



Membre de l'université Paris Lumières
École doctorale 141 : Droit et science politique
Centre de Droit Civil des Affaires et du Contentieux Économique

Riccardo Fornasari

**Cause et *meritevolezza* en droit
contractuel contemporain**

Thèse présentée et soutenue publiquement le 6 avril 2020

en vue de l'obtention du doctorat de Droit privé et sciences criminelles de l'Université Paris
Nanterre

sous la direction de Mme Manuella Bourassin (Université Paris Nanterre)
et de M. Massimo Franzoni (Université de Bologne)

.....*

Membre du jury :	Mme Manuella Bourassin	Professeure à l'Université Paris Nanterre
Membre du jury :	Mme Judith Rochfeld	Professeur à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne
Membre du jury :	M. Thomas Genicon	Professeur à l'Université Paris 2 Panthéon-Assas
Membre du jury :	M. Enrico Gabrielli	Professeur à l'Université de Rome Tor Vergata
Membre du jury :	M. Massimo Franzoni	Professeur à l'Université de Bologne
Membre du jury :	Mme Rita Rolli	Professeur à l'Université de Bologne

**Alma Mater Studiorum
Università di Bologna**

Université Paris Nanterre

Thèse en cotutelle

DOTTORATO DI RICERCA IN SCIENZE GIURIDICHE

ÉCOLE DOCTORALE DE DROIT ET SCIENCES POLITIQUES

Settore scientifico-disciplinare : IUS/01

Unité de recherche : Centre de droit civil des affaires
et du contentieux économique

**CAUSE ET *MERITEVOLEZZA* EN DROIT CONTRACTUEL
CONTEMPORAIN**

Résumé substantiel

Presentée par M. Riccardo Fornasari

**Directeurs de thèse :
Professeur Massimo Franzoni
Professeure Manuella Bourassin**

**Coordinatore Dottorato :
Professeur Andrea Morrone
Directions de l'École doctorale :
Professeure Véronique Champeil-Desplats
Professeur Marc Pichard**

CAUSE ET *MERITEVOLEZZA* EN DROIT CONTRACTUEL CONTEMPORAIN

INTRODUCTION	3
I) LES SOUBASSEMENTS ECONOMIQUES DE LA CAUSE ET DE LA <i>MERITEVOLEZZA</i>	8
A) La théorie classique du contrat.....	8
1) Théorie classique du contrat et conception libérale du marché	9
2) Théorie classique du contrat et rôles de la cause et de la <i>meritevolezza</i>	17
3) Facteurs de crise de la théorie classique	22
B) Les théories contemporaines du contrat	24
1) Conceptions économiques nouvelles	25
2) Théories contemporaines et rôles de la cause et de la <i>meritevolezza</i>	37
3) Dépassement de la cause au profit de contrôles fondés sur le « contenu du contrat »	50
Conclusion de la partie I.....	58
II) LE RENOUVELLEMENT DES APPLICATIONS DE LA CAUSE ET DE LA <i>MERITEVOLEZZA</i>	59
Introduction	59
A) Les contrôles des clauses contractuelles	59
1) Contrôles des clauses en droit italien.....	60
2) Contrôles des clauses en droit français	70
3) Convergences et divergences entre les droits français et italien	79
B) Le contrôle de l'acte tout entier.....	92
1) Contrôles des contrats en droit italien.....	93
2) Contrôle des contrats en droit français.....	108
3) Convergences et divergences entre les droits français et italien	122
Conclusion de la partie II	129
CONCLUSION.....	130

INTRODUCTION

1. Dès la promulgation du Code civil des Français en 1804, qui a consacré la cause comme condition de validité du contrat, cette notion a été au centre du débat doctrinal et jurisprudentiel. Tant d'interprétations et de controverses ont été développées qu'on pourrait douter de l'intérêt d'une nouvelle analyse de ce sujet, d'autant plus d'ailleurs que la réforme du droit commun des contrats par l'ordonnance du 10 février 2016 a éliminé la notion de cause, ainsi que celle d'objet, au profit de règles relatives au « contenu du contrat ». Le sujet dont nous entendons cerner les contours et les fonctions pourrait dès lors être le contenu du contrat. En dépit de ces constatations, l'analyse de la cause présente encore une pertinence, et ce pour plusieurs raisons.

2. *L'actualité de l'analyse de la cause en France comme en Italie.* - Nonobstant son élimination du Code civil, force est de constater que la cause est plus présente que jamais. En France, la jurisprudence maintient le recours à l'ancien article 1131 du Code civil dans les litiges où il est encore applicable *ratione temporis* (contrats conclus avant le 1^{er} octobre 2016, date d'entrée en vigueur de l'ordonnance du 10 février 2016) et, souvent, fait une référence conjointe à la cause et aux nouvelles dispositions portant sur le « contenu du contrat ». En outre, comme la doctrine l'a souligné, la réforme n'a pas éliminé les contrôles qui étaient effectués sur le fondement de la cause : les règles concernant le « contenu du contrat » sont susceptibles d'asseoir la plupart de ces contrôles. Il importe d'analyser les règles issues de la réforme de 2016 et d'en proposer des interprétations, surtout qu'elles sont structurées autour de standards dont le contenu est, par définition, flou.

Dans le contexte italien, on observe un véritable essor de l'application jurisprudentielle de la cause et de la *meritevolezza*, notion étroitement liée à la première, comme nous le démontrerons. Les arrêts faisant des applications innovantes de ces notions se multiplient et la doctrine peine à identifier les raisons et les buts poursuivis par la jurisprudence.

En France comme en Italie, la problématique afférente à l'étendue du contrôle exercé sur le contrat et les clauses sur le fondement de la cause, ainsi que les finalités poursuivies par ce contrôle, est donc très actuelle. Les transformations du paysage normatif et jurisprudentiel imposent une reconsidération du sujet.

3. *L'utilité d'une approche interdisciplinaire – droit et économie.* - Nous souhaitons proposer une analyse interdisciplinaire et comparée des transformations des notions de cause et de *meritevolezza*, ainsi que des contrôles contractuels fondés sur ces notions, en mobilisant les théories du contrat et du marché développées dans les systèmes juridiques français, italien et européen. Nous soutenons que la cause peut être comprise dans sa dimension fonctionnelle en analysant les finalités régulatrices qui sont poursuivies à l'occasion des contrôles des clauses et des contrats tout entiers. Nous examinerons les transformations de la cause en regard de la transformation de la conception économique dominante, car il nous semble que les contrôles exercés sur le contrat par les juges sont étroitement liés à cette conception et aux choix visant à garantir l'allocation des ressources considérée comme optimale.

4. *L'analyse du changement d'approche du droit et ses implications sur les théories du contrat et de la cause.* - Le changement de paradigme fondé sur la transformation des relations économiques et une conception différente du marché et de l'ordre concurrentiel a des conséquences sur la théorie de la cause. Nous ambitionnons de mettre en évidence que ces transformations marquent la fin d'une approche philosophique et aussi méthodologique du droit, en y substituant une autre conception. Nous soutiendrons que cette nouvelle conception du marché implique un changement de la fonction de la réglementation du droit des contrats et des notions fondamentales qui le structurent.

L'analyse de la cause sera ainsi menée dans la perspective des transformations du droit : les mutations qu'impliquent une nouvelle conception du marché, la construction et le développement de l'Union européenne, ainsi que les théories en expansion au niveau national (comme le solidarisme contractuel et la

constitutionnalisation du droit privé), seront examinées et exploitées dans l'analyse des évolutions jurisprudentielles concernant la cause. Il est vrai que l'analyse du processus de transformation du droit privé et de ses fonctions, la décomposition des ordres juridiques nationaux et la nouvelle crise du contrat¹, donnent un aperçu des transformations des contrôles effectués sur le contrat et donc des applications de la cause, véritable noyau du droit contractuel.

L'étude sera menée dans une perspective de « longue durée »², en prenant en considération les fondements de la théorie classique de la cause ainsi que les éléments qui, au cours des siècles suivants, ont mené à sa transformation.

5. *Une analyse comparée.* - L'analyse comparée du droit français et du droit italien nous permettra de mettre en évidence les points de contact et les différences entre ces deux systèmes juridiques relativement à la cause et à la *meritevolezza*, et de déceler les effets de *path dependence* intéressant les transformations de ces notions, rapprochements très importants afin de comprendre les évolutions de chaque système.

Il convient de souligner d'ores et déjà une différence conceptuelle et linguistique entre les droits italien et français, dont la portée pratique sera examinée dans la partie II.

La notion de cause du contrat en droit italien est unitaire³ : elle fonde à la fois le contrôle de l'existence de la cause du contrat et le contrôle de la licéité de la cause du contrat. En droit français, en revanche, la notion de cause est majoritairement considérée comme dualiste⁴ : la cause de l'obligation, dite

¹ V. ROPPO, *Il contratto del duemila*, Giappichelli, 3^e éd. 2011 ; CH. JAMIN et D. MAZEAUD (dir.), *La nouvelle crise du contrat*, Dalloz, 2003 ; C. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, Giuffrè, 2015 ; C. THIBIERGE-GUELFUCCI, « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », *RTD civ.*, 1997, p. 57 et s. ; F. DI MARZIO (dir.), *Il nuovo diritto dei contratti. Problemi e prospettive*, Giuffrè, 2004.

² F. BRAUDEL, « La longue durée », *Annales. Économies, sociétés, civilisations*, 1958, p. 725 et s.

³ Dans le Code de 1942, l'article 1325 prévoit la cause comme condition de validité du contrat. L'article 1343 prévoit que la cause est illicite quand elle est contraire à une règle impérative, à l'ordre public ou aux bonnes mœurs. L'article 1344 ajoute que la cause est illicite aussi quand « *le contrat est le moyen pour contourner l'application d'une règle impérative* ».

⁴ L'article 1108 du Code civil de 1804 envisageait la cause comme condition de validité de la convention. L'article 1131 disposait que « *l'obligation sans cause, ou sur une fausse cause, ou*

objective, concerne l'existence de la cause, là où la cause du contrat, dite subjective, a trait à sa licéité.

En droit italien, le Code civil de 1942 a introduit l'article 1322, alinéa 2, qui prévoit que : « *les parties peuvent conclure des contrats n'appartenant pas aux types ayant une réglementation particulière, pourvu qu'ils soient destinés à réaliser des intérêts méritant la protection de l'ordre juridique* »⁵. Cette notion de *meritevolezza* vise à assurer que les contrats atypiques présentent une utilité pour la société ; dans la perspective du législateur, elle ne devait pas se borner à fonder un contrôle de licéité, mais devait permettre un contrôle, de nature positive⁶, de l'expression de l'autonomie privée⁷.

6. Nous souhaitons mettre en lumière que le changement de paradigme fondé sur une conception différente du marché et de l'ordre concurrentiel a des conséquences sur les applications de la cause et de la *meritevolezza*.

Afin de démontrer que les transformations des contrôles exercés sur le fondement de la cause et de la *meritevolezza* peuvent être comprises grâce à l'analyse des transformations de la conception économique dominante, nous étudierons d'abord les soubassements économiques de la cause et de la *meritevolezza*, c'est-à-dire les fondements théoriques et philosophiques de la conception du contrat, ainsi que les conséquences de cette conception sur la théorie de la cause et des notions voisines (I). Nous analyserons ensuite le renouvellement des applications de la cause et de la *meritevolezza* et les règles issues de la réforme du 10 février 2016 à la lumière du cadre théorique précédemment dessiné, afin de

sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet » ; selon l'ancien article 1133, « *la cause est illicite, quand elle est prohibée par la loi, quand elle est contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public* » ; aux termes de l'ancien article 1132, « *la convention n'est pas moins valable, quoique la cause n'en soit pas exprimée* ».

