M. LAMOUREUX, op. cit., tome 2, p. 557.

¹⁷⁹² M. LAMOUREUX, *ibid.*, p. 550 et s., et p. 559 où l'auteur précise que « *c'est également en raison du caractère d'ordre public de la législation sur les clauses abusives que l'on peut penser que les clauses d'indivisibilité éventuellement stipulées, en ce qu'elles peuvent conduire le consommateur à renoncer à contester en justice les (autres) clauses abusives figurant dans le contrat, devraient elles-mêmes être jugées abusives en tant que clauses ayant pour effet d'entraver l'exercice par le consommateur d'une action en justice* ».

consommateur d'agir en justice, soit dans le premier cas en raison de l'impossibilité de prouver le contraire du fait constaté, soit dans le second cas pour éviter de perdre le bénéfice de la convention¹⁷⁹³. Réputée non écrite, la clause de preuve est retirée tout simplement du *negotium* mais aussi de l'*instrumentum* : elle n'a jamais existé. La convention va poursuivre son existence dans le domaine juridique, du moins tant que cela reste possible¹⁷⁹⁴.

841. **L'exemple de la clause pénale.** Dans le cadre d'une clause pénale, par exemple, la stipulation interdisant au juge de réviser le montant forfaitaire de cette clause à la hausse ou à la baisse en raison de son caractère manifestement dérisoire ou excessif, est réputée non écrite¹⁷⁹⁵. Les contractants ne peuvent prévoir que le montant alloué en cas d'inexécution dans la clause pénale. La modération ou l'augmentation est un pouvoir d'ordre public pour le juge : les parties ne peuvent pas y déroger¹⁷⁹⁶. Ce droit appartient au juge, il peut le mettre en œuvre à la demande d'un des plaideurs ou d'office, mais il n'est nullement obligé de l'exercer : toute clause contraire est réputée non écrite. La clause pénale, malgré le respect de cette obligation légale¹⁷⁹⁷, peut se voir sanctionner de la même manière, lorsqu'elle est déclarée abusive dans un contrat entre un professionnel et un consommateur¹⁷⁹⁸. En effet, le professionnel qui fixe une indemnité excessive en cas d'inexécution du consommateur crée un déséquilibre dans leur rapport contractuel¹⁷⁹⁹. Peut être qualifiée d'abusives une clause pénale pourtant en faveur du consommateur lorsqu'elle n'est qu'un leurre¹⁸⁰⁰. En effet, sous l'apparence d'être instituée au profit de la partie faible, elle bénéficie en réalité au

¹⁷⁹³ M. LAMOUREUX, *op. cit.*, tome 2, p. 559 et 560 où l'auteur indique que « *les règles généralement applicables aux clauses d'indivisibilité conduisent de toute façon à les ignorer dans le contentieux des clauses abusives – des autres clauses abusives contenues dans le contrat – puisque la Cour de cassation considère généralement, lorsque l'ordre public de protection est en jeu, que les clauses d'indivisibilité doivent être inefficaces lorsqu'elles ont pour effet de priver la personne protégée du bénéfice du contrat entier et que ces clauses vont donc à l'encontre de l'esprit de la loi, en décourageant une action en justice et, en cas d'action, en privant la personne protégée d'un contrat dont elle a besoin, comme il fut jugé en matière de bail commercial* ». P. ANCEL, *L'encadrement de la juridiction par le contrat, in Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends*, sous la dir. de P. ANCEL et M.-C. RIVIER, Economica, 2001, p. 6 et s., sp. p. 19.

¹⁷⁹⁴ Article L. 132-1, alinéa 8, du Code de la consommation : « *le contrat restera applicable dans toutes ses dispositions autres que celles jugées abusives s'il peut subsister sans lesdites clauses* ».

¹⁷⁹⁵ Article 1152, alinéa 2, du Code civil : « *Néanmoins, le juge peut, même d'office, modérer ou augmenter la peine qui avait été convenue, si elle est manifestement excessive ou dérisoire. Toute stipulation contraire sera réputée non écrite* ».

¹⁷⁹⁶ F. HAGE-CHAHINE, *op. cit.*, p. 25.

¹⁷⁹⁷ Article 1152, alinéa 2, du Code civil.

¹⁷⁹⁸ M. LAMOUREUX, *op. cit.*, tome 2, p. 558.

¹⁷⁹⁹ Cass. civ. 1^{re}, 31 janvier 1995, Bull. civ. I., n° 64. Cass. civ. 1^{re}, 1^{er} février 2005, Bull. civ. I., n° 60 ; cont., conc., consom. 2005, n° 99, obs. G. RAYMOND ; RDC 2005, p. 718, obs. D. FENOUILLET.

¹⁸⁰⁰ La clause pénale stipulée au profit du consommateur subordonnée à la preuve de l'étendue du dommage subi est abusive selon la recommandation n° 82-01 du 20 novembre 1981 concernant les contrats proposés par les transporteurs terrestres de marchandises et les commissionnaires de transport, B. 5° (BOCC 27 mars 1982).

professionnel¹⁸⁰¹. La clause voulant empêcher le juge de sanctionner une clause pénale abusive est contraire à l'ordre public, car la loi donnant ce pouvoir au juge est d'ordre public¹⁸⁰² : « *Les dispositions [de l'article L. 132-1 du Code de la consommation] sont d'ordre public* »¹⁸⁰³. La volonté contraire, même émanant du consommateur, lors de la formation de la convention, ne lie pas le juge¹⁸⁰⁴. À ce moment-là, il n'était pas en mesure de donner son consentement de manière libre et éclairée, ses droits étaient indisponibles. Toutes les clauses reconnaissant qu'elles ne sont pas abusives ou encore celles interdisant de soulever leur caractère abusif¹⁸⁰⁵ sont réputées non écrites, en vertu de la législation sur les clauses abusives. La preuve de ce caractère peut toujours en être rapportée¹⁸⁰⁶. Cette solution est respectueuse de l'ordre public. Le juge n'est pas maître de la sanction lorsqu'il relève que la clause de preuve est abusive : elle est réputée non écrite¹⁸⁰⁷.

842. **Les clauses abusives.** La législation sur les clauses abusives en droit de la consommation est un moyen efficace pour le juge de sanctionner la partie forte qui abuse de sa position sur la partie faible. En réputant non écrite cette clause de preuve, le professionnel sait qu'il ne devra exécuter ses obligations sans bénéficier de l'avantage qu'il désirait se procurer par cette clause. La peur de la sanction peut alors le décourager d'insérer une clause de preuve abusive dans les conventions qu'il passe avec un consommateur ou un non-professionnel. « *Le pouvoir que le juge tient de la législation sur les clauses abusives est donc vigoureux* »¹⁸⁰⁸. Le législateur accorde ce pouvoir en fonction de l'importance qu'il accorde à cette protection du consommateur permettant le maintien de l'ordre public. Aujourd'hui entre consommateur et professionnel, « *de quoi demain sera[-t-il] fait* »¹⁸⁰⁹ ? La bonne foi pourrait

¹⁸⁰¹ M. LAMOUREUX, *op. cit.*, tome 2, p. 558.

¹⁸⁰² D. NGUYEN THANH-BOURGEAIS, *Les contrats entre professionnels et consommateurs et la portée de l'ordre public dans les lois Scrivener du 10 janvier 1978 et du 9 juillet 1979*, D. 1984, chron., p. 91.

¹⁸⁰³ Article L. 132-1 *in fine* du Code de la consommation.

¹⁸⁰⁴ M. LAMOUREUX, *op. cit.*, tome 2, p. 558 et 559.

¹⁸⁰⁵ Recom. n° 2000-01 du 17 février 2000 complétant la recom. n° 80-04 concernant les contrats de location de locaux à usage d'habitation, 23° (BOCCRF 22 juin 2003), recommandant l'élimination des clauses interdisant « *au locataire de contester les clauses du bail, à peine de résiliation* ».

¹⁸⁰⁶ Cette solution permet entre autre de rapporter la preuve que le déséquilibre n'est qu'apparent. En ce sens, v. B. GELOT, *Clauses abusives et rédaction des contrats : incidences de la loi du 1^{er} février 1995*, Defrénois 1995, p. 1201 et s., sp. n° 17. Les parties ne peuvent toutefois lier le juge sur le caractère non abusif de la clause de preuve.

¹⁸⁰⁷ « *Il n'appartient pas au juge d'apprécier le bien fondé de la sanction prévue par le législateur en l'article L. 132-1 alinéa 6, du Code de la consommation, lequel dispose que des clauses abusives sont réputées non écrites* » : TI Vienne, 14 mars 2003 ; cont., conc., consom. 2003, n° 118, obs. G. RAYMOND.

¹⁸⁰⁸ M. LAMOUREUX, *op. cit.*, tome 2, p. 563.

¹⁸⁰⁹ Sémonide D'AMORGOS : « *On ne sait aujourd'hui de quoi demain sera fait* ».

permettre d'interdire un déséquilibre significatif entre les contractants, indifféremment de leur qualité¹⁸¹⁰.

843. **Moins radical.** La sanction de la convention, voire exclusivement de la clause litigieuse, par la nullité ou la réputation non écrite n'est pas systématiquement opportune. Voulant sauver le contrat, le juge préférera une sanction moins rigoureuse en intervenant pour protéger l'ordre public.

Paragraphe 2 : Le choix d'une sanction moins rigoureuse en cas de non-respect de l'ordre public

844. **Annonce du plan.** La disparition de la clause, voire du contrat n'est pas forcément la sanction la plus efficace pour faire disparaître le trouble à l'ordre public¹⁸¹¹ : une sanction plus souple est parfois préférable¹⁸¹². Il se peut même que cette solution soit juridiquement impossible. Dans certaines situations la clause de preuve est totalement licite, l'atteinte provient exclusivement du comportement de l'un des contractants. Seul ce comportement doit être sanctionné. Ni nullité, ni clause réputée non écrite, le juge écarte simplement la clause dont la mise en œuvre est litigieuse (A), cette clause survit.

Dans d'autres circonstances, ce sont des faits postérieurs qui entraînent une remise en cause de l'application de la volonté des parties, alors qu'il n'y a aucun comportement répréhensible. Aucun grief ne peut être reproché à l'un des plaideurs. Non fautif, pour autant la mise en œuvre de la clause de preuve ne peut s'effectuer sans causer une atteinte à l'ordre public. En décidant d'inclure une clause pénale, le montant forfaitaire prévu dans cette clause

¹⁸¹⁰ En effet, les principes du droit européen des contrats élargissent le domaine d'application des clauses abusives : plus de nécessité d'avoir un rapport entre professionnel et consommateur. L'article 4 : 110 (1) : « Une clause qui n'a pas été l'objet d'une négociation individuelle peut être annulée par une partie si, contrairement aux exigences de la bonne foi, elle crée à son détriment un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties découlant du contrat, eu égard à la nature de la prestation à procurer, de toutes les autres clauses du contrat et des circonstances qui ont entouré sa conclusion » ; également l'article 3.10 (1) Unidroit, « la nullité du contrat ou de l'une de ses clauses pour cause de lésion peut être invoquée par une partie lorsqu'au moment de sa conclusion, le contrat ou la clause accorde injustement un avantage excessif à l'autre partie (...) ».

¹⁸¹¹ M. LAMOUREUX, *op. cit.*, tome 1, p. 21 où l'auteur précise que « conscient tout à la fois de la valeur économique du contrat et des inégalités affectant nombre de relations contractuelles, le juge s'emploie, ici à protéger le lien contractuel, notamment en assouplissant le régime des sanctions de l'invalidité du contrat, délaissant un rigoureux tout ou rien pour développer des instruments de sanction plus malléables lui offrant d'autres choix que la vie ou la mort du contrat ». J. HAUSER et J.-J. LEMOULAND, *op. cit.*, n° 218, p. 36 où les auteurs indiquent « que les nouvelles orientations de l'ordre public économique conduisent plus souvent désormais à une « correction » du contrat et à sa réfection qu'à une annulation pure et simple ».

¹⁸¹² J. MESTRE, *L'ordre public dans l'économie*, *op. cit.*, p. 136.

peut ne pas être en rapport avec le préjudice subi. Si cette différence est trop importante, l'ordre public peut être atteint par sa mise en œuvre, alors qu'il n'y a ni fraude, ni faute des contractants. Le législateur a offert aux juges le pouvoir de révision de la clause pénale lorsque son montant se révèle manifestement dérisoire ou excessif par rapport au préjudice réellement subi (**B**).

A : L'inefficacité de la clause de preuve permettant le maintien de l'ordre public

845. **Inefficacité.** En analysant la clause de preuve, le constat porte sur sa conformité à l'ordre public textuel. Le juge ne peut donc pas sanctionner cette clause par la nullité ou en la réputant non écrite : ce qui paraît normal. Pas d'atteinte, pas de sanction. Cependant, il se peut que le trouble à l'ordre public ne provienne pas de la clause elle-même, mais de sa mise en œuvre, du moins des raisons permettant son utilisation¹⁸¹³. La clause ne peut pas être nulle ni réputée non écrite, pourtant elle ne pourra pas produire d'effet en raison de l'origine illicite justifiant sa mise en œuvre. Écartée par le juge, la clause de preuve sera inefficace pour ce litige. Contrairement à la nullité empêchant les contractants de s'en prévaloir par la suite, tout comme la clause réputée non écrite qui par son effacement n'a jamais existé, la clause rendue inefficace pourra être mise en œuvre pour d'autres faits tant qu'ils ne sont pas constitutifs d'une atteinte à l'ordre public.

846. **Domaine.** Cette sanction se retrouve généralement dans les stipulations d'aménagements indirects des règles légales de preuve comme les clauses de responsabilité, ou les clauses de divisibilité.

847. **Clauses de responsabilité.** S'agissant des clauses de responsabilité, le juge rendra inefficace la clause limitative ou évasive de responsabilité ainsi que la clause pénale, dès lors que le débiteur est l'auteur d'une faute lourde¹⁸¹⁴ ou dolosive. L'application d'une

¹⁸¹³ Le respect de la loi ne suffit pas à la validité de la convention L'intérêt général de la société doit être respecté. Le juge contrôle cette condition. En ce sens, v. M. MEKKI, *L'intérêt général et le contrat : contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, Préf. J. GHESTIN, Bibliothèque de droit privé, Tome 411, LGDJ, 2004, p. 233.

¹⁸¹⁴ Sur la définition de la faute lourde, Cass. mixte, 22 avril 2005 (2 arrêts), Bull. civ. ch. mixte, n° 3 et 4 ; JCP G 2005, II, 10066, note G. LOISEAU ; D. 2005, p. 1224, obs. E. CHEVRIER ; D. 2005, p. 1864, note J.-P. TOSI ; cont., conc., consom. 2005, n° 150, obs. L. LEVENEUR ; RDC 2005, p. 753, obs. Ph. DELEBECQUE. Cass. com.,

clause limitative de responsabilité licite ne peut être écartée qu'en cas de faute lourde¹⁸¹⁵ ou dolosive¹⁸¹⁶. Dans le cas inverse, l'ordre public serait troublé par sa mise en œuvre. Autrement dit, la clause est écartée par le juge dès qu'une faute lourde ou dolosive a été commise. Si le débiteur ne commet une telle faute alors le juge doit appliquer la clause. Toutefois la clause écartée n'est pas effacée. Cette sanction a un effet considérable en matière de contrat à exécution successive. Dans cette hypothèse, la clause écartée en cas de faute lourde ou dolosive conserve son efficacité pour les exécutions suivantes. Le juge devra vérifier l'existence de la faute lourde ou dolosive pour chaque inexécution.

B : La révision de la clause pénale permettant le maintien de l'ordre public

848. **Le produit de la loi.** Ce pouvoir de révision des clauses pénales provient de la volonté du législateur¹⁸¹⁷, le juge peut l'exercer d'office¹⁸¹⁸. Sans pouvoir issu de la loi, le

21 février 2006 ; D. 2006, p. 717, obs. E. CHEVRIER ; cont., conc., consom. 2006, n° 103, obs. L. LEVENEUR. Le Conseil d'État a rejeté le recours mettant en cause la validité du plafond d'indemnisation prévu par le contrat-type, CE 6 juillet 2005 ; D. 2005, jurispr., p. 2094, note Ph. DELEBECQUE.

¹⁸¹⁵ Pour le rejet d'une clause limitative de responsabilité en cas de faute lourde, voir notamment : Cass. civ. 1^{re}, 11 octobre 1966, Bull. civ. I, n° 466 : « *Mais attendu que les premiers juges, dont la cour d'appel s'est approprié les motifs, et qui n'ont nullement déclaré adopter sur ce point les conclusions du rapport de l'expert, qu'ils n'ont pas dénaturées, ont pu estimer qu'en l'espèce, le fait par les établissements Bonte " de ne pas s'être assurés de la qualité du produit mis en vente par le seul moyen véritablement sûr, à savoir un semis fait à une époque telle qu'au moment de la vente aux agriculteurs, le développement de la plante ait été suffisamment avancé pour qu'ils soient assurés de vendre des graines de betteraves sucrières " constituait une faute lourde* ». Cass. civ. 1^{re}, 15 janvier 1976 ; JCP 1976, IV, 80 ; D. 1976, IR, p. 95. Cass. com., 4 décembre 1977 ; D. 1978, IR, p. 216. Cass. com., 17 janvier 1984 ; JCP 1984, IV, 96. Cass. civ. 1^{re}, 24 février 1993 ; JCP 1993, II, 22166, note G. PAISANT. Cass. com., 31 janvier 1995 ; RJDA 1995, n° 574. Cass. com., 3 mars 1998 ; RJDA 1998, n° 860. Cass. mixte, 22 avril 2005 ; BICC 15 juillet 2005, rapp. M. GARBAN, concl. M. DE GOUTTES ; D. 2005, p. 1864, note J.-P. TOSI (2^{ème} espèce) ; D. 2005, AJ, p. 1224, obs. E. CHEVRIER ; D. 2005, pan., p. 2750, obs. H. KENFACK ; D. 2005, pan., p. 2844, obs. B. FAUVARQUE-COSSON ; D. 2006, pan., p. 1932, obs. P. JOURDAIN ; JCP 2005, II, 10066, note G. LOISEAU (1^{ère} espèce) ; JCP E 2005, 1446, note C. PAULIN ; RCA 2005, n° 175, note S. HOCQUET-BERG ; cont., conc., consom. 2005, n° 150, note L. LEVENEUR ; dr et patr., oct. 2005, p. 36, étude G. VINEY ; RDC 2005, p. 673, obs. D. MAZEAUD ; RDC 2005, p. 753, obs. Ph. DELEBECQUE ; RTD Civ. 2005, p. 604, obs. P. JOURDAIN ; RTD Civ. 2005, p. 779, obs. J. MESTRE et B. FAGES.

¹⁸¹⁶ Pour le rejet d'une clause limitative de responsabilité en cas de dol, v. not. : Cass. 1^{ère} civ., 24 fév. 1993, n° 91-13940, Bull. civ. I, n° 88 : « *Attendu qu'en statuant ainsi, au motif que la clause limitative de responsabilité ne serait valable que si la perte était liée au travail de développement et de reproduction, et non lorsque le film a été égaré, alors que l'application d'une telle clause ne peut, en règle générale, être écartée qu'en cas de dol ou de faute lourde du débiteur (...)* » ; D. 1994, p. 6, note X. AGOSTINELLI ; D. 1993, som. com., p. 249, obs. T. HASSLER ; JCP 1993, II, 22166, note G. PAISANT ; Defrénois 1994, p. 354, obs. D. MAZEAUD. Cass. civ. 1^{re}, 4 février 1969 ; D. 1969, p. 601, note J. MAZEAUD. Cass. civ. 1^{re}, 22 octobre 1975 ; D. 1976, p. 151, note J. MAZEAUD ; RTD Civ. 1976, p. 352, obs. G. DURRY. Cass. com., 4 mars 2008 ; JCP 2008, II, 10079, note L. GUIGNARD ; RTD Civ. 2008, p. 490, obs. P. JOURDAIN.

¹⁸¹⁷ L. n° 75-597 du 9 juillet 1975 ; B. BOCCARA, *La réforme de la clause pénale : conditions et limites de l'intervention du judiciaire*, JCP G 1975, I, 2742 ; F. CHABAS, *La réforme de la clause pénale*, D. 1976, chron., p. 229 ; Ph. MALAURIE, *La révision judiciaire de la clause pénale*, Defrénois 1976, p. 533 ; F. PASQUALINI, *La*

juge n'a pas le droit de proposer une nouvelle rédaction d'une clause même abusive¹⁸¹⁹. Ayant considéré le montant forfaitaire de la clause pénale manifestement excessif ou dérisoire par rapport au préjudice réellement subi¹⁸²⁰, le juge va modérer ou augmenter la réparation initialement prévue dans cette stipulation.

849. **La révélation au stade de l'inexécution.** Au moment de sa formation, la clause pénale ne porte pas directement atteinte à l'ordre public, c'est l'inexécution qui révèle la disproportion entre l'estimation du préjudice et son montant réel¹⁸²¹ : l'ordre public n'est troublé qu'à partir de cet instant. L'excès est apprécié par le juge au moment où il rend la décision¹⁸²², ce qui semble logique puisqu'il évalue le montant du préjudice subi à ce moment là également.

850. **Une clause pénale difficilement admissible.** La mise en œuvre de la clause pénale devient alors difficilement acceptable au regard de l'équilibre contractuel. Certes, les contractants étaient d'accord initialement, mais la réalisation démontre une erreur trop importante pour avoir permis un consentement véritablement éclairé. Les droits sont disponibles en raison de la prévisibilité sur les conséquences notamment de l'inexécution des obligations principales. C'est à cette condition que les conventions sur la preuve sont admissibles. L'avenir révèle aux contractants une imprévisibilité qu'ils n'avaient sans doute pas envisagée : une disproportion existe entre le montant décidé en prévision d'une éventuelle inexécution et le préjudice subi. La différence n'est pas ténue, c'est un gouffre rendant inacceptable la situation entre les parties lors de la mise en œuvre de leur volonté contractuelle. Le juge ne peut consacrer une situation qui frise l'in vraisemblable et

révision des clauses pénales, Defrénois 1995, p. 769 ; O. KRAFT, *Clauses pénales : à quel niveau les réduire ou les augmenter ?*, Gaz. Pal. 1994, I, doctr., p. 386 ; G. PAISANT, *Dix ans d'application de la réforme des articles 1152 et 1231 du Code civil relative à la clause pénale*, RTD civ. 1985, p. 647.

¹⁸¹⁸ L. n° 85-1097 du 11 octobre 1985 ; Avant cette loi, la Cour de cassation refusait de reconnaître aux juges du fond cette faculté d'exercer d'office ce pouvoir de révision, peu important le caractère manifestement excessif ou dérisoire du montant de cette clause, v. Cass. com., 2 octobre 1984, JCP G 1985, II, 20433, note G. PAISANT.

¹⁸¹⁹ « [La réduction des effets d'une clause], utilisée en d'autres domaines par les juges français, n'est pas expressément autorisée par les textes en matière de clauses abusives et les juges ne semblent donc pas admis à y recourir. C'est ce qu'a jugé la Cour d'appel de Grenoble dans un arrêt en date du 16 mars 2004, en infirmant une décision de première instance par laquelle le premier juge avait révisé une clause abusive. La cour considéra qu' "en ordonnant la suppression (d'un) membre de phrase, le premier juge a proposé une nouvelle rédaction de la clause, ce qu'il ne pouvait faire" ». M. LAMOUREUX, *op. cit.*, tome 2, p. 562.

¹⁸²⁰ Cass. com., 11 février 1997, Bull. civ. IV, n° 47 ; cont., conc., consom. 1997, n° 75, obs. L. LEVENEUR ; Defrénois 1997, p. 740, obs. Ph. DELEBECQUE ; RTD civ. 1997, p. 654, obs. J. MESTRE.

¹⁸²¹ M. LAMOUREUX, *op. cit.*, tome 2, p. 577.

¹⁸²² Cass. civ. 1^{re}, 19 mars 1980, Bull. civ. I, n° 95. Cass. civ. 1^{re}, 10 mars 1998, Bull. civ. I, n° 98 ; RTD civ. 1999, p. 97, obs. J. MESTRE.

l'inacceptable dans un sens comme dans l'autre : le montant manifestement excessif prouve que le créancier de l'obligation a eu une influence considérable sur son cocontractant pour fixer le montant dû en cas d'inexécution et démontre la faiblesse corrélative du débiteur. À l'inverse, le caractère manifestement dérisoire de la clause pénale atteste de l'emprise du débiteur sur son créancier.

851. **L'erreur toujours possible.** L'erreur est évidemment possible et permise puisque le pouvoir de révision ne s'effectue qu'après l'appréciation d'une grave disproportion et d'une réflexion des juges du fond sur l'opportunité d'une telle modification de la volonté des contractants. La force obligatoire des conventions de preuve ne signifie pas un pouvoir absolu pour les contractants, l'ordre public en est la limite. L'intervention doit être nécessaire et inspirée par la préservation de cet ordre. Peu important pour la société que le préjudice réparé par le débiteur en vertu de la clause pénale ne corresponde pas au préjudice subi par le créancier¹⁸²³. En revanche, elle est intéressée à ce que la réparation soit une réparation et non l'expression de la domination d'un contractant sur l'autre. Par son pouvoir de révision, le juge veille au respect de l'ordre public, ordre indispensable pour la vie en société. Ce pouvoir est forcément d'ordre public pour le juge, les contractants ne peuvent pas l'en dispenser¹⁸²⁴.

852. **Exécution partielle.** La solution prévue par le législateur est identique lorsque l'exécution est partielle. Le juge peut réviser la clause prévoyant la peine en cas d'inexécution¹⁸²⁵. Les contractants ont envisagé l'inexécution totale, l'exécution partielle va diminuer en partie la sanction convenue. La prévision contractuelle ne serait pas respectée si la peine était identique entre l'inexécution totale et l'inexécution partielle. Le juge protège ainsi le débiteur qui, de bonne foi, essaie d'exécuter son obligation mais n'y parvient pas entièrement. Par cette protection, c'est l'ordre public qui, *in fine*, est protégé ; le juge gardant la possibilité d'apprécier la révision de la clause en fonction des circonstances, notamment du

¹⁸²³ Les juges peuvent également octroyer un montant supérieur au préjudice subi permettant à la clause pénale de conserver sa fonction de peine. V. Cass. civ. 1^{re}, 8 juin 2004 ; RJDA 2004, n° 1297. D'ailleurs l'absence de préjudice ne justifie pas le refus d'appliquer la clause pénale. V. Cass. civ. 3^e, 12 janvier 1994, Bull. civ. III, n° 4 ; RTD civ. 1994, p. 605, obs. J. MESTRE ; JCP G 1994, I, 3809, p. 558, obs. G. VINEY. Très souvent cependant, la Cour de cassation approuve les juges du fond qui privent quasiment d'effet la clause pénale en l'absence de préjudice. V. Cass. com., 16 juillet 1991 ; cont., conc., consom. 1991, n° 217, obs. L. LEVENEUR ; Defrénois 1992, p. 329, obs. J.-L. AUBERT ; D. 1992, jurispr., p. 365, note D. MAZEAUD. Cass. com., 11 février 1997, Bull. civ. IV, n° 47 ; Defrénois 1997, p. 740, obs. Ph. DELEBECQUE ; cont., conc., consom. 1997, n° 75, obs. L. LEVENEUR ; RTD civ. 1997, p. 654, obs. J. MESTRE. Cette solution s'explique sans doute par la disproportion entre le montant forfaitaire de la clause et le préjudice subi qui est nul, caractérisant ainsi l'excessivité manifeste.

¹⁸²⁴ Article 1152, alinéa 2 *in fine*, du Code civil.

¹⁸²⁵ Le juge possède un pouvoir d'ordre public aussi de diminuer en cas d'exécution partielle la peine convenue par les parties. V. article 1231 *in fine* du code précité.

comportement des contractants. Certaines clauses pénales prévoient la réduction du montant dû en cas d'inexécution partielle à proportion de l'intérêt des parties. Cette stipulation est licite, car elle ne porte pas atteinte au pouvoir du juge de réviser la clause prévue à l'article 1231 du Code civil¹⁸²⁶. Cette clause, comme cet article, n'empêchent pas le juge d'exercer son pouvoir de révision de la clause pénale, en vertu de l'article 1152, alinéa 2, du code précité¹⁸²⁷. Ce pouvoir exceptionnel¹⁸²⁸ de réviser les clauses pénales¹⁸²⁹ correspond au rôle primordial du juge de faire respecter, de maintenir l'ordre public : son usage doit être modéré¹⁸³⁰. Les aménagements conventionnels des règles légales de preuve ne sont pas tous en contrariété avec l'ordre public. Le juge et les parties seront alors tenus de se comporter avec cette clause de preuve de la même manière qu'ils le feraient avec une règle légale.