⁵ Traduction par J. ROCHFELD, *Cause et type de contrat*, L.G.D.J., 1999, p. 8.

⁶ E. BETTI, *Sui principi generali del nuovo ordine giuridico*, *Riv. dir. comm.*, I, 1940, p. 222 et s.

⁷ A. GUARNERI, voce « *Meritevolezza dell'interesse* », *Digesto, disc. priv., sez. civ.*, Act. XI, Utet, 2018, p. 342 et s. ; et s. RODOTÀ, *Il diritto privato nella società moderna*, Il Mulino, 1971, p. 25-30 ; L. MENGONI, « *Problema e sistema nella controversia sul metodo giuridico* », dans *Diritto e valori*, Il Mulino, 1985, p. 21 ; N. IRTI, voce « *Diritto civile* », *Digesto, disc. priv., sez. civ.*, VI, Utet, 1990, VI, 1990, p. 138 et s.

démontrer comment ces applications sont liées à la théorie économique se rapportant à la fonction du contrat (II).

I) LES SOUBASSEMENTS ECONOMIQUES DE LA CAUSE ET DE LA MERITEVOLEZZA

7. *La cause en tant qu'expression de l'intelligibilité sociale et de la rationalité du contrat.* - Il est usuel d'affirmer que la cause exprime la rationalité du contrat et qu'elle permet de déceler la raison de l'engagement. En outre, elle justifie l'intelligibilité sociale du contrat, c'est-à-dire sa compréhension de la part des autres sujets, mettant en relation la volonté des parties et l'ordre juridique. Afin d'éclairer d'une lumière nouvelle les applications de la cause, nous croyons qu'il n'est pas suffisant de se borner à affirmer cette correspondance, mais qu'il est nécessaire de questionner la notion de rationalité et d'intelligibilité sociale et de l'analyser en profondeur afin d'en tirer les conséquences sur les applications jurisprudentielles.

La notion de cause et ses applications ne sont pas statiques, mais évoluent dans le temps. Il est indispensable d'examiner les transformations de la théorie du contrat, qui sont à la fois économiques et juridiques, car les unes et les autres influent sur les rôles de la cause et de la *meritevolezza*.

Afin de mener cette analyse il est nécessaire d'examiner d'abord la théorie classique du contrat (A) et, ensuite, les théories contemporaines (B).

A) La théorie classique du contrat

8. *Le champ de l'analyse.* - Les origines de la notion de cause ont fait l'objet de plusieurs études historiques et la doctrine contemporaine a identifié une théorie classique de la cause et du contrat, dont elle a situé l'origine à la consécration de l'autonomie de la volonté et de la notion de cause dans le Code Napoléon⁸. En

⁸ Sur les origines de la notion de cause et sur sa consécration à partir du Code civil de 1804 v. J. GHESTIN, *Cause de l'engagement et validité du contrat*, L.G.D.J., 2006, p. 10 et s.; H. CAPITANT, *De la cause des obligations*, Dalloz, 1923, p. 114 et s. ; M. PLANIOL, revu et complété par G. RIPERT avec le concours de J. BOULANGER, *Traité élémentaire de droit civil*, t. 2, L.G.D.J., 1949, p. 103 et s. ; H.L. MAZEAUD et J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, t. XII, v. 1, Montchrestien, 1965, p. 239 ; T. DALLA MASSARA, *Alle origini della causa del contratto. Elaborazione di un concetto nella giurisprudenza classica*, Cedam, 2004 ; R. ROLLI, *Causa in astratto e causa in concreto*, Cedam, 2008, p. 1 et s.; G. GORLA, *Il contratto*, v. I, Giuffrè, 1950, p. 48 et s. ; And.

conséquence, il convient d'examiner la théorie classique du contrat, en la rapprochant de la conception libérale du marché (1), puis d'étudier les rôles de la cause et de la *meritevolezza* dans la théorie classique du contrat (2) et, enfin, de mettre en évidence les facteurs de crise de la théorie classique (3).

1) Théorie classique du contrat et conception libérale du marché

9. Le Code civil consacre les principes de réglementation de la société selon le paradigme bourgeois et libéral du début du XIX^e siècle. Dans cette perspective, les règles du Code visent à encadrer les rapports entre les personnes privées sur le marché. Les concepts clés, qui réalisent une coupure par rapport à l'ordre précédent, sont sûrement ceux de contrat, de liberté contractuelle et de sujet de droit. L'élaboration de ces concepts est influencée par la conception économique du marché propre aux auteurs libéraux. Ces concepts structurent les typologies de contrôles admis sur le contrat et, donc, aussi les applications de la cause.

10. *Le libéralisme économique classique*. - La conception du contrat et, comme nous souhaitons le démontrer, aussi celle de cause sont étroitement liées aux théories des économistes et philosophes libéraux classiques⁹ et à leur conception du marché¹⁰. Bien que leurs approches présentent des différences, la liberté conçue comme droit fondamental de l'individu et comme fondement de l'action du sujet est ancrée aux conceptions économiques du « laisser faire, laisser passer »¹¹. Schématiquement, seuls les individus, laissés libres¹² d'agir sur le

D'ANGELO, *Promessa e ragioni del vincolo. I. Profilo storico e comparatistico*, Giappichelli, 1992, p. 141 et s. ; E. BETTI, voce « Causa (Diritto romano) », in *Nov. Dig.*, III, Utet, 1959, p. 30-32.

⁹ F. GALGANO, *Diritto privato*, Cedam, 17^e éd. 2017, p. 42 et s. ; V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Les résultats : une nouvelle conception du contrat ?*, dans V. LARRIBAU-TERNEYRE et S. PELLÉ (dir.), *Quel renouveau pour le droit*, Vrin, 2016, p. 31-32 ; E.-B. PAŠUKANIS, *La théorie générale du droit et le marxisme*, EDI, 1970, p. 107.

¹⁰ F. TERRÉ, PH. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, 11^a éd., 2013, p. 32-33.

¹¹ J.-PH. LÉVY et A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, L.G.D.J., 2^e éd., 2010 p. 826 ; V. ROPPO, *Il contratto*, dans *Trattato Iudica-Zatti*, Giuffrè, 2011, 2^e éd., p. 37-39.

¹² Les justifications des limites de l'intervention de l'État ne sont pas les mêmes chez tous les libéraux ; deux courants peuvent être détectés. Le premier, qui met au centre l'aspect juridique, fonde ces limites sur les droits naturels de l'individu. Le second, qui met au centre l'aspect

marché et de se déterminer dans leurs choix selon un calcul égoïste, peuvent faire évoluer le bien-être de la société dans son ensemble¹³. La circulation de la richesse aurait pour effet de permettre la meilleure allocation possible des ressources.

11. *La conception du marché.* - Une des prémisses de cette théorie est une conception « naturaliste »¹⁴ du marché, conçu comme ordre spontané¹⁵ préexistant à la loi et qui, si laissé libre de fonctionner, permettrait la formation du bon prix, c'est-à-dire le prix adéquat à la valeur du bien¹⁶. Le mécanisme du prix juste, qui se forme grâce à la concurrence, permettrait un enrichissement mutuel des contractants, et par conséquent de la société en général¹⁷. L'État doit donc laisser les individus libres de contracter et intervenir seulement afin de garantir l'exécution des obligations¹⁸.

12. *La consécration du sujet de droit.* - Dans cette perspective, le Code napoléonien, en s'appuyant sur la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen

sociologique, les fonde sur la nature de l'individu et son agir intéressé. Il faut cependant souligner que ces courants s'entremêlent souvent ; toutefois, celui qui nous intéresse le plus, car il est à la base de la codification française, est le courant juridique, v. P. DARDOT et CH. LAVAL, *La nouvelle raison du monde*, La Découverte/Poche, 2010, p. 26 et s., 71 et s., 101 et s. ; M. FOUCAULT, *Naissance de la biopolitique*, Gallimard Seuil, 2004, p. 40 et s.

¹³ A. SMITH, *The Wealth of Nations*, l. 1, ch. 7, University of Chicago Press, 1977, p. 83 et s. La liberté contractuelle est alors un corollaire de cette théorie économique, v. M. WALINE, *L'individualisme*, Éditions Domat Montchrestien, 2^e éd., 1949, p. 174. Pour une critique de la façon dominante de comprendre la pensée d'A. Smith v. G. ARRIGHI, *Adam Smith in Beijing*, Verso, 2007, p. 40 et s. ; G. DOSTALER, « Les chemins sinueux de la pensée économique libérale », *L'Économie Politique*, 2009, 4, p. 49-50.

¹⁴ M. FOUCAULT, *Naissance de la biopolitique*, *op. cit.*, p. 33 et s. ; DARDOT et CH. LAVAL, *La nouvelle raison*, *op. cit.*, p. 6 et s.

¹⁵ G. DOSTALER, « Les chemins sinueux de la pensée économique libérale », art. précit., p. 47 et s.

¹⁶ Le sujet du prix juste est récurrent dans tous les courants du libéralisme classique. Ainsi les physiocrates l'appellent le « bon prix », v. E. DEPITRE, « Introduction à Dupont de Nemours », dans *De l'exportation et de l'importation des grains*, P. Geuthner, 1911, p. XXIII-XXIV ; Marshall le prix « normal », v. A. MARSHALL, *Principles of Economics*, Macmillan & Co., 1890, même si déjà à partir de la fin du XIX^e siècle on a commencé à se poser la question de l'altération de la concurrence et, donc, du mécanisme de formation du prix, v. L. PFISTER, « Contrat, libre concurrence et ordre public : la sanction des ententes dans la jurisprudence française du XIX^e siècle », *RDC*, 2012, p. 349.

¹⁷ M. FOUCAULT, *Naissance de la biopolitique*, *op. cit.*, p. 55 ; v. A. SMITH, *The Wealth*, *op. cit.*, l. 4, ch. 2, p. 590 et s.

¹⁸ M. WALINE, *L'individualisme*, *op. cit.*, p. 174-175.

de 1789, consacre la place de l'individu dans l'ordre juridique¹⁹. Les influences philosophiques qui ont contribué aux fondements de cette notion sont plurielles, et ici il n'est possible que d'en tracer les caractères principaux. Les bases théoriques sur lesquelles cette conception se fonde sont le jusnaturalisme²⁰, selon lequel l'individu est titulaire de droits naturels inaliénables et antérieurs à l'ordre juridique²¹, et le rationalisme²². Ces courants philosophiques ont influencé la conception universelle de l'individu propre à la philosophie des Lumières ; en outre, jointes aux préoccupations relevant de la morale du christianisme²³ et du jansénisme²⁴, elles ont constitué les fondements théoriques de la pensée de Domat et Pothier, les deux auteurs qui ont significativement inspiré le Code civil²⁵.

Nonobstant la controverse autour de l'influence effective de la pensée kantienne sur les auteurs du Code napoléonien²⁶, elle a sûrement eu une influence déterminante dans la pensée postérieure²⁷ et sur les codificateurs allemands. La

¹⁹ F. TERRÉ et D. FENOUILLET, *Droit civil, Les personnes*, Dalloz, 8^e éd., 2012, p. 10-11 ; A. PADOA-SCHIOPPA, *A History of Law in Europe*, Cambridge University Press, 2017, p. 474-475.

²⁰ H. GROTIUS, *De jure belli ac pacis*, trad. fr. *Le droit de la guerre et de la paix*, PUF, 2012, éd. originelle 1625, concernant le droit naturel et le rôle de la raison v. Prolégomènes, par. XI et s., par. XI et XXI ; sur le contrat l. I, ch. XII, p. 332 et s. Sur les origines des théories du droit naturel et les différences entre celles-là v. N. ISRAËL et L. GRYN, *Généalogie du droit moderne*, Payot, 2006.

²¹ M. WALINE, *op. cit.*, p. 92, 104-105.

²² R. DESCARTES, *Discours de la méthode*, Flammarion, 2000.

²³ F. TERRÉ, PH. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, p. 39. Sur les influences de la pensée chrétienne sur les doctrines de Domat et Pothier v. J.-L. GAZZANIGA, « Domat et Pothier. Le contrat à la fin de l'Ancien régime », *Droits*, 1990, p. 37 et s. ; A.-J. ARNAULD, *Les origines doctrinales du Code civil français*, L.G.D.J., 1969, p. 199 et s. Sur les influences de l'idéologie chrétienne sur la Révolution française v. M. WALINE, *op. cit.*, p. 43-44.

²⁴ CH. ATIAS, *Philosophie du droit*, PUF, 3^e éd., 2012, p. 97.

²⁵ J.-L. HALPÉRIN, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, Presses Universitaires de France, 2^a éd., 2012 ; A. PADOA-SCHIOPPA, *A History of Law*, *op. cit.*, p. 473 ; M. FIORAVANTI, *Appunti di storia delle costituzioni moderne : le libertà fondamentali*, Giappichelli, 3^e éd., 2014 ; M. WALINE, *L'individualisme*, *op. cit.*, p. 376 et s. ; CH. GRZEGORCZYK, « Le sujet de droit : trois hypostases », *Archives de philosophie du droit, Le sujet de droit*, Sirey, 1989, p. 13 et s. Pour une remise en discussion des influences du libéralisme, qui auraient concerné plus les interprètes du code que les rédacteurs du code, v. A. BÜRGE, « Le Code civil et son évolution vers un droit imprégné d'individualisme libéral », *RTD civ.*, 2000, p. 1 et s. ; X. MARTIN, *Nature humaine*, *op. cit.*

²⁶ Plusieurs auteurs affirment que la pensée kantienne n'a pas eu une influence sur les codificateurs, mais sur les juristes de la période suivante : v. CH. ATIAS, *Philosophie du droit*, *op. cit.*, p. 12. Toutefois, il faut souligner que Portalis connaissait l'ouvrage de Kant, qu'il critique, mais dont il ne met pas en discussion la conception du sujet en tant qu'être rationnel, v. J.-E.-M. PORTALIS, *De l'usage et de l'abus de l'esprit philosophiques au XVIII^e siècle*, Dalloz, 2007, réimpression 3^e éd. 1834, ch. XXII, p. 53 et s.

²⁷ Sur l'importance de la pensée kantienne pour la conception moderne du droit v. J. DERRIDA, *Du droit à la philosophie*, Galilée, 1990, p. 83 et s.

philosophe kantienne cause une rupture dans la pensée occidentale, en bouleversant le rapport entre le sujet et l'objet et en plaçant l'individu au centre du système de la connaissance. En outre, la théorie de Kant du droit naturel postule un sujet conçu comme libre et rationnel²⁸.

13. *Le sujet abstrait*. - Sur la base de ces influences, la conception de l'individu propre à la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 et au Code napoléonien, à travers laquelle on voulait rendre effectives les conquêtes de la Révolution française²⁹, postule un sujet conçu d'une façon abstraite et universaliste³⁰. L'objectif est de supprimer les divisions de classe qui caractérisaient la société féodale et proposer un modèle universel d'homme : le droit fait donc abstraction des situations particulières et concrètes qui caractérisent la vie en société³¹ afin d'instaurer les principes d'égalité formelle et de liberté, attribuée individuellement à chaque personne³².

²⁸ I. KANT, *Primi principi metafisici della dottrina del diritto*, Laterza, 2005, éd. originelle 1797. Sur la pensée juridique de Kant v. A. BRIMO, *Les grands courants de la philosophie du droit et de l'État*, Pedone, 3^e éd., 1978, p. 143 et s.

²⁹ Sur les origines politiques et théoriques du Code napoléonien v. J.-L. HALPÉRIN, *Histoire du droit privé français*, op. cit. ; A. PADOA-SCHIOPPA, *A History of Law*, op. cit., p. 473. Sur les différentes périodes de la Révolution et les idéologies qui les ont marquées, v. A. FORREST, *The French Revolution*, Blackwell, 1995.

³⁰ A. SUPLOT, *Homo juridicus*, Seuil, 2005, p. 46 et s. Concernant la fiction de la personne morale et l'*homo juridicus* v. F. GALGANO, *Diritto privato*, op. cit., p. 42 et s. ; CH. RADÉ, « Peut-on dire qu'à l'époque moderne le droit civil reposerait sur l'idée d'une égalité abstraite alors que le droit du travail reposerait sur l'idée d'une inégalité concrète ? », dans *Mélanges Hauser*, LexisNexis-Dalloz, 2012, p. 590 et s. ; D. CANALE, « The Many Faces of the Codification of Law in Modern Continental Europe », dans D. Canale, P. Grossi, H. Hofmann, E. Pattaro et alii (dir.), *A History of the Philosophy of Law in the Civil Law World, 1600-1900*, Springer, 2009, p. 141 et s.

³¹ E.-B. PAŠUKANIS, *La théorie générale du droit et le marxisme*, Études et Documentation Internationales, 1970, p. 103 et s. affirme que l'abstraction et l'impersonnalité du sujet juridique dérivent des rapports sociaux marchands de la société capitaliste.

³² A. PADOA-SCHIOPPA, *A History of Law*, op. cit., p. 448, affirme que : « The text begins with the declaration that 'all men are born and remain free and equal in rights' (Art. 1): the theory of natural law declaring the original freedom of man and the illicit nature of discrimination based on social status was in this way formally translated into a legal formula. » Cette liberté individuelle a fait en sorte que le modèle soit défini comme « individualiste » v. M. FIORAVANTI, *Appunti di storia delle costituzioni moderne: le libertà fondamentali*, Giappichelli, 3^e éd., 2014 ; M. WALINE, *L'individualisme*, p. 376 et s. ; CH. GRZEGORCZYK, dans *Archives de philosophie du droit, Le sujet de droit*, 1989, p. 13 et s. ; V. LARRIBAU-TERNEYRE, dans *Quel renouveau pour le droit*, p. 32.

14. *La conception italienne.* - Il en va de même du code italien de 1865 et du code de 1942, surtout dans ses applications postérieures à la fin de la seconde guerre mondiale, en dépit des particularités liées au régime politique qui l'a réalisé³³ : la conception du sujet, ainsi que celle du contrat, sont fondamentalement libérales et liées au principe de la liberté contractuelle³⁴.

15. *La conception allemande.* - Cette conception du sujet est reprise aussi par la doctrine allemande. Les différences philosophiques et théoriques qui sont à la base du Code Napoléon et de la doctrine allemande du XIX^e siècle³⁵, dont l'élaboration a influencé le *Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)*, sont remarquables³⁶, aussi par rapport au développement du dogme de la volonté (*Willensdogma*)³⁷, qui porte aux extrêmes l'abstraction des concepts juridiques³⁸ et la toute-puissance de

³³ Sur le droit privé et le régime fasciste v. A. SOMMA, *I giuristi e l'asse culturale Roma-Berlino*, Vittorio Klostermann, 2005 ; P.G. MONATERI, « Crystal and Mud Contracts: The Theory of Contract and the Ontology of Values », dans L. Siliquini-Cinelli et A. Hutchison (dir.), *The Constitutional Dimension of Contract Law*, Springer, 2017, p. 132-137.

³⁴ Concernant la conception de l'autonomie de la volonté du juriste qui a dirigé les travaux du code : E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, dans *Tratt. Vassalli*, UTET, 2^e éd., 1950, p. 46 et s.

³⁵ Concernant la pensée de Puchta, de Windscheid, la *Begriffsjurisprudenz* et les Pandectes v. A. PADOA-SCHIOPPA, *A History of Law*, *op. cit.*, p. 585 et s.

³⁶ A. PADOA-SCHIOPPA, *op. cit.*, p. 526.

³⁷ M. F. C. VON SAVIGNY, *System des heutigen Römischen Rechts*, trad. fr. *Traité de droit romain*, trad. M. Ch. Guenoux, t. 1, Firmin Didot Frères, 1840, p. 328, § 53 affirme que : « on peut définir le rapport de droit, le domaine de la volonté libre. »

³⁸ V. SCALISI, *Il negozio giuridico tra scienza e diritto positivo. Teoria – Manifestazione – Astrazione – Efficacia*, Giuffrè, 1998.

la volonté³⁹. Toutefois, en Allemagne aussi, une conception abstraite du sujet comme être rationnel⁴⁰, liée à la conception économique libérale⁴¹, est retenue.

16. *Le triomphe de l'égalité formelle*. - Il est important de remarquer que cette théorie postule un sujet abstrait du contexte concret dans lequel il se trouve et égal à tous les autres⁴² : c'est le triomphe de l'égalité formelle⁴³, qui détermine aussi une réglementation unitaire du contrat. Ces conceptions juridiques étaient fondées sur le contexte économique de l'époque : lors de la rédaction du Code napoléonien⁴⁴, les activités de production et les activités commerciales étaient principalement artisanales et familiales et, par conséquent, les relations contractuelles étaient normalement plus égalitaires⁴⁵.

³⁹ Sur le développement de l'autonomie de la volonté en Allemagne v. J. BUSCHE, *Privatautonomie und Kontrahierungszwang*, Mohr Siebeck, 2009 ; J. MICHAEL RAINER, « Lo sviluppo dell'autonomia privata in Germania », *Jus civile*, 2018, p. 386 et s. Sur l'autonomie de la volonté et les actes juridiques v. C. WITZ, *Droit privé allemand. I. Actes juridiques, droits subjectifs - BGB, Partie générale, Loi sur les conditions générales d'affaires*, Litec, 1992, p. 87 et s. ; M. FROMONT et J. KNETSCH, *Droit privé allemand*, L.G.D.J., 2^e éd., 2017, p. 75 et s.

⁴⁰ A. PADOA-SCHIOPPA, *op. cit.*, p. 556 ; F. GALGANO, *Diritto privato, op. cit.*, p. 42 et s., 238 et s. ; E. NAVARRETTA, « L'evoluzione dell'autonomia contrattuale fra autonomia e principi », *Quaderni fiorentini*, 2014, I, p. 591-592 ; H.-W. MICKLITZ, « The (Un)-Systematics of (Private) Law as an Element of European Culture », dans G. Helleringer et K. Purnhagen (dir.), *Towards a European Legal Culture*, C. H. Beck – Hart – Nomos, 2014, p. 95. Sur la particularité de la conception espagnole du rôle du sujet de droit et de l'autonomie de la volonté, influencée par l'ouvrage de K. Krause, v. et s. MARTIN, « La utopía Krausista: autonomía del sujeto (individual y colectivo) en la polémica jurídica española (1870-1900) », *Quaderni fiorentini*, 2014, I, p. 481 et s.

⁴¹ F. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, trad. it. *Storia del diritto privato moderno*, t. 2, Giuffrè, 1980, éd. originelle 1967, p. 196-198.

⁴² E. NAVARRETTA, « L'evoluzione dell'autonomia contrattuale fra autonomia e principi », art. précit., 2014, p. 595.