Section 2 : Les conséquences du respect de l'ordre public sur l'application de la convention de preuve

853. **Annonce du plan.** Les contractants, en convenant sur des règles de preuve différentes des dispositions légales, désirent se lier mais aussi contraindre le juge. La force obligatoire des conventions protège la prévision qu'ils ont faite de l'interprétation hasardeuse que les juges pourraient faire de leur volonté. Afin d'éviter tout risque d'arbitraire, les clauses de preuve doivent être suffisamment claires et non équivoques. Ce n'est qu'à ces conditions que le pouvoir d'interprétation des juges sera limité. Bien évidemment, la conformité de la stipulation dépend du respect de l'ordre public, le pouvoir des juges augmentant en cas de contrariété à cet ordre. La règle conventionnelle, dans ces conditions, s'applique entre les parties et vis-à-vis du juge à la place et de manière similaire à la règle légale évincée. En définitive, il s'agit des conséquences théoriques de la force obligatoire des clauses de preuve. En pratique, les juges se permettent quelques petites entorses en interprétant dans une

¹⁸²⁶ M. LAMOUREUX, *op. cit.*, tome 2, p. 578.

¹⁸²⁷ Cass. com., 21 juillet 1980, Bull. civ. IV, n° 309 ; D. 1981, jurispr., p. 335, note F. CHABAS ; JCP G 1982, II, 19778, obs. B. BOCCARA ; Gaz. Pal. 1981, 1, jurispr., p. 207, note E.-M. BEY. Cass. com., 19 novembre 1991, Bull. civ. IV, n° 346 ; D. 1993, jurispr., p. 56, note G. PAISANT. Avant que le caractère d'ordre public de l'article 1231 du Code civil ne soit expressément affirmé par la loi du 9 juillet 1975, la jurisprudence permettait aux parties d'y déroger, v. Cass. com., 9 octobre 1972 ; D. 1972, jurispr., p. 728, note Ph. MALAURIE.

¹⁸²⁸ M. LAMOUREUX, *op. cit.*, tome 2, p. 579.

¹⁸²⁹ La Cour de cassation censure les décisions des juges du fond qui augmente le pouvoir de révision à d'autres clauses. Pour un exemple de refus d'appliquer ce pouvoir à une clause résolutoire qui aménage donc indirectement les règles de preuve : Cass. civ. 3^e, 20 juillet 1989, Bull. civ. III, n° 172 ; Defrénois 1990, p. 361, obs. J.-L. AUBERT ; RTD civ. 1990, p. 74, obs. J. MESTRE.

¹⁸³⁰ M. LAMOUREUX, *op. cit.*, *loc. cit.* En principe la clause pénale est licite et s'impose au juge, ce n'est que par exception lorsque sa mise en œuvre trouble l'ordre public que la révision devient indispensable.

direction favorable à leurs visions, au détriment de l'intention réelle des contractants. Voulant sauver la convention de preuve, la dénaturation de la volonté des parties participe à une apparence de respect de l'ordre public (§1). Cette dénaturation n'est plus nécessaire pour garder en vie la clause de preuve, dès lors qu'elle respecte véritablement l'ordre public : elle devient obligatoire entre les plaideurs et le juge (§2).

Paragraphe 1 : Le respect apparent de l'ordre public au moyen de l'interprétation de la convention de preuve

854. **La clarté de l'instrumentum.** L'importance de la rédaction d'un *instrumentum* n'est plus à démontrer. En l'absence d'un tel écrit, les contractants se rendent compte de son importance, notamment pour prouver le *negotium*. Telle une loi, l'application des stipulations contractuelles dépend de la compréhension par les parties des termes et du sens des phrases, ou du comportement qu'elles ont afin d'en déterminer la volonté.

855. **Annnonce du plan.** Une intention précise limitant l'appréciation au maximum permet d'éviter le soi-disant arbitraire si souvent reproché aux juges. Avec ou sans écrit, la volonté doit être claire et non équivoque. Parfois, la Cour de cassation se permet de modifier le contenu des clauses en affirmant en faire une exacte application, censurant par la même occasion pour dénaturation les juges du fond : comble de la malhonnêteté intellectuelle *a priori*. En fait, il n'en est rien ! Ce comportement permet très souvent de sauver la clause de preuve en l'interprétant différemment afin de maintenir l'ordre public (A). Ce faisant, le risque de cette intervention dans le contenu d'une clause de preuve est de rendre son application totalement inefficace (B). Les conséquences de fait seront proches de la nullité partielle. Heureusement, ce phénomène reste exceptionnel¹⁸³¹.

A : Le sauvetage de la clause par l'interprétation de la volonté des parties

856. **L'inévitable intervention du juge.** Toute convention obscure nécessite de passer par l'interprétation des juges avant d'être appliquée : étape nécessaire et

¹⁸³¹ L'auteur regarde ce phénomène par rapport au pouvoir des juges qu'ils retrouvent ainsi. M. LAMOUREUX, *op. cit.*, tome 1, p. 49.

indispensable¹⁸³². Illisible, mal rédigée, incomplète, non connue de l'un des contractants, nombreuses sont les causes pouvant justifier l'intervention du juge¹⁸³³.

857. **L'interprétation.** La clause de preuve va faire l'objet d'une interprétation avant d'être appliquée. Dans bon nombre de cas, l'interprétation est limitée par la clarté de la plume des rédacteurs. L'ambiguïté des termes de la clause augmente le pouvoir des juges, risquant alors une différence entre la volonté interne des parties et celle exprimée maladroitement¹⁸³⁴. La Cour de cassation censure les juges du fond en cas de dénaturation de la clause de preuve, mais qui surveille cette cour ? Il se peut que le détournement de la volonté contractuelle provienne non pas des juges du fond, mais de la Cour de cassation. Le problème pourtant réel ne connaît pas de réponse procédurale. La seule piste à suivre réside dans la vigilance des termes employés et la simplicité des tournures afin d'éviter une telle possibilité.

858. **Une brèche.** Laissant de côté l'hypothèse où les juges, sans aucune bonne raison, dénaturent la volonté des parties, pourquoi interpréter sciemment à l'encontre de leur véritable intention ? La clause de preuve laisse parfois une minuscule brèche où le pouvoir d'appréciation des juges va se faufiler. L'intention est évidente, mais son effet déplaît à ces derniers. La sanction possible est d'annuler exclusivement la clause de preuve litigieuse. Le recours à l'ordre public directement semble être réservé aux cas où il n'y aurait pas d'autres fondements, les juges préférant l'utilisation des concepts de fraude, faute, bonne foi, abus de droit, etc. Pour les profanes, ce choix permet plus facilement d'accepter et de comprendre la décision que de recourir à la notion d'ordre public : la légitimité de la décision y gagne ainsi que l'ordre public *in fine*. S'agissant des spécialistes du droit, ce recours à d'autres concepts permet d'éviter l'utilisation d'une notion aux contours flous.

859. **Deux options.** En définitive, faute d'avoir un pouvoir légal de révision, la solution semble pouvoir se résumer à un choix manichéen : nullité de la clause ou validité. Avec l'évolution de l'ordre public ainsi que de ses atteintes, les juges participent à ce

¹⁸³² M. LAMOUREUX, *op. cit.*, tome 1, p. 134 où l'auteur précise que « *le juge est en effet soumis à un véritable devoir d'interprétation du contrat obscur ou ambigu. L'interprétation étant par définition nécessaire pour comprendre le sens d'un tel contrat, le juge doit y procéder faute de quoi il serait réduit au déni de justice ou donnerait au litige une solution dénuée de fondement* ».

¹⁸³³ G. VINEY et P. JOURDAIN, *Traité de droit civil, Les effets de la responsabilité*, LGDJ, 3^e éd., 2011, n° 221 et s.

¹⁸³⁴ M. LAMOUREUX, *op. cit.*, tome 2, p. 582

mouvement même en dehors de leurs prérogatives, ou plus exactement en abusant de leur pouvoir d'appréciation. Il semble préférable pour le maintien de l'ordre public que le juge se permette d'interpréter la clause, parfois *contra proferetem*, afin de la sauver.

860. **Un exemple.** Une clause de preuve, dont l'objet est de présumer de manière irréfragable une situation, a été transformée en clause renversant simplement la charge de la preuve par la Cour de cassation, déjouant ainsi les prévisions légitimes des contractants¹⁸³⁵. Deux sociétés avaient conclu des conventions de compte courant comportant une clause prévoyant que l'acceptation des opérations portées au compte serait présumée résulter de l'absence de réclamation dans un délai d'un mois après réception des relevés de compte. En 1997, les sociétés contestèrent des opérations réalisées en 1992 et 1993 car, selon ces sociétés, elles avaient été réalisées sans ordre des personnes disposant du pouvoir de faire fonctionner les comptes. Elles demandèrent ainsi la restitution des sommes litigieuses. La cour d'appel rejeta leurs prétentions en application de la clause. Elles devaient agir dans le délai d'un mois, ce qu'elles ne firent pas. En outre, aucune faute n'était démontrée à la charge de la banque. Or, la Cour de cassation censura la décision des juges du fond pour violation des articles 1134 et 1937 du Code civil : « *en statuant ainsi, alors que l'absence de protestation du client, dans le délai d'un mois de la réception des relevés de compte, n'emportait, selon la convention des parties, qu'une présomption simple d'accord du client sur les opérations y figurant, laquelle ne privait pas celui-ci de la faculté de rapporter, pendant la durée de prescription légale, la preuve d'éléments propres à l'écarter, qu'elle avait elle-même relevé qu'aucun des ordres écrits relatifs aux virements litigieux n'était signé des personnes ayant pouvoir de faire fonctionner les comptes des sociétés A et C et qu'à supposer qu'aucune faute ne soit imputable à la Banque populaire du Nord dans l'exécution des virements litigieux, cette circonstance n'était pas de nature à la décharger de son obligation de ne restituer les fonds qu'aux déposants ou à leurs mandataires, la cour d'appel a violé les textes susvisés* »¹⁸³⁶. La Cour de cassation a interprété cette clause comme une clause sur la charge de la preuve, présument ainsi l'acceptation simple pouvant permettre aux clients de rapporter la preuve contraire jusqu'à l'écoulement du délai légal de prescription. En quoi cette interprétation

¹⁸³⁵ Cass. com., 3 novembre 2004, Bull. civ. IV, n° 187 ; D. 2004, p. 3063, obs. V. AVENA-ROBARDET ; D. 2005, p. 579, note E. NAUDIN ; RTD civ. 2005, p. 381, obs. J. MESTRE et B. FAGES.

¹⁸³⁶ Cass. com., 3 novembre 2004, *ibid.*

spécieuse de la Cour de cassation¹⁸³⁷ rend-elle inefficace de fait cette clause ? Pour y répondre, la situation avec la clause doit être comparée avec la situation sans cette clause.

B : L'inefficacité de la clause en raison de l'interprétation du juge

861. **Une inefficacité de fait.** L'interprétation des termes de la clause peut avoir pour effet de rendre, de fait, inefficace la clause, ce qui engendrera des conséquences identiques à l'application de la loi pourtant évincée. La clause ne fait que reprendre de fait les dispositions légales, ce qui, à l'évidence, n'était pas la volonté initiale des contractants.

862. **L'importance de l'interprétation illustrée.** En revenant sur l'arrêt de la chambre commerciale du 3 novembre 2004¹⁸³⁸, la comparaison des différentes interprétations, celle de la cour d'appel puis celle de la Cour de cassation, avec la situation sans la clause permet de se rendre compte de l'importance de l'analyse faite de la clause de preuve. La cour d'appel considère que la clause empêche toute contestation après l'écoulement du délai imparti. En revanche, la Cour de cassation voit dans la rédaction la possibilité de contester les opérations pendant le délai légal, l'absence de contestation pendant le délai d'un mois n'est qu'une présomption simple. En l'absence de cette clause de preuve, les clients de la banque doivent contester les opérations bancaires pendant le délai légal, situation identique à celle de l'interprétation de la Cour de cassation. Par conséquent, cela n'inverse pas la charge de la preuve. La Cour de cassation a privé ainsi d'effet la clause relative à la preuve de l'acceptation du client, clause qui limitait ses droits de recours. Dans le cadre des contrats de consommation, les clauses du même genre ont pu être annulées car elles étaient abusives¹⁸³⁹ : solution juridiquement plus compréhensible. Il y a deux manières différentes de réagir face à ce type de clause, quand bien même la conséquence serait, en principe, identique : que la clause soit annulée ou qu'elle soit interprétée comme une clause de présomption simple, la preuve peut être rapportée comme si la clause n'avait jamais existé. Inefficace de fait, la clause de preuve a subi une interprétation contraire à la volonté des contractants. « *Comment*

¹⁸³⁷ M. LAMOUREUX, *op. cit.*, tome 2, p. 582.

¹⁸³⁸ Cass. com., 3 novembre 2004, *op. cit.*

¹⁸³⁹ TGI Paris, 9 novembre 2005 ; D. 2006, p. 295, obs. V. AVENA-ROBARDET.

réconcilier force obligatoire du contrat et annulation des clauses abusives en leur faisant produire le même effet en une leçon... »¹⁸⁴⁰.

863. **Autre illustration.** Un autre exemple peut être donné de l'inefficacité de fait d'une clause de preuve par une interprétation hasardeuse. Lorsque les contractants décident de prévoir des moyens de preuve particuliers alors que la preuve est libre, les juges, en considérant que d'autres moyens sont admissibles, remettent les parties dans la même situation qu'en l'absence de clause de preuve¹⁸⁴¹. Sans la clause, tous les éléments de preuve sont recevables : la solution reste inchangée. L'interprétation de la stipulation de preuve qu'en fait la Cour de cassation, a pour effet de la rendre de fait inefficace¹⁸⁴², alors que juridiquement les juges vont l'appliquer. Voulant légitimer son interprétation, la Cour de cassation sanctionne la décision des juges du fond au motif de la dénaturation de la volonté des contractants. La protection de l'ordre public passe sans doute par cette interprétation erronée de la Cour de cassation¹⁸⁴³, et la légitimité de sa décision obligatoirement par cette justification. Sur le fond, cette interprétation permet un accès effectif du recours au juge, la nullité partielle de la clause ne modifierait pas la situation dans ces hypothèses. La Cour de cassation préfère une intervention plus douce, mais tout autant efficace : la médecine douce n'a bien souvent de doux que le nom. Dans tous les cas, que la volonté des contractants ait été respectée par les juges ou non, la convention de preuve respectant l'ordre public va s'imposer lors du procès.

¹⁸⁴⁰ M. LAMOUREUX, *op. cit.*, tome 2, p. 583.

¹⁸⁴¹ M. LAMOUREUX, *op. cit.*, tome 1, p. 202 et 203, v. note de bas de page n° 746. Les parties veulent ainsi lier le juge en accordant une force probante absolue au procédé choisi, ce qui relève en principe du pouvoir d'appréciation souveraine des juges du fond, exception faite de la détermination légale pour certains procédés. En ce sens, J. BORE et L. BORE, *La cassation en matière civile*, Dalloz action, 4^e éd. 2008, n° 64.50 et s.

¹⁸⁴² Ce qui n'est pas le cas lorsque le juge écarte la clause dont la mise en œuvre trouble l'ordre public en raison des circonstances. Dans cette situation l'inefficacité est juridique.

¹⁸⁴³ M. LAMOUREUX, *op. cit.*, tome 1, p. 214 où l'auteur précise que « *l'ordre public a été avancé par certains auteurs pour considérer que les clauses relatives aux procédés de preuve ne peuvent priver le juge de son pouvoir d'appréciation de la force probante, car ce pouvoir d'appréciation serait lui-même d'ordre public. Il y aurait donc une part incompressible dans l'offre du juge, que les parties ne seraient pas admises à écarter sans heurter l'ordre public* ».

Paragraphe 2 : L'obligation d'appliquer la convention de preuve en cas de respect de l'ordre public

864. **Substitution.** La convention sur la preuve respectant les conditions d'admissibilité et d'admission permet de remplacer les règles de preuve légale par des règles de preuve conventionnelle. La volonté des parties va être à l'origine de la force obligatoire de cette convention. L'absence de force obligatoire enlèverait tout intérêt à l'insertion d'une telle convention. Il serait trop facile de s'engager si cet engagement n'avait pas d'effet contraignant entre les parties, surtout s'il est possible que l'avenir vienne perturber l'équilibre ou (et) l'intérêt initial¹⁸⁴⁴. Mais la question se pose différemment lorsque le regard se pose sur le comportement du juge : quelle est l'incidence de ce type de convention sur la décision du juge ? En cas de licéité, doit-il appliquer la convention de preuve comme il appliquerait les règles légales ou, au contraire, a-t-il une certaine liberté ? En théorie, l'obligation de respecter la clause de preuve licite s'impose naturellement entre les contractants lors d'un litige (**A**). Cette force obligatoire doit être effective. Pour cela le juge doit appliquer la loi des parties de la même manière que celle édictée par le législateur (**B**).

A : L'obligation de respecter la convention de preuve pour les parties

865. **L'intangibilité des conventions.** Les effets des conventions trouvent leur point d'ancrage au sein du très célèbre alinéa 1^{er}, de l'article 1134 du Code civil : « *Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites* ». Un peu plus loin dans le code précité, l'article 1165 précise que « *les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes* ». Il résulte des deux articles que les conventions font la loi des parties mais seulement entre elles. En vertu de l'autonomie de la volonté, les parties sont libres de s'engager ou non¹⁸⁴⁵. Et si elles se sont engagées, elles devront respecter leur engagement tel qu'il a été formé. C'est le principe de l'intangibilité des conventions qui est ainsi impliqué par

¹⁸⁴⁴ IHERING, *L'évolution du droit*. Traduction sur la 3^e éd. allemande par MEULENAERE, 1901, p. 49 où l'auteur rappelle que « *si alors le droit n'intervenait, armé de sa contrainte, pour maintenir le contrat, la convention resterait inexécutée faute d'équilibre actuel des intérêts en présence. Au point de vue de l'idée de finalité, la reconnaissance de la force obligatoire des contrats, constitue l'assurance du but originaire des conventions contre les bouleversements ultérieurs d'intérêts, et contre les revirements d'opinion des parties dans l'appréciation de leurs intérêts. La modification des intérêts n'a pas d'influence juridique sur les contrats* ».

¹⁸⁴⁵ A. BENABENT, *Droit civil : Les obligations*, Montchrestien, 13^e éd., 2012, n° 270 ; Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Droit civil, Les obligations*, Defrénois, 6^e éd., 2013, n° 748 ;

la force obligatoire¹⁸⁴⁶. La doctrine a déduit la notion de force obligatoire de cette « loi contractuelle ». La force obligatoire est classiquement traduite par l'obligation pour les parties d'exécuter les obligations nées du contrat¹⁸⁴⁷. Dans cette conception, cette référence à la loi signifie que la convention s'impose aux parties de la même manière que la loi aux citoyens. Mais ceci n'est qu'une comparaison¹⁸⁴⁸.

866. **Force obligatoire et contenu obligationnel.** Il faut que la clause de preuve soit légalement formée pour qu'elle ait force obligatoire¹⁸⁴⁹. Elle tire cette force contraignante de la loi. Cependant, au niveau des effets, dès lors qu'elle est conforme à l'ordre public, les contractants vont être liés entre eux comme ils le seraient avec une loi. Il y aurait donc un lien très étroit entre la force obligatoire et la notion d'obligation, voire même une assimilation. Mais cette vision classique de la force obligatoire est réductrice par rapport à son véritable sens¹⁸⁵⁰. Tout d'abord, il convient de noter, que toutes les conventions ne comportent pas nécessairement des obligations¹⁸⁵¹. En effet, si tous les contrats par définition créent des obligations, les conventions sont un ensemble plus large que les contrats. En d'autres termes, tous les contrats sont des conventions, mais toutes les conventions ne sont pas des contrats. En outre, dans un contrat, tous les éléments ne sont pas constitutifs d'obligations. Que signifie alors la force obligatoire de tout ce qui n'est pas obligation au sens strict du terme ? Le professeur Ancel a développé l'idée selon laquelle « *la force obligatoire apparaît comme un contenant, une sorte de cadre général à l'intérieur duquel vont s'inscrire des rapports d'obligations, des relations entre créanciers et débiteurs* ». « *L'accord des parties crée une nouvelle norme juridique* »¹⁸⁵², de la même manière que la loi. Mais il ne s'arrête pas là, il reprend aussi l'idée déjà développée par Kelsen selon laquelle le contrat crée une norme juridique, certes inférieure à la loi, mais une norme quand même. Les parties peuvent ainsi créer une norme, la convention, en respectant la loi, de la même manière que le législateur

¹⁸⁴⁶ F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, Précis Dalloz, 10^e éd., 2009, n° 472 et 476 ; Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *ibid.*, n° 756 ; P. MALINVAUD et D. FENOUILLET, *Droit des obligations*, Litec, 12^e éd., 2012, n° 415 ; M. POUMAREDE, *Droit des obligations*, Montchrestien, 2^e éd., 2012, n^{os} 452 et s.

¹⁸⁴⁷ Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *op. cit.*, n° 752 ; P. MALINVAUD et D. FENOUILLET, *op. cit.*, n° 412.

¹⁸⁴⁸ F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, n° 438.

¹⁸⁴⁹ Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *op. cit.*, n° 753.

¹⁸⁵⁰ P. ANCEL, *Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat*, RTD civ. 1999, p. 771 ; J.-P. CHAZAL, *De la signification du mot loi dans l'article 1134, alinéa 1^{er}, du Code civil*, RTD civ. 2001, p. 265.

¹⁸⁵¹ P. ANCEL, *ibid.*, p. 779 et s. ; P. JACQUES, *Regards sur l'article 1135 du Code civil*, Nouvelle bibliothèque de thèses, Dalloz, 2005, n° 21.

¹⁸⁵² P. ANCEL, *ibid.*, p. 774.

créé la loi, en respectant la Constitution. La convention devra donc s'imposer aux parties comme la loi, car elle a un effet « normateur »¹⁸⁵³. Les parties ne pourront pas faire comme si elle n'existait pas.

867. **Application aux conventions sur la preuve.** Plus spécifiquement, la clause de preuve devient la nouvelle norme applicable à leur rapport comme si elle provenait de la loi. L'effet obligatoire s'applique naturellement aux conventions sur la preuve. L'obligation pour les parties de prouver par tel procédé de preuve, par exemple, n'est pas une obligation au sens strict du terme, elle ne correspond pas à un rapport créancier/débiteur. Dans les conventions sur la preuve, comme il n'y a pas d'obligation à proprement parler, c'est au moment où il y aura un litige que cette force obligatoire produira pleinement ses effets. Les litiges doivent être réglés en fonction de la loi applicable, à moins que cette dernière permette l'expression d'une volonté d'y déroger. Dit autrement, lorsqu'il existe une convention légalement formée, par l'effet normateur de l'article 1134 du Code civil, le juge doit se référer à cette nouvelle norme juridique pour trancher le litige¹⁸⁵⁴. Il est tenu de respecter l'intention des parties se trouvant dans la convention, en appliquant la convention de la même manière qu'il appliquerait la loi¹⁸⁵⁵. La Cour de cassation a rapidement affirmé « *qu'en déclarant inadmissible la preuve testimoniale interdite par la convention, souverainement interprété par lui, l'arrêt attaqué, loin de violer les articles 1341, 1347 et 1348 du Code civil, dont l'application dans la cause est repoussée par cette convention même, n'a fait qu'obéir aux prescriptions de l'article 1134 du Code civil* »¹⁸⁵⁶. D'ailleurs, si l'une des parties essaie de prouver conformément aux règles classiques de la preuve au lieu de celles contenues dans la convention de preuve, les éléments de preuve non prévus dans la loi des parties n'ont aucune incidence sur la décision rendue par le juge.

868. **Observations.** Il est possible de remarquer que si la clause de preuve constituait une obligation au sens strict, le juge devrait alors sanctionner l'inexécution de cette obligation par des dommages et intérêts, et non par une irrecevabilité des moyens de preuve employés par cette partie. La convention sur la preuve ne doit donc pas être exécutée, mais simplement respectée. En outre, il convient de remarquer, que les parties peuvent renoncer

¹⁸⁵³ P. ANCEL, *op. cit.*, p. 775.

¹⁸⁵⁴ P. ANCEL, *op. cit.*, p. 792.

¹⁸⁵⁵ P. ANCEL, *ibid.*, p. 774.

¹⁸⁵⁶ Cass. req., 30 juillet 1884 ; S. 1885, 1, 374.

aux règles issues de la convention de preuve. Le juge ne peut pas refuser d'office les procédés qui lui sont présentés dans le cadre de cette dernière. Si l'une des parties demande le respect de la convention sans y avoir préalablement renoncé, le juge est dans l'obligation de ne pas recevoir les procédés non convenus dans la convention de preuve.

869. **Effet relatif.** S'agissant du principe de l'effet relatif, les conventions sur la preuve sont semblables à toute autre convention. *Res inter alios acta, aliis nec prodesse, nec nocere potest* : les actes conclus par certaines personnes ne doivent, ni nuire, ni profiter aux autres¹⁸⁵⁷. Cet adage latin est à l'origine de l'article 1165 du Code civil. Il énonce que « *les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes* ». C'est le principe de l'effet relatif des conventions. En principe, il ne devrait pas y avoir d'effets envers les tiers¹⁸⁵⁸. En effet, seules les parties sont liées par le contrat¹⁸⁵⁹. Obliger un tiers à exécuter une convention où il n'a pas donné son consentement n'est pas acceptable aux yeux de l'ordre public.

870. **L'autonomie de la volonté.** La doctrine a expliqué l'effet relatif des conventions en se fondant sur la théorie de l'autonomie de la volonté¹⁸⁶⁰. C'est par la volonté qu'un individu limite sa liberté. Le corollaire est qu'un individu ne peut pas voir sa liberté restreinte par la volonté d'un autre individu. Pour justifier le principe de l'effet relatif des conventions, Pothier écrit : « *l'obligation de signer des conventions, et le droit qui en résulte étant formé par le consentement et le concours de volonté des parties, elle ne peut obliger un tiers, ni donner de droit à un tiers, dont la volonté n'a pas concouru à former la convention* »¹⁸⁶¹. Par conséquent, seules les parties à la convention sur la preuve seront tenues par cette dernière¹⁸⁶².

871. **Relativité de l'effet relatif.** Cela étant, le principe de l'effet relatif a perdu de son absolutisme, notamment du fait de l'intervention du législateur pour satisfaire à certains impératifs. Il existe des techniques juridiques, d'origine légale ou conventionnelle, qui

¹⁸⁵⁷ H. ROLAND et L. BOYER, *Adages du droit français*, Litec, 4^e éd., 1999.

¹⁸⁵⁸ F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, n° 483.

¹⁸⁵⁹ V. par ex., Cass. com., 13 mars 2012, n° 11-11578 ; D. 2012, p. 2826.

¹⁸⁶⁰ R. WINTGEN, *Étude critique de la notion d'opposabilité : les effets du contrat à l'égard des tiers en droit français et allemand*, Bibliothèque de droit privé, tome 426, LGDJ, 2004, n° 21.

¹⁸⁶¹ R. WINTGEN, *ibid.*, n° 23.