⁴³ Cette conception n'est pas remise en cause par la présence maintenue, en France et aussi en Allemagne, du Code de commerce à côté du Code civil. D'abord, jusqu'aux plus récentes réformes, ces codes étaient très archaïques et réglaient très peu de situations : le droit du commerce se faisait avec des lois spéciales (F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ et É. BLARY-CLÉMENT, *Droit commercial*, L.G.D.J., 11^e éd., 2015, p. 20). Ces codes se fondaient sur certaines notions fondamentales tirées du Code civil, parmi lesquelles celles de sujet de droit et d'obligation. Enfin, ces codes ne promouvaient pas une vision différente du sujet et du contrat (P. DIDIER et PH. DIDIER, *Droit commercial*, t. 1, Economica, 2005, p. 3 et s). Sur l'unification, en Italie, du Code civil et du Code de commerce v. F. GALGANO, « Pubblico e privato nella regolazione dei rapporti economici », dans F. Galgano (dir.), *La costituzione economica*, t. 1, *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, Cedam, 1977, p. 88 et s. ; G. AULETTA, « L'impresa dal codice di commercio del 1882 al codice civile del 1942 », dans *Scritti giuridici*, t. 8, Giuffrè, 2001, p. 205 et s.

⁴⁴ A cette époque en France le développement du capitalisme industriel n'est qu'à ses débuts ; v. M. WALINE, *op. cit.*, p. 177.

⁴⁵ F. TERRÉ, PH. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations, op. cit.*, p. 41.

17. *La conception classique du contrat.* - La conception du marché et du sujet dont on a esquissé les traits fondamentaux implique aussi une vision spécifique du contrat : la *reductio ad unum* du sujet de droit implique la *reductio ad unum* du contrat (qui, comme nous l'évoquerons, est aujourd'hui questionnée). En réalité, le fondement du contrat se trouve dans le consentement⁴⁶, fruit de la rencontre des volontés des sujets libres et rationnels⁴⁷. Lorsque ce consentement n'est pas vicié⁴⁸, l'accord est considéré comme rationnel⁴⁹, puisque la volonté, comme conçue à partir des Lumières et des Pandectes, est l'expression directe de la raison humaine⁵⁰.

18. *Les contrôles sur le contrat admis dans cette perspective.* - Il s'ensuit que, suivant strictement ce principe, aucune intervention externe de la part de qui que ce soit⁵¹ ne devrait être permise ; une intervention externe ne serait justifiée que par la nécessité, soit de sanctionner un accord qui n'est pas en réalité le produit du consentement, soit de protéger certains intérêts publics. Cette conception est étroitement liée à celle du marché retenue par les libéraux classiques⁵²: les contrats sont le résultat de la manifestation de la liberté humaine dans un contexte qui est

⁴⁶ A.-J. ARNAUD, *Les origines doctrinales du Code civil français*, L.G.D.J., 1962, p. 132 ; D. DEROUSSIN, *Histoire du droit des obligations*, Economica, 2^e éd., 2012, p. 173 et s. ; J.-PH. LÉVY et A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, Dalloz, 2^e éd., 2010, p. 829 observe que la majorité de la doctrine considère la liberté contractuelle comme expression de l'autonomie de la volonté. Ce raisonnement est toutefois erroné, car le consentement a des racines bien plus anciennes que le principe de l'autonomie.

⁴⁷ J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, PUF, 2011, p. 428 et s. ; M. M. SALAH, « Le pouvoir économique et le droit. Variations sur un thème très niçois », *RIDE*, 2013, p. 475-476.

⁴⁸ Le problème des vices du consentement est lié au consensualisme et au rôle de la volonté dans la création de l'engagement : v. A. RIEG, *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand*, L.G.D.J., 1961, p. 89.

⁴⁹ L'antagonisme entre les intérêts des parties au contrat et aussi la nécessité du consentement de celles-ci garantissent que les intérêts d'une partie ne soient pas sacrifiés : v. M. WALINE, *op. cit.*, p. 177.

⁵⁰ D. TERRÉ-FORNACCIARI, « L'autonomie de la volonté », *Revue de sciences morales et politiques*, 1995, p. 264.

⁵¹ M. WALINE, *op. cit.*, p. 170, affirme, concernant le contenu du principe de l'autonomie de la volonté : « toute obligation, pour être sanctionnée par le Droit, doit être librement consentie ; mais, à l'inverse, toute obligation, du moment qu'elle est librement consentie, doit être sanctionnée par le Droit ». V. aussi M.-A. FRISON-ROCHE, « Volonté et obligation », dans « L'obligation », *Archives de philosophie du droit*, t. 44, Dalloz, 2000, p. 133 ; J. ROCHFELD, *op. cit.*, p. 432.

⁵² PH. MALINVAUD, D. FENOUILLET et M. MEKKI, *Droit des obligations*, LexisNexis, 14^e éd., 2017, p. 80.

conçu comme naturel⁵³. Les interventions justifiées sont donc seulement celles qui se rendent nécessaires à la garantie de l'effectivité du consentement ou à la protection de l'ordre public.

19. *Le rôle de l'autonomie de la volonté.* - Le principe de l'autonomie de la volonté, qu'il ait valeur fondatrice ou explicative⁵⁴ du système du droit des obligations, lie cette conception du contrat à celle du sujet, et en justifie la force contraignante. Selon la très célèbre expression d'Alfred Fouillée : « qui dit contractuel dit juste »⁵⁵ ; le contrat est juste car produit de la volonté, qui est l'expression de la liberté et de la rationalité humaine. En d'autres termes, par rapport à l'échange, il n'y a pas d'autres critères qui puissent guider l'interprète que celui du libre choix sur le marché, censé être le meilleur car déterminé par la décision individuelle et égoïste du sujet. L'autonomie de la volonté se fonde sur une conception de l'individu comme être complètement rationnel et informé, agissant sur un marché concurrentiel⁵⁶.

20. *Les intersections entre ces conceptions.* - Cette conception de la volonté et du contrat est consubstantielle à l'approche économique libérale classique⁵⁷ et à l'affirmation de la société bourgeoise, pour laquelle les postulats de la liberté et de l'égalité des sujets sont fondamentaux pour l'acte d'échange⁵⁸. La circulation de la richesse et le processus de production marchand nécessitent forcément l'échange⁵⁹,

⁵³ L. NIVARRA, *Diritto privato e capitalismo*, Editoriale Scientifica, 2010, p. 24 et s.

⁵⁴ Sur les conceptions différentes de l'autonomie de la volonté d'un point de vue politique et historique, v. CH. JAMIN, « Une brève histoire politique des interprétations de l'article 1134 du Code civil », *D.*, 2002, doctr. 901 ; N. IRTI, « Per una concezione normativa dell'autonomia privata », *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, p. 555 et s. ; SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations, op. cit.*, p. 35 et s. ; J.-P. CHAZAL, « De la signification du mot loi dans l'article 1134 alinéa 1^{er} du Code civil », *RTD civ.*, 2001, p. 265 et s. ; E. NAVARRETTA, *op. cit.*, p. 593 et s.

⁵⁵ Sur laquelle v. J.-F. SPRITZ, « “Qui dit contractuel dit juste” : quelques remarques sur une formule d'Alfred Fouillée », *RTD civ.*, 2007, p. 281 et s.

⁵⁶ PH. JESTAZ, « Rapport de synthèse “Quel contrat pour demain ?” », dans CH. JAMIN et D. MAZEAUD (dir.), *La nouvelle crise du contrat*, Dalloz, 2003, p. 253.

⁵⁷ M. WALINE, *op. cit.*, p. 176.

⁵⁸ Il est « dans cet acte d'échange que l'homme réalise pratiquement la liberté formelle de l'auto-détermination », v. E.-B. PAŠUKANIS, *La théorie générale du droit, op. cit.*, p. 106 ; K. MARX, *Le Capital*, t. I, ch. II, Flammarion, 1985, 1^{re} éd. française, 1867, p. 112.

⁵⁹ K. MARX, *op. cit.*, t. I, ch. II, p. 112.

qui ne peut être réalisé que par le biais du contrat, produit de la volonté de l'individu⁶⁰ et générateur de droits et obligations⁶¹. Dans ce cadre théorique, on comprend aussi l'unité du concept de contrat : la notion de contrat est unitaire parce qu'il n'y a pas de degrés différents d'intensité du consentement et de sa force contraignante. La volonté est le produit de la rationalité naturelle du sujet ; la réglementation des contrats spéciaux se fonde sur la liberté contractuelle, qui est le cadre fondamental par rapport auquel ces règles ont une valeur supplétive ou intégrative⁶², et non de micro-systèmes porteurs d'une logique alternative.

Ce cadre théorique structure les typologies de contrôles et interventions externes admis sur le contrat et, donc, façonne aussi la conception de la cause.

2) Théorie classique du contrat et rôles de la cause et de la *meritevolezza*

21. *La rareté des applications jurisprudentielles de la cause.* - Les débats sur la cause dans le Code civil, ainsi que les distinctions entre cause efficiente et cause finale sont bien connus. La doctrine a longuement débattu de la signification à attribuer à cette notion polymorphe et, par conséquent, de ses éléments et critères de jugement⁶³. Toutefois, en dépit de la richesse du débat doctrinal, pendant le XIX^e et jusqu'à la fin du XX^e siècle, l'application de la cause était très rare et elle ne concernait que des cas topiques, où l'absence totale de contrepartie ou l'illicéité était évidente⁶⁴.

22. *La signification de la consécration de la cause.* - L'introduction de la cause comme condition distincte du consentement des parties impliquait une conception anti-formaliste et, en même temps, non intégralement volontariste du

⁶⁰ E.-B. PASUKANIS, *op. cit.*, p. 102.

⁶¹ « L'économie de marché ne fonctionne pas sans des sujets de droit, êtres humains ou entreprises que le droit revêt de cette aptitude à être titulaires de droits et obligations », v. M.-A. FRISON-ROCHE, « Droit et économie », dans F. TERRE (dir.), *Regards sur le droit*, Dalloz, 2010, p. 124. V. aussi E.-B. PASUKANIS, *op. cit.*, p. 88-89.

⁶² L. NIVARRA, *Diritto privato e capitalismo*, *op. cit.*, p. 25.

⁶³ V., pour tous, J.GHESTIN, *op. cit.* ; J. ROCHFELD, *Cause et type de contrat*, L.G.D.J., 1999.

⁶⁴ H. CAPITANT, *De la cause des obligations*, *op. cit.*, p.183 et s.

contrat. Anti-formaliste, car la *traditio* n'était pas nécessaire pour la transmission de la propriété (qui, donc, ne nécessite pas d'une forme spécifique) ; non intégralement volontariste, car le simple consentement n'était pas suffisant pour la validité de l'accord, une cause licite étant aussi nécessaire. Cette nécessité d'une cause licite tempère le caractère volontariste du droit contractuel car, comme l'a affirmé la doctrine, « *la cause doit répondre aux postulats utilitariste et rationaliste de la poursuite d'un intérêt raisonnable que le droit pose à toute intelligibilité sociale des actes* »⁶⁵.

23. *Cause et logique marchande de l'échange*. - Les règles sur la cause visent à structurer les relations contractuelles selon la logique marchande de l'échange, conçu comme échange entre bénéfices : l'intelligibilité sociale découle de l'adhésion à ce modèle. L'intelligibilité de la notion classique de cause est formelle et abstraite : elle ne prend en considération ni les qualités personnelles des contractants, ni le contexte dans lequel l'accord est conclu, ni la proportionnalité des engagements⁶⁶.

24. *Cause et intelligibilité sociale*. - La cause est considérée comme la raison de l'obligation et expression de son intelligibilité sociale⁶⁷. La cause se présente alors comme un jugement sur la raison de l'engagement et, par conséquent, de sa validité ou de sa nullité. Cette intelligibilité sociale requiert la simple existence d'une contrepartie, sans examiner le rapport entre les valeurs des engagements respectifs⁶⁸. Il en découle que, lorsque le contrat présente un échange sérieux et

⁶⁵ J. ROCHFELD, *op. cit.*, p. 71.

⁶⁶ H. CAPITANT, *op. cit.*, p. 11 : « *tout ce qui a été convenu entre les intéressés, c'est-à-dire ce sur quoi ils se sont mis d'accord, devient élément constitutif du contrat. Au contraire, reste en dehors du champ contractuel, et par conséquent ne peut exercer aucune influence sur la validité des engagements, ce qui n'a pas été connu et voulu par les deux contractants. Or, le motif psychologique qui détermine chacun à s'obliger ne fait pas partie de leur accord de volontés* ». V. aussi M. PLANIOL, revu et complété par G. RIPERT avec le concours de J. BOULANGER, *Traité élémentaire de droit civil*, t. 2, *op. cit.*, p. 106 et s. ; *contra* L. JOSSERAND, *Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé*, L.G.D.J., 1928, p. 140 et s.

⁶⁷ F. TERRÉ, P. SIMLER e Y. LEQUETTE, *Les obligations*, *op. cit.*, p. 27.

⁶⁸ M. PLANIOL, revu et complété par G. RIPERT avec le concours de J. BOULANGER, *Traité élémentaire de droit civil*, t. 2, *op. cit.*, p. 114 affirme : « *certain auteurs ont fait appel à la notion d'équivalence (MAURY, op. cit.)*. Cette notion est source de confusion, car elle implique une égalité

donc obéit à la logique du marché, aucune intervention n'est permise. Le contrôle est pourtant superficiel et objectif ; les mobiles et les buts poursuivis par les parties restent en dehors du champ d'application de la cause.

25. *Le postulat rationaliste.* - Le postulat rationaliste se focalise sur le contrat comme échange d'engagements, non sur le contenu de l'accord. Cela parce que selon l'économie classique, il n'y a pas de critères à adopter qui ne soient pas l'accord des parties (considérées libres et placées sur un pied d'égalité) et leur évaluation des valeurs échangées. Cela implique deux conséquences lourdes de sens par rapport au contrôle de la cause : d'un côté, le seuil d'acceptabilité sociale de l'engagement est atteint grâce à la simple existence d'un échange qui soit sérieux ; de l'autre, qu'il est socialement inacceptable que le rapport entre les obligations soit contrôlé par le juge : seuls les parties et les mécanismes de marché peuvent établir le rapport adéquat entre les biens et les obligations échangés.

Nous souhaitons mettre en évidence que la prémisse théorique de ces analyses et toujours le constat de l'immutabilité du lien contractuel vis-à-vis des tiers, y compris le juge, et donc un refus d'examiner le rapport d'échange entre les obligations des parties. Si la base théorique de cette approche est celle qui a été auparavant analysée, cette approche implique, dans la pratique, une insignifiance substantielle des contrôles réalisés sur le fondement de la cause.

26. *La cause dans le Code civil italien de 1865.* - Il en est ainsi par rapport au Code civil français, mais aussi par rapport au Code civil italien de 1865, qui reprend presque littéralement les règles sur la cause du Code napoléonien⁶⁹. Le Code italien constitue la transposition du modèle français et en reprend les valeurs et la rationalité⁷⁰, y compris pour ce qui concerne la notion de cause. Également, pendant

de valeur entre les prestations corrélatives. Or, la lésion n'est pas, en principe, une cause de rescision des conventions. »

⁶⁹ G. B. FERRI, « Tradizione e novità nella disciplina della causa del negozio giuridico (dal cod. civ. 1865 al cod. civ. 1942) », *Riv. dir. comm.*, 1986, p. 130 ; M. GIORGIANNI, voce « Causa (diritto privato) », *Enc. dir.*, Giuffrè, 1960, p. 548.

⁷⁰ D. CORRADINI, « Garantismo e statualismo – Le codificazioni civilistiche dell'Ottocento », dans S. Rodotà (dir.), *Il diritto privato nella società moderna*, Il Mulino, 1977, p. 55 et s.

le XIX^e siècle et jusqu'à la fin du XX^e siècle, les applications jurisprudentielles de la cause sont rares et limitées à des cas d'école.

27. *La cause dans le Code civil italien de 1942.* - Une rupture est marquée par le Code civil italien de 1942 qui, en raison du contexte idéologique et politique, conçoit la cause comme « fonction économique-sociale » du contrat⁷¹. Le législateur propose d'exercer un contrôle du contrat lié à la théorie corporative, selon laquelle le contrat, pour être valide, doit avoir une utilité sociale⁷². Cette notion était censée lier le contrat à un intérêt économique supérieur, en faisant dépendre la validité du contrat de son utilité sociale⁷³. La notion est aussi étroitement liée à la distinction entre contrats « typiques » et « atypiques » (proche de la distinction entre contrats nommés et innommés en droit français). Concernant les contrats typiques (contrats spéciaux régis par le Code civil, comme la vente, le bail, le mandat), ce contrôle d'existence de la cause a déjà été effectué par le législateur : l'ordre juridique prête son concours à ces contrats dont l'utilité a été reconnue par la loi⁷⁴. En revanche, ce contrôle doit être effectué au cas par cas par rapport aux contrats atypiques⁷⁵.

Cette théorie est donc, en même temps, une théorie abstraite et une théorie dirigiste⁷⁶. Abstraite, car le contrôle ne prend pas en considération le contrat conclu dans le contexte concret et les buts poursuivis par les parties à travers l'opération économique ; dirigiste, car l'autonomie privée est instrumentalisée au service de l'utilité sociale selon la conception corporative.

⁷¹ E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, dans *Tratt. Vassalli*, UTET, 3^a ed., 1960, p. 171 et s. ; F. MAIOLO, « La causa come significato del contratto. Assenza e illiceità della causa: considerazioni sulla dottrina di Emilio Betti », *Riv. crit. dir. priv.*, 2013, p. 569 et s.

⁷² G.B. FERRI, « Tradizione e novità nella disciplina della causa del negozio giuridico (dal cod. civ. 1865 al cod. civ. 1942) », *op. cit.*, p. 140-141.

⁷³ L'article 1322, alinéa 2, du Code civil avait été conçu comme une expression de la théorie économique corporatiste du fascisme.

⁷⁴ *Relazione al Re-Imperatore del Ministro Guardasigilli al Libro del Codice Civile « Delle Obbligazioni »*, 1941, n. 603.

⁷⁵ Par exemple, le contrat de franchise, le *garantievertrag*, le *factoring*.

⁷⁶ R. ALESSI, *La disciplina generale del contratto*, Giappichelli, 2017, p. 324 ; V. ROPPO, *Il contratto*, *op. cit.*, p. 345.

28. *La notion de meritevolezza*. - La notion de *meritevolezza* a été introduite par l'article 1322, alinéa 2, du Code civil de 1942, selon lequel : « les parties peuvent conclure des contrats n'appartenant pas aux types ayant une réglementation particulière, pourvu qu'ils soient destinés à réaliser des intérêts méritant la protection de l'ordre juridique »⁷⁷.

Selon le législateur, cette notion devait permettre un contrôle, de nature positive⁷⁸, sur l'utilisation de l'autonomie privée⁷⁹. Dans cette perspective, le lien entre la cause et la *meritevolezza* est évident : sur le fondement de la seconde, on exprime un jugement de valeur sur la fonction réalisée à travers le contrat, c'est-à-dire la cause. Il faut souligner que cette approche était en contradiction avec la philosophie du Code, qui demeurerait pourtant libérale par rapport à la conception du sujet de droit et du contrat. Cette contradiction sera résolue après la Libération avec l'abrogation des principes de l'économie corporative.

29. *Le rôle du juge*. - La conception corporative du droit modifie le rôle du juge : par le jeu des multiples clauses générales (comme la bonne foi, la *meritevolezza*, le principe de solidarité corporative), il ne doit pas se borner à effectuer des opérations mécaniques, qui relèveraient de la simple application logique des règles de droit, mais doit exprimer un jugement éthico-politique sur les expressions de l'autonomie privée⁸⁰.

30. *Les effets pratiques mineurs de ces innovations*. - Néanmoins, les nouveautés impliquées par la conception fasciste du contrat et par le contrôle à réaliser sur le fondement de la *meritevolezza* n'ont pas impliqué des transformations

⁷⁷ Traduction par J. ROCHFELD, *Cause et type de contrat*, *op. cit.*, p. 8.

⁷⁸ E. BETTI, « Sui principi generali del nuovo ordine giuridico », *Riv. dir. comm.*, I, 1940, p. 222.

⁷⁹ A. GUARNERI, voce « Meritevolezza dell'interesse », *Digesto, disc. priv., sez. civ.*, Act. XI, Utet, 2018, p. 342 et s. ; et s. RODOTÀ, *Il diritto privato nella società moderna*, Il Mulino, 1971, p. 25-30 ; L. MENGONI, « Problema e sistema nella controversia sul metodo giuridico », dans *Diritto e valori*, Il Mulino, 1985, p. 21 ; N. IRTI, voce « Diritto civile », *Digesto, disc. priv., sez. civ.*, VI, Utet, 1990, VI, 1990, p. 138 et s.

⁸⁰ E. BETTI, voce « Negozio giuridico », *Enciclopedia italiana*, XXIV, Istituto dell'Enciclopedia italiana, 1949, p. 506-508 ; ID., « Sui principi generali del nuovo ordine giuridico », *op. cit.*, p. 222 ; ID., *Diritto romano, I, Parte generale*, Cedam, 1935, p. 200-202.

pratiques majeures, et ce pour deux raisons : d'un côté, le caractère abstrait de la cause et la difficulté à identifier un champ d'application autonome de la *meritevolezza*⁸¹ ; de l'autre, le renouveau du droit privé après la Libération a engendré un abandon de l'instrumentalisation de l'autonomie privée au service de l'utilité sociale⁸².

En Italie, ainsi qu'en France, le contrôle du contrat sur le fondement de la cause et de la *meritevolezza* demeure lié à la conception classique du contrat ; en conséquence, les contrôles exercés sur le fondement de ces notions sont bornés à la simple présence de la contrepartie. En revanche, le contexte dans lequel le contrat a été conclu et la proportionnalité des engagements ne sont pas pris en considération.

3) Facteurs de crise de la théorie classique

31. *La crise de la conception classique du contrat.* - Cette conception juridique est entrée dans un état de crise, due à plusieurs facteurs qui en ont bouleversé la structure, autant d'un point de vue économique que philosophique. En raison de l'ampleur, de la profondeur et de la complexité de ces mutations, il convient de se borner à illustrer quelques éléments qui, à notre avis, ont joué un rôle déterminant dans cette crise.

32. *L'évolution des conditions économiques.* - L'étroite connexion entre la réglementation classique du contrat et le contexte économique et social a été mise en évidence : les facteurs principaux de la crise de ce modèle sont donc les

⁸¹ G. GORLA, *Il contratto*, I, *op.cit.*, p. 199 et s.