¹⁸⁶² Mais cette vision ne rend pas compte de la réalité : d'une part, il n'est pas toujours évident de délimiter les parties et les tiers absolus, une catégorie intermédiaire serait constituée des tiers ayant néanmoins un intérêt dans le contrat ; d'autre part, le contrat peut avoir même des effets pour les tiers absolus. Sur la notion de tiers absolu v. R. WINTGEN, *ibid.*, n° 59.

permettent à un tiers de devenir partie au contrat¹⁸⁶³. La représentation, par exemple, permet à une personne d'être partie au contrat à la place de la personne qui a manifesté l'accord de volonté. On peut ainsi mandater une personne pour conclure une convention sur la preuve en même temps que le contrat principal. Dans ce cas-là, le représenté devient partie au contrat dès sa formation¹⁸⁶⁴. Mais la possibilité la plus importante pour un tiers de devenir une partie liée à la clause de preuve est la cession de contrat¹⁸⁶⁵. En prenant l'exemple d'une convention sur la preuve des opérations bancaires entre une banque et son client, si cette banque vend à une autre banque une partie de sa clientèle, alors il y aura une cession des contrats existant entre la première banque et ce client au profit de la nouvelle banque. Cette dernière devra respecter les contrats comme si elle avait été, dès l'origine, contractante. Ce qui implique que la preuve des opérations bancaires se fera conformément à ce qui avait été convenu avec la première banque. Si, en principe, elles ne devraient produire leurs effets qu'entre les parties, force est pourtant de constater qu'elles peuvent aussi intéresser les tiers en devenant partie à la clause de preuve. La force obligatoire des conventions relatives à la preuve n'a d'intérêt envers les contractants que dans la mesure où les juges ne peuvent l'ignorer.

B : L'obligation d'appliquer la convention de preuve pour le juge

872. **L'opposabilité.** Au principe de la force obligatoire des conventions entre les parties, est souvent associée la notion d'opposabilité des conventions aux tiers¹⁸⁶⁶. L'opposabilité signifie que les tiers connaissant la convention ne peuvent pas se comporter en toute ignorance de son existence¹⁸⁶⁷. En revenant sur la notion d'opposabilité des conventions, spécifiquement sur les conventions de preuve, il est à remarquer que cette notion n'a d'intérêt, ni pratique, ni théorique. En effet, il n'y a pas de situation de fait créée par les conventions sur la preuve qui pourrait être opposée aux tiers, si ce n'est par les aménagements indirects des règles légales de preuve. Par exemple, une clause limitative de réparation influence le contenu de l'actif du patrimoine du créancier de l'obligation inexécutée diminuant ainsi le gage général de ses propres créanciers.

¹⁸⁶³ R. WINTGEN, *op. cit.*, n° 66 ; F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, nos 488 et 489 ; Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *op. cit.*, n° 796.

¹⁸⁶⁴ F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *ibid.*, n° 487.

¹⁸⁶⁵ F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *ibid.*, n° 489 ; R. WINTGEN, *op. cit.*, n° 110.

¹⁸⁶⁶ R. WINTGEN, *op. cit.*, n° 125.

¹⁸⁶⁷ A. BENABENT, *op. cit.*, n° 247-1.

873. **Les tiers : les juges.** Lors d'un conflit judiciaire, les tiers qui sont toujours intéressés par les clauses de preuve sont les juges. Un auteur a même considéré que certaines obligations s'adressent uniquement au juge, comme les « clauses de constatation », sans créer d'obligation à la charge des parties¹⁸⁶⁸. Il est vrai qu'il n'y a pas d'obligation juridiquement, mais le contenu de la clause est attaché à la force obligatoire qui s'impose au juge et surtout aux plaideurs. En effet, le juge ne fait que respecter cette volonté après en avoir examiné la licéité. Veiller à ne pas remettre en cause ce qui a été décidé par les parties, est une manifestation de l'incidence de la force obligatoire pour le juge. La clause est destinée avant tout aux parties, de la même manière que les clauses d'extinction de droit. Ce n'est qu'en cas de conflit porté devant le juge, que ce dernier doit l'appliquer en vertu de l'accord des parties. Mais il y a une force obligatoire entre les parties du fait de leur accord sur cette constatation.

874. **Rôle du juge.** Soumis et protecteurs de la volonté exprimée dans la convention de preuve, les juges doivent faire respecter les conventions sur la preuve entre les parties¹⁸⁶⁹. Ils sont contraints de statuer en fonction de la convention. Les parties peuvent opposer au juge leur convention de preuve sur le fondement de l'article 1134 du Code civil¹⁸⁷⁰. À défaut d'avoir été invoquée, la clause de preuve n'a pas à être retenue par le juge¹⁸⁷¹. Dans l'hypothèse où l'un des plaideurs demande l'application de la stipulation de preuve, le juge, après avoir contrôlé sa légalité et déterminé son contenu, va s'y référer. Il ne peut pas remettre en cause l'effet normateur de ce contrat ; tout au plus, il l'interprète, comme il le fait lorsque la loi n'est pas claire, même si son pouvoir d'interprétation est beaucoup plus important envers le contrat que pour la loi¹⁸⁷². La possibilité d'une dénaturation n'est pas absente avant que la clause de preuve soit appliquée par le juge. Pour éviter tout arbitraire des juges du fond, la

¹⁸⁶⁸ M. LAMOUREUX, *op. cit.*, tome 1, p. 32.

¹⁸⁶⁹ Par exemple en présence d'une clause préalable de conciliation, « dans les contrats de consommation comme dans tout contrat, le juge doit donc décliner sa compétence lorsqu'il est saisi avant toute tentative de conciliation, ce qui démontre encore, et de manière particulièrement nette s'agissant de contrats de consommation, que le juge sait prêter main forte aux stipulations qui ont pourtant pour objet d'évincer son rôle ». M. LAMOUREUX, *op. cit.*, tome 2, p. 573.

¹⁸⁷⁰ R. LEGEAIS, *Les règles de preuve en droit civil*, « Permanences et transformations », Thèse Poitiers, LGDJ, 1955, p. 138. On ne peut invoquer pour la première fois devant la Cour de cassation la violation de l'article 1341 du Code civil. Cass. soc. 19 juin 1947 ; Gaz. Pal. 1947, II, 84, rapp. LEPALLEY-FONTENY. Plus généralement sur la force obligatoire des conventions vis-à-vis du juge, v. P. ANCEL, *op. cit.*, p. 792.

¹⁸⁷¹ Comme pour les règles légales de preuve, les parties peuvent renoncer à leurs droits tant qu'ils sont disponibles. Le juge appréciera les éléments de preuve rapportés par les plaideurs. Ainsi les contractants, après avoir voulu renoncer aux règles légales, peuvent renoncer aux règles conventionnelles, créant de la sorte une nouvelle convention de preuve tacite. Sur la possibilité de renoncer aux règles de preuve légales, v. R. LEGEAIS, *op. cit.*, p. 139 et 140. Sur la renonciation expresse à une règle légale de preuve : Cass. civ., 23 avril 1894 ; S. 1898, II, 442. Cass. civ., 3 décembre 1911, D. 1912, I, 158. Sur la renonciation tacite à une règle légale de preuve : Cass. civ., 6 janvier 1936, Gaz. Pal. 1936, I, 576.

¹⁸⁷² P. ANCEL, *op. cit.*, p. 793.

Cour de cassation va les contrôler sur ce point. Cette dernière n'est, en revanche, pas contrôlée. En effet, sous couvert de respecter la force obligatoire, la Cour de cassation feint de protéger l'intention des parties en sanctionnant la cour d'appel pour dénaturation. En réalité, elle détourne la volonté contractuelle à son profit¹⁸⁷³. La rédaction de la clause n'était pas suffisamment précise pour éviter cette interprétation. Les contractants doivent s'assurer des termes employés pour lier le juge dans le sens qu'ils désirent, faute de quoi ils risquent une interprétation rendant inefficace l'application de la clause de preuve¹⁸⁷⁴.

875. **Les parties.** Les plaideurs, conformément à la force obligatoire de leur convention de preuve, doivent apporter les éléments de preuve permettant de convaincre le juge¹⁸⁷⁵. La décision ainsi rendue doit présenter une certaine vraisemblance afin de paraître suffisamment légitime pour ne pas contrarier l'ordre public. La force obligatoire des conventions relatives à la preuve trouve son fondement dans cet ordre¹⁸⁷⁶.

¹⁸⁷³ Cass. com., 3 novembre 2004, Bull. civ. IV, n° 187 ; D. 2004, p. 3063, obs. V. AVENA-ROBARDET ; D. 2005, p. 579, note E. NAUDIN ; RTD civ. 2005, p. 381, obs. J. MESTRE et B. FAGES.

¹⁸⁷⁴ M. LAMOUREUX, *op. cit.*, tome 1, p. 226.

¹⁸⁷⁵ R. LEGAIS, *op. cit.*, p. 230 où l'auteur précise qu'« *en examinant un à un chacun des éléments de preuve réunis, puis en les rapprochant, [le juge] se déclare oui ou non persuadé* ».

¹⁸⁷⁶ M. MEKKI, *L'intérêt général et le contrat : contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, *op. cit.*, p. 164 et 165 où l'auteur considère que « *le contrat est obligatoire parce qu'il est conforme à l'intérêt général. Un subtil équilibre doit ainsi s'instaurer entre le microcosme contractuel et le macrocosme de la société* ».

CONCLUSION DU CHAPITRE SECOND

876. **Effets sur l'ordre public.** Après un examen de l'applicabilité, par l'intermédiaire des droits disponibles, et de l'application, au regard des effets sur l'ordre public, des conventions relatives à la preuve, le juge en déduit les conséquences sur le respect ou non de l'ordre public.

877. **Sanction de l'atteinte à l'ordre public.** La sanction de cette clause de preuve s'impose dès lors qu'un trouble est causé à l'ordre public. En revanche, les modalités pour revenir à une situation licite sont moins évidentes. Nullité totale, nullité partielle ou encore clause réputée non écrite, le juge peut intervenir en modifiant définitivement la convention porteuse de la stipulation litigieuse. Disparition rétroactive, inexistance, dans tous les cas les contractants ne pourront plus l'invoquer à l'avenir. Certaines clauses de preuve concernent l'exécution de plusieurs obligations. La clause de preuve amputée lors d'un premier litige portant sur l'une des obligations de la convention, ne peut pas être invoquée lors d'un second conflit relatif à une autre des obligations de cette convention. Efficacité au niveau du résultat, l'auteur du trouble à l'ordre public est incité à davantage de précaution lors de la rédaction de ses futures conventions. Un reproche peut toutefois être fait à la modification par amputation de la clause de preuve litigieuse : elle peut s'avérer trop sévère et inopportune en raison du trouble causé à l'ordre public.

878. **Autres voies.** D'autres techniques ont dû être explorées par le juge pour assurer la sauvegarde de l'ordre public tout en respectant au mieux la volonté contractuelle par le maintien des conventions. La clause de preuve ne disparaît pas de la convention, mais connaît une modification temporaire en fonction des circonstances qui entraînent la contrariété de l'ordre public. Le comportement attentatoire au maintien de l'ordre public est sanctionné en rendant juridiquement inefficace la clause de preuve. Elle est écartée par le juge qui rend sa décision sans l'utiliser. Le législateur a donné la possibilité au juge de protéger l'un des contractants de la mise en application d'une clause pénale dont le montant, prévu initialement, est manifestement disproportionné en comparaison avec le préjudice réellement

subi. La révision de la clause peut être faite lorsque le juge considère qu'elle est nécessaire. La sanction semble identique à celles de la nullité partielle ou de la clause réputée non écrite : ce n'est qu'une apparence. La clause n'est pas retirée de la convention. Lorsque la convention contenant cette clause concerne plusieurs obligations, un nouveau litige est probable. Les contractants peuvent alors demander l'application de la clause de preuve sous réserve de l'absence de trouble à l'ordre public lors de sa mise en œuvre : inefficace pour un litige, efficace pour les suivants.

879. **Force obligatoire et ordre public.** La force obligatoire de la convention relative à la preuve apparaît en cas de respect de l'ordre public. Sous l'apparence d'une conformité à cet ordre, la Cour de cassation dénature la volonté des parties afin d'aboutir à ce respect, préférant cette solution à la nullité de la clause de preuve litigieuse. Exception faite de cette pratique peu exploitée, le juge protège la volonté des contractants en respectant les termes de la convention de preuve mais surtout en les faisant respecter entre eux. La clause de preuve devient la nouvelle règle de preuve applicable au conflit, comme le sont les règles légales de preuve en l'absence de dérogation. Le juge rend une décision fondée sur les éléments de preuve et selon les règles contractuelles. La légitimité de la décision s'acquiert par l'adhésion des contractants : l'ordre public est préservé.

CONCLUSION DU TITRE SECOND

880. **Intérêt.** L'intérêt principal des conventions relatives à la preuve se révèle lors de l'apparition d'un conflit. En l'absence de litige porté devant le juge, la clause de preuve n'est pas soumise à un contrôle de sa conformité avec la loi et, plus généralement, avec l'ordre public. C'est sous l'aspect conflictuel que son examen est intéressant.

881. **Analyse du juge.** Lors d'un conflit, le juge est amené à vérifier la conformité de la clause de preuve au regard de l'ordre public. Son examen dépend des pouvoirs qui lui sont impartis par la loi et ceux qu'il a développés par la pratique, notamment dans la détermination du contenu de l'ordre public. La confrontation à l'ordre public débute par cette étape préalable. Connaissant le contenu actuel de l'ordre public, le juge utilise différents moyens pour analyser la licéité de la clause de preuve : l'ordre public directement, l'ordre public indirectement au travers des notions de droit disponible, faute, fraude, bonne foi. La différence de nom ne masque pas le véritable enjeu : la protection de l'ordre public. Les juges du fond veillent à garantir le maintien de cet ordre en contrôlant la conformité de la volonté d'aménager les règles légales de preuve avec l'ordre public. Toujours dans l'esprit de protéger cet ordre, la Cour de cassation vérifie le travail de ses pairs en censurant toutes les décisions qui, faute de protéger l'ordre public, y portent atteinte. Le critère indispensable pour vérifier la licéité des conventions relatives à la preuve est bel et bien l'ordre public.

882. **Résultats possibles.** Les effets de cette analyse dépendent du résultat découvert par les juges. Deux réponses sont possibles : soit la mise en jeu de la clause de preuve trouble l'ordre public, soit elle le respecte. Lorsque la clause de preuve ne respecte pas l'ordre public, il convient d'appliquer la sanction adéquate afin de rétablir l'ordre public sans le contrarier. De la nullité totale à la révision – en passant par toutes les nuances comme la nullité partielle, la réputation non écrite de la clause ou encore en l'écartant –, le choix du juge doit être opportun. Cette opportunité s'apprécie en fonction de la gravité de l'atteinte portée à l'ordre public : plus l'atteinte est importante, plus la sanction doit l'être. Lorsque la clause de preuve respecte l'ordre public, même par une interprétation douteuse réalisée par la Cour de

cassation, la force obligatoire prévue par l'article 1341 du Code civil oblige à la fois les plaideurs à la respecter ainsi que le juge à l'appliquer comme il le fait avec la loi. La décision de justice est tributaire du respect de la volonté des contractants. Le juge est lié dans son appréciation des éléments de preuve destinés à le convaincre. En n'appliquant pas la clause de preuve respectueuse de l'ordre public, le juge risque de porter atteinte à cet ordre. En définitive, l'examen de la clause de preuve par les juges et le contrôle de ces juges par la Cour de cassation manifestent l'importance de l'ordre public. Le choix de la sanction attribuée aux stipulations de preuve illicites et l'application des conventions de preuve licites révèlent la prééminence de l'ordre public. Il est omniprésent : véritable limite à toute volonté pouvant nuire à la société.

CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE

883. **Une efficacité conditionnée.** L'efficacité des conventions de preuve dépend des conditions relatives à leur applicabilité et à leur application qui sont la disponibilité des droits et l'ordre public. La disponibilité des droits dépend essentiellement de l'ordre public. L'ordre public est le critère pertinent de la validité des aménagements des règles légales de preuve. La décomposition entre la vérification du contenant et la vérification du contenu sert à la rédaction de ces clauses pour éviter d'être censuré, ainsi que pour faciliter l'examen des juges sur leur licéité.

884. **L'intérêt des clauses de preuve pour les parties.** Entre les parties, les clauses de preuve permettent de passer d'un système probatoire légal obsolète à un système de preuve conventionnel spécifique et efficace. L'opportunité d'un changement doit être certain afin d'éviter de devenir un moyen de domination d'un contractant sur l'autre. Le risque est d'aboutir, soit à décourager la partie subissant cette emprise d'agir en justice, soit à une décision de justice invraisemblable en application de la clause de preuve. Certains aménagements sont plus facilement vérifiables que d'autres. En aménageant directement les règles de preuve, les contractants peuvent aisément comprendre l'étendue de leur engagement, ce qui est plus délicat lorsque l'aménagement des règles légales de preuve se réalise indirectement.

885. **Exécution de clauses de preuve illicites.** Le chiffre noir des clauses de preuve illicites doit certainement être important. Une majorité des conventions est exécutée malgré la présence de clauses illicites. La peur d'agir en justice par crainte de succomber, soit en croyant que la clause de preuve est licite, soit en raison du risque inhérent à toute action en justice, explique ce phénomène. Cette étude ne pouvant alors être qu'exclusivement théorique, elle laisse sa place à une étude plus pratique : le contrôle exercé par les juges des clauses de preuve.

886. **Validité des conventions sur la preuve.** Pour s'opérer, l'analyse de la validité des conventions relatives à la preuve s'effectue en deux étapes. Sont-elles conformes à l'ordre public par la vérification des conditions d'applicabilité et d'application ? Quelles conséquences le juge tire-t-il de la réponse à la question précédente ? L'examen des conditions d'existence et d'efficacité des clauses de preuve se réalise par de nombreux moyens. Les juges du fond veillent au respect de l'ordre public et la Cour de cassation en fait de même en contrôlant le travail des juges en ce domaine. Ce n'est qu'à partir de cet instant, que les juges du fond peuvent appliquer la sanction opportune en cas de trouble à l'ordre public ou, au contraire, veiller au respect de sa force obligatoire entre les parties. En sanctionnant le trouble à l'ordre public, le juge doit être vigilant à ne pas en créer un. En appliquant la clause de preuve pour rendre sa décision, le juge participe au maintien de l'ordre public. L'ordre public limite ainsi les conventions relatives à la preuve, tout autant qu'il les sert.

CONCLUSION GÉNÉRALE

887. **La prévention par les conventions de preuve.** Le recours aux conventions relatives à la preuve est de plus en plus fréquent dans les contrats, devenant ainsi une clause de style. Particulièrement florissantes au sein des contrats d'adhésion, notamment dans les contrats comprenant une partie jugée « faible », les clauses de preuve existent également entre professionnels dans les contrats négociés. En revanche, les particuliers aménagent rarement les règles légales de preuve de leur propre chef. En insérant une clause de preuve, les parties prévoient les conséquences susceptibles de se produire dans le cadre de leur rapport contractuel. En cas de litige, les parties ne doivent pas être démunies concernant la preuve de leur droit. Face à de telles problématiques, la solution la plus efficace réside dans la prévention. La technique juridique des conventions relatives à la preuve permet d'éviter une situation difficilement acceptable : le défaut de preuve d'un droit existant.

888. **L'absence de condition de validité dans la loi.** Le Code civil consacre indirectement la tendance jurisprudentielle à l'acceptation des conventions de preuve. Pour autant, il n'en donne pas les conditions de validité. L'absence d'encadrement légal est gênante pour les contractants désireux d'insérer de telle stipulation dans leur rapport conventionnel. Le risque de censure de la clause est réel en raison d'une telle ignorance. La liberté ne s'épanouit jamais autant que dans un cadre. Contraignant dans un premier temps, il devient un gage de sécurité dans un second temps.

889. **L'insuffisance des conditions jurisprudentielles.** En observant l'évolution des décisions de justice en la matière, la référence au caractère privé des règles de preuve a laissé place au critère de la disponibilité des droits. Les juges s'étaient d'abord intéressés aux règles de preuve modifiées par la volonté contractuelle, pour s'orienter ensuite vers les droits subjectifs dont les parties demandaient la protection. Le critère relatif au caractère privé des règles aurait pu être conservé par les juges, en l'appliquant non plus aux dispositions probatoires mais aux droits en jeu. Cette référence a été abandonnée au profit de la

disponibilité des droits. La consécration légale et jurisprudentielle des conventions relatives à la preuve n'apporte aucune véritable précision sur les conditions de validité à respecter.

890. **Le flacon et l'élixir.** La proposition de cette étude repose sur la différenciation du flacon et de l'élixir, du contenant et du contenu.

891. **L'admissibilité des conventions relatives à la preuve : la disponibilité des droits.** La première question est de savoir s'il est possible d'aménager les règles de preuve. Ce n'est qu'en cas de réponse positive que les contractants peuvent s'attacher au contenu de cette convention. Autrement dit, avant d'analyser l'intention et les effets de telles clauses, encore faut-il qu'elles aient une réalité.

Le contrôle de la licéité des conventions de preuve dépend de leur existence. Cette existence des clauses de preuve repose sur la possibilité de créer un contenant permettant d'accueillir un contenu, c'est-à-dire des nouvelles règles de preuve. En décomposant le mouvement, la volonté ne prendra corps qu'à partir du moment où elle devient permise. Cette possibilité dépend de la disponibilité des droits. Pour pouvoir créer une clause de preuve, les parties doivent avoir conscience de l'ampleur de leur engagement. À ce stade il convient de constater que le caractère d'ordre public n'est pas un critère pertinent dans la mesure où il concerne les droits objectifs, c'est-à-dire la règle juridique susceptible de s'appliquer à tous les membres de la société. En revanche, lorsqu'on s'intéresse à la disponibilité d'un droit, on se réfère à des droits subjectifs. L'admissibilité des conventions sur la preuve suppose la disponibilité des droits parce que certains d'entre eux proviennent de règles d'ordre public comme, par exemple, la responsabilité civile délictuelle. Cependant, la raison à l'origine de la disponibilité ou de l'indisponibilité des droits est l'ordre public. L'ordre public est ainsi indirectement le critère de l'admissibilité des conventions relatives à la preuve.

892. **L'admission des conventions relatives à la preuve : l'ordre public.** Critère latent, critère omniprésent, il prend une place essentielle dans l'admission du contenu des clauses de preuve.

La possibilité d'un contenant étant acquise, l'étude du contenu révèle l'importance de l'ordre public. Ce faisant, l'ordre public devient le véritable critère d'admission. Pour être

juridiquement efficace, les clauses de preuve ne doivent pas contrarier l'ordre public. Afin de minimiser le risque de voir la stipulation de preuve sanctionnée par le juge, les parties doivent modifier les règles de preuve en veillant au respect des finalités de la preuve : la vérité, la sécurité et *in fine* la légitimité. La préservation de l'ordre public suppose d'interdire au juge de rendre une décision invraisemblable en application de la stipulation de preuve.

893. **Un danger exacerbé pour les conventions de preuve indirectes.** Le danger de contourner l'idée de vraisemblance, de légitimité et finalement de porter préjudice à l'ordre public est plus important lorsque la modification des règles probatoires s'effectue indirectement, c'est-à-dire par une stipulation qui n'a pas pour premier effet de changer les règles de preuve. En aménageant directement les règles légales de preuve, les contractants sont conscients, ou devraient l'être, des règles de preuve qui s'appliqueront en cas de conflit. En revanche, la portée des modifications indirectes des règles de preuve est plus délicate à saisir. L'effet sur la preuve est moins ostensible lorsqu'il provient d'une stipulation relative au fond du droit. Une clause de fond risque de modifier plus vigoureusement les règles légales de preuve que ne le ferait une convention directe de preuve. L'ordre public est alors susceptible d'être plus facilement contrarié.

894. **La veille du juge.** Le juge doit redoubler de vigilance face à l'effet indirect de ces clauses de preuve. Pour ce faire, il dispose, en sus de l'ordre public, de tout un arsenal : la faute, la bonne foi ou encore, par exemple, la fraude. Les termes sont variés mais désignent une même réalité : la recherche de l'ordre public *in fine*. Le juge, en cas d'atteinte à l'ordre public, doit appliquer la sanction la plus adaptée afin de ne pas porter atteinte à l'ordre public : nullité totale, partielle, clause réputée non écrite, modification de la clause, clause écartée. En définitive, l'ordre public contraint autant les pouvoirs des contractants que ceux du juge.

895. **Une conception fondée sur la sémantique.** L'ordre public, au centre des préoccupations, ne peut être utile qu'à la condition d'en avoir une conception certaine. La polysémie du mot « ordre » permet de distinguer le caractère d'ordre public de l'ordre public lui-même. Éviter une logomachie n'est pas le seul intérêt. Cela permet également aux rédacteurs de comprendre ce qui est entendu derrière l'ordre public, en tant que critère d'admission des conventions relatives à la preuve. Le caractère d'ordre public n'est ni plus ni

moins que l'impérativité. Qualificatif accordé aux règles qui limitent ou interdisent la volonté des individus d'y déroger, le caractère d'ordre public n'est pas l'ordre public. L'ordre public s'illustre dans l'idée d'ordonnement à l'intérieur de la cité permettant toute vie pérenne et heureuse au sein de la société. L'ordre public est le Rubicon, la ligne imaginaire, indispensable pour la société et ses membres, qu'il ne faut pas franchir. Le législateur interdit son passage, et le juge repousse derrière cette ligne tous les comportements qui l'auraient franchie.

896. **L'ordre public fondement de la validité des conventions de preuve.** Défini comme l'ordonnement dans la société, l'ordre public est le critère effectif de l'admission des conventions de preuve, l'explication de la disponibilité des droits et la véritable finalité des décisions de justice.

897. **L'efficacité de la distinction contenant/contenu.** Le juge peut contrôler plus aisément leur validité au regard de cette notion. En commençant par vérifier si les parties ont le droit de convenir sur des règles de preuve avant d'examiner les effets de son contenu au regard de l'ordre public, les juges adoptent une démarche de contrôle efficace. La décision de justice rendue respectera la volonté des parties, dès lors que l'ordre public sera respecté.

898. **Rester vigilant.** À encourager entre particuliers, à encourager entre professionnels, à surveiller fortement en cas de déséquilibre dans les relations contractuelles, les conventions relatives à la preuve ne sont qu'au début de leur histoire.

899. **Proposition d'insertion d'une disposition dans le Code civil.** Le temps est venu pour le législateur de s'emparer de la question et d'en déterminer les conditions. À défaut, l'insécurité va continuer à régner en la matière. Le chemin proposé dans cette étude est le suivant : le législateur doit accepter la possibilité d'aménager les règles légales de preuve seulement lorsque les droits sont disponibles, tout en permettant au juge de sanctionner ces conventions de preuve lorsqu'elles troublent l'ordre public. Le rappel du respect de l'ordre public n'est pas nécessaire au vu de la portée générale de l'article 6 du Code civil. Toutefois, un tel « rafraîchissement » permet de ne laisser aucun doute sur l'importance du respect de cet ordre, notamment en donnant des précisions sur les principaux risques encourus par la modification des règles légales de preuve : invraisemblance de la décision rendue en

application de cette stipulation, déséquilibre entre les parties, impossibilité de rapporter la preuve et, plus généralement, limitation excessive de l'accès au juge.

900. « *Le nouveau, décidément, a souvent un parfum d'éternel retour* »¹⁸⁷⁷. La distinction du contenant et du contenu pourrait sans doute trouver d'autres applications en matière contractuelle, revenant sur une idée ancienne de différencier l'existence des conventions de leur teneur. Toute convention doit exister avant de pouvoir en apprécier son contenu. Sans extériorisation du consentement, sa vérification est impossible. Un consentement existant permet d'en contrôler la teneur. Est-il vicié ? Son objet et sa cause sont-ils licites ? Seules les volontés émises par des sujets de droit capables juridiquement vont entrer dans la sphère juridique, toutes les autres volontés ou absences de volonté demeurent en dehors du droit parce qu'elles sont juridiquement inexistantes.

¹⁸⁷⁷ P. CATALA, *Rapport de synthèse*, in L'ordre public, Tome 49, Travaux de l'Association H. CAPITANT, LGDJ, 1998, p. 4.

BIBLIOGRAPHIE

(Le classement est réalisé par ordre alphabétique,
et pour un même auteur, par ordre chronologique)

I : OUVRAGES GÉNÉRAUX

AUBRY Charles et RAU Charles

- *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, Tome 1, Imprimerie et Librairie Générale de Jurisprudence, 4^e éd., 1869.
- *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, Tome 4, Imprimerie et Librairie Générale de Jurisprudence, 5^e éd., 1902.
- *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, par E. BARTIN, Tome 12, Ed. Marchal et Godde, Paris, 5^e éd., 1922.
- *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, par P. ESMEIN, Tome 12, Paris, 6^e éd., 1958.

AUDIT Bernard

- *Droit international privé*, Economica, 6^e éd., 2010.

AYNES Laurent et MALAURIE Philippe

- *Les régimes matrimoniaux*, Defrénois, 4^e éd., 2013.