⁸² G.B. FERRI, « Meritevolezza dell'interesse ed utilità sociale », dans *Saggi di diritto civile*, Maggioli, 1983, p. 324 et s.

mutations profondes qui ont affecté ce contexte⁸³. Les révolutions industrielles⁸⁴, l'âge de la colonisation et les développements des entreprises multinationales, avec les concentrations du capital et la transnationalisation des marchés, ont rendu archaïque le modèle contractuel sur lequel les réglementations classiques étaient fondées⁸⁵. Il est donc devenu complètement irréaliste de concevoir les contractants comme abstraitement égaux et l'accord comme le produit de leur libre volonté⁸⁶. Les deux guerres mondiales ont ultérieurement approfondi ce processus, d'un côté en rendant nécessaires des législations d'urgence qui limitaient fortement la liberté contractuelle⁸⁷ et, de l'autre côté, en remettant en question la foi dans la raison humaine. Ces événements ont marqué un cap dans la représentation et la construction du contrat et de l'individu, et dans l'efficacité du système économique.

33. *Le questionnement philosophique.* - En outre, les fondements philosophiques de la théorie classique du contrat ont été ébranlés et questionnés : la philosophie de Nietzsche marque un tournant décisif en remettant en cause la

⁸³ R. SAVATIER, *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil aujourd'hui*, 1^e série, Dalloz, 3^e éd., 1964 ; CH. RADÉ, « Peut-on dire qu'à l'époque moderne le droit civil reposerait sur l'idée d'une égalité abstraite alors que le droit du travail reposerait sur l'idée d'une inégalité concrète ? », dans *Mélanges Hauser*, LexisNexis-Dalloz, 2012, p. 599-580. Sur la crise du modèle économique classique v. B. LAVERGNE, *Grandeur et déclin du capitalisme*, Librairie des Médecis, 1938.

⁸⁴ F. CARON, *Les deux révolutions industrielles du XX^e siècle*, Albin Michel, 1997.

⁸⁵ P. DARDOT et CH. LAVAL, *La nouvelle raison*, *op. cit.*, p. 124 et s. ; L. JOSSERAND, « Aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrats », *RTD civ.*, 1937, p. 1 et s. ; M. ARMAND-PREVOST et D. RICHARD, « Le contrat déstabilisé – De l'autonomie de la volonté au dirigisme contractuel », *JCP G* 1979, I, doc. 2952, n° 10 ; J. ROCHFELD, *Les grandes notions*, *op. cit.*, p. 438 et s.

⁸⁶ M. WALINE, *L'individualisme*, *op. cit.*, p. 182 et s. ; CH. JAMIN, « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », dans *Mélanges Ghestin*, L.G.D.J., 2001, p. 441 et s., selon lequel la philosophie de l'autonomie de la volonté est « purement et simplement une tromperie lorsque les parties ne sont pas de force égale ». D'un point de vue économique, v. F. PERROUX, « Esquisse d'une théorie de l'économie dominante », *Économie appliquée*, 1948, p. 243 et s. Sur la crise de la pensée libérale à la fin du XIX^e siècle et le développement du réalisme français, qui met en évidence la nécessité de réformes afin de sauver la société bourgeoise : CH. JAMIN, « Le rendez-vous manqué des civilistes français avec le réalisme juridique, un exercice de lecture comparée », *Droits*, 2010, p. 142 et s. Déjà A. COLIN, H. CAPITANT et L. JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, *Cours élémentaire*, p. 13-14 remarquaient le caractère fictif de la présupposition d'égalité entre les contractants, en raison des développements de l'économie capitaliste.

⁸⁷ A. NEGRI, « Libertà del volere e giustizia nei trattati e nei manuali francesi », *Eur. dir. priv.*, p. 70 ; W.H. VAN BOOM, « The Great War and Dutch Contract Law : Resistance, Responsiveness and Neutrality », *Comparative Legal History*, 2014, p. 303 et s., aussi disponible sur et s.rn.com/abstract=2544542.

conception rationaliste du sujet telle qu'elle avait été soutenue par la philosophie occidentale⁸⁸. A partir de là, se développent dans tous les domaines des sciences des courants de pensée qui analysent la crise de la rationalité, la fragmentation du sujet et de sa conscience. Par ailleurs, la pensée marxiste bouleverse la représentation des rapports de production marchands fournie par le libéralisme et vise à dévoiler le caractère artificiel de l'abstraction fondatrice de la liberté des sujets⁸⁹. Par conséquent, l'unité fondamentale du sujet, de laquelle découlait l'unité gnoséologique et épistémologique de la philosophie dominante, est questionnée, et avec elle les certitudes concernant la rationalité et l'existence d'une vérité à découvrir grâce à celle-là.

34. *L'élaboration d'approches nouvelles.* - Tout au long du XX^e siècle se développent des approches théoriques qui mettent en question la construction classique et proposent des solutions nouvelles aux problèmes qu'elle était censée résoudre. Tel est le cas du réalisme français et ensuite du solidarisme contractuel, de la conception juridique à la base de la construction européenne et encore de la constitutionnalisation du droit privé italien. La crise de la théorie classique implique aussi une remise en question des contrôles effectués sur le fondement de la cause et de la *meritevolezza* : étant donné que la théorie du contrat et son contrôle par le juge sont liés, une transformation de la conception théorique du contrat implique une transformation des notions de cause et de *meritevolezza*. C'est en conséquence vers ces constructions théoriques et leur influence sur la doctrine de la cause qu'il faut tourner notre attention.

B) Les théories contemporaines du contrat

⁸⁸ Nietzsche a mis en lumière le caractère artificiel et faux de la rationalité humaine, en montrant non seulement les limites de la connaissance qu'on prétend atteindre à travers celle-ci, mais aussi le caractère imposé, à la fois limitant et structurant, de valeurs prétendument universelles.

⁸⁹ K. MARX, *Le Capital*, *op. cit.*, I, I, ch. II, p. 112 et s. ; ID ?., *La questione ebraica*, Editori Riuniti, 6^e éd. 2^e réimpression 2000, p. 28 et s. ; E.-B. PAŠUKANIS, *La théorie générale du droit*, *op. cit.*, p. 103 et s. ; M. MIAILLE, *Une introduction critique au droit*, Maspero, 1976, p. 128-137.

35. Les évolutions économiques et philosophiques poussent les juristes à élaborer des théories nouvelles afin de régler la vie sociale et de satisfaire des buts différents. Dans les développements suivants, nous présenterons les courants que nous considérons les plus influents par rapport au droit des contrats et soulignerons le changement de paradigme qu'ils ont impliqué pour le contrôle du contrat et, donc, vis-à-vis de la cause. Bien évidemment, comme ces transformations des paradigmes philosophiques et économiques se développent dans une longue durée et présentent des contradictions, la présentation ne peut qu'être schématique et suivre des critères d'exposition qui divisent un parcours continu dans le temps et reflètent des contradictions. Après avoir présenté les conceptions économiques nouvelles et avoir mis en lumière ce qu'elles impliquent pour la théorie du contrat (1), nous souhaitons démontrer que les transformations contemporaines de la cause, apparemment chaotiques et déliées, peuvent être saisies dans une perspective systémique à travers le prisme de ces transformations. Nous envisagerons ainsi l'influence des théories contemporaines du contrat sur les rôles de la cause et de la *meritevolezza* (2) et le dépassement de la cause au profit de contrôles fondés sur le « contenu du contrat » (3).

1) Conceptions économiques nouvelles

36. Les recherches menées dans d'autres champs des sciences sociales peuvent être exploitées afin de comprendre plus profondément les transformations du droit des contrats. Pour en convaincre, nous présenterons les transformations impliquées par la construction européenne, celles, en France, imputables au solidarisme contractuel (qui se fonde sur le réalisme du début du XX^e siècle) et celles, en Italie, résultant de la constitutionnalisation du droit privé.

37. *Les origines de la construction européenne.* - Dans le contexte de crise dont on a esquissé les traits⁹⁰, se développe un courant de la pensée libérale qui se

⁹⁰ V. nos 31-34.

donne pour but de refonder le libéralisme, afin de résoudre les problèmes qui s'étaient manifestés d'une façon très violente. Le colloque Walter Lippmann⁹¹ est le premier acte de la constitution d'un groupe d'intellectuels, spécialisés dans divers domaines, qui poursuivent ce projet. L'histoire de ce groupe, la division consécutive entre les théoriciens allemands (ceux qui deviendront les ordolibéraux et qui ont influencé les bases économiques et juridiques de l'Union européenne) et les austro-américains (qui deviendront les chefs de file du néolibéralisme) et leurs influences dans la refondation de l'État allemand, bien que fort intéressants, dépassent largement le sujet des présents travaux⁹². Il faut cependant mettre en évidence le rôle déterminant de ces penseurs dans la construction de l'Union européenne et leur influence sur la conception du droit qui résonne dans les Traités, dans les réglementations, les directives et les autres actes normatifs de l'Union⁹³. Les différences théoriques par rapport à la pensée libérale classique sont très nombreuses ; cependant, si l'on doit identifier des éléments de démarcation déterminants qui influencèrent considérablement le droit des contrats, ce seraient probablement la conception de l'ordre concurrentiel du marché⁹⁴ et la conception du sujet qui en découle.

38. *La conception nouvelle de l'ordre concurrentiel.* - Les ordolibéraux ne conçoivent pas l'ordre concurrentiel du marché comme un ordre naturel,

⁹¹ Colloque qui s'est tenu à Paris du 26 au 30 août 1938. Les actes du colloque ont été publiés dans L. ROUGIER, *Le colloque Walter Lippmann*, Le Bord de l'eau, 2012, p. 405 et s.

⁹² P. DARDOT et CH. LAVAL, *La nouvelle raison*, *op. cit.*, p. 243 et s., 328 et s. ; M. FOUCAULT, *Naissance de la biopolitique*, *op. cit.*, p. 221 et s. ; Q. SLOBODIAN, *Globalists*, Harvard University Press, 2018, p. 204 et s. Concernant les différences entre ces deux courants d'un point de vue juridique v. TH. BIEBRICHER, « Neoliberalism and Law: The Case of the Constitutional Balanced-Budget Amendment », *German Law Journal*, 2016, p. 839-842.

⁹³ S. GRUNDMANN, « The Concept of the Private Law Society: After 50 Years of European and European Business Law », *ERPL*, 2008, p. 553 et s. ; M. LIBERTINI, « A "Highly Competitive Social Market Economy" as a Founding Element of the European Economic Constitution », *Concorrenza e mercato* 2011, p. 491 et s. ; D. J. GERBER, « Constitutionalising the Economy: German Neo-Liberalism, Competition Law and the "New" Europe », 42. *The American Journal of Comparative Law* 1994, p. 25 et s. ; G. DALE et N. EL-ENANY, « The Limits of Social Europe: EU Law and the Ordoliberal Agenda », *German Law Journal*, 2013, p. 620 et s.

⁹⁴ W. LIPPMANN, *La cité libre*, Librairie de Médecis, 1938 ; P. DARDOT et CH. LAVAL, *La nouvelle raison*, *op. cit.*, p. 225 et s. ; R. PTAK, « Neoliberalism in Germany », dans P. MIROWSKI et D. PLEHWE (dir.), *The road from Mont Pèlerin: The Making of Neoliberal Thought*, Harvard University Press, 2009, p. 101-102.

ontologiquement donné et préexistant à la réglementation juridique. Au contraire, ils considèrent que le marché, et l'ordre concurrentiel qui doit y régner, doivent être construits⁹⁵ par le biais d'interventions actives de la part des gouvernants⁹⁶. Si cet ordre n'est pas ontologiquement donné, il en découle que les interventions des gouvernants ne sont pas forcément considérées comme des ingérences illégitimes, mais sont en revanche nécessaires afin de développer pleinement cet ordre et d'en corriger les éventuelles entraves. Le point de départ de cette conception est, comme dans le libéralisme classique, que l'allocation des ressources qui est établie par le système du marché concurrentiel est la meilleure afin de garantir le bien-être de toute la société⁹⁷. Toutefois, dans la mesure où ce système n'est pas naturel, mais doit être construit et préservé, il faut faire en sorte que, le cas échéant, à travers des interventions actives, ces mécanismes puissent fonctionner correctement et sans aucune entrave⁹⁸.

39. *Les réglementations du sujet de droit.* - Le sujet est considéré comme rationnel. Toutefois, il est pris en considération dans la situation concrète dans laquelle il se trouve agir. Les développements de la pensée ordolibérale conduisent à prendre en considération les asymétries informatives ou de pouvoir contractuel qui peuvent entraver le déploiement de la rationalité du sujet et faire en sorte que, à cause de ces biais, le contrat conclu ne soit pas efficient. Il faut donc intervenir afin de corriger ces distorsions ; ces interventions sont modelées selon les situations que le législateur conçoit comme étant problématiques. Par conséquent, elles entraînent une fragmentation de la réglementation du contrat fondée sur les catégories sur le fondement desquelles le législateur modèle les typologies de contrôle.

⁹⁵ W. RÖPKE, *Civitas humana*, Rentsch, 1944, p. 43 et s. ; R. PTAK, *op. cit.*, p. 105.

⁹⁶ P. DARDOT et CH. LAVAL, *La nouvelle raison*, *op. cit.*, p. 205 et s. ; R. PTAK, *op. cit.*, p. 102.

⁹⁷ W. EUCKEN, *Grundsätze der Wirtschaftspolitik*, A. Franke, 1952, p. 254.

⁹⁸ L. ERHARD, *La Prospérité pour tous*, Plon, 1959 ; et s. GRUNDMANN, « The Concept of the Private Law Society », *op. cit.*, p. 568 et s. ; F. RIEM, « Retour sur l'ordre concurrentiel », *RIDE*, 2013, p. 442-443 ; R. FORNASARI, « L'intervento giudiziale sul contratto: analisi normativa e politica del diritto », *Contr. e impr.*, 2016, p. 865 et s.

40. *Les rôles nouveaux du droit privé.* - Dans ce contexte, le droit privé joue un rôle fondamental : vu que le contrat est l'outil juridique par le biais duquel l'échange, et donc l'allocation des ressources, sont réalisés, il devient la cible des interventions visant à faire en sorte que le dispositif concurrentiel puisse fonctionner correctement. Le droit privé acquiert dès lors une double fonction. D'un côté, il doit construire et protéger un cadre⁹⁹ dans lequel les sujets peuvent agir et déployer leur rationalité. De l'autre, il sert à contrôler le respect de la logique concurrentielle par les contrats¹⁰⁰ et, donc, à faire en sorte que les conditions dans lesquelles les personnes privées se trouvent agir soient optimales¹⁰¹ ou, si ce dispositif ne peut pas fonctionner correctement, à corriger *ex post*, avec des opérations de *market-mimicking*, les accords qui ne peuvent pas respecter ces conditions¹⁰². Les contrôles, pourtant, ne se limitent pas aux pratiques restrictives de la concurrence sur un marché spécifique à travers les règles *antitrust*, mais prennent aussi en considération les contrats individuels. Ce qui est mis en place est une « police » des contrats qui vise la microéconomie des échanges, fondée sur l'idée que chaque accord qui ne respecte pas la logique du dispositif concurrentiel mérite d'être corrigé.

41. *La « société de droit privé ».* - Ces considérations s'inscrivent dans l'idée d'une « société de droit privé » (dont les racines, selon F. Böhm, se trouvent dans la Révolution française), qui se fonde sur le principe de concurrence comme

⁹⁹ F. BÖHM, « Privatrechtsgesellschaft und Marktwirtschaft », *Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft*, 1966, p. 138.

¹⁰⁰ La connexion étroite entre droit de la concurrence et droit contractuel a été mise en évidence par A. PIROVANO, « Logique concurrentielle et logique contractuelle. À propos du règlement européen relatif à la distribution des véhicules automobiles », dans G. J. MARTIN (dir.), *Les transformations de la régulation juridique*, LGDJ, 1998, p. 295 et s.

¹⁰¹ Sur l'importance des devoirs d'information par rapport au droit des contrats v. S. GRUNDMANN, W. KERBER et s. WEATHERILL (dir.), *Party Autonomy and the Role of Information in the Internal Market*, De Gruyter, 2001, réimpression 2012 ; M. FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats*, L.G.D.J., 1992.

¹⁰² F. MARTY et P. REIS, « Une approche critique du contrôle de l'exercice des pouvoirs privés économiques par l'abus de dépendance économique », *RIDE*, 2013, p. 582. Sur le rôle nouveau et de plus en plus important du pouvoir judiciaire, v. P. DARDOT et CH. LAVAL, *La nouvelle raison*, *op. cit.*, p. 265-266 ; M. FOUCAULT, *Naissance de la biopolitique*, *op. cit.*, p. 180.

principe constitutionnel¹⁰³ : les hommes ne seraient pas confrontés directement à l'État, mais ils seraient soumis à un ordre juridique qui limiterait le pouvoir de l'État et les possibles abus de pouvoir des sujets privés¹⁰⁴, en encadrant les actions et les statuts des sujets¹⁰⁵, afin de garantir le bien-être de la société.

42. *La rénovation de l'approche de la régulation.* - Les implications de cette nouvelle perspective et de ses effets sur les ordres juridiques nationaux, aussi du point de vue des sources du droit et des interactions entre les sphères publique et privée, sont innombrables. Nous souhaitons mettre en évidence que l'approche de la réglementation change profondément, car elle ne repose plus sur une approche systématique et formelle¹⁰⁶, qui tirait ses fondements de la dogmatique juridique, mais sur une approche fonctionnelle¹⁰⁷. Les règles sont adoptées et structurées selon leurs fonctions par rapport au but affiché, c'est-à-dire la construction et l'amélioration du marché unique et de la concurrence¹⁰⁸. Les problématiques

¹⁰³ A. PIROVANO, « L'expansion de l'ordre concurrentiel dans les pays de l'Union Européenne », dans R. CHARVIN, A. GUESMI (dir.), *L'Algérie en mutation*, L'Harmattan, 2001, p. 119 et s. ; L. SIMONIN, « Le choix des règles constitutionnelles de la concurrence : ordolibéralisme et théorie contractualiste de l'État », dans P. COMMUN (dir.), *L'ordolibéralisme allemand*, Cirac, 2003, p. 70 et s.

¹⁰⁴ S. GRUNDMANN, « The Concept of the Private Law Society », *op. cit.*, p. 553 et s.

¹⁰⁵ F. BÖHM, « Privatrechtsgesellschaft und Marktwirtschaft », *op. cit.*, p. 75 et s.

¹⁰⁶ CH. JAMIN, « Le rendez-vous manqué des civilistes français avec le réalisme juridique. Un exercice de lecture comparée », *Droits*, 2010, p. 137-138 remarque comment le courant du réalisme français, qui s'est développé à la fin du XIX^e et le début du XX^e siècle, avait déjà mis en discussion cette approche. D. BUREAU et N. MOLFESSIS, « L'asphyxie doctrinale », dans *Mélanges B. Oppetit*, Litec, 2009, p. 47 et s. mettent en évidence les difficultés que ces mutations impliquent pour la construction du système juridique.

¹⁰⁷ A. SUPLOT, *Homo juridicus*, Seuil, 2005, p. 270 et s. ; R. MICHAELS, « The Two Rationalities of European Private Law », dans R. BROWNSWORD, H.-W. MICKLITZ, L. NIGLIA and et s. WEATHERILL (dir.), *The Foundations of European Private Law*, Hart Publishing, 2011, p. 154-155 ; M. W. HESSELINK, *The New European Culture*, Kluwer, 2001 ; sur le même sujet, v. aussi les reconsidérations à dix ans de distance du même auteur : M. W. HESSELINK, « The New European Culture -Ten Years On », dans G. HELLERINGER et K. PURNHAGEN (dir.), *Towards a European Legal Culture*, C. H. Beck – Hart – Nomos, 2014, p. 17 et s. ; H.-W. MICKLITZ, « The (Un)-Systematics of (Private) Law as an Element of European Culture », G. HELLERINGER et K. PURNHAGEN (dir.), dans *Towards a European Legal Culture*, C. H. Beck – Hart – Nomos, 2014, p. 82 et s.

¹⁰⁸ F. CAFAGGI, « Private Regulation in European Private Law », dans A. Hartkamp, M. W. HESSELINK, E. HONDIUS, C. MAK, E. DU PERRON (dir.), *Towards a European Civil Code*, Wolters Kluwer, 4^e éd., 2011, p. 119 ; F. CAFAGGI, « The Making of European Private Law: Governance Design », dans F. CAFAGGI et H. MUIR-WATT (dir.), *Making European Private Law*, Edward Elgar, 2008, p. 292 et s. ; H. COLLINS, « The Hybrid Quality of European Private Law », dans R. BROWNSWORD, H.-W. MICKLITZ, L. NIGLIA et S. WEATHERILL (dir.), *The Foundations of*

juridiques sont analysées et les solutions sont apportées dans ce cadre théorique : l'unité, qui auparavant découlait de la construction d'un système cohérent, est désormais à trouver dans l'objectif de ces règles.

43. *La compétence téléologique de l'UE en la matière.* - Cette approche est en outre rendue nécessaire par la compétence téléologique de l'Union européenne en matière contractuelle : cette compétence ne se fonde sur aucune norme qui concerne explicitement ce domaine. En revanche, elle est justifiée par l'article 114 du Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne (TFUE)¹⁰⁹, qui prévoit la compétence des organes de l'Union lorsque le rapprochement des législations est nécessaire pour l'établissement et le fonctionnement du marché intérieur¹¹⁰. Par conséquent, l'attribution normative de l'Union est limitée et, surtout, fonctionnellement orientée à une fin spécifique, qui structure les interventions normatives.

44. La théorie classique du contrat a été questionnée et ébranlée, non seulement par les théories nouvelles aux origines de la construction européenne, mais aussi par des théories au niveau national. Tel est le cas du solidarisme contractuel en France et de la constitutionnalisation du droit privé en Italie.

European Private Law, Hart Publishing, 2011, p. 453. Par rapport au droit de la consommation, v. M. W. HESSELINK, « Towards a Sharp Distinction between b2b and b2c? On Consumer, Commercial and General Contract Law after the Consumer Rights Directive », *ERPL*, 2010, p. 65 et s. ; A. SUPIOT, *L'esprit de Philadelphie*, *op. cit.*, p. 59 et s. ; H.-W. MICKLITZ, *op. cit.*, p. 85-88 ; E. NAVARRETTA, « Il contratto "democratico" e la giustizia contrattuale », *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 1274 et s. ; F. MACARIO, « Autonomia privata (profili costituzionali) », dans *Enciclopedia del diritto*, Annali VIII, Giuffrè, 2015, p. 93.

¹⁰⁹ R. MICHAELS, *The Foundations of European Private Law*, *op. cit.*, p. 154 ; E. CLAUDEL, « Les perspectives du droit européen des contrats », dans M. BOURASSIN et J. REVEL (dir.), *Réformes du droit civil et vie des affaires*, Dalloz, 2014, p. 221.