BEIGNIER Bernard

- *Droit des assurances*, Domat droit privé, Montchrestien, 2011.
- *Manuel de droit des régimes matrimoniaux, pacs, concubinage : droit interne, droit international privé : cours & schémas, exercices progressifs de liquidation*, collaboration de S. TORRICELLI-CHRIFI, Montchrestien, 3^e éd., 2012.

BEIGNIER Bernard et BLERY Corinne

- *Introduction au droit*, sous la dir. de B. BEIGNIER, collaboration de A.-L. THOMAT-RAYNAUD, Montchrestien, 3^e éd., 2011.

BÉNABENT Alain

- *Droit civil : Droit des obligations*, Montchrestien, 13^e éd., 2012.
- *Droit civil : Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, Montchrestien, 9^e éd., 2011.

BENTHAM Jeremy

- *Traité des preuves judiciaires*, Tome 1, Ed. Hector Bossange, Paris, 2^e éd., 1830.

BERGEL Jean-Louis

- *Théorie générale du droit*, Dalloz, 5^e éd., 2012.

BISSARDON Sébastien

- *Droit et justice en citations et adages*, Litec, 2^e éd., 2005.

BRÉGI Jean-François

- *Introduction historique au droit*, Ellipses, 2^e éd., 2009.

BRETHER DE LA GRESSAYE Jean et LABORDE-LACOSTE Marcel

- *Introduction générale à l'étude du droit*, Sirey, 1947.

BUFFELAN-LANORE Yvaine et LARRIBAU-TERNEYRE Virginie

- *Droit civil : Les obligations*, Sirey, 12^e éd., 2012.

CABRILLAC Rémy

- *Droit des régimes matrimoniaux*, Domat droit privé, Montchrestien, 8^e éd., 2011.
- *Dictionnaire du vocabulaire juridique*, sous la dir. de R. CABRILLAC, LexisNexis, 2012.

CADIET Loïc et JEULAND Emmanuel

- *Droit judiciaire privé*, LexisNexis, 8^e éd., 2013.

CALAIS-AULOY Jean et TEMPLE Henri

- *Droit de la consommation*, Précis, Dalloz, 8^e éd., 2010.

CAPITANT Henri

- *Introduction à l'étude du droit civil*, Ed. A. Pedone, Paris, 3^e éd., 1912.

CAPITANT Henri, TERRÉ François et LEQUETTE Yves

- *Les grands arrêts de la jurisprudence civile, Introduction, personnes, famille, biens, régimes matrimoniaux, successions*, Tome 1, Dalloz, 12^e éd., 2007.
- *Les grands arrêts de la jurisprudence civile, Obligations, contrats spéciaux, sûretés*, Tome 2, Dalloz, 12^e éd., 2008.

CARBONNIER Jean

- *Droit civil, Introduction*, Thémis Droit privé, PUF, 27^e éd. Refondue, 2002.
- *Droit civil, Les obligations*, Thémis Droit privé, PUF, 22^e éd., 2000.

CHEVALLIER Jean

- *Cours de droit civil approfondi*, Les cours du droit, Paris, 1958-1959.

COLLART-DUTILLEUL François et DELEBECQUE Philippe

- *Contrats civils et commerciaux*, Précis, Dalloz, 9^e éd., 2011.

COLOMER André

- *Droit civil : Régimes matrimoniaux*, Litec, Nouv. éd., 2013.

CORNU Gérard

- *Droit civil : Introduction au droit*, Montchrestien. 13^e éd., 2007.
- *Vocabulaire juridique*, Association H. CAPITANT, PUF, 4^e éd., 2003.

DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE Géraud

- *Essai d'introduction au droit français, Les normes*, Tome 1, Ed. Erasme, 1990.

DEMOGUE René

- *Les notions fondamentales de droit privé*, Ed. Rousseau, Paris, 1911

DEMOLOMBE Charles

- *Cours de Code Napoléon*, Tome 25, Vol. 1, Ed. A. Lahure, 1881.
- *Cours de Code civil*, Tome 1, Ed. A. Durand librairie, 1845.

DEUMIER Pascale

- *Introduction générale au droit*, LGDJ, 2^e éd., 2013.

DOMAT Jean

- *Traité des lois, Les lois civiles*, Tome 1, Ed. Gobelet, Paris, 1835

FABRE-MAGNAN Muriel

- *Droit des obligations, Contrat et engagement unilatéral*, Thémis Droit, PUF, 3^e éd., 2012.

FAGES Bertrand

- *Droit des obligations*, LGDJ, 4^e éd., 2013.

FLOUR Jacques, AUBERT Jean-Luc et SAVAUX Eric

- *Droit civil, Les obligations, I. L'acte juridique*, Sirey, 15^e éd., 2012.

GAVALDA Christian et STOUFFLET Jean

- *Droit bancaire : institutions, comptes, opérations, services*, Litec, 8^e éd., 2010.

GHESTIN Jacques

- *Traité de droit civil, La formation du contrat*, LGDJ, 3^e éd., 1993

GHESTIN Jacques, GOUBEAUX Gilles, FABRE-MAGNAN Muriel

- *Traité de droit civil, Introduction générale*, LGDJ, 4^e éd., 1994.

GUILLIEN Raymond et VINCENT Jean

- *Lexique des termes juridiques*, sous la dir. S. GUINCHARD et Th. DEBARD de Dalloz, 16^e éd., 2007.

GUINCHARD Serge, CHAINAIS Cécile, DELICOSTOPOULOS Constantin S., et alii

- *Droit processuel : droits fondamentaux du procès*, Précis, Dalloz, 7^e éd., 2013.

GUINCHARD Serge, CHAINAIS Cécile et FERRAND Frédérique

- *Procédure civile : droit interne et droit de l'Union européenne*, Précis, Dalloz, 31^e éd., 2012.

HEMARD Joseph

- *Précis élémentaire de droit civil*, Tome 1, Sirey, Paris, 3^e éd., 1943.

JOBARD-BACHELLIER Marie-Noëlle et BACHELLIER Xavier

- *La technique de cassation, Pourvois et arrêts en matière civile*, Préf. A. PONSARD, Dalloz, 7^e éd., 2010.

LE TOURNEAU Philippe et alii

- *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz Action 2012/13.

LEVY Jean-Philippe et CASTALDO André

- *Histoire du droit civil*, Précis, Dalloz, 2^e éd. 2010.

LONG Marceau, WEIL Prosper, BRAIBANT Guy, DELVOLVE Pierre et GENEVOIS Bruno

- *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Dalloz, 19^e éd., 2013.

LOVISI Claire

- *Introduction historique au droit*, Dalloz, 4^e éd., 2011.

MALAUURIE Philippe et AYNES Laurent

- *Droit civil : Les obligations*, Cujas, 3^e éd., 1992.

MALAUURIE Philippe, AYNES Laurent et GAUTIER Pierre-Yves

- *Les contrats spéciaux, Droit civil*, Defrénois, 6^e éd., 2012.

MALAUURIE Philippe, AYNES Laurent et STOFFEL-MUNCK Philippe

- *Les obligations*, Defrénois, 6^e éd., 2013.

MALAURIE Philippe et MORVAN Patrick

- *Introduction au droit*, Defrénois, 4^e éd., 2012.

MALINVAUD Philippe

- *Introduction à l'étude du droit*, LexisNexis, 14^e éd., 2013.

MALINVAUD Philippe et FENOUILLET Dominique

- *Droit des obligations*, LexisNexis, 12^e éd., 2012

MAZEAUD Henri, MAZEAUD Léon et MAZEAUD Jean

- *Leçons de droit civil, Obligations, théorie générale, biens, droit de propriété et ses démembrements*, Tome 2, Montchrestien, Paris, 1956

MAZEAUD Henri, MAZEAUD Léon, MAZEAUD Jean et CHABAS François

- *Leçons de droit civil, Introduction à l'étude du droit*, Tome 1, Vol. 1, Montchrestien, 12^e éd., 2000.

MAZEAUD Henri, MAZEAUD Léon et TUNC André

- *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile, délictuelle et contractuelle*, Préf. H. CAPITANT, Tome 3, Montchrestien, 5^e éd., 1960.

MOUSSERON Pierre, RAYNARD Jacques et SEUBE Jean-Baptiste

- *Technique contractuelle*, F. Lefebvre, 4^e éd., 2010.

PELISSIER Jean, AUZERO Gilles et DOCKES Emmanuel

- *Droit du travail*, Précis, Dalloz, 26^e éd., 2012.

PEROCHON Françoise, BONHOMME Régine

- *Entreprises en difficulté / Instruments de crédit et de paiement*, LGDJ, 8^e éd., 2009.

PICARD Maurice et BESSON André

- *Les assurances terrestres en droit français*, Tome 1, LGDJ, 4^e éd., 1975.

PIEDELIEVRE Stéphane et PUTMAN Emmanuel

- *Droit bancaire*, Economica, 2011.

PLANIOL Marcel et RIPERT Georges

- *Traité pratique de droit civil français, Obligations*, Tome 6, par P. ESMEIN, LGDJ, 2^e éd., 1952.
- *Traité pratique de droit civil français*, Tome 7 par P. ESMEIN, G. GABOLDE et J. RADOUANT, LGDJ, 2^e éd., 1954.

PLANIOL Marcel, RIPERT Georges et BOULANGER Jean

- *Traité élémentaire de droit civil*, Tome 1, LGDJ, 4^e éd., 1948.
- *Traité élémentaire de droit civil*, Tome 2, LGDJ, 3^e éd., 1949.

POUMARÈDE Matthieu

- *Droit des obligations*, Montchrestien, 2^e éd., 2012.

RIPERT Georges et J. BOULANGER Jean

- *Traité de droit civil, Introduction générale*, Tome 1, LGDJ, 1956

RODIÈRE René et MERCADAL Barthélémy

- *Droit des transports terrestres et aériens*, Précis, Dalloz, 5^e éd. 1990.

ROLAND Henri et BOYER Laurent

- *Adages du droit français*, Litec, 4^e éd., 1999.
- *Introduction au droit*, Litec, 2003.
- *Lexique juridique, Expressions latines*, Litec, 4^e éd., 2006.

SAVAUX Éric et AUBERT Jean-Luc

- *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, Sirey, 12^e éd., 2012.

TERRÉ François

- *Introduction générale au droit*, Précis, Dalloz. 9^e éd., 2012.

TERRÉ François et FENOUILLET Dominique

- *Droit civil : les personnes, la famille les incapacités*, Précis, Dalloz, 7^e éd., 2005.

TERRÉ François et SIMLER Philippe

- *Droit civil : les régimes matrimoniaux*. Précis, Dalloz, 6^e éd., 2011.

TERRÉ François, SIMLER Philippe et LEQUETTE Yves

- *Les obligations, Droit civil*, Précis, Dalloz, 10^e éd., 2009

VINEY Geneviève et JOURDAIN Patrice

- *Traité de droit civil, Les effets de la responsabilité*, sous la dir. de J. GHESTIN
LGDJ, 3^e éd., 2011.

WIJFFELS Alain

- *Introduction historique au droit : France, Allemagne, Angleterre*, Thémis Histoire,
PUF, 1^{re} éd., 2010.

II : OUVRAGES SPÉCIAUX

AUBERT Jean-Luc

- *La responsabilité civile des notaires*, par R. CRONE, Defrénois, 5^e éd., 2008.

AUDIC Olivia

- *Les fonctions du document en droit privé*, Préf. Ph. DELEBECQUE, Thèse Paris I, LGDJ, 2004.

AYNES Augustin et VUITTON Xavier

- *Droit de la preuve, principes et mise en œuvre processuelle*, LexisNexis, 2013.

BERGEAUD Aurélie

- *Le droit à la preuve*, Préf. J.-C. SAINT-PAU, Bibliothèque de droit privé, Tome 525, LGDJ, 2010.

BORÉ Jacques et BORÉ Louis

- *La cassation en matière civile*, Dalloz action, 4^e éd., 2008.

BOURSIER Marie-Emma

- *Le principe de loyauté en droit processuel*, Préf. S. GUINCHARD, Thèse, Dalloz, 2003.

BOYER Louis

- *La notion de transaction, contribution à l'étude des concepts de cause et de l'acte déclaratif*, Thèse Toulouse, Sirey, 1947.

CAPITANT Henri

- *De la cause des obligations*, Dalloz, 3^e éd., 1930.

CATALA Pierre

- *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, La documentation française, 2006.
- *L'art de la traduction : l'accueil international de l'avant-projet de réforme du droit des obligations*, Panthéon-Assas et LGDJ, 2011.

CHARTIER Yves

- *La réparation du préjudice dans la responsabilité civile*, Dalloz, 1996.

COCURAL Marcelle

- *Étude théorique et jurisprudentielle des conventions des parties en matière de preuve en droit civil français*, Thèse Toulouse, 1933.

COIPEL-CORDONNIER Nathalie

- *Les conventions d'arbitrage et d'élection de for en droit international privé*, Préf. M. FALLON, Bibliothèque de droit privé, Tome 314, LGDJ, 1999.

COUTANT-LAPALLUS Christelle

- *Le principe de la réparation intégrale en droit privé*, Préf. F. POLLAUD-DULIAN, Thèse, PUAM, 2002.

COUTURIER Gérard

- *La confirmation des actes nuls*, Préf. J. FLOUR, Bibliothèque de droit privé, Tome 121, LGDJ, 1972.

DELEBECQUE Philippe

- *Les clauses allégeant les obligations dans les contrats*, Thèse Aix-Marseille 3, 1981.

DEVAUX Olivier

- *Histoire des institutions de la France I^{er}-XV^e siècle*, L'essentiel sur le droit, L'Hermès, 1993.

DEVEZE Jean

- *Contribution à l'étude de la charge de la preuve en matière civile*, Thèse Toulouse, 1980.

DROSS William

- *Clausier, Dictionnaire des clauses ordinaires et extraordinaires des contrats de droit privé interne*, LexisNexis, 2008.

DUGUIT Léon

- *L'État, le droit objectif et la loi positive*, Tome 1, Ed. Fontemoing, Paris, 1901.

DUPEYRON Christian

- *La régularisation des actes nuls*, Préf. P. HEBRAUD, Bibliothèque de droit privé, Tome 127, LGDJ, 1973.

DURAND Paul-J.

- *Des conventions d'irresponsabilité*, Thèse Paris, 1931.

FABRE-MAGNAN Muriel

- *De l'obligation d'information dans les contrats : essai d'une théorie*, Préf. J. GHESTIN, Bibliothèque de droit privé, Tome 221, LGDJ, 1992.

FARJAT G

- *L'ordre public économique*, Préf. B. GOLDMAN, Bibliothèque de droit privé, LGDJ, 1963.

FAUVARQUE-COSSON Bénédicte

- *Libre disponibilité des droits et conflits de lois*, Préf. Y. LEQUETTE, Bibliothèque de droit privé, Tome 272, LGDJ, 1996.
- *Terminologie contractuelle commune : projet de cadre commun de référence*, Vol. 6, Association H. CAPITANT, Société de législation comparée, 2008.
- *Principes contractuels communs : projet de cadre commun de référence*, Vol. 7, Association H. CAPITANT, Société de législation comparée, 2008.

FONGARO Eric

- *La loi applicable à la preuve en droit international privé*, Préf. B. BEIGNIER et J. FOYER, Bibliothèque de droit privé, Tome 423, LGDJ, 2004.

FORRAY Vincent

- *Le consensualisme dans la théorie générale du contrat*, Préf. G. PIGNARRE, Bibliothèque de droit privé, Tome 480, LGDJ, 2007.

GENY François

- *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Paris, 1899.

GOUT Olivier

- *Le juge et l'annulation du contrat*, Préf. P. ANCEL, Thèse Aix-Marseille, PUAM, 1999.

HUET André

- *Les conflits de lois en matière de preuve*, Préf. R. PERROT, Bibliothèque de droit international privé, Volume 6, Dalloz, 1965.

HUGONET Pierre

- *La vérité judiciaire*, Préf. de S. ROZES, Litec, 1986.

IHERING Rudolph von

- *L'évolution du droit*, Traduction sur la 3^e éd. allemande par MEULENAERE, 1901.

JACQUES Philippe

- *Regards sur l'article 1135 du Code civil*, Préface F. CHABAS, Nouvelle bibliothèque de thèses, Dalloz, 2005.

JALUZOT Béatrice

- *La bonne foi dans les contrats, étude comparative de droit français, allemand et japonais*, Nouvelle bibliothèque de thèses, Dalloz, 2001.

JAPIOT René

- *Des nullités en matière d'actes juridiques*, Thèse Dijon, Paris, 1909.

KARIMI Abas

- *Les clauses abusives et la théorie de l'abus de droit*, Préf. Ph. SIMLER, Bibliothèque de droit privé, Tome 306, LGDJ, 2001.

KULLMANN Jérôme

- LAMY ASSURANCES (contrat d'assurance ; assurances de dommages ; assurances de personnes ; intermédiaires d'assurance), 2012.

LABARTHE Françoise

- *La notion de document contractuel*, Préf. J. GHESTIN, Bibliothèque de droit privé, Tome 241, LGDJ, 1994.

LAGARDE Xavier

- *Réflexion critique sur le droit de la preuve*, Préf. J. GHESTIN, Bibliothèque de droit privé, Tome 239, LGDJ, 1994.

LAMOUREUX Marie

- *L'aménagement des pouvoirs du juge par les contractants, Recherche sur un possible imperium des contractants*, Préf. J. MESTRE, Tome 1 et 2, PUAM, 2006.

LE BALLE Robert

- *Des conventions sur le procédé de preuve en droit civil*, Thèse Paris, 1923.

LECLERCQ Pierre

- *Evolutions et constantes du droit civil ou commercial de la preuve*, Rapport de la Cour de cassation 1991, La Documentation française, 1991.

LEDOUBLE Dominique

- *L'entreprise et le contrat*, Préf. C. CHAMPAUD, Bibliothèque de droit de l'entreprise, Litec, 1980.

LEGEAIS Raymond

- *Les règles de preuve en droit civil : "permanences et transformations"*, Thèse Poitiers, 1954.

LEVY-BRUHL Henri

- *La preuve judiciaire : étude de sociologie juridique*, Ed. M. Rivière, 1964.

MALAURIE Philippe

- *L'ordre public et le contrat (Étude de Droit civil comparé France, Angleterre, U. R. S. S.)*, Ed. Matot-Braine, Reims, 1953.

MALAURIE Philippe et ROUZET Gilles

- *Responsabilité professionnelle : devoir d'information, règle de preuve, devoir de conseil et clauses contraires*, CRIDON, 1998.

MAS Florence

- *La conclusion des contrats du commerce électronique*, Préf. M. VIVANT, Bibliothèque de droit privé, Tome 437, LGDJ, 2005.

MAZEAUD Denis

- *La notion de clause pénale*, Préf. F. CHABAS, Bibliothèque de droit privé, Tome 223, LGDJ, 1992.

MEIGNIE Maurice

- *Responsabilité et contrat (essai d'une délimitation des responsabilités contractuelle et délictuelle)*, Thèse Lille, 1924.

MEKKI Mustapha

- *L'intérêt général et le contrat : contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, Préf. J. GHESTIN, Bibliothèque de droit privé, Tome 411, LGDJ, 2004.

PANCRAZI-TIAN Marie-Ève

- *La protection judiciaire du lien contractuel*, Préf. J. MESTRE, Thèse Aix-Marseille, PUAM, 1996.

PAULIN Christophe

- *La clause résolutoire*, Préf. J. DEVEZE, Bibliothèque de droit privé, Tome 258, LGDJ, 1996.

PERES-DOURDOU Cécile

- *La règle supplétive*, Préf. G. VINEY, Bibliothèque de droit privé, Tome 421, LGDJ, 2004.

PIAZZON Thomas

- *La sécurité juridique*, Préf. L. LEVENEUR, Collection de thèses, doctorat et notariat, Tome 35, Defrénois, 2009.

PIMONT Sébastien

- *L'économie du contrat*, Préf. J. BEAUCHARD, Thèse Poitiers, PUAM, 2004.

RAYNAUD Philippe

- *L'ordre public économique*, Les cours de droit, Paris, 1965-1966.

RIEG Alfred

- *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique*, Préf. R. PERROT, Bibliothèque de droit privé, Tome 19, LGDJ, 1961.

RIPERT Georges

- *La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ, 4^e éd., 1949.
- *Le déclin du droit*, LGDJ, 1949.

ROUSSELET Marcel

- *Histoire de la magistrature française*, Tome 1, Librairie Plon, 1957.

ROUZET Gilles

- *Précis de déontologie notariale*, Préf. J. DERRUPPE, PUB, 3^e éd., 2004.

SESCIOREANO Georges

- *Des conventions relatives à la preuve de la libération du débiteur*, Thèse Paris, 1920.

SEUBE Jean-Baptiste

- *L'indivisibilité et les actes juridiques*, Préf. M. CABRILLAC, Bibliothèque de droit de l'entreprise, Litec, 1999.

SIMLER Philippe

- *La nullité partielle des actes juridiques*, Préf. A. WEILL, Bibliothèque de droit privé, Tome 101, LGDJ, 1969.

SIMONI Cécile-Marie

- *La télé-réalité appréhendée par le droit*, Thèse Corse, 2008.

SUPIOT Alain

- *Critique du droit du travail*, Les voies du droit, PUF, 1994.

TERRÉ François

- *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, Thèse Paris, Bibliothèque de droit privé, Tome 2, LGDJ, 1957.
- *Pour une réforme du droit des contrats : réflexions et propositions d'un groupe de travail*, Dalloz, 2009.

VINCENT-LEGOUX Marie-Caroline

- *L'ordre public : étude de droit comparé interne*, Préf. J.-P. DUBOIS, Les Grandes thèses du droit français, PUF, 2001,

WINTGEN Robert

- *Étude critique de la notion d'opposabilité : les effets du contrat à l'égard des tiers en droit français et allemand*, Préf. J. GHESTIN, Bibliothèque de droit privé, Tome 426, LGDJ, 2004.

ZOUANIA Barry

- *L'économie du contrat : essai d'une théorie néo-classique du contrat*, Thèse Toulouse, 2007.

~

Mémento pratique Francis Lefebvre. Droit des affaires concurrence et consommation 2013-2014.

Rapport de la Cour de cassation 2012, La Documentation française, 2013.

Rapport de la Cour de cassation 1988, La Documentation française, 1989.

Dictionnaire de la culture juridique, sous la dir. de D. ALLAND et S. RIALS, Lamy et PUF, 2003.

III : ARTICLES

ABALLEA T.

- *La signature électronique en France, état des lieux et perspectives*, D. 2001, p. 2835.

ALIX P.

- *La preuve numérique de la faute du salarié*, Les Cahiers du DRH 2003, 88.

ALTERMAN H.

- *Les cartes bancaires*, Colloque du 10 novembre 1995 Informatique et preuve, Petites affiches 29 mai 1996, n° 65, p. 11.

AMMAR D.

- *Preuve et vraisemblances, contribution à l'étude de la preuve technologique*. RTD civ. 1993, p. 518.
- *De l'épistémologie du droit de la preuve, et du lien entre les articles 1315 et 1341 du Code civil*, D. 2000, p. 596.

ANCEL P.

- *Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat*, RTD civ. 1999, p. 771.
- *L'encadrement de la juridiction par le contrat*, in *Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends*, sous la dir. de P. ANCEL et M.-Cl. RIVIER, Economica, 2001, p. 6.

ARNAUD D. et DRAI-PARKER K.

- *Les pratiques contractuelles du SMS*, sous la dir. de A. VAN EECKHOUT, RDC 2008, p. 557.

AUDOLANT A.

- *Les lois de police en droit international privé : une force « super-impérative » ?*, in *La force normative, Naissance d'un concept*, sous la dir. de C. THIBIERGE et *alii*, LGDJ-Bruylant, 2009, p. 309.

AYNES L.

- *Indétermination du prix dans les contrats de distribution : comment sortir de l'impasse ?*, D. 1993, chron. p. 25.

BAILLOD R.

- *À propos des clauses réputées non écrites*, in Mél. L. BOYER, 1996, p. 15.

BENABENT A.

- *Rapport français sur la bonne foi dans les relations entre particuliers dans l'exécution du contrat*, in *La bonne foi*, Tome 43, Travaux de l'Association H. CAPITANT, Litec, 1994, p. 291.
- *L'ordre public en droit de la famille*, in *L'ordre public à la fin du XX^e siècle*, Dalloz, 1996, p. 27.

BENSOUSSAN A.

- *Contribution théorique au droit de la preuve dans le domaine informatique*, Expertises 1997, p. 425.

BIARDEAUD Ph. et FLORES Ph.

- *La protection de l'emprunteur : une notion menacée*, D. aff. 2000, n° 12, p. 191.

BIGOT J.

- *La recommandation de la Commission des clauses abusives et l'assurance multirisque habitation des particuliers*, RGAT 1986. 9.

BLOCK G.

- *La sanction attachée au non-respect d'une clause de conciliation ou de médiation obligatoire*, in Mél. R. MARTIN, Bruylant-LGDJ, 2004, p. 69.

BOCCARA B.

- La réforme de la clause pénale : conditions et limites de l'intervention judiciaire, JCP 1975, I, 2742.

BOULLEZ C.

- *L'ordre public dans les relations de travail, Rapport français*, in L'ordre public, Tome 49, Travaux de l'Association H. CAPITANT, 1998, p. 740.

BREDIN J.-D.

- *Les renonciations aux bénéfices de la loi en droit privé français*, Tome 13, in Travaux de l'Association H. CAPITANT, 1959, p. 376.

BROGGINI G.

- *La preuve dans l'ancien droit romain*, in La preuve, Deuxième partie Moyen Age et Temps modernes, Société J. BODIN, 1965, p. 223.

CADIET L.

- *Liberté des conventions et clauses relatives au règlement des litiges*, Petites Affiches 5 mai 2000, n° 30, p. 30.

CAPITANT H.

- *Du consentement des héritiers réservataires à l'exécution des libéralités qui excèdent la quotité disponible*, Journ. not. 1932. 425.

CAPRIOLI E.

- *Preuve et signature dans le commerce électronique*, Dr. et patr. 1997, n° 55, p. 56.
- *Cybersurveillance des salariés : du droit à la pratique des chartes «informatiques»*, Petites affiches, 29 septembre 2004, n° 195, p. 7.

CARBONNIER J.

- *Rapport général*, in Les renonciations au bénéfice de la loi en droit privé, Tome 13, Travaux de l'Association H. CAPITANT, 1963, p. 283.

CARVAL S.

- *Pas d'exequatur pour un jugement étranger condamnant un vendeur à verser à l'acheteur des dommages-intérêts punitifs d'un montant excessif*, RDC 2011, n° 2, p. 459.

CATALA P.

- *Arbitrage et patrimoine familial*, Rev. arb., 1994, p. 279.
- *Rapport de synthèse*, in *L'ordre public*, Tome 49, Travaux de l'Association H. CAPITANT, 1998, p. 1.
- *À propos de l'ordre public*, in Mél. P. DRAI, Dalloz, 2000, p. 511.

CATALA P. et GAUTIER P.-Y.

- *L'audace technologique à la Cour de cassation vers la libération de la preuve contractuelle*, JCP E 1998, p. 884.

CAYRON J.

- *Les clauses d'indivisibilité*, étude n° 340, in *Lamy Droit du contrat*, sous la dir. B. FAGES, 2006.

CESARO, J.-F.

- *Avant-propos*, in *La preuve*, Rapport annuel de la Cour de cassation 2012, La Documentation française, 2013.

CHABAS F.

- *La réforme de la clause pénale*, D. 1976, chron., p. 229.

CHAPPERT A.

- *Les incidences fiscales de l'annulation, de la modification, de la régularisation et de l'usage d'un contrat*, Defrénois 1993, art. 35661 et 35671.

CHARPENTIER E.

- *L'émergence d'un ordre public... privé : une présentation des Principes d'UNIDROIT*, Vol. 36, Revue juridique Thémis, Québec, 2002, p. 355.

CHAZAL J.-P.

- *Théorie de la cause et justice contractuelle. À propos de l'arrêt Chronopost*, JCP G 1998, I, 152.
- *De la signification du mot loi dans l'article 1134, alinéa 1^{er}, du Code civil*, RTD civ. 2001, p. 265.

CHRISTIANOS V.

- *Injonction de faire et de protection judiciaire des consommateurs*, D. 1990, chron., p. 91.

CIMAMONTI S.

- *L'ordre public et le droit pénal*, in *L'ordre public à la fin du XX^e siècle*, Dalloz, 1996, p. 89.

CLARET H.

- *La loi n° 2005-67 du 28 janvier 2005 tendant à conforter la confiance et la protection du consommateur*, JCP G 2005, I, 140.

COTTA S.

- *La question de la vérité du jugement*, in *L'avenir et le droit*, Mél. F. TERRÉ, PUF, Dalloz, 1999, p. 37.

COUTURIER G.

- *L'ordre public de protection, heurs et malheurs d'une vieille notion neuve*, in Mél. J. FLOUR, Répertoire du notariat Defrénois, 1979, p. 95.

CROZE H.

- *Informatique, preuve et sécurité*, Recueil Dalloz Sirey 1987, 24^e cahier, chron. 21, p.165.

DABIN J.

- *Autonomie de la volonté et lois impératives, Ordre public et bonnes mœurs, sanction de la dérogation aux lois, en droit privé interne*, in *Annales de droit et de sciences politiques*, Tome 8, Ed. Louvain, 1940, p. 249.

DAGOT M.

- *Signature de reconnaissance d'avis donné*, JCP N 1994, Prat, n° 2886, p. 159.

DE LA BROUE DE VAREILLES-SOMMIERES G.

- *Des lois d'ordre public et de la dérogation aux lois*, Étude de philosophie du droit et de droit civil, Revue de Lille, 1899.

DELEBECQUE Ph.

- *Les clauses de responsabilité*, in *Les principales clauses des contrats conclus entre professionnels*, PUAM, 1990, p. 177.
- *Les aménagements contractuels de l'exécution du contrat*, Petites affiches 5 mai 2000, p. 22.
- *Régime de la réparation*, in *J.-Cl. Civil*, art. 1146 à 1155, Fasc. 21, 2013.

DELEBECQUE Ph. et MAZEAUD D.

- *Les clauses de responsabilité, clauses de non-responsabilité, clauses limitatives, clauses pénales*, in *Les sanctions de l'inexécution de l'obligation contractuelle*, Bruylant-LGDJ, 2001, p. 361.

DEL VECCHIO G.

- *L'obligation juridique de la véracité spécialement dans le procès civil*, in La justice – la vérité, essais de philosophie juridique et morale, Dalloz, 1955, p. 195.

DENIS D.

- *Les clauses de style*, in Mél. J. FLOUR, Répertoire du notariat Defrénois, 1979, p. 117.

DEPADT-SEBAG Valérie

- *Les conventions sur la preuve*, in La preuve, sous la dir. de C. PUIGELIER, Economica, 2004, p. 13.

DEPREZ J.

- *Les sanctions qui s'attachent à l'inexécution des obligations contractuelles en droit civil et commercial français*, Tome 17, in Travaux de l'Association H. CAPITANT, LGDJ, 1968, p. 28.

DEUMIER P.

- *La publication de la loi et le mythe de sa connaissance*, Petites Affiches 06 mars 2000, n° 46.
- *Pouvoir créateur du juge et méthodes de rédactions des décisions*, in La création du droit par le juge, Archives de philosophie du droit, tome 50, Dalloz, 2007, p. 49 et s.
- *La force normative optionnelle*, in La force normative, Naissance d'un concept, sous la dir. de C. THIBIERGE et alii, LGDJ-Bruylant, 2009, p. 165.
- *Preuve d'un acte juridique et usages : impossibilité morale ou possibilité de dérogation ?*, RTD civ. 2011, p. 491.

DE VAREILLES-SOMMIERES P.

- *L'ordre public dans les contrats internationaux en Europe ; sur quelques difficultés de mise en œuvre des articles 7 et 16 de la Convention de Rome du 19 juin 1980*, in Mél. Ph. MALAURIE, Defrénois, 2005, p. 393.

DUONG L.-M.

- *Le monopole de fait de la preuve dans les télécommunications (à propos de la charge de la preuve du volume des communications facturées)*, D. 2005, p. 496.

DUPEYROUX J.-J.

- *Quelques questions*, Dr. soc. 1990, p. 9.

ESMEIN A.

- *Les Ordalies dans l'Église gallicane au IXe siècle, Hincmar de Reims et ses contemporains*, in École pratique des hautes études, Section des sciences religieuses, Rapport sommaire sur les conférences de l'exercice 1897-1898 et le programme des conférences pour l'exercice 1898-1899, 1897, p. 4.

ESMEIN P.

- *L'idée d'acceptation des risques en matière de responsabilité civile*, RIDC 1952, n° 4, p. 689.
- *Méditation sur les conventions d'irresponsabilité en cas de dommage causé à la personne*, in Mél. R. SAVATIER, 1965, p. 271.

ESTOUP P.

- *Le décret du 4 mars 1988, Étape décisive dans le droit de la consommation*, Gaz. Pal. 1988, Doctr., p. 280.

FADLALLH I. et BAUDE-TEXIDOR C.

- *L'office du juge en matière de crédit de la consommation : éloge de la neutralité judiciaire*, D. 2003, chron., p. 750.

FAUVARQUE-COSSON B.

- *L'ordre public*, in 1804-2004 Le Code civil : Un passé, un présent, un avenir, Dalloz, 2004, p. 473.

FAVART G.-J.

- *Rapport sur les quatre premiers chapitres*, in Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil, Discussions, motifs, rapports et discours, Livre troisième, Des différentes manières dont on acquiert la propriété, Titre troisième, Des contrats ou des obligations conventionnelles en général, Tome 13, par A. FENET, Videcoq Librairie, 1836.

FENOUILLET D.

- *Les bonnes mœurs sont mortes ! Vive l'ordre public philanthropique*, in Mél. P. CATALA, Le droit privé français à la fin du XX^e siècle, Litec, 2001, p. 510.

FERRAND F.

- *Preuve, § 2 Réglementation française*, in Rép. de procédure civile, mars 2010.

FERRIER D.

- *La preuve et le contrat*, in Mél. M. CABRILLAC, Litec, 1999, p. 105.

FIorentino A.

- *Dispositifs de surveillance*, in *Chronique : Éthique de l'entreprise*, (Septembre 2011-Décembre 2012), Petites affiches, 03 juin 2013, p. 5.

FLOUR Y. et GHOZI A.

- *Les conventions sur la forme*, Defrénois 2000, art. 37211, p. 911.

FOYER J.

- *L'évolution du droit des preuves en France depuis les codes napoléoniens*, in *La preuve*, Quatrième partie Période contemporaine, Société Jean BODIN, Bruxelles, 1963, p. 187.
- *Les bonnes mœurs*, in *1804-2004 Le Code civil : Un passé, un présent, un avenir*, Dalloz, 2004, p. 495.

FRANCESKAKIS P.

- *Conflit de lois*, in *Rép. Dalloz de droit international*, 1968-69.

FRISON-ROCHE M.-A.

- *Volonté et obligation*, in *L'obligation*, Archives de philosophie du droit, Tome 44, Dalloz, 2000, p. 129.

GAST MEYER M.

- *La facture en droit français*, in *Droits des contrats France, Belgique*, sous la dir. de H. COUSY et *alii*, Larcier et LGDJ, 2005, tome 1, p. 217.

GATSI Jean

- *Le contrat-cadre*, Préf. M. BEHAR-TOUCHAIS, Bibliothèque de droit privé, Tome 273, LGDJ, 1996.

GAUTIER P.-Y.

- *La panne de compteur (suite) : c'est à l'usager de prouver qu'il a moins consommé*, RTD civ. 1999, p. 642.

GELOT B.

- *Clauses abusives et rédaction des contrats : incidences de la loi du 1^{er} février 1995*, Defrénois 1995, p. 1201.

GHESTIN J.

- *L'ordre public, notion à contenu variable en droit privé français*, in *Les notions à contenu variable en droit*, Trav. du centre national de recherches de logique, Bruxelles, 1984, p. 77.

GODE P.

- *Le mensonge dans le procès civil (Impressions d'audience)*, in Mél. A. WEILL, Dalloz-Litec, 1983, p. 259.

GRIGNON P.

- *L'obligation de ne pas agir en justice*, in Mél. C. MOULY, Tome 2, Litec, 1998, p. 115.

GROUDEL H.

- *Distinction de l'exclusion et de l'absence d'une condition de la garantie*, Resp. civ. et assur. 1997, chron. n° 5.

GRYNDBAUM L.

- *Création d'un trou noir (la disparition du consensualisme) et découverte d'une étoile (la durée) au firmament du contrat*, RDC 2007, n°2, p. 531.
- *Preuve*, in Rép. de droit commercial, 2011.

GUERLIN G.

- *Les dommages-intérêts punitifs ne sont pas forcément contraires à l'ordre public international*, L'Essentiel Droit des contrats 2011, n° 1, p. 6.

GUINCHARD S.

- *L'évitement du juge civil*, in Les transformations de la régulation juridique, sous la dir. de J. CLAM et G. MARTIN, LGDJ, 1998, p. 221.
- *Vers une démocratie procédurale*, Justices 1999, p. 91.

HAGE-CHAHINE F.

- *L'ordre public dans l'économie, Rapport général*, in L'ordre public, Tome 49, Travaux de l'Association H. CAPITANT, LGDJ, 1998, p. 23.

HALPERIN J.-L.

- *La preuve judiciaire et la liberté du juge*, in Figures de la preuve, Communications 2009, n° 84, p. 22.

HAUSER J.

- *L'ordre public dans les relations de famille, Rapport français*, in L'ordre public, Tome 49, Travaux de l'Association H. CAPITANT, LGDJ, 1998, p. 478.
- *Le droit de la famille et l'utilitarisme*, in Mél. F. TERRÉ, PUF, Dalloz, 1999, p. 443.

HAUSER J. et LEMOULAND J.-J.

- *Ordre public et bonnes mœurs*, Rép. Civ. Dalloz, 2004.

HEBRAUD P.

- *Observations sur la notion du temps dans le droit civil*, in Mél. P. KAYSER, Tome 2, PUAM, 1979, p. 1.

HERON J.

- *L'ordre public dans le procès, Rapport français*, in L'ordre public, Tome 49, Travaux de l'Association H. CAPITANT, 1998, p. 944.

HOUTCIEFF D.

- *L'atteinte à l'ordre public et aux bonnes mœurs*, étude 236, in Lamy Droit du contrat, sous la dir. B. FAGES, 2009.
- *Le contenu du contrat*, in Pour une réforme du droit des contrats, sous la dir. F. TERRÉ, Dalloz, 2009, p. 183.

JACQUEMINOT J.-I.

- *Idées préliminaires, Projet de réforme du code civil*, in Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil, P.-A. FENET, Tome 1, Ed. Videcoq, Paris, 1836.

JAEGER H.

- *La preuve judiciaire d'après la tradition rabbinique et patristique*, in La preuve, Première partie Antiquité, Société Jean BODIN, 1964, p. 415.

JARROSSON C.

- *Les clauses de renégociation, de conciliation et de médiation*, in Les principales clauses des contrats conclus entre professionnels, PUAM, 1990, p. 141.
- *L'arbitrabilité : présentation méthodologique*, Rev. jur. com., 1996, n° 1, p. 1.

JAVILLIER J.-C.

- *L'ordre public dans les relations de travail, Rapport général*, in L'ordre public, Tome 49, Travaux de l'Association H. CAPITANT, 1998, p. 689.

JEULAND E.

- *Modèle et preuve de l'acte juridique*, in Code civil et modèles, des modèles du Code au Code comme modèle, sous la dir. de Th. REVET, Bibl. de l'Institut A. TUNC, LGDJ, 2005, p. 209.
- *Preuve judiciaire et culture française*, Droit et cultures 2005-2, n° 50, p. 149.

JOLOWICZ J.-A.

- *Rapport anglais*, in La vérité et le droit, Tome 38, Travaux de l'Association H. CAPITANT, Economica, 1989.

JOURDAIN P.

- *Les dommages-intérêts alloués par le juge, Rapport français, in Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles, Études de droit comparé, sous la dir. de M. FONTAINE et G. VINEY, Bruylant-LGDJ, 2001, p. 263.*

KRAFT O.

- *Clauses pénales : à quel niveau les réduire ou les augmenter ?*, Gaz. Pal. 1994, I, doct., p. 386.

KULLMANN J.

- *Remarques sur les clauses réputées non écrites*, D. 1993, chron., p. 59.
- *De l'aménagement contractuel de la preuve du vol à la liberté de la preuve du sinistre... la Convention Européenne des Droits de l'Homme à l'assaut du contrat d'assurance*, RGDA 2004, p. 561.

LAGARDE X.

- *L'efficacité des clauses de conciliation ou de médiation*, Rev. Arb. 2000, p. 377.
- *Office du juge et ordre public de protection*, JCP G 2001, I, 312.
- *Preuve*, in Dictionnaire de la justice, sous la dir. de L. CADIET, PUF, 2004.
- *Qu'est-ce qu'une clause abusive ? Étude pratique*, JCP G 2006, I, 110.
- *Le juge peut relever d'office la méconnaissance des dispositions d'ordre public du Code de la consommation*, JCP 2009, II, 10037.

LAITHIER Y.-M.

- *Vigueur et rigueur d'une convention modifiant la charge de la preuve*, RDC 2008, p. 252.

LARGUIER J.

- *La preuve d'un fait négatif*, RTD civ. 1953, n° 17, p. 14.

LARRIBAU-TERNEYRE V.

- *La réception des principes de liberté et d'égalité en droit civil, du Code civil à aujourd'hui, un tableau impressionniste, le droit privé français à la fin du XXe siècle*, in Mél. P. CATALA, Litec, 2003, p. 83.

LARROUMET C.

- C. LARROUMET, *Obligation essentielle et clause limitative de responsabilité*, D. 1997, chron., p. 145.
- *La libéralité consentie par un concubin adultère*, D. 1999, chron., p. 351.

LE BARS T.

- *La théorie du fait constant*, JCP G 1999, I, 178.

LEBORGNE A.

- *L'impact de la loyauté sur la manifestation de la vérité ou le double visage d'un grand principe*, RTD civ. 1996, p. 535.

LECLERCQ P.

- *Le nouveau droit civil et commercial de la preuve et le rôle du juge*. Actes du colloque du 24 mars 2000 : le droit des preuves au défi de la modernité. Cour de cassation. La Documentation française. 2000.

LE MASSON J.-M.

- *La recherche de la vérité dans le procès civil*, Droit et Société n° 38, 1998, p. 23.

LEMOINE P.

- *La loyauté de la preuve à travers quelques arrêts récents de la Chambre criminelle*, in Rapport de la Cour de cassation 2004, p. 141.

LE TOURNEAU Ph. et POUMARÈDE M.

- *Bonne foi*, in Rép. Civ. Dalloz, 2009.

LEVEL P.

- *L'arbitrabilité*, Rev. arb., 1992, p. 214.

LEVENEUR L.

- *Contrats entre professionnels et législation des clauses abusives*, cont., conc., consom. 1996, chron. 4.
- *Une libéralité consentie pour maintenir une relation adultère peut-elle être valable ?*, JCP G 1999, I, 152.
- *Le solidarisme contractuel : un mythe ?*, in Le solidarisme contractuel, sous la dir. de L. GRYNBAUM et M. NICOD, Economica, 2004, p. 173.

LEVY J.-Ph.

- *La preuve, des origines à nos jours*, in La preuve, Deuxième partie Moyen Age et Temps modernes, Société Jean BODIN, 1965, p. 9.
- *Les classifications des preuves dans l'histoire du droit*, in La preuve en droit, sous la dir. de Ch. PERELMAN et P. FORIERS, Bruylant, 1981, p. 40.
- *Le consensualisme et les contrats, des origines au Code civil*, Rev. sc. morales et politiques, 1995, p. 209.

LEVY J.-Ph. (suite)

- *L'apport de l'antiquité au droit de la preuve*, in *La preuve*, Tome 23, Droits, PUF, 1996, p. 3.

LUBY M.

- *À propos des sanctions de la violation de l'ordre public*, *Cont., conc., consom.*, 2001, chron. n° 3.
- *Trop ne vaut rien ! (ou quand la CJCE ébranle le régime juridique des clauses abusives)*, *Cont., conc., consom.* 2004, chron. n° 1.

LUCAS DE LEYSSAC C.

- *L'obligation de renseignements dans les contrats*, in *L'information en droit privé*, Travaux de la conférence d'agrégation, sous la dir. de Y. LOUSSOUARN et de P. LAGARDE, Bibliothèque de droit privé, LGDJ, 1978, p. 328.
- *Plaidoyer pour un droit conventionnel de la preuve en matière informatique*. Expertises 1987, juillet - août. p.260.
- *Le droit fondamental de la preuve, l'informatique et la télématique*, Colloque du 10 novembre 1995 *Informatique et preuve*. Petites affiches 29 mai 1996, n° 65, p. 3.

LYON-CAEN A.

- *Le maintien de l'emploi*, *Dr. soc.* 1996, p. 655.

LYON-CAEN G.

- *Négociation collective et législation d'ordre public*, *Dr. soc.* 1973, p. 89.

MAINGUY D.

- *La phase de conclusion : la rédaction et la preuve du contrat*, étude n° 180, in *Lamy Droit du contrat*, 2006.

MALAURIE Ph.

- *Rapport particulier sur la notion de l'ordre public et des bonnes mœurs dans le droit privé*, Tome 7, in *Travaux de l'Association H. CAPITANT*, 1952, p. 750.
- *La révision judiciaire de la clause pénale*, *Defrénois* 1976, p. 533. *Rapport de synthèse*, in *L'ordre public à la fin du XX^e siècle*, Dalloz, 1996, p. 105.

MALINVAUD Ph.

- *De l'application de l'article 1152 aux clauses limitatives de responsabilité*, in *Mél. F. TERRÉ*, PUF, Dalloz, 1999, p. 599.

MARTIN R.

- *L'article 6, §1, de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme contre l'article 12 du Nouveau Code de procédure civile*, D. 1996, chron. p. 20.

MARTINET L. et DE ROUX H.

- *Mise en échec des clauses de divisibilité : un net recul de la liberté contractuelle*, Petites affiches, 01 juillet 2013 n° 130, p. 7.

MAUGER F.

- *Indivisibilité et ensembles contractuels : l'anéantissement en cascade des contrats*, in Mél. B. MERCADAL, F. lefevre, 2002, p. 203.

MAZEAUD D.

- *À propos du droit virtuel des contrats : réflexions sur les principes d'Unidroit et de la commission Lando*, in Mél. M. CABRILLAC, Dalloz-Litec, 1999, p. 205.
- *Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ?*, in L'avenir du droit, Mél. F. TERRÉ, PUF, Dalloz, 1999, p. 603.
- *Regards positifs et prospectifs sur « le nouveau monde contractuel »*, Petites Affiches 7 mai 2004, n° 92, p. 47.

MEKKI M.

- *Réflexions sur le risque de la preuve en droit des contrats (1^{re} partie)*, RDC 2008, p. 681.
- *La gestion contractuelle du risque de la preuve (2^e partie)*, RDC 2009, p. 453.
- *Retour vers le futur de l'acte authentique !*, JCP G 2013, act. 1064.

MESTRE J.

- *Bilan de l'année 1989 pour l'article 1341 du code civil*, RDC 1990, p. 79.
- *L'ordre public dans les relations économiques*, in L'ordre public à la fin du XX^e siècle, Dalloz, 1996, p. 33.
- *L'ordre public dans l'économie, Rapport français*, in L'ordre public, Tome 49, Travaux de l'Association H. CAPITANT, 1998, p. 144.
- *Vingt ans de lutte contre les clauses abusives*, in Mél. F. TERRÉ, PUF, Dalloz, 1999, p. 677.

MINIATO L.

- *L'introuvable principe de loyauté en procédure civile*, D. 2007, p. 1035.

MONTERAN T.

- *Le respect des clauses contractuelles de médiation*, Gaz. Pal. 30 mars-1^{er} avril 2003, doct. p. 8.

MOREAU J.

- *Les choses dangereuses en droit administratif français*, Tome 19, in Travaux de l'Association H. CAPITANT, Dalloz, 1967, p. 256.

MORET-BAILLY J.

- *Les stipulations de constatation*, RRJ 2001, p. 489.

MOTULSKY H.

- *L'évolution récente de la condition de la loi étrangère en France*, in Mél. R. SAVATIER, Dalloz, 1965, p. 681.

MOURALIS J.-L.

- *Preuve*, in Rép. de droit civil, janvier 2011.

MOURY J.

- *De l'indivisibilité entre les obligations et entre les contrats*, RTD civ. 1994, p. 255.
- *Une embarrassante notion : l'économie du contrat*, D. 2000, chron. p. 382.

NATAF Ph. et LIGHTBURN J.

- *La loi portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information*. JCP Entreprise et Affaires n°21-22, 25 mai 2000, p. 863.

NECTOUX P.

- *La révision judiciaire des clauses pénales*, Bilan des premières années d'application de la loi du 9 juillet 1975, JCP 1978, I, 2913, n° 19.

NGUYEN THANH-BOURGEAIS D.

- *Les contrats entre professionnels et consommateurs et la portée de l'ordre public dans les lois Scrivener du 10 janvier 1978 et du 9 juillet 1979*, D. 1984, chron., p. 91.

NOGUERO D.

- *Liberté de la preuve du sinistre ou conditions du jeu de la garantie du vol ? (A propos d'un arrêt de la deuxième chambre civile de la Cour de cassation du 10 mars 2004)*, Resp. civ. et assur. 2004, étude n° 20.

OPPETIT Br.

- *L'arbitrage en matière de brevets d'invention après la loi du 13 juillet 1978*, Rev. arb., 1979, p. 83.

OSMAN F.

- *Le pouvoir modérateur du juge dans la mise en œuvre de la clause résolutoire de plein droit*, Defrénois 1993, p. 65.

LOUDIN M.

- *Règles générales, Charge de la preuve et Preuve testimoniale*, in J.-Cl. Civ., art. 1315 et 1351-1, Fasc. 10 et 20, 2005, art. 1341 à 1348, Fasc. 10, 20, 30, 40, 50 et 60, 2007.

PAISANT G.

- *Dix ans d'application de la réforme des articles 1152 et 1231 du Code civil relative à la clause pénale*, RTD civ. 1985, p. 647.

PAISANT G. et RAYMOND G.

- *in quatre-vingts propositions pour les quatre-vingts ans de La Semaine juridique*, hors série, p. 66, p. 73.

PASQUALINI F.

- *La révision des clauses pénales*, Defrénois 1995, p. 769.

PELLETIER C.

- *Les clauses de conciliation et de médiation dans les contrats de consommation*, JCP E 2005, Aperçu rapide, p. 493.
- *Loyauté et preuve*, RDC 2008, p. 869.

PENNARUN S.

- *De Gutenberg à Bill Gates : commentaire du projet de loi relatif à l'adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et à la signature électronique*, Petites affiches, 27 janvier 2000 n° 19, p. 4.

PENNEAU Anne

- *Rapport de droit français, La signature électronique*, Rev. Lamy Droit de l'Immatériel, 2009, supplément 59.

PICOD Y.

- *La clause résolutoire et la règle morale*, JCP G 1990, I, 3447.
- Nullité, in Rép. Civ. Dalloz, 2013.

PIGNARRE G.

- *Et si on parlait de l'ordre public (contractuel) ?*, RDC 2013, n° 1, p. 251.

PILLEBOUT J.-Fr.

- *De la décharge de responsabilité à la consultation notariale*, JCP N 1993, 1, p. 264.

PINEAU J.

- *L'ordre public dans les relations de famille, Rapport général*, in *L'ordre public*, Tome 49, Travaux de l'Association H. CAPITANT, 1998, p. 337.

PLANTEY A.

- *Définitions et principes de l'ordre public*, in *L'ordre public*, sous la dir. de R. POLIN, *Politique d'aujourd'hui*, PUF, Paris, 1995, p. 27.

POIRIER M.

- *La clause dérogatoire in pejus*, Dr. soc. 1995, p. 885.

POLIN R.

- *L'ordre public*, in *L'ordre public*, sous la dir. de R. POLIN, *Politique d'aujourd'hui*, PUF, Paris, 1995, p. 15.

PONSARD A.

- *Rapport français, La vérité et le droit*, Tome 38, in Travaux de l'Association H. CAPITANT, *Economica*, 1989, p. 673.

PUGLIESE G.

- *La preuve à l'époque classique*, in *La preuve*, Deuxième partie Moyen Age et Temps modernes, Société Jean BODIN, 1965, p. 292.

RADE C.

- *L'ordre public social et la renonciation du salarié*, Dr. soc. 2002, n° 11, p. 931.

REIGNE P.

- *La résolution pour inexécution au sein des groupes de contrats*, in *La cessation des relations contractuelles d'affaires*, PUAM, 1997, p. 151.

REMY-CORLAY P.

- *Domages et intérêts punitifs et ordre public international : contrôle de proportionnalité*, RTD civ. 2011, p. 317.

REJET Th.

- *L'ordre public dans les relations de travail*, in *L'ordre public à la fin du XXe siècle*, Dalloz, 1996, p. 43.
- *La « Légisprudence »*, in *Mél. Ph. MALAURIE*, Defrénois, 2005, p. 377.

RIGALLE-DUMETZ C.

- *Le rejet de la résolution partielle ou la lecture normative de la règle résolutoire*, in Droits des contrats France, Belgique, sous la dir. de H. COUSY et *alii*, Larcier et LGDJ, 2005, p. 125.

RIPERT G.

- *L'ordre économique et la liberté contractuelle*, in Mél. F. GENY, Tome 2, 1934, p. 347.

ROBINO P.

- *Les conventions d'irresponsabilité dans la jurisprudence contemporaine*, RTD civ. 1951, p. 1.

ROCHFELD J.

- *Loi n° 2000-230 du 13 mars 2000 portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique*, RTD Civ. 2000, p. 423.

ROZES L.

- *Remarques sur l'ordre public en droit du travail*, Dr. soc. 1977, p. 311.

RUET L.

- *La passation des ordres de bourse via Internet*, Rev. droit banc. et financier 2000, étude n° 100023.

SALUDEN M.

- *L'étendue du contrôle exercé par la Cour de cassation sur les juges du fond en matière de clause pénale*, Gaz. Pal. 1984, 1, doct. p. 262.

SANA-CHAILLE DE NERE S.

- *Effets de la nullité*, J.-Cl. Civ., art. 1304 à 1314, Fasc. 50, 2008.

SANSEAU Th.

- *Conventions relatives à la responsabilité du notaire, Reconnaissances de conseils donnés*, JCP N 1998, 1, p. 353.

SANZ S.

- *La consécration du pouvoir judiciaire par la loi du 9 juillet 1975 et ses incidences sur la théorie générale de la clause pénale*, RTD civ. 1977, p. 281.

SAVATIER R.

- *L'ordre public économique*, D. 1965, chr., p. 37.

SEIDL E.

- *La preuve d'après les documents démotiques*, in *La preuve*, Première partie Antiquité, Société Jean BODIN, 1964, p. 43.

SEGUIN P.

- *L'adaptation du droit du travail ou la légitime résistance du droit du travail à la flexibilité*, *Dr. soc.* 1986, p. 828.

SEUBE J.-B.

- *La fonction salvatrice de l'indivisibilité*, *Dr. et patr.* n° 138, juin 2005, p. 41.

SIMLER Ph.

- *Le conflit des présomptions légales en régime de communauté*. *RTD civ.* 1970. p. 478.

STARCK B.

- *Observations sur le régime des clauses de non-responsabilité ou limitatives de responsabilité*, *D.* 1974, *chron.* p. 157.

STOFFEL-MUNCK Ph.

- *Alerte sur les prescriptions extinctives : l'article 2244 du code civil n'est plus d'ordre public*, *D.* 2003, p. 155.

STORCK M.

- *Dérogations à la résolution judiciaire : les clauses résolutoires*, in *J.-Cl. Civ.*, art. 1184, Fasc. 20, 2007.

TALLON D.

- *Considérations sur la notion d'ordre public dans les contrats en droit français et en droit anglais*, in *Mél. R. SAVATIER*, Dalloz, 1965, p. 883.

TERRÉ F.

- *Rapport introductif*, in *L'ordre public à la fin du XX^e siècle*, Dalloz, 1996, p. 3.

TESSIER P.

- *Rapports belges, Deuxième partie : La vérité et le juge, les parties, les témoins et les auxiliaires de justice*, in *La vérité et le droit*, Tome 38, Travaux de l'Association H. CAPITANT, Economica, 1989, p. 671.

TEYSSIE B.

- *Les clauses de résolution et de résiliation*, *Cah. dr. entr.* 1975, n° 1, p. 13.
- *Réflexions sur les conséquences de la nullité d'une clause d'un contrat*, *D.* 1976, *chron.*, p. 281.

THERY P.

- *La dispense en droit privé*, Droits 1995, p. 59.
- *Les finalités du droit de la preuve en droit privé*, Droits n° 23, 1996, p. 41.
- *Le juge dans le Code civil, in 1804-2004, Le Code civil, un passé, un présent, un avenir*, Dalloz, 2004, p. 657.

TONNELIER M.-H. et DUPUIS-TOUBOL F.

- *Le commerce électronique vaut bien une réforme du droit de la preuve*. JCP Entreprise et Affaires n° 51, 17 décembre 1998, p. 2011.

TREBULLE F. G.

- *La réforme du droit de la preuve et le formalisme*, Petites affiches, 20 avril 2000 n° 79, p. 10.

VERDIER R.

- *Signes de vérité et d'innocence, gages de certitude et de conviction : les rituels probatoires dans les sociétés de tradition orales*, in *La preuve*, Tome 23, Droits, PUF, 1996, p. 91.

VINCENT J.

- *La procédure et l'ordre public*, in *Mél. P. ROUBIER*, 1961, p. 303.

VINEY G.

- *Les clauses aménageant la responsabilité des constructeurs*, RD imm. 1982, p. 319.

WALD A.

- *Rapport général*, in *La vérité et le droit*, Tome 38, Travaux de l'Association H. CAPITANT, Economica, 1989, p. 531.

ZELCEVIC-DUHAMEL A.

- *La notion d'économie du contrat en droit privé*, JCP G 2001, I, 300.

IV : NOTES DE JURISPRUDENCE

ABRAVANEL-JOLLY S.

- note sous Cass. civ. 2^e, 14 juin 2007, RGDA 2007, p. 906.

ADOM K.

- note sous Cass. com., 22 octobre 1996, JCP E 1997, n° 12, p. 49.

AGOSTINELLI X.

- note sous Cass. civ. 1^{re}, 24 février 1993, D. 1994, p. 6.

AMMAR D.

- note sous Cass. civ. 1^{re}, 30 mars 1999, n° 97-13047, Bull. civ. I, n° 113, D. 2000, p. 596.

AUBERT J.-L.

- note sous Cass. civ. 1^{re}, 10 février 1972, Defrénois 1972, p. 1402.
- note sous Cass. civ. 1^{re}, 10 mai 1978, Defrénois 1979, p. 880.
- note sous Cass. mixte, 12 juin 1981, D. 1981, Jurispr., p. 413.
- note sous Cass. civ. 1^{re}, 10 juillet 1984, Defrénois 1985, art. 33481, n° 3, p. 380.
- note sous Cass. civ. 1^{re}, 28 avril 1987, D. 1987, Som. com., p. 455.
- note sous Cass. civ. 3^e, 13 avril 1988, D. 1989, p. 334.
- note sous Cass. civ. 3^e, 20 juillet 1989, Defrénois 1990, p. 361.
- note sous Cass. ass. plén., 31 mai 1991, Defrénois 1991. 1267.
- note sous Cass. com., 16 juillet 1991, Defrénois 1992, p. 329.
- note sous Cass. civ. 1^{re}, 27 janvier 1993, Defrénois 1993, p. 730.
- note sous Cass. civ. 1^{re}, 25 février 1997, Defrénois 1997, p. 751.
- note sous Cass. civ. 1^{re}, 10 juin 1997, Defrénois 1998, p. 743.
- note sous Cass. civ. 1^{re}, 3 février 1998, Defrénois, 1998, p. 743.
- note sous Cass. civ. 1^{re}, 17 mars 1998, Defrénois 1998, p. 749.
- note sous Cass. civ. 1^{re}, 12 janvier 1999, Defrénois, 1999, n° 6, p. 381, n° 20.
- note sous Cass. civ. 3^e, 24 septembre 2003, Defrénois 2004, p. 382.

AUDIT B.

- note sous Cass. civ. 1^{re}, 19 avril 1988, Roho c. Caron, D. 1988, Som. com., p. 345.

AVENA-ROBARDET V.

- note sous Cass. com., 3 novembre 2004, D. 2004, p. 3063.
- note sous TGI Paris, 9 novembre 2005, D. 2006, p. 295.

AYNES L.

- note sous Cass. com., 4 avril 1995, D. 1996, Som. com., p. 231.

BAKOUCHE D.

- note sous Cass. civ. 2^e, 18 mars 2004, JCP G 2004, II, 10106.
- note sous Cass. civ. 3^e, 20 décembre 2006, JCP G 2007, II, 10024.

BARBIER H.

- note sous Cass. mixte, 17 mai 2013, RTD civ. 2013, p. 597.

BARON G.

- note sous Cass. civ. 1^{re}, 8 novembre 1983, D. 1984, IR, p. 486.

BATIFFOL H.

- note sous Cass. civ. 1^{re}, 19 avril 1988, Roho c. Caron ; Rev. crit. DIP, 1989, p. 68.

BEAUGENDRE S.

- note sous Cass. civ. 3^e, 2 juin 1999 et 16 février 2000, D. 2000, p. 733.

BEIGNIER B.

- note sous Cass. civ. 1^{re}, 3 février 1999, Dr. fam. 1999, n° 54.

BENABENT A.

- note sous TI Sète, 9 mai 1984, Recueil Dalloz Sirey 1985, p. 359.
- note sous note sous Cass. civ. 1^{re}, 28 mars 1995, Sté France Télécom c/ Berthe, JCP G 1995, II, 22539.

BERR C. et GROUTEL H.

- note sous TGI de Lyon, 7 déc. 1971, Recueil Dalloz Sirey 1972, 36^e cahier Jurispr., p. 609.

BEY E.-M.

- note sous Cass. civ. 2^e, 10 juillet 1978, JCP G 1980, II, 19355.
- note sous Cass. com., 21 juillet 1980, Gaz. Pal. 1981, 1, Jurispr., p. 207.
- note sous Cass. com., 1^{er} mars 1983, Gaz. Pal. 1983, 2, Jurispr., p. 533.

BICHERON F.

- note sous Cass. civ. 1^{re}, 6 janvier 2004, AJ Famille 2004, n° 2, p. 66.

BIHR P.

- note sous Cass. civ. 3^e, 10 mars 1993, D. 1993, p. 357.

BILLIAU M. et LOISEAU G.

- note sous Cass. civ. 1^{re}, 3 février 1999, JCP G 1999, II, 10083.

BOCCARA B.

- note sous Cass. com., 21 juillet 1980, JCP G 1982, II, 19778.

BOIZARD M.

- note sous CA Montpellier, 9 avril 1987, JCP G, n° 16, 1998, n° 20984.

BONFILS P.

- note sous Cass. civ. 2^e, 7 octobre 2004, D. 2005, p. 122.

BONNEAU Th.

- note sous Cass. com., 2 déc. 1997, JCP E 1998, n° 5, p. 178.

BORRICAND J.

- note sous Cass. civ. 2^e, 28 novembre 1962, D. 1963, p. 465.

BOULOC B.

- note sous Cass. com., 28 mai 2002, RTD com. 2003, p. 158.

BOURCART G.

- note sous Cass. req., 15 mars, 17 mai et 7 juillet 1909, Sirey 1910, 1, 185.

BOSSAN J.

- note sous Cass. com., 2 octobre 2007, Gaz. Pal. 2008, n° 31, p. 15.

BROUSSOLLE Y.

- note sous Conseil constitutionnel, Décision du 3 août 1994, JCP 1995, II, 22404.

CALAIS-AULOY J.

- note sous Cass. civ. 1^{re}, 16 juillet 1987, D. 1988, p. 49.

CAPITANT H.

- note sous CA Rouen, 16 novembre 1922, DP 1926, 2, p. 57.

CARBALLO FIDALGO et PAISANT G.

- note sous CJCE, 27 juin 2000, aff. C-240/98 à C-244/ 98, Océano Grupo Editorial SA c/ Rocio Muciano Quintero ; JCP G 2001, II, 10513.

CARBONNIER J.

- note sous Cass. civ., 17 mai 1954, RTD civ. 1954, p. 666.

CARON D. et MENOTTI S.

- note sous Cass. crim., 31 janvier 2007, D. 2007, p. 1821.

CASEY J.

- note sous Cass. civ. 1^{re}, 3 février 1999, RJPF 1999, n° 2, p. 52.
- note sous Cass. civ. 1^{re}, 25 janvier 2000, RJPF 2000, n° 4, p. 54.

CHABAS F.

- note sous Cass. com., 23 janvier 1979, RTD civ. 1981, p. 153.
- note sous Cass. com., 12 février 1979, RTD civ. 1981, p. 153.
- note sous Cass. com., 21 juillet 1980, D. 1981, Jurispr., p. 335.
- note sous Cass. mixte, 12 juin 1981, RTD civ. 1982, p. 140.
- note sous Cass. civ. 1^{re}, 19 janvier 1982, JCP G 1984, II, 20215.
- note sous Cass. com., 3 février 1982, RTD civ. 1982, p. 603.
- note sous Cass. civ. 1^{re}, 23 février 1982, RTD civ. 1982, p. 603.

CHASSAGNARD S.

- note sous Cass. civ. 3^e, 24 avril 2003, D. 2004, p. 450.

CHAUVEL P.

- note sous Cass. civ. 1^{re}, 12 mars 2002, Dr. et patrimoine mai 2002, n° 104, p. 92.
- note sous Cass. com., 28 mai 2002, Dr. et patrimoine octobre 2002, p. 102.

CHAVEGRIN E.

- note sous Cass. civ., 6 août 1901, S. 1904, 1, 481.

CHAZAL J.-P.

- note sous Cass. com., 23 novembre 1999, JCP G 2000, II, 10326.

CHEVALLIER J.

- note sous Cass. civ. 2^e, 6 mars 1958, JCP G, II, p. 71, n° 10902.
- note sous Cass. civ. 1^{re}, 5 juin 1967, RTD civ. 1968, p. 144.

CHEVRIER E.

- note sous Cass. mixte, 22 avril 2005, D. 2005, AJ, p. 1224.
- note sous Cass. com., 21 février 2006, D. 2006, AJ, p. 717.

CLERGERIE J.-L.

- note sous CE, 26 sept. 1986. Recueil Dalloz Sirey 1988, 1^{er} cahier jurispr., p. 8.

COHEN D.

- note sous Cass. com., 22 octobre 1996, JCP G 1997, II, 22881.

CONSTANTIN A.

- note sous Cass. com., 15 février 2000, JCP 2000, I, 272, p. 2069.

CORNU G.

- note sous Cass. civ. 3^e, 2 octobre 1974, RTD civ. 1975, p. 130.
- note sous Cass. mixte, 20 janvier 1978, RTD civ. 1978, p. 377.
- note sous Cass. civ. 1^{re}, 24 juillet 1978, RTD civ. 1979, p. 150.

CRISTAU A.

- note sous Cass. civ. 1^{re}, 9 novembre 1999, D. 2000, p. 507.

DAGORNE-LABBE Y.

- note sous Cass. civ. 1^{re}, 6 mars 2001, JCP G 2002, II, 10067.
- note sous Cass. civ. 1^{re}, 12 juillet 2001, Defrénois, 2001, p. 1417.
- note sous Cass. civ. 1^{re}, 3 mai 2006, D. 2006, p. 2743.

DEBET A.

- note sous Cass. civ. 2^e, 10 mars 2004, RDC 2004, p. 1080.
- note sous Cass. civ. 2^e, 7 octobre 2004, RDC 2005, p. 473.

DELEBECQUE Ph.

- note sous Cass. civ. 1^{re}, 28 avril 1987, D. 1988, Jurispr., p. 1.
- note sous Cass. civ. 1^{re}, 15 novembre 1988, D. 1989, Jurispr., p. 349.
- note sous Cass. civ. 1^{re}, 10 janvier 1995, Defrénois 1995, p. 746.
- note sous Cass. civ. 1^{re}, 24 janvier 1995, D. 1995, Som. com., p. 229.
- note sous Cass. civ. 1^{re}, 2 avril 1996, D. 1996, Som. com., p. 329.
- note sous Cass. com., 22 octobre 1996, D. 1997, Som. com., p. 175.
- note sous Cass. com., 11 février 1997, Defrénois 1997, p. 740.
- note sous Cass. ass. plén., 30 juin 1998, JCP 1998, II, 10146.
- note sous Cass. civ. 1^{re}, 17 novembre 1998, Defrénois 1999, p. 367.
- note sous Cass. com., 15 février 2000, D. 2000, Som. com., p. 364.
- note sous Cass. com., 28 mai 2002, D. 2003, Som. com., p. 459.
- note sous Cass. com., 9 juillet 2002, D. 2002, Som. com., p. 2836.
- note sous Cass. mixte, 22 avril 2005, RDC 2005, p. 753.
- note sous CE, 6 juillet 2005, D. 2005, Jurispr., p. 2094.
- note sous Cass. civ. 1^{re}, 19 septembre 2007, JCP G 2007, II, 10176.
- note sous Cass. civ. 1^{re}, 1^{er} décembre 2010, RTD com. 2011, p. 666.

DELPECH X.

- note sous Cass. com., 30 mai 2006, D. 2006, p. 1599.
- note sous Cass. com., 13 juin 2006, D. 2006, p. 1680.
- note sous Cass. com., 5 juin 2007, D. 2007, p. 1720.
- note sous Cass. com., 18 décembre 2007, D. 2008, p. 154.
- note sous Cass. civ. 1^{re}, 22 mai 2008, *Responsabilité du dépositaire pour détérioration de la chose gardée*, D. 2008, AJ, 725.
- note sous Cass. mixte, 17 mai 2013, D. 2013, p. 1273.

DERRUPPE J. et BRIERE DE L'ISLE G.

- note sous Cass. civ. 3^e, 11 juin 1986, RD imm. 1987, p. 383.

DESIRY R.

- note sous Cass. civ. 3^e, 5 juin 1969, JCP G. 1969, II, 16133.

DONNIER J.-B.

- note sous Cass. com., 16 novembre 1993, S^{te} Amerford France et autre c. C^{ie} Air France et autres, Journal du droit international, 1994, p. 98.

DURAND P.

- note sous Cass. com., 30 janvier 1967, D. 1968, p. 160.

DURRY G.

- note sous Cass. civ. 1^{re}, 22 octobre 1975, RTD civ. 1976, p. 352.
- note sous Cass. civ. 1^{re}, 19 janvier 1982, RTD civ. 1983, p. 144.

ESMEIN P.

- note sous Cass. civ., 4 décembre 1929, S. 1931. 1. 49.
- note sous Cass. civ. 2^e, 17 février 1955, D. 1956, p. 17.

ETNER L.

- note sous Cass. com., 3 mai 1995, D. 1997, p. 124.
- note sous Cass. com., 28 mai 2002, Petites Affiches 3 juillet 2003, n° 132, p. 39.

FABRE-MAGNAN M.

- note sous Cass. com., 22 octobre 1996, JCP G 1997, I, n° 4002.

FADDOUL J.

- note sous Cass. civ. 1^{re}, 30 mars 1999, D. affaires 1999, p. 708.

FAGES B.

- note sous TGI Nanterre, 2 juin 2004, JCP G 2005, II, 10022.

FAUVARQUE-COSSON B.

- note sous Cass. mixte, 22 avril 2005, D. 2005, pan., p. 2844.
- note sous Cass. com., 13 février 2007, D. 2007, p. 2975.
- note sous Cass. com., 5 juin 2007, D. 2007, p. 2975.

FAVRE ROCHEX A.

- note sous Cass. civ. 1^{re}, 18 décembre 2002, RGDA 2003, p. 358.

FENOUILLET D.

- note sous Cass. civ. 1^{re}, 18 décembre 2002, RDC oct. 2003, p. 86.
- note sous Cass. civ. 1^{re}, 6 janvier 2004, Dr. Famille 2004, p. 13.
- note sous Cass. civ. 1^{re}, 16 mars 2004 (deux arrêts), RDC 2004, p. 679.
- note sous Cass. civ. 1^{re}, 1^{er} février 2005, RDC 2005, p. 719.

FERRIER D.

- note sous Cass. com., 28 mai 2002, D. 2002, Som. com., p. 3004.

FOYER J.

- note sous Cass. civ. 1^{re}, 23 novembre 1976, Rev. crit. DIP 1977, p. 746.

GALLMEISTER I.

- note sous Cass. civ. 1^{re}, 1^{er} décembre 2010, D. 2011, p. 423.

GARAUD E.

- note sous Cass. com., 12 mars 1999, JCP E 2000, p. 991.

GAUTIER P.-Y.

- note sous Cass. civ. 1^{re}, 4 juin 1991, RTD civ. 1992, p. 403.
- note sous Cass. soc., 20 novembre 1991, RTD civ. 1992, p. 418.
- note sous Cass. civ. 1^{re}, 30 mars 1999, RTD civ. 1999, p. 642.
- note sous Cass. com., 28 mai 2002, RTD civ. 2002, p. 833.
- note sous Cass. civ. 1^{re}, 30 juin 2004, RTD civ. 2004, p. 749.

GAVALDA C.

- note sous Cass. civ. 1^{re}, 8 novembre 1989, Recueil Dalloz Sirey 1990, 25^e cahier jurispr., p. 369.

GHESTIN J.

- note sous Cass. com., 20 octobre 1970, JCP G 1971, II, 16916.
- note sous Cass. civ. 1^{re}, 14 mai 1991, D. 1991, p. 449.

GHICA-LEMARCHAND C.

- note sous Cass. civ. 1^{re}, 30 mars 1999, JCP G 2000, II, 10334.

GOBERT M.

- note sous Cass. ass. plén., 31 mai 1991, RTD civ. 1992, p. 489.
- note sous Cass. ass. plén., 31 mai 1991, Petites Affiches, 23 octobre 1991, n° 127, p. 4.

GOUT O.

- note sous Cass. civ. 1^{re}, 15 février 2000, JCP G 2001, II, 10477.
- note sous Cass. civ. 1^{re}, 10 juillet 2002, D. 2003, Jurispr., p. 549.

GROUDEL H.

- note sous Cass. civ. 1^{re}, 24 février 2004, n° 02-14005, FS-P, Sté CGU Courtage c/ Vacandare : clause de valeur agréée dans un contrat d'assurance maritime, Resp. civ. et assur., mai 2004, com. 153.

GRYNBAUM L.

- note sous Cass. civ. 1^{re}, 3 février 2002, Commun. Comm. élec. 2002, n° 131.
- CA Paris, 28 janvier 2005, Commun. Comm. élec. 2005, n° 103.

GUIGNARD L.

- note sous Cass. com., 4 mars 2008, JCP 2008, II, 10079.

GUILLOU H.

- note sous Cass. com., 9 juillet 2013, D. 2013, p. 2554.

GUTMANN D.

- note sous Cass. civ. 2^e, 2 avril 1996, Mme Bekkrar c/ SNCF, Petites affiches, 24 janvier 1997, n° 11, p. 19.

HAMON F.

- note sous CE, 27 octobre 1995, JCP G 1996, II, n° 22630.

HARICHAUX M.

- note sous Cass. civ. 1^{re}, 19 janvier 1988, JCP G 1989, II, 21298.
- note sous Cass. com., 10 juillet 2001, JCP E 2002, 459.

HASSLER T.

- note sous Cass. civ. 1^{re}, 24 février 1993, D. 1993, Som. com., p. 249.
- note sous Cass. civ. 1^{re}, 10 avril 1996, D. 1996, Jurispr., p. 527.

HAUSER J.

- note sous Cass. soc., 20 novembre 1991, RTD civ. 1992, p. 365.
- note sous CEDH, 1^{er} février 2000, Mazurek c. France, RTD civ. 2000, p. 311.
- note sous Cass. civ. 1^{re}, 6 janvier 2004, RTD civ. 2004, p. 265.

HOCQUET-BERG S.

- note sous Cass. mixte, 22 avril 2005, RCA 2005, n° 175.

HUET J.

- note sous Cass. civ. 1^{re}, 18 janvier 1984, RTD civ. 1984, p. 727.
- note sous Cass. civ. 1^{re}, 8 nov. 1989. Recueil Dalloz Sirey 1990, 37^e cahier. Som. com., p. 327.
- note sous Cass. civ. 1^{re}, 28 mars 1995, D. 1995, p. 517.

HUET-WEILLER D.

- note sous CA Toulouse, 21 septembre 1987, D. 1988, Jurispr., p. 184.
- note sous Cass. ass. plén., 31 mai 1991, RTD civ. 1991, p. 517.

HUGUENEY L.

- note sous Cass. civ., 9 novembre 1915, D. 1921. 1. 23.

IDOT L.

- note sous Cass. civ. 1^{re}, 15 mars 1988, Rev. arb. 1990, p. 115.
- note sous CA Paris, 29 mars 1991, S^{té} Ganz c. S^{té} nationale des chemins de fer tunisiens, Rev. arb., 1991, p. 478.

JADAUD B.

- note sous CE, 16 novembre 1981, Defrénois, 1981, p. 1453.

JAMIN C.

- note sous Cass. civ. 3^e, 10 mars 1993, JCP G 1993, I, 3725, n° 15.
- note sous Cass. civ. 1^{re}, 1^{er} décembre 1993, JCP 1994, II, 22325.
- note sous Cass. civ. 3^e, 12 octobre 1994, JCP G 1995, I, 3828, n° 11 à 15.

JAMIN C. et BILLIAU M.

- note sous Cass. civ. 1^{re}, 7 novembre 2000, D. 2001, Jurispr., p. 256.

JAZOTTES G.

- note sous CJCE, 21 novembre 2002, aff. C-473/00, Cofidis SA c/ J.-L. Fredont, JCP G 2003, I, 107, n° 14.

JOSSERAND L.

- note sous Cass. req., 14 décembre 1926, D. 1926. 1. 105.

JOURDAIN P.

- note sous Cass. civ. 1re, 25 février 1997, RTD civ. 1997, n° 2, p. 434.
- note sous Cass. civ. 1^{re}, 3 février 1998, RTD civ. 1998, p. 381.
- note sous Cass. ass. plén., 30 juin 1998, RTD civ. 1999, p. 119.
- note sous Cass. mixte, 22 avril 2005, D. 2006, Pan., p. 1932.
- note sous Cass. mixte, 22 avril 2005, RTD civ. 2005, p. 604.
- note sous Cass. com., 21 février 2006, RTD civ. 2006, p. 322.
- note sous Cass. civ. 1^{re}, 4 avril 2006, RTD civ. 2006, p. 775.
- note sous Cass. com., 30 mai 2006, RTD civ. 2006, p. 773.
- note sous Cass. com., 13 juin 2006, RTD civ. 2006, p. 774.
- note sous Cass. com., 4 mars 2008, RTD civ. 2008, p. 490.

JUVENAL J.

- note sous Cass. civ. 1^{re}, 1^{er} décembre 2010, JCP G 2011, 140.

KARIMI A.

- note sous TGI Paris, 29 juin 1994, Les Petites Affiches 4 septembre 1995, p. 7.

KENFACK H.

- note sous Cass. mixte, 22 avril 2005, D. 2005, Pan., p. 2750.

KRAJESKI D.

- note sous Cass. civ. 2^e, 3 février 2011, n° 10-14633, L'essentiel Droit des assurances, 10 avril 2011, n° 4, p. 4.

KULLMANN J.

- note sous Cass. civ. 2^e, 16 décembre 2004, RGDA 2005, p. 182.

LABARTHE F.

- note sous Cass. civ. 1^{re}, 1^{er} décembre 1999, JCP G 2000, I, 239, n° 10.
- note sous Cass. com., 3 avril 2001, JCP 2001, I, 354, n° 11.

LAGARDE P.

- note sous Cass. com., 16 novembre 1993, S^{té} Amerford France et autre c. C^{ie} Air France et autres, Rev. crit. DIP, 1994, p. 332.

LANGLADE-O'SUGHRUE J.-P.

- note sous Cass. civ. 1^{re}, 3 février 1999, D. 1999, p. 267.

LAPP C.

- note sous Cass. soc., 24 mars 1965, JCP G 1965, II, n° 14 415.

LARDIEUX G.

- note sous Cass. civ. 2^e, 13 juillet 2005, RDC 2006, p. 390.

LARROUMET C.

- note sous CE, 3 décembre 1980, D. 1981, Jurispr., p. 228.
- note sous Cass. civ. 1^{re}, 19 janvier 1982, D. 1982, Jurispr., p. 457.
- note sous Cass. mixte, 23 novembre 1990, D. 1991, Jurispr., p. 121.

LE CANNU P.

- note sous Cass. com., 21 octobre 1997, Bull. Joly 1998, p. 40.

LEGEAIS D.

- note sous Cass. mixte, 23 novembre 1990, JCP E 1991, II, p. 29.
- note sous Cass. mixte, 17 mai 2013, RTD com. 2013, p. 569.

LEGER N.

- note sous Cass. civ. 2^e, 7 octobre 2004, JCP G 2005, II, 10025.

LEMOULAND J.-J.

- note sous Cass. civ. 1^{re}, 3 février 1999, D. 1999, Som. com., p. 377.

LEPELLEY-FONTENY R.

- rapport sous Cass. soc., 19 juin 1947, Gazette du Palais 1947, 2^e trimestre, journal du 22 août 1947, p. 84.

LE STANC P.

- note sous TGI Charleville-Mézières, ord. réf., 5 avril 2000, Comm. com. électr. 2001, n° 39.

LEVENEUR L.

- note sous Cass. com., 16 juillet 1991, Contrats Conc. Consom. 1991, n° 217.
- note sous Cass. civ. 1^{re}, 27 janvier 1993, Contrats Conc. Consom. 1993, n° 68.
- note sous Cass. civ. 1^{re}, 27 janvier 1993, JCP N 1993, II, p. 256.
- note sous Cass. civ. 3^e, 10 mars 1993, Contrats Conc. Consom. 1993, n° 149.
- note sous Cass. civ. 1^{re}, 24 janvier 1995, Contrats Conc. Consom. 1995, n° 84.
- note sous Cass. com., 4 avril 1995, Contrats Conc. Consom. 1995, n° 105.
- note sous Cass. civ. 1^{re}, 11 avril 1995, Contrats Conc. Consom. 1995, n° 124.
- note sous Cass. civ. 1^{re}, 2 avril 1996, Contrats Conc. Consom. 1996, n° 119.
- note sous Cass. com., 22 octobre 1996, Contrats Conc. Consom. 1997, n° 24.
- note sous Cass. com., 11 février 1997, Contrats Conc. Consom. 1997, n° 75.
- note sous Cass. civ. 3^e, 18 novembre 1997, Contrats Conc. Consom. 1998, n° 21.

LEVENEUR L (suite)

- note sous Cass. civ. 1^{re}, 17 mars 1998, Contrats Conc. Consom. 1998, n° 86.
- note sous Cass. civ. 1^{re}, 23 juin 1998, Contrats Conc. Consom. 1998, n° 141.
- note sous Cass. ass. plén., 30 juin 1998, Contrats Conc. Consom. 1998, n° 143.
- note sous Cass. civ. 1^{re}, 17 novembre 1998, Contrats Conc. Consom. 1999, n° 18.
- note sous Cass. civ. 1^{re}, 30 mars 1999, Contrats Conc. Consom. 1999, n° 108.
- note sous Cass. civ. 1^{re}, 23 janvier 2001, Contrats Conc. Consom. 2001, n° 69.
- note sous Cass. civ. 3^e, 30 janvier 2001, Cont., Conc., Consom. n° 68.
- note sous Cass. com., 10 juillet 2001, JCP E 2002, n° 459, p. 482.
- note sous Cass. civ. 1^{re}, 12 juillet 2001, JCP E 2002, n° 459, p. 482.
- note sous Cass. com., 9 juillet 2002, Contrats Conc. Consom. 2003, n° 2.
- note sous Cass. civ. 1^{re}, 28 janvier 2003, Contrats Conc. Consom., juin 2003, p. 15.
- note sous Cass. com., 17 juin 2003, Contrats Conc. Consom. 2003, n° 133.
- note sous Cass. civ. 3^e, 24 septembre 2003, Contrats Conc. Consom. 2003, n° 174.
- note sous Cass. civ. 1^{re}, 3 février 2004, Contrats Conc. Consom. 2004, n° 55.
- note sous Cass. civ. 2^e, 18 mars 2004, Contrats Conc. Consom. 2004, n° 76.
- note sous Cass. civ. 1^{re}, 30 juin 2004, Contrats Conc. Consom. 2004, n° 151.
- note sous Cass. mixte, 22 avril 2005, Contrats Conc. Consom. 2006, n° 103.
- note sous Cass. mixte, 22 avril 2005, Contrats Conc. Consom. 2005, n° 150.
- note sous Cass. com., 30 mai 2006, Contrats Conc. Consom. 2006, n° 10.

LEVY J.-P.

- note sous Cass. civ. 3^e, 13 février 1969, JCP G 1969, II, 15942, 2^e esp.
- note sous Cass. civ. 3^e, 22 octobre 1970, JCP G 1971, II, 16636, bis.

LIBCHABER R.

- note sous Cass. com., 5 juin 2007, Defrénois 2007, p. 1042.

LOISEAU G.

- note sous Cass. mixte, 22 avril 2005, JCP 2005, II, 10066 (1^{ère} espèce).
- note sous Cass. com., 13 juin 2006, JCP G 2006, II, 10123.

LOISEAU G. et BILLIAU M.

- note sous Cass. com., 9 juillet 2002, JCP G 2002, II, 10176.

LOUSSOUARN Y.

- note sous Cass. com., 28 février 1972, RTD civ. 1972, p. 775.

LUBY M.

- note sous CJCE, 21 novembre 2002, aff. C-473/00, Cofidis SA c/ J.-L. Fredont, RTD com. 2003, p. 410.

MALAURIE Ph.

- note sous Cass. civ. 1^{re}, 15 mai 1963, JDI 1963, p. 1016.
- note sous Cass. civ. 3^e, 6 juin 1972, D. 1973, Jurispr., p. 151.
- note sous Cass. com., 4 juillet 1972, D. 1972, Jurispr., p. 732.
- note sous Cass. com., 9 octobre 1972, D. 1972, Jurispr., p. 728.
- note sous Cass. civ. 3^e, 9 juillet 1973, D. 1974, Jurispr., p. 24.
- note sous Cass. com., 3 novembre 1988, D. 1989, p. 94.
- note sous Cass. civ. 1^{re}, 25 janvier 1989, D. 1989, p. 253.
- note sous CA Douai, 17 novembre 2008, JCP 2009, II, 10005.

MANARA C.

- note sous TGI Paris, 1^{re} ch. soc., 4 février 2003, D. 2003, Jurispr., p. 762.

MARGUENAUD J.-P.

- note sous CEDH, 1^{er} février 2000, Mazurek c. France, RTD civ. 2000, p. 429.

MARTIN D. R.

- note sous Cass. com., 2 décembre 1997, D 1998, p. 192.
- note sous CA Paris, 15^e ch. A, 24 octobre 2000, D. 2002, Som. com., p. 641.

MARTIN R.

- note sous Cass. com., 22 octobre 1996, Gaz. Pal. 1997, n° 238, p. 12.

MARTINET L. et DE ROUX H.

- note sous Cass. mixte, 17 mai 2013, Petites affiches, 01 juillet 2013 n° 130, p. 7, Mise en échec des clauses de divisibilité : un net recul de la liberté contractuelle.

MASSIP J.

- note sous Cass. civ. 1^{re}, 10 février 1993, D. 1994, p. 66.
- note sous Cass. civ. 1^{re}, 3 février 1999, Defrénois 1999, p. 680.
- note sous Cass. civ. 1^{re}, 10 mai 2006, Defrénois 2006, art. 38441.

MAZEAUD D.

- note sous Cass. com., 16 juillet 1991, D. 1992, Jurispr., p. 365.
- note sous Cass. civ. 1^{re}, 24 février 1993, Defrénois 1994, p. 354.
- note sous Cass. civ. 3^e, 10 mars 1993, Defrénois 1994, p. 347.
- note sous Cass. civ. 1^{re}, 7 juillet 1993, Defrénois 1994, p. 358.

MAZEAUD D (suite)

- note sous Cass. civ. 3^e, 12 janvier 1994, Defrénois 1994, p. 804.
- note sous Cass. civ. 1^{re}, 30 mars 1994, Defrénois 1994, p. 1476.
- note sous Cass. com., 2 avril 1996, D. 1996, Som. com. p. 329.
- note sous Cass. com., 22 octobre 1996, Defrénois 1997, p. 333.
- note sous Cass. civ. 1^{re}, 7 juillet 1998, D. 1999, Som. com., p. 111.
- note sous Cass. civ. 1^{re}, 3 février 1999, Defrénois 1999, p. 738.
- note sous Cass. civ. 1^{re}, 16 février 1999, D. 2000, Som. com., p. 360.
- note sous Cass. civ. 1^{re}, 16 février 1999, Defrénois 2000, p. 248.
- note sous Cass. com., 15 juin 1999, D. 2000, Som. com., p. 363.
- note sous Cass. com., 15 février 2000, Defrénois 2000, p. 1118.
- note sous Cass. civ. 1^{re}, 7 novembre 2000, D. 2001, Som. com., p. 1137.
- note sous Cass. com., 9 juillet 2002, D. 2003, Som. com., p. 457.
- note sous Cass. civ. 3^e, 24 avril 2003, RDC 2003, p. 42.
- note sous Cass. civ. 3^e, 24 septembre 2003, RDC 2004, p. 644.
- note sous Cass. civ. 1^{re}, 30 juin 2004, D. 2005, Jurispr., p. 1828.
- note sous Cass. mixte, 22 avril 2005, RDC 2005, p. 673.
- note sous Cass. com. 30 mai 2006, D. 2006, p. 2288.
- note sous Cass. com., 13 février 2007, RDC 2007, p. 707.
- note sous Cass. mixte, 17 mai 2013, D. 2013, p. 1658.

MAZEAUD J.

- note sous Cass. civ. 1^{re}, 4 février 1969, aff. Giraud, D. 1969, Jurispr. p. 601.
- note sous Cass. civ. 1^{re}, 22 octobre 1975, D. 1976, p. 151.
- note sous Cass. civ. 2^e, 4 mai 1976, D. 1977, p. 34.

MAZEAUD L.

- note sous CA Toulouse, 23 octobre 1934, DP 1935, 2, p. 49.

MESTRE J.

- note sous Cass. soc., 23 janvier 1985, RTD civ. 1986, p. 103.
- note sous Cass. civ. 3^e, 29 avril 1985, RTD civ. 1986, p. 108.
- note sous Cass. com., 7 avril 1987, RTD civ. 1988, p. 123.
- note sous Cass. civ. 3^e, 8 avril 1987, RTD civ. 1988, p. 122.
- note sous CA Montpellier, 9 avril 1987, RTD civ. 1987, oct-déc. , p. 758.
- note sous Cass. civ. 1^{re}, 28 avril 1987, RTD civ. 1987, p. 537.

MESTRE J. (suite)

- note sous Cass. civ. 1^{re}, 25 janvier 1989, RTD civ. 1990, p. 79.
- note sous Cass. civ. 3^e, 20 juillet 1989, RTD civ. 1990, p. 75.
- note sous Cass. civ. 1^{re}, 8 novembre 1989, RTD civ. 1990, p. 80.
- note sous Cass. com., 27 mars 1990, RTD civ. 1991, p. 112.
- note sous Cass. mixte, 23 novembre 1990, RTD civ. 1991, p. 360.
- note sous Cass. civ. 3^e, 5 juin 1991, RTD civ. 1992, p. 92.
- note sous Cass. civ. 3^e, 5 février 1992, RTD civ. 1992, p. 763.
- note sous Cass. civ. 3^e, 10 mars 1993, RTD civ. 1994, p. 100.
- note sous CA de Paris, 19 mars 1993, RTD civ. 1995, p. 363.
- note sous Cass. civ. 1^{re}, 24 novembre 1993, RTD civ. 1994, p. 857.
- note sous Cass. civ. 1^{re}, 1^{er} décembre 1993, RTD civ. 1994, p. 859.
- note sous Cass. civ. 3^e, 12 janvier 1994, RTD civ. 1994, p. 605.
- note sous CA Paris, 17 novembre 1994, RTD civ. 1995, p. 363.
- note sous Cass. civ. 1^{re}, 28 mars 1995, RTD civ. 1996, p. 170.
- note sous Cass. civ. 1^{re}, 2 avril 1996, RTD civ. 1997, p. 136.
- note sous Cass. civ. 1^{re}, 10 avril 1996, RTD civ. 1997, p. 118.
- note sous Cass. civ. 1^{re}, 16 avril 1996, RTD civ. 1996, p. 900.
- note sous Cass. com., 11 juin 1996, n° 93-15376, RTD civ. 1996, p. 907.
- note sous Cass. com., 22 octobre 1996, RTD civ. 1997, p. 418.
- note sous Cass. com., 11 février 1997, RTD civ. 1997, p. 654.
- note sous Décision du 20 mars 1997, RTD civ. 1998, p. 99.
- note sous Cass. civ. 1^{re}, 2 décembre 1997, RTD civ. 1998, p. 673.
- note sous Cass. civ. 1^{re}, 9 décembre 1997, RTD civ. 1998, p. 670.
- note sous Cass. civ. 1^{re}, 10 mars 1998, RTD civ. 1999, p. 97.
- note sous Cass. civ. 1^{re}, 23 juin 1998, RTD civ. 1999, p. 401.

MESTRE J. et FAGES B.

- note sous Cass. civ. 1^{re}, 23 mars 1999, n° 97-11711, RTD civ. 2000, p. 323.
- note sous Cass. com., 15 février 2000, RTD civ. 2000, p. 325.
- note sous Cass. civ. 1^{re}, 7 mars 2000, RTD civ. 2000, p. 333.
- note sous CJCE, 27 juin 2000, aff. C-240/98 à C-244/ 98, Océano Grupo Editorial SA c/ Rocio Muciano Quintero ; RTD civ. 2001, p. 878.
- note sous Cass. civ. 1^{re}, 7 novembre 2000, RTD civ. 2001, p. 135

MESTRE J. et FAGES B. (suite)

- note sous Cass. civ. 1^{re}, 13 février 2001, RTD civ. 2001. 352.
- note sous Cass. civ. 1^{re}, 6 mars 2001, RTD civ. 2001, p. 589.
- note sous Cass. civ. 1^{re}, 29 mai 2001, RTD civ. 2001, p. 590.
- note sous Cass. civ. 1^{re}, 3 juillet 2001, RTD civ. 2002, p. 96.
- note sous Cass. civ. 1^{re}, 14 novembre 2001, RTD civ. 2002, p. 93.
- note sous Cass. com., 28 mai 2002, RTD civ. 2003, p. 85.
- note sous Cass. civ. 1^{re}, 10 juillet 2002, RTD civ. 2003, p. 87.
- note sous Cass. civ. 1^{re}, 18 décembre 2002, RTD civ. 2003, p.704.
- note sous Cass. civ. 3^e, 19 février 2003, RTD civ. 2003, p. 705.
- note sous Cass. civ. 3^e, 2 avril 2003, RTD civ. 2003, p. 705.
- note sous Cass. civ. 3^e, 24 septembre 2003, RTD civ. 2003, p. 707.
- note sous Cass. civ. 2^e, 10 mars 2004, RTD civ. 2005, p. 133.
- note sous Cass. civ. 1^{re}, 30 juin 2004, RTD civ. 2005, p. 126.
- note sous Cass. civ. 2^e, 7 octobre 2004, RTD civ. 2005, p. 135.
- note sous Cass. com., 3 novembre 2004, RTD civ. 2005, p. 381.
- note sous Cass. civ. 1^{re}, 1^{er} février 2005, RTD civ. 2005, p. 394.
- note sous Cass. mixte, 22 avril 2005, RTD civ. 2005, p. 779.
- note sous Cass. soc., 12 juillet 2005, RTD civ. 2006, p. 308.
- note sous Cass. civ. 1^{re}, 29 novembre 2005, RTD civ. 2006, p. 311.
- note sous Cass. civ. 1^{re}, 7 février 2006, RTD civ. 2006, p. 308.
- note sous Cass. com., 13 février 2007, RTD civ. 2007, p. 567.
- note sous Cass. com., 5 juin 2007, RTD civ. 2007, p. 567.

MONÉGER F.

- note sous CEDH, 1^{er} février 2000, Mazurek c. France, RDSS 2000, p. 607.

MORVAN P.

- note sous Cass. civ. 1^{re}, 30 mars 1999, JCP E 1999, Pan., p. 793.

MOULY J.

- note sous Cass. civ. 1^{re}, 18 janvier 1984, JCP G 1985, II, 20372.
- note sous Cass. soc., 27 mai 1992, JCP E 1992, II, n° 379.
- note sous Cass. soc., 18 novembre 1998, D. 1999, p. 443.
- note sous Cass. soc., 12 juillet 2005, D. 2006, p. 344.

MOUSSERON J.-M., GALLOUX C. et SCHMIDT J.

- note sous Cass. com., 1^{er} février 1994, D. 1996, Som. com., p. 290.

NADAUD S.

- note sous Cass. civ. 1^{re}, 19 septembre 2007, D. 2008, p. 395.

NAJJAR I.

- note sous Cass. civ. 1^{re}, 13 novembre 2003, D. 2004, Jurispr., p. 657.

NAUDIN E.

- note sous Cass. com., 3 novembre 2004, D. 2005, p. 579.

NOURISSAT C.

- note sous CJCE, 21 novembre 2002, aff. C-473/00, Cofidis SA c/ J.-L. Fredont, D. 2003, Jurispr., p. 486.

PAISANT G.

- note sous Cass. com., 2 octobre 1984, JCP G 1985, II, 20433.
- note sous Cass. civ. 1^{re}, 28 avril 1987, JCP G 1987, II, 20893.
- note sous Cass. civ. 1^{re}, 16 juillet 1987, JCP 1988, II, 21001.
- note sous Cass. civ. 1^{re}, 25 janvier 1989, JCP 1989, II, 21357.
- note sous Cass. civ. 1^{re}, 17 juillet 1990, JCP G 1991, II, 21674.
- note sous Cass. civ. 1^{re}, 14 mai 1991, JCP G 1991, II, 21763.
- note sous Cass. com., 19 novembre 1991, D. 1993, Jurispr., p. 56.
- note sous Cass. civ. 1^{re}, 24 février 1993, JCP 1993, II, 22166.
- note sous Cass. civ. 1^{re}, 24 janvier 1995, D. 1995, Jurispr., p. 327.
- note sous Cass. civ. 1^{re}, 19 juin 2001, JCP G 2001, II, 10631.
- note sous CJCE, 21 novembre 2002, aff. C-473/00, Cofidis SA c/ J.-L. Fredont, JCP G 2003, II, 10082.

PAISANT G. et CLARET H.

- note sous Cass. civ. 1^{re}, 10 avril 1996, JCP G 1996, II, 22694.

PATARIN J.

- note sous CEDH, 1^{er} février 2000, Mazurek c. France, RTD civ. 2000, p. 601.

PAULIN C.

- note sous Cass. mixte, 22 avril 2005, JCP E 2005, 1446.

PERINET-MARQUET H.

- note sous Cass. civ. 3^e, 9 juillet 2003, Defrénois 2004, p. 448.

PERRUCHOT-TRIBOULET V.

- note sous Cass. com., 28 mai 2002, JCP E 2002, p. 1842.

PETEL-TEYSSE I.

- note sous Cass. civ. 1^{re}, 27 janvier 1993, JCP G 1994, II, n° 22195.

PICOD Y.

- note sous Cass. civ. 3^e, 8 avril 1987, JCP G 1988, II, 21037.

PIEDELIEVRE S.

- note sous Cass. civ. 1^{re}, 9 décembre 1997, JCP G 1998, II, 10148.
- note sous Cass. civ. 1^{re}, 17 mars 1998, JCP G 1998, II, 10148.

PIGNARRE L.-F.

- note sous Cass. civ. 1^{re}, 10 octobre 1995, D. 1997, p. 155.

PILLEBOUT J.-F.

- note sous Cass. civ. 1^{re}, 3 février 1998, JCP N 1998, p. 701.

PIQUET S.

- note sous Cass. com., 4 avril 1995, D. 1996, Jurispr., p. 141.

PRIEUR M.

- note sous Cass. civ. 1^{re}, 4 février 1969, aff. Giraud, JCP G 1969, II, 16030.

PUIGELIER C.

- note sous Cass. civ. 1^{re}, 20 janvier 1993, Contrats Conc. Consom. 1993, n° 77.
- note sous Cass. soc., 11 mai 1999, JCP G 2000, II, 10269.
- note sous Cass. soc., 14 mars 2000, JCP G 2001, II, 10472.

RAY J.-E.

- note sous Cass. soc., 3 novembre 2011, Dr. soc. 2012, p. 61.

RAYMOND G.

- note sous Cass. civ. 1^{re}, 16 mars 1994, Contrats Conc. Consom. 1994, n° 152.
- note sous Cass. civ. 1^{re}, 30 mars 1994, Contrats Conc. Consom. 1994, n° 129.
- note sous Cass. civ. 1^{re}, 7 juillet 1998, Contrats Conc. Consom. 1998, n° 20.
- note sous Cass. civ. 1^{re}, 18 janvier 2000, Contrats Conc. Consom. 2000, n° 117.
- note sous Cass. civ. 1^{re}, 15 février 2000, Contrats Conc. Consom. 2000, n° 116.
- note sous CA Paris, 15 juin 2001, Contrats Conc. Consom. 2002, n° 15.
- note sous CJCE, 21 novembre 2002, aff. C-473/00, Cofidis SA c/ J.-L. Fredont, Contrats Conc. Consom. 2003, n° 31.

RAYMOND G. (suite)

- note sous TI Vienne, 14 mars 2003, Contrats Conc. Consom. 2003, n° 118.
- note sous Cass. civ. 2^e, 18 mars 2004, Contrats Conc. Consom. 2004, n° 100.
- note sous Cass. civ. 1^{re}, 1^{er} février 2005, Contrats Conc. Consom. 2005, n° 100.
- note sous TGI Paris, 5 avril 2005, Contrats Conc. Consom. 2005, n° 140.

RAYNOUARD A.

- note sous CJCE, 27 juin 2000, aff. C-240/98 à C-244/ 98, Océano Grupo Editorial SA c/ Rocio Muciano Quintero ; RTD civ. 2001, p. 939.

REMY J.

- note sous Cass. civ. 3^e, 19 février 2003, Gaz. Pal. 2003, Jurispr., p. 3081.

REMY P.

- note sous Cass. civ. 1^{re}, 22 mai 1985, RTD civ. 1986. 149.
- note sous Cass. civ. 3^e, 8 avril 1987, RTD civ. 1988, p. 146.

ROBERT J.

- note sous CA Paris, 15 juin 1955, D. 1957, p. 587.

ROBINE D.

- note sous Cass. civ. 1^{re}, 13 février 2001, Defrénois 2002, 476.

ROCHFELD J.

- note sous Cass. civ. 1^{re}, 13 février 2001, JCP 2001. I. 330, n° 5.

RODIERE R.

- note sous CA Paris, 24 mars 1954, JCP G 1954, II, 8094.
- note sous Cass. civ. 2^e, 17 février 1955, JCP G 1955, II, 8951.
- note sous Cass. com., 15 juin 1959 D. 1960, p. 97.
- note sous Cass. com., 19 octobre 1965, aff. Dominici, RTD civ. 1966, p. 308.

RONDEY C.

- note sous Cass. civ. 2^e, 18 mars 2004, D. 2004, p. 1018.
- note sous Cass. civ. 1^{re}, 7 février 2006, D. 2006, p. 649.

ROUQUET Y.

- note sous Cass. civ. 3^e, 24 mai 2000, D. Aff. 2000, p. 323.

ROUSSEAU H.

- note sous Trib. de Nice, 18 novembre 1937, S. 1939.2.16.

ROY-LOUSTAUNAU C.

- note sous Cass. soc., 17 juillet 1997, Dr. soc. 1997, p. 972.

ROZES L.

- note sous Cass. civ. 3^e, 31 janvier 2001, D. 2001, Som. com., p. 3520.

SAUPHANOR-BROUILLAUD N.

- note sous Cass. civ. 1^{re}, 1^{er} février 2005, JCP G 2005, I, 141, n° 8 et s.
- note sous Cass. civ. 1^{re}, 1^{er} février 2005, JCP E 2005, 1178.

SAVATIER J.

- note sous Cass. ass. plén., 6 novembre 1998, Dr. soc. 1999, p. 94.

SAVAUX E.

- note sous Cass. civ. 1^{re}, 7 novembre 2000, Defrénois 2001, p. 437.

SERIAUX A.

- note sous Cass. com., 22 octobre 1996, D. 1997, Jurispr., p. 121.

SERINET Y.-M.

- note sous Cass. civ. 3^e, 31 janvier 2001, JCP 2001, I, 354.

SERRA Y.

- note sous Cass. soc., 21 mars 1985, D. 1985, IR, p. 478.
- note sous Cass. soc., 5 juin 1996, D. 1997, Jurispr., p. 101.

SEUBE J.-B.

- note sous Cass. com., 15 février 2000, JCP E 2001, p. 320.
- note sous Cass. com., 15 juin 1999, JCP E 2000, p. 267.

STOFFEL-MUNCK Ph.

- note sous Cass. civ. 1^{re}, 3 février 2002, Communic. Com. électr. 2002, n° 131.
- note sous Cass. civ. 1^{re}, 28 janvier 2003, Communic. Com. électr. 2003, n° 111.
- note sous TGI Paris, 1^{re}, ch. soc., 4 février 2003, JCP G 2003, II, 10079.
- note sous Cass. civ. 2^e, 10 mars 2004, RDC 2004, p. 938.
- note sous Cass. civ. 1^{re}, 30 juin 2004, RDC 2005, p. 275.
- note sous CA Versailles, 1^{re} ch., 1^{re} sect., 15 septembre 2005, Communic. Com. électr. 2005, n° 171.
- note sous Cass. civ. 1^{re}, 15 novembre 2005, Comm. Com. électr. 2006, n° 10.
- note sous Cass. civ. 2^e, 10 mars 2004, Conventions sur la preuve, RDC 2004, p. 939

TALON D.

- note sous TA Paris 15 mars 1985, Gaz. Pal. 1985, 2, p. 781.
- note sous Cass. com., 14 mars 2000, L'obligation de conseil du vendeur de progiciel, JCP E 2000, p. 1430.

TARABEUX F.

- note sous Cass. civ. 1^{re}, 8 novembre 1983, Gaz. Pal. 1984, 1, p. 384.

TERRE F.

- note sous Cass. ass. plén., 31 mai 1991, JCP 1991, II, 21752, communication J. BERNARD, concl. H. DONTENWILLE.

TESTU F.-X.

- note sous Cass. com., 27 mars 1990, D. 1991, Jurispr., p. 289.

THIERRY J.

- note sous CEDH, 1^{er} février 2000, Mazurek c. France, D. 2000, p. 332.

THOUVENIN D.

- note sous Cass. ass. plén., 31 mai 1991, D. 1991, p. 417, rapport Y. CHARTIER.

THULLIER B.

- note sous Paris, 8^e ch. A, 8 juin 1999, D. 2000, Som. com., p. 337.

TOSI J.-P.

- note sous Cass. mixte, 22 avril 2005 D. 2005, p. 1864 (2^{ème} espèce).

VAREILLE B.

- note sous CEDH, 1^{er} février 2000, Mazurek c. France, D. 2000, p. 626.

VASSEUR M.

- note sous Cass. civ. 1^{re}, 8 novembre 1989, D. 1991, p. 38.

VELARDOCCHIO D.

- note sous Cass. com., 21 octobre 1997, JCP G 1998, II, 10047.

VIGNEAU D.

- note sous Cass. civ. 1^{re}, 6 janvier 2004, D. 2004, p. 362, concl. J. SAINTE-ROSE.

VINEY G.

- note sous Cass. civ. 3^e, 12 janvier 1994, JCP G 1994, I, 3809, n° 18.
- note sous Cass. civ. 3^e, 12 janvier 1994, JCP G 1994, I, 3809, p. 558.
- note sous Cass. civ. 1^{re}, 24 janvier 1995, JCP G 1995, I, 3893.
- note sous Cass. com., 22 octobre 1996, JCP G 1997, I, n° 4025.
- note sous Cass. com., 22 octobre 1996, JCP G 1997, I, 4025, n° 17.

VINEY G. (suite)

- note sous Cass. ass. plén., 26 mars 1999, JCP 2000, I, 199, n° 2.
- note sous Cass. mixte, 22 avril 2005 Dr. et patrimoine, oct. 2005, p. 36.

VIRASSAMY G.

- note sous Cass. civ. 1^{re}, 3 mars 1993, JCP G 1993, I, 3684, n° 6.
- note sous Cass. civ. 1^{re}, 8 novembre 1989, JCP G 1990, cahier n° 46, n° 21576.

VOIRIN P.

- note sous Cass. civ., 20 mars 1929, DP 1930, 13.

VUITTON X.

- note sous Cass. civ. 1^{re}, 7 novembre 2000, JCP G 2001, II, 10506.

WEILLER L.

- note sous Cass. soc., 23 mai 2007, JCP G II, 10140.

WINTGEN R.

- note sous Cass. civ. 3^e, 24 avril 2003, JCP 2003, II, 10134.

INDEX ALPHABÉTIQUE

A

Abus de droit : 746-747, 767, 776, 858

Accessibilité : 362-367, 372

Acte authentique : 33, 114-115, 117, 263, 266-267, 322, 384, 393, 511-512, 519, 521, 542, 546, 559, 586, 627-629, 705, 787

Acte sous-seing privé : 33, 114-115, 117, 263, 266-267, 322, 384, 393, 511-512, 542, 546, 559, 586, 627-629, 705, 787

Arbitrage : 187-200, 207

- Clauses compromissaires : 195-200
- Définition : **187**
- Validité : 195

Assurance : 226, 230, 257, 428, 594-605

- Contre le vol : 297, 598-605, 799
- Incendie : 595-597
 - o Reconnaissance jurisprudentielle des conventions de preuve : 596
- Information : 640-642

Autorité de la chose jugée : 104, 377

- Vérité : 314, 341-342, 379

Aveu judiciaire : 349, 386

B

Bancaire : 226-229, 257, 537, 539, 638, 860, 871

Bloc de constitutionnalité : 449

Bonne foi : 51, 634, 641, 658, 767, 772-773, 781-785, 842, 852, 858, 881, 894

C

Charge de la preuve :

- Convention, 4, 565-581
 - o Assurances : 230
 - o v. *Contrat de dépôt salarié*
 - o Droit de la consommation, 5, 296-299
 - o Obligation d'information : v. *Information (obligation d')*
 - o Reconnaissance jurisprudentielle : 565
 - o v. *Mariage*

- Fondement légal : 564

Clauses abusives : 152-154, 231, 259, 289-293, 295-297, 565, 651, 713, 753, 764, 791, 803-805, 825, 836, 839-842, 862

Clauses de conciliation : 806

Clauses de constatation ou déclaratives : 620-643, 787

- Notion : 620
- v. *Obligation d'information*

Clauses de nullité conventionnelle : **681-709**

- Fonctionnement : 688

- Indivisibilité et divisibilité des obligations : 693-700, 788, 830
- Indivisibilité et divisibilité des contrats : 701-709, 788
- Ordre public : 689
- Clauses de responsabilité : 644-677, 847
 - contractuelle : 648-667
 - o clauses pénales : 646, 658-666, 807-811, 825, 841
v. Sanctions
 - o clauses limitatives : 649-654, 826
 - o clauses exonératoires : 655-657, 826
 - délictuelle : 668-677
 - o antérieurement à la réalisation du préjudice : 669-674
 - o postérieurement à la réalisation du préjudice : 675-677
 - preuve :
 - o préjudice : 655
 - o inexécution : 657
- Clauses résolutoires : 710-716, 785
 - conditions : 715
 - licéité : 713
- Commencement de preuve par écrit : 89, 116, 120, 511, 530-531, 558, 608
 - Allègement des conditions : 530-531
- Commerçants : 225, 323, 558, 591
- Communication téléphonique : 527, 533
- Contrat de dépôt salarié : 114, 577-581
 - Définition : 577
- Contrat de fourniture : 257, 556-557, 764
- Convention :
 - Acceptions : 10-12
 - Conditions de validité : 246-283, 681, 683
 - o Capacité : 252-257
 - o Cause : 278-283, 752
 - o Consentement : 250-251, 258, 260-269, 364
 - o Objet : 271-276, 752
 - o Sanction : *v. Clauses de nullité conventionnelle*
- Définition retenue : **13**
- Distinction contrat, 14
- Conventions sur la preuve :
 - Admissibilité : **167-245**, 758-759
 - o *v. Droits disponibles*
 - o contrôle du juge : 761-766
 - Admission : 167-168, **246-299**
 - o *v. Ordre public*
 - o contrôle du juge : 767-789
 - Constitution d'une preuve à soi-même : 556-559
 - Dangers : 37, 551, 671, 893
 - Domaine : 38, 226
 - o *v. Arbitrage*
 - o *v. Assurance*
 - o *v. Bancaire*
 - o *v. Commerçants*
 - o *v. Contrat de dépôt salarié*
 - o *v. Droit de la consommation*
 - o *v. Droit des affaires*
 - o *v. Droit du travail*
 - o *v. Droit international privé*
 - o *v. Droit pénal*
 - o *v. Droit processuel*
 - o *v. Electricité*
 - o *v. Etat des personnes (non)*
 - o *v. Loterie nationale*
 - o *v. Responsabilité civile délictuelle (non)*
 - o *v. Successions (non)*
 - o *v. Support électronique*
 - Intérêt : 509
 - Origine : 2
 - Fondement légal : 3, 111-126
 - Fondement jurisprudentiel : 78-89
 - o *Crédicas* : 20, 36, 40, 110, 119, 164, 226-229, 539
 - Sanctions : *v. Sanctions*
 - Sur la force probante : 538-551

D

Dénaturation : 367, 663, 798-800, 853, 855, 857, 863, 874

Discrimination positive : 144

Disponibilité des droits : 683

- v. *Clause de responsabilité délictuelle antérieurement à la réalisation du préjudice*
- v. *Clause de responsabilité délictuelle postérieurement à la réalisation du préjudice*
- Comparaison des règles d'ordre public : 175-185
- Critère de validité des conventions sur la preuve : 40, 42, 103, 164, 168-245, 735
- Définition : **173**

Droit de la consommation : 5, 19, 127, 149-155, 231, 259, 283, 286-299, 428, 562, 744, 775, 796, 826, 829

- v. *Clauses abusives*

Droit des affaires : 323, 591

Droit du travail : 127, 144, 156-160, 286, 432, 435, 528, 697, 744, 766

- Clause compromissoire (refus) : 199

Droit international privé : 202- 211, 438, 483-491

- v. *Lois de police*

Droit international public : 12

Droit pénal : 38, 130, 135-136, 183, 240, 390-398

- Comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité : 138, 240

Droit processuel : 242-245, 332-338, 398, 510, 561

- Définition : 242

Droits extrapatrimoniaux : 190, 214, 245, 745

Droits objectifs : 177, 181, 184, 359, 502, 735, 891

Droits patrimoniaux : 191, 214, 216, 245, 745

Droits subjectifs : 177-178, 181, 184, 238, 360-361, 502, 891

E

Ecrit :

- *ad probationem* : 11, 223, 266, 521, 854
- *ad validitatem* : 11, 223, 266

Effet relatif des conventions : 869-871

- relativité : 871

Electricité : 257, 556, 764

Equilibre entre les parties : 139, 274-275, 293, 433

- v. *Ordre public de protection*
- déséquilibre : 144, 148, 151-153, 157, 291, 296, 425-429, 562, 665, 764, 805, 824, 840, 899

Etat des personnes : 47, 144, 187, 190, 193, 195, 234, 237, 251-256, 683, 794

- v. *Filiation*
- v. *Mère porteuse*
- v. *Mariage*

Etat gendarme : 419, 440

Etat providence : 419, 440

F

Fait négatif : 560, 567, 578-579, 636-637, 639

Faute : 767, 772, 844, 858, 881, 894

- lourde et dolosive : 773, 778-780

Filiation : 76, 236, 484, 491, 752, 762

Force obligatoire des conventions : 15, 59, 106, 247, 268, 368, 370, 383, 507, 592, 625, 641, 686, 691, 716, 798, 816, 851, 864-875, 879

Fraude : 86, 559, 596-597, 630-631, 696, 720, 729, 774-777, 814, 844, 858, 881, 894

- à la loi : 746

I

Impossibilité de se préconstituer une preuve par écrit : 120, 511, 608

Information : 298, 427, 436, 559, 561, 617, 787

- obligation d' : 631-643
- charge de la preuve de la délivrance de l' : 633

Instruction : 329-338, 561, 796

Intangibilité des conventions : 360, 368, 370-371, 865

Instrumentum : 11, 33, 263, 266, 323, 365, 423, 622-623, 703, 840, 854

Intérêt général : 405,

- Intérêt social 406, 442-445, 476,

- o Distinction avec intérêts privés : 453-459

Intérêt privé : 467

- Distinction avec intérêt social : 453-459

J

Juge :

- Accès au : 134, 155, 626-628, 770
- v. *Conventions sur la preuve, Admissibilité*
- v. *Conventions sur la preuve, Admission*
- Interprétation : 360, 367, 643, 828, 857-858, 861-863
 - o v. *Dénaturation*
- Limitation de son appréciation : 205-208, 210-211, 340, 384, 538, 624, 661, 667, 681, 686, 698-699, 716, 872-874
 - o v. *Clause résolutoires*
 - o v. *Force obligatoire des conventions*
 - o v. *Nullité (pouvoir du juge)*
- Motivation : 801-811
 - o v. *Légitimité des décisions de justice*
- Neutralité : 99, 101, 329, 331, 333, 339, 792
- Pouvoir : 281-282, 477, 791
 - o v. *Ordre public de protection*
 - o v. *Autonomie de la volonté*
- Rôle : 329-338, 342, 371, 548, 550-551, 652, 679, 703, 710-711
 - o Clause pénale : 662-664
 - o Convention de preuve : 756-789
 - o Disponibilité des droits : 761-766
 - o Droit international privé : 491

- Garant de l'ordre public : 489, 507
- Ordre public : 743-754, 767-789
- v. *Sanction*

Justice : 86, 91-93, 99, 102, 104, 243, 317-320, 786

L

Légitimité des décisions de justice : 311, 375-392, 394-395, 497, 504, 536, 613, 630, 643, 664, 706, 720, 814, 828, 858, 863, 875

- Définition : 381
- Motivation : 377
- par adhésion : 383-384
- par normalisation : 387-389
- par sanction : 385-386

Lois de police : 203-204, 484, 487

- Notion : 486

Lois impératives : 66, 105, 125, 130, 140, 145, **148-149**, 156-160, 175, 178, 185, 191, 199, **234**, 238, 374, **410-414**, 419, 426, 428, 438, 447, 450, 453-458, **462-472**, 476, 478, **481**, 482, 486-487, 493, 495, 499, 677, 683, 732, 735-736, 738, 741, 748, 752, 895,

Lois supplétives : 77, 80, 88, 178, 185, 203-205, 233-234, **448**, 462, **464**, 469, 472-474, 482, 490, 571, 740, 742, 746

Loterie nationale : 592, 800

M

Mariage : 76, 109, 221, 235, 255, 399, 416, 467, 491, 526, 689

- Régimes matrimoniaux : 221, 569
 - Présomption de propriété : 570-576

Mère porteuse : 47, 752

Modes de preuve :

- v. *Acte authentique*
- v. *Acte sous seing privé*
- v. *Aveu judiciaire*
- v. *Commencement de preuve par écrit*
- v. *Présomptions du fait de l'homme*
- v. *Serment décisoire*
- v. *Support électronique*
- v. *Témoignage*

N

Negotium : 11, 33, 266, 622, 840, 854

Nullité : 454, 685

- Absolue/relative : 454, 791
- v. *Clauses de nullité conventionnelle*
- de la clause : 819, 830-835, 837-838, 743, 819
- du contrat : 436, 652, 821-829
- pouvoir du juge : 791-797

O

Objet de la preuve : 327, 511, 579, 600

- Convention sur l' : 6, 552-563

Ordre public :

- Clause d'indivisibilité : 698-699
- Critère de validité des conventions sur la preuve : 43, 57-60, 68-164, 166-168, 246-299, 735
- de direction : 161, 182,
- de protection : 140-163, 425-437, 446, 744
 - o Droit de la consommation : 149-155, 288-299
 - o Droit du travail : 156-159, 182, 287, 429-430, 437
 - o Pouvoir du juge : 791-797
- Distinction avec liberté : 451-452
- Exception d' : 488, 490- 491
- Notions : 44-45, 133-134, 396, 398-437
 - o v. *Intérêt général*
 - o Lois de proposition publique : 472-474
- Notions retenues : **460-461, 482**
 - o Commandement : **462-471**
 - o Ordonnancement : **476-481**
- Règle d' : 739
 - o Distinction avec l'ordre public : 194, 199, **468, 471, 478**
 - o Distinction avec les règles impératives : 410-414, **465-467, 470**
 - o Distinction avec les lois de police : 487,

Personnes morales : 10, 257, 442

Présomptions du fait de l'homme : 327, 388-389, 518, 554-563, 569-581, 600, 626-627, 696, 719

- Cautionnement bancaire : 638
- v. *Clauses de constatation ou déclaratives*
- Preuve contraire : 561
- Régimes matrimoniaux : v. *Mariage*

Prévisibilité : 239, 263, 361, 368-370, 376, 645-646, 653, 675, 677, 744-745, 771

- v. *Théorie de l'imprévision*

Preuve :

- Allègement des procédés de : 519-551
 - Alourdissement de la : 582-609
 - Charge de la :
 - o v. *Charge de la preuve*
 - Définition : **19**, 316
 - des droits : 49-52, 319
 - Fonctions :
 - o v. *Justice*
 - o v. *Légitimité des décisions de justice*
 - o v. *Preuve des droits*
 - o v. *Sécurité*
 - o v. *Vérité*
 - Histoire : 21-30
 - Loyauté : 321, 527-529
 - o Droit du travail : 528
 - Objet :
 - o v. *Objet de la preuve*
 - Système de : 33, 320, 340, 519
 - o Changement de : 120, 523, 531, 558, 588-592, 606, 608
 - o Preuve morale : 27, 33, 78-81, 87, 117, 236, 275, 321-324, 350, 511, 585-592
- v. *Témoignage*

P

- Preuve littérale : 3-4, 33, 79, 124-125, 267, 321-324, 511, 523, 546, 586, 606
- v. *Vérité*

R

Règle d'ordre public :

- Comparaison droits disponibles : 175-185

Renonciation aux droits : 37, 39-40, 87, 89, 103, 134, 155, 161-162, 173, 179-180, 182, 185, 239, 265, 276, 301, 434-436, 661-662, 761, 794,

Responsabilité délictuelle : 176, 239

- pour faute : 183, 644, 669

Responsabilité contractuelle :

- v. *Clause de responsabilité contractuelle*

S

Sanctions :

- Inefficacité de la clause : 720, 785, 861-863, 845-847
- Nullité : v. *Nullité*
- Réputées non écrites (clauses) : 292-293, 365, 604, 643, 665, 706, 836-843, 877, 882, 894
- Révision de la clause pénale : 662-663, 848-852

Sécurité :

- contractuelle : 348, 395, 591, 609, 616
- juridique : 41, 44, 192, 229, 283, 309-312, 347, 352-374, 384, 393-

394, 504, 515-516, 753, 771, 815-816

- v. *Accessibilité, prévisibilité et stabilité*
- Notion : 352, 356-369
- Effets : 370-374

Serment décisoire : 23, 33, 349, 384, 622

Signature électronique : 36, 68, 118-119, 123-124, 226, 229, 537, 539, 541

Stabilité : 357-361, 784

Support électronique : 113-121, 534-535

- Force probante : 117

Successions : 237, 449, 570

T

Témoignage : 28-29, 30, 33, 79, 87, 89, 117, 226, 266, 275, 324-326, 523-526

Théorie de l'imprévision : 360

Troubles anormaux du voisinage : 747

V

Vérité : 20, 23-38, 95-100, 236, 240, 283, 309-351, 353, 374-375, 378-384, 393-395, 497, 504, 515-517, 610-613, 720-721, 787, 892

- Comparaison légitimité : 375-376, 378
- Notion : 313
- Vraisemblance : 3, 31, 341, 343-344, 348, 380, 558-560, 605, 609,

- 630-631, 643, 706, 709, 771, 786-789, 814, 875, 884, 899
 - Convention de preuve : 786-789
- Volonté : 10-14, 55, 260-266, 268, 345, 360, 367, 384, 507, 514, 686, 696, 699, 704, 767, 769, 771, 791, 798, 822-823, 835, 851, 857-858, 861-863, 879
- Autonomie de la volonté : 105-106, 150, 168, 185, 191, 204, 208, 210, 223, 238, 241, 249, 255, 415-417, 465-466, 469, 481, 742, 826, 865, 870
 - Déséquilibre : 427, 432-437
 - Pouvoir du juge : 798-800
- Liberté : 408
 - Limitation : 415-418, 652

TABLE DES MATIÈRES

SOMMAIRE	IX
TABLE DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS.....	III
INTRODUCTION.....	1
PREMIÈRE PARTIE	29
LE FONDEMENT DES CONVENTIONS RELATIVES À LA PREUVE	29
TITRE PREMIER	35
LA DÉTERMINATION DES CONDITIONS DE VALIDITÉ DES CONVENTIONS RELATIVES À LA PREUVE	35
CHAPITRE PREMIER	39
LA CONTESTATION DE L'ORDRE PUBLIC COMME CRITÈRE DES CONVENTIONS DE PREUVE.....	39
Section 1 : L'affirmation de l'ordre public comme critère des conventions de preuve	40
Paragraphe 1 : Une consécration jurisprudentielle.....	40
A : L'analyse de la jurisprudence.....	41
1 : L'article 1341 du Code civil, règle d'ordre public.....	41
2 : L'article 1341 du Code civil, règle d'ordre privé.....	43
B : L'analyse de la doctrine.....	46
1 : Les opposants aux conventions de preuve	47
2 : Les partisans des conventions de preuve	51
Paragraphe 2 : Une consécration légale	55
A : L'inadaptabilité du système de preuve face aux nouvelles technologies.....	55
B : La consécration des conventions de preuve dans le Code civil par la loi du 13 mars 2000	59

Section 2 : La remise en cause de l'ordre public comme critère des conventions de preuve	61
Paragraphe 1 : La dérogation en principe interdite aux règles d'ordre public classique	62
A : Les composantes des règles d'ordre public classique	63
B : La remise en cause des composantes des règles d'ordre public classique	65
Paragraphe 2 : La dérogation possible aux règles d'ordre public de protection	66
A : Une protection nécessaire.....	67
B : Une protection minimale	68
1 : Un mécanisme dérogatoire à l'impérativité des règles d'ordre public en droit de la consommation	69
2 : Un mécanisme dérogatoire à l'impérativité des règles d'ordre public en droit du travail	72
C. Une protection temporaire	75
CONCLUSION DU CHAPITRE PREMIER	77
CHAPITRE SECOND	79
LA RÉSURGENCE DE L'ORDRE PUBLIC COMME CRITÈRE DES CONVENTIONS DE PREUVE.....	79
Section 1 : La disponibilité des droits comme critère d'admissibilité des conventions de preuve	80
Paragraphe 1 : La définition des droits disponibles	81
A : La comparaison des droits disponibles avec les règles d'ordre public.....	82
B : Les techniques juridiques utilisant le concept de droit disponible	86
1 : En matière d'arbitrage.....	86
2 : En matière de règle de conflit de lois dans l'espace	92
Paragraphe 2 : Le domaine des droits disponibles	96
A : Le domaine en principe disponible	97

1 : Les droits disponibles dans le droit commun.....	98
2 : Les droits disponibles en dehors du droit commun.....	99
B : Le domaine en principe indisponible.....	103
1 : En droit substantiel.....	103
2 : En droit processuel.....	107
Section 2 : L'ordre public comme critère d'admission des conventions de preuve...	109
Paragraphe 1 : Les conditions communes	110
A : La volonté déclarée	110
1 : La volonté de contracter.....	111
2 : Le rôle de la déclaration.....	114
a : La déclaration expresse ou tacite.....	115
b : La déclaration écrite ou orale.....	116
B : La volonté limitée.....	117
1 : L'objet illicite.....	118
2 : La cause illicite.....	121
Paragraphe 2 : Les conditions spéciales.....	123
A : La défense de l'ordre public par la technique des règles d'ordre public de protection.....	124
B : La défense de l'ordre public en droit de la consommation.....	125
CONCLUSION DU CHAPITRE SECOND.....	131
CONCLUSION DU TITRE PREMIER.....	133
TITRE SECOND.....	135
L'ORDRE PUBLIC, CONDITION FONDAMENTALE DE LA VALIDITÉ DES CONVENTIONS RELATIVES À LA PREUVE.....	135
CHAPITRE PREMIER	139
LA PRÉSERVATION DE L'ORDRE PUBLIC PAR LE RESPECT DES FONCTIONS DE LA PREUVE.....	139

Section 1 : La recherche de la vérité	141
Paragraphe 1 : Le lien entre les règles de preuve et la vérité	142
A : La recherche de la vérité par le droit de la preuve	143
1 : La recherche de la vérité grâce au système de la preuve morale	144
2 : La recherche de la vérité par les pouvoirs d’instruction du juge	148
B : L’indifférence de la vérité dans le droit de la preuve	151
Paragraphe 2 : Le lien entre les conventions de preuve et la vérité	155
A : L’éloignement entre la vérité et la vérité judiciaire	156
B : Le rapprochement entre la vérité et la vérité judiciaire	158
Section 2 : La préservation de la sécurité juridique	158
Paragraphe 1 : La notion de sécurité juridique appliquée aux conventions sur la preuve	159
A : La stabilité	160
B : L’accessibilité	162
1 : L’accessibilité matérielle	162
2 : L’accessibilité intellectuelle	164
C : La prévisibilité	164
Paragraphe 2 : Les effets de la sécurité juridique grâce aux conventions de preuve	166
A : La pacification des conflits	166
B : La préservation de l’ordre public	167
Section 3 : La légitimité des décisions de justice	168
Paragraphe 1 : Les moyens de légitimation des décisions de justice	171
A : La légitimité par adhésion	171
B : La légitimité par sanction ou par imputation	173
C : La légitimité par normalisation	173

Paragraphe 2 : Les conventions de preuve comme moyen de légitimation des décisions de justice.....	175
CONCLUSION DU CHAPITRE PREMIER	177
CHAPITRE SECOND	179
LE NÉCESSAIRE RENOUVELLEMENT DE LA CONCEPTION DE L'ORDRE PUBLIC.....	179
Section 1 : L'ordre public : une conception morcelée.....	180
Paragraphe 1 : Des divergences anciennes aboutissant à la limitation contractuelle	182
A : Des divergences doctrinales issues des différentes conceptions de l'ordre public : les intérêts protégés	183
1 : La distinction entre l'intérêt général et l'intérêt social	183
2 : La distinction entre la règle d'ordre public et la règle impérative	185
B : Un point de convergence doctrinale constaté des différentes conceptions de l'ordre public : la limitation de la volonté.....	187
Paragraphe 2 : Des considérations nouvelles à l'origine d'un rééquilibrage contractuel	189
A : L'inégalité supposée des contractants	191
1 : L'existence d'un déséquilibre entre la partie faible et la partie forte.....	191
2 : La remise en cause du déséquilibre supposé entre la partie faible et la partie forte	194
B : La place privilégiée de la partie protégée.....	195
1 : L'éventuelle dérogation en faveur de la partie protégée	195
2 : La renonciation à la protection par la partie protégée.....	197
Section 2 : L'ordre public : une conception renouvelée.....	200
Paragraphe 1 : Les intérêts protégés par l'État.....	200
A : Une compétence de l'État : la protection de l'intérêt social.....	201
B : La confrontation de l'intérêt social avec les intérêts privés	208

Paragraphe 2 : La polysémie de l'ordre public.....	213
A : L'ordre en tant que commandement pour le caractère d'ordre public	215
1 : Lois d'ordre public ou lois de commandement public	215
2 : L'exclusion des lois d'ordre privé au titre du commandement.....	221
B : L'ordre en tant qu'ordonnement pour l'ordre public	223
Paragraphe 3 : La confrontation de cette conception renouvelée avec les notions d'ordre public et de loi de police en droit international privé	228
A : Les lois de police et le caractère d'ordre public.....	229
B : L'exception d'ordre public et l'ordre public	230
CONCLUSION DU CHAPITRE SECOND	233
CONCLUSION DU TITRE SECOND	235
CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE.....	237
SECONDE PARTIE	239
LES CONSÉQUENCES DES CONVENTIONS RELATIVES À LA PREUVE.....	239
TITRE PREMIER	243
LE CONTENU DES CONVENTIONS RELATIVES À LA PREUVE	243
CHAPITRE PREMIER	247
LES AMÉNAGEMENTS DIRECTS DES RÈGLES LÉGALES DE PREUVE	247
Section 1 : L'allègement de la preuve	248
Paragraphe 1 : Les allègements concernant les procédés de preuve	249
A : L'élargissement des procédés de preuve admissibles	249
1 : L'acceptation d'un procédé de preuve non admis.....	250
a : De la preuve par écrit à la preuve par témoins	250
b : De la preuve déloyale à la preuve loyale	252
2 : L'allègement des conditions du commencement de preuve par écrit	256
3 : L'admissibilité d'un procédé non prévu par le Code civil	257

B : La détermination de la force probante des procédés de preuve.....	259
Paragraphe 2 : Le déplacement de l'objet de la preuve.....	265
A : La clause permettant de se constituer une preuve à soi-même.....	266
B : La contestation d'une présomption.....	271
Paragraphe 3 : L'inversion de la charge de la preuve	274
A : Dans les régimes matrimoniaux	276
1 : La présomption de propriété dans le régime de la communauté légale	277
2 : La présomption de propriété dans le régime de la séparation de biens.....	278
3 : La présomption de propriété dans le régime de la communauté universelle	279
B : Dans les contrats de dépôt salarié.....	280
Section 2 : L'alourdissement de la preuve	282
Paragraphe 1 : L'hypothèse de la liberté de la preuve	283
A : Les clauses aggravant la preuve de manière générale.....	285
B : Les clauses aggravant la preuve en matière d'assurance.....	289
1 : Les clauses de preuve dans les contrats d'assurance incendie	289
2 : Les clauses de preuve dans les contrats d'assurance contre le vol.....	291
Paragraphe 2 : L'hypothèse de la preuve par écrit	297
CONCLUSION DU CHAPITRE PREMIER	299
CHAPITRE SECOND	301
LES AMÉNAGEMENTS INDIRECTS DES RÈGLES LÉGALES DE PREUVE	301
Section 1 : Les clauses relatives à l'exécution du contrat	302
Paragraphe 1 : Les clauses de constatation ou clauses déclaratives.....	303
A : La reconnaissance d'un fait.....	303
1 : L'évitement de la contestation du fait constaté.....	303
2 : La requalification en simple renversement de la charge de la preuve	306

B : L'exemple en matière d'obligation d'information	309
1 : Le problème de la charge de la preuve de la délivrance de l'information	310
2 : La clause de connaissance de l'information dans un contrat d'assurance	314
Paragraphe 2 : Les clauses de responsabilité.....	316
A : Les clauses de responsabilité contractuelle	316
1 : Les clauses limitatives et exonératoires de responsabilité contractuelle...	318
a : Les conséquences indirectes des clauses limitatives de responsabilité sur les règles de preuve	318
b : Les conséquences indirectes des clauses élusives de responsabilité sur les règles de preuve.....	323
2 : Les clauses pénales modifiant indirectement les règles de preuve	326
B : Les clauses de responsabilité délictuelle	333
1 : Le rejet avant la réalisation du préjudice	334
2 : L'admission après la réalisation du préjudice	337
Section 2 : Les clauses relatives à l'anéantissement du contrat	339
Paragraphe 1 : Les clauses de nullité conventionnelle.....	340
A : Les clauses relatives au non-respect d'une condition de formation.....	341
1 : La détermination des éléments essentiels au consentement.....	341
2 : La nullité conventionnelle.....	343
B : Les clauses de divisibilité et d'indivisibilité.....	346
1 : L'incidence de la nullité d'une clause sur le contrat : indivisibilité et divisibilité des obligations.....	346
2 : L'incidence de la nullité d'un contrat sur un autre contrat : indivisibilité et divisibilité des contrats.....	350
Paragraphe 2 : Les clauses résolutoires.....	358
CONCLUSION DU CHAPITRE SECOND.....	365
CONCLUSION DU TITRE PREMIER.....	367

TITRE SECOND.....	369
LE CONTRÔLE DES CONVENTIONS RELATIVES À LA PREUVE	369
CHAPITRE PREMIER	375
LA VÉRIFICATION DU RESPECT DE L'ORDRE PUBLIC DANS LES CONVENTIONS DE PREUVE PAR LE JUGE	375
Section 1 : Les pouvoirs du juge dans la détermination de l'ordre public et des règles d'ordre public	376
Paragraphe 1 : La constatation des règles d'ordre public : ordre public textuel	377
A : La reconnaissance des règles d'ordre public	378
B : La distinction entre les règles d'ordre public de direction et les règles d'ordre public de protection	380
Paragraphe 2 : La révélation de l'ordre public : ordre public virtuel	382
Section 2 : Les pouvoirs du juge dans l'appréciation des conventions de preuve	388
Paragraphe 1 : Le contrôle des conventions de preuve par les juges du fond.....	388
A : La vérification des conditions d'applicabilité : les droits disponibles face au contenant	389
B : La vérification des conditions d'application : l'ordre public face au contenu	393
1 : Les notions masquant l'ordre public pour caractériser l'illicéité des conventions de preuve	396
a : La fraude.....	397
b : La faute lourde et dolosive	398
c : La bonne foi.....	400
2 : Le critère de l'in vraisemblance caractérisant l'illicéité des conventions de preuve	404
Paragraphe 2 : Le contrôle des juges du fond par la Cour de cassation.....	405
A : De l'interdiction à l'autorisation accordée aux juges du fond de soulever d'office une nullité relative	406

B : L'interdiction faite aux juges du fond de dénaturer la volonté contractuelle	411
C : L'obligation faite aux juges du fond de motiver la sanction d'une clause ...	413
1 : L'obligation de motiver la qualification de clause abusive.....	414
2 : L'obligation de motiver la révision des clauses pénales	416
CONCLUSION DU CHAPITRE PREMIER	419
CHAPITRE SECOND	421
LES EFFETS DE LA VÉRIFICATION DES CONVENTIONS DE PREUVE SUR LA DÉCISION DU JUGE.....	421
Section 1 : L'incidence du non-respect de l'ordre public sur l'application de la convention de preuve.....	422
Paragraphe 1 : Le choix d'une sanction rigoureuse en cas de non-respect de l'ordre public	423
A : La nullité totale : la disparition du contrat comportant la clause de preuve.	423
B : La nullité partielle : la seule disparition de la clause de preuve	428
C : La clause réputée non écrite : la clause de preuve effacée du <i>negotium</i> et de l' <i>instrumentum</i>	432
Paragraphe 2 : Le choix d'une sanction moins rigoureuse en cas de non-respect de l'ordre public	436
A : L'inefficacité de la clause de preuve permettant le maintien de l'ordre public	437
B : La révision de la clause pénale permettant le maintien de l'ordre public	438
Section 2 : Les conséquences du respect de l'ordre public sur l'application de la convention de preuve.....	441
Paragraphe 1 : Le respect apparent de l'ordre public au moyen de l'interprétation de la convention de preuve.....	442
A : Le sauvetage de la clause par l'interprétation de la volonté des parties.....	442
B : L'inefficacité de la clause en raison de l'interprétation du juge.....	445

Paragraphe 2 : L'obligation d'appliquer la convention de preuve en cas de respect de l'ordre public	447
A : L'obligation de respecter la convention de preuve pour les parties	447
B : L'obligation d'appliquer la convention de preuve pour le juge	451
CONCLUSION DU CHAPITRE SECOND	455
CONCLUSION DU TITRE SECOND	457
CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE	459
CONCLUSION GÉNÉRALE	461
BIBLIOGRAPHIE	467
INDEX ALPHABÉTIQUE	521
TABLE DES MATIÈRES	529