¹¹⁰ L'art. 114, al. 1, prévoit que : « *sauf si les traités en disposent autrement, les dispositions suivantes s'appliquent pour la réalisation des objectifs énoncés à l'article 26. Le Parlement européen et le Conseil, statuant conformément à la procédure législative ordinaire et après consultation du Comité économique et social, arrêtent les mesures relatives au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres qui ont pour objet l'établissement et le fonctionnement du marché intérieur.* » H.-W. MICKLITZ, *op. cit.*, p. 85 affirme : « *The 1985 White Paper on the Completion of the Internal Market provided the necessary legitimation for European legislators to instrumentalise law to open up and shape markets. This is where the birth of the EU as a market state can be located.* »

45. *Le solidarisme contractuel français*. - En France, la théorie classique du contrat a été remise en question par le mouvement du solidarisme contractuel¹¹¹. En s'appuyant sur l'apport des réalistes du début du XX^e siècle¹¹², les auteurs qui ont fait partie de ce courant ont éprouvé les principes établis du droit contractuel et, surtout, la conception classique du contrat qui découlait du principe de l'autonomie privée¹¹³. Les transformations socio-économiques du début du XX^e siècle ont impliqué un questionnement des méthodes de l'interprétation du Code civil ; la doctrine avait proposé d'intégrer le système des sources du droit, donnant plus d'importance à la coutume et à la jurisprudence¹¹⁴, et de changer l'interprétation du contrat. Il était affirmé que, d'un côté, le contrat devrait être conçu comme instrument de solidarité, afin de réaliser une distribution plus juste des ressources. De l'autre, dans certains cas (comme le contrat d'adhésion¹¹⁵), celui qui se présente comme une rencontre de volontés est en réalité un contrat imposé par le contractant le plus fort. Il faut alors interpréter le contrat selon la bonne foi et prendre en considération les rapports économiques « *dans leur combinaison avec ces lois d'humanité qui s'imposent, dès qu'un particulier, une compagnie ou une autorité publique, touchent, par voie de règlements généraux, aux conditions de la vie économique ou sociale de l'individu* »¹¹⁶. Dans une perspective de conservation de

¹¹¹ D. MAZEAUD, « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », dans *Mélanges en hommage à François Terré*, L.G.D.J., 1999, p. 603 et s. ; D. MAZEAUD, « La bataille du solidarisme contractuel : du feu, des cendres, des braises ... », dans *Mélanges Hauser*, L.G.D.J., 2012, p. 905 et s.

¹¹² N. HAKIM et F. MELLERAY (dir.), *Le renouveau de la doctrine française*, L.G.D.J., 2009 ; F. AUDREN, « Le "moment 1900" dans l'histoire de la science juridique française », dans O. JOUANJAN et E. ZOLLER (dir.), *Le « moment 1900 »*, Éditions Panthéon-Assas, 2015, p. 55 et s.

¹¹³ CH. JAMIN, *Le rendez-vous manqué des civilistes français avec le réalisme juridique. Un exercice de lecture comparée*, op. cit., p. 137-138 ; D. BUREAU et N. MOLFESSIS, *L'asphyxie doctrinale*, op. cit., p. 45.

¹¹⁴ F. GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, L.G.D.J., 1899, p. 300 et s. G. RIPERT et J. BOULANGER, *Traité de droit civil d'après le traité de Planiol*, t. 1, op. cit., p. 99 et s.

¹¹⁵ R. SALEILLES, *De la déclaration de volonté*, Pichon, 1901, p. 229 ; sur cette notion, v. F. CHÉNÉDÉ, « Raymond Saleilles, le contrat d'adhésion », *RDC*, 2012, 1^{re} partie, p. 241 et s. ; 2^e partie p. 1017 et s.

¹¹⁶ R. SALEILLES, *De la déclaration de volonté*, op. cit., p. 230.

l'ordre social (et non de sa subversion)¹¹⁷, la relation contractuelle, toujours plus déséquilibrée en raison des différences de puissance entre les parties, devrait faire l'objet d'une interprétation plus équilibrée afin de protéger les intérêts des tous les contractants.

46. *La reprise des thèmes des réalistes par les solidaristes.* - Ces réflexions sont reprises par le solidarisme contractuel, qui propose une conception du contrat différente de la conception classique.

Au lieu d'une vision antagoniste du contrat, la solidarité devrait irriguer le contenu des obligations et le comportement des parties, afin d'établir un ordre coopératif qui sauvegarde une distribution acceptable des ressources¹¹⁸. Comme la doctrine l'a bien mis en évidence, les facettes et les nuances de ces courants doctrinaux sont nombreuses¹¹⁹. Pour ce qui nous intéresse ici, il faut remarquer que le principe de l'intangibilité du contrat est remis au centre du débat, en raison des transformations économiques. Le droit des contrats est appréhendé dans sa dimension historique et politique ; les règles sont examinées par rapport à la réalité socio-économique où elles trouvent application¹²⁰. On affirme alors que la philosophie de l'autonomie de la volonté est « *purement et simplement une tromperie lorsque les parties ne sont pas de force égale* »¹²¹. À travers les règles de comportement et de validité, ces auteurs proposent de rééquilibrer les rapports contractuels, où l'asymétrie informationnelle et de pouvoir contractuel font en sorte que l'accord n'ait pas pu être librement négocié.

¹¹⁷ J. CHARMONT, « La socialisation du droit », *Revue de métaphysique et de morale*, 1903, p. 404-405 ; CH. JAMIN, « Le rendez-vous manqué des civilistes français avec le réalisme juridique. Un exercice de lecture comparée », *op. cit.*, p. 142 et s. ; N. ARNAUD et A.-J. ARNAUD, « Une doctrine de l'état tranquillisant : le solidarisme juridique », *Archives de philosophie du droit*, t. 21, 1976, p. 131 et s.

¹¹⁸ CH. JAMIN, *Quelle nouvelle crise du contrat ?*, dans CH. JAMIN et D. MAZEAUD (dir.), *La nouvelle crise*, *op. cit.*, p. 12-14.

¹¹⁹ D. MAZEAUD, « La bataille du solidarisme contractuel : du feu, des cendres, des braises ... », *op. cit.*, p. 905 et s.

¹²⁰ CH. JAMIN, « Le rendez-vous manqué des civilistes français avec le réalisme juridique. Un exercice de lecture comparée », *op. cit.*, p. 138 et s.

¹²¹ CH. JAMIN, « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », dans *Mélanges Ghestin*, L.G.D.J., 2001, p. 441 et s.

Une approche nouvelle est proposée : la relation contractuelle doit être conçue dans une logique anti-formaliste. Il faut prendre en considération le contexte concret dans lequel l'accord a été conclu. Indépendamment de l'influence, probablement non déterminante, que ces thèses ont eu auprès de la jurisprudence, il nous semble important de constater qu'elles ont eu une influence sur la conception du contrat et de l'intervention du juge. De ce point de vue, il nous semble remarquable que l'un des chefs de file de ce courant¹²² ait pointé, comme conséquence de cette approche, les normes des droits spéciaux (et surtout l'ancien article L. 442-6, I du Code de commerce) que nous croyons être l'expression de l'évolution qui a amené à une nouvelle conception de la cause¹²³. Le point de contact entre ces normes et le solidarisme contractuel réside dans la mise en question de la conception classique du contrat et dans la prise en considération des asymétries entre les parties.

47. *La constitutionnalisation du droit privé.* - En Italie, à partir des années 1960, les juristes privatistes, dans un contexte socio-politique en pleine effervescence, ont proposé de réinterpréter les normes du Code civil à la lumière de la Constitution¹²⁴. À partir du système des sources du droit, où la Constitution occupe la place hiérarchiquement prééminente, un courant doctrinal a soutenu que les normes du Code civil devaient être réinterprétées sur la base des principes de solidarité et d'égalité prévus par les articles 2¹²⁵ et 3 de la Constitution¹²⁶. Également, on affirmait que l'autonomie privée n'était pas illimitée, mais qu'elle

¹²² D. MAZEAUD, « La bataille du solidarisme contractuel : du feu, des cendres, des braises ... », art. précit., p. 905 et s.

¹²³ V. n^{os} 118-119, 158.

¹²⁴ P. PERLINGIERI et P. FEMIA, *Fonti del diritto*, in *Manuale di diritto civile*, Editoriale Scientifica Italiana, 2018, p. 34-35.

¹²⁵ M. GRONDONA, « Solidarietà e contratto: una lettura costituzionale della clausola generale di buona fede », *Riv. trim dir. proc. civ.*, 2004, p. 727 et s.

¹²⁶ S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, op. cit., p. 151 et s., spec. p. 171 ; P. BARCELLONA, voce « Proprietà (tutela costituzionale) », *Dig. priv.*, XV, 4^e éd., Utet, 1997, p. 459.

devait être fonctionnalisée par rapport à l'utilité sociale et à la dignité humaine (article 41 de la Constitution)¹²⁷.

Il convient de mettre en évidence que ce courant (qui est polymorphe et qui présente plusieurs nuances, liées aux conceptions politiques du droit des juristes qui en font partie) remet en question la notion classique d'autonomie privée et le postulat selon lequel le contrat ne serait que la chose des parties. Les principes constitutionnels imposent la prise en considération de l'accord des contractants à la lumière du principe de solidarité¹²⁸, en justifiant le contrôle du juge et, éventuellement, la modification de l'accord conclu par les parties. On affirme qu'à travers le contrôle du contrat il faut rendre effectifs les principes de solidarité et d'égalité établis par la Constitution, en modifiant, si nécessaire, ce qui a été convenu par les parties.

48. *Les années 1970.* - Dans ce sillage, les courants les plus radicaux, liés à la pensée marxiste, ont proposé d'approfondir la contradiction subsistant dans la partie économique de la Constitution, qui mélange les principes économiques et d'organisation sociale libéraux et socialistes, afin de transformer la structure de l'État et des rapports entre personnes privées¹²⁹. Dans cette perspective, les clauses générales prévues par le Code civil doivent être exploitées par le juge afin de rééquilibrer un rapport structurellement déséquilibré. Même si ces courants radicaux n'ont pas eu une incidence déterminante sur la jurisprudence suivante¹³⁰,

¹²⁷ F. GALGANO, « La libertà di iniziativa economica privata nel sistema delle libertà costituzionali », dans F. GALGANO (dir.), *Tratt. dir. comm. e dir. pubbl. econ.*, v. I, Cedam, 1977, p. 511 et s.

¹²⁸ P. PERLINGIERI, « Giustizia secondo costituzione ed ermeneutica. L'interpretazione c.d. adeguatrice », dans P. PERLINGIERI (dir.), *Interpretazione e legalità costituzionale*, Editoriale Scientifica Italiana, 2012, p. 199 et s. ; A. TARTAGLIA POLCINI, *L'avvento della Costituzione: la prima fase*, dans P. PERLINGIERI et A. TARTAGLIA POLCINI (dir.), *Novecento giuridico: i civilisti*, Editoriale Scientifica Italiana, 2013, p. 215 et s.

¹²⁹ F. GALGANO, *Le istituzioni dell'economia di transizione*, Editori Riuniti, 1978, p. 8 ; P. BARCELLONA, *Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, Giuffrè, 1969, *passim*.

¹³⁰ G. DE NOVA, « Leasing », *Digesto disc. priv. sez. civ.*, X, Utet, 1993, p. 466 ; M.A. URCIOLI, « Liceità della causa e meritevolezza dell'interesse nella prassi giurisprudenziale », *Rass. dir. civ.*, 1985, p. 752 et s.

il est toutefois important de remarquer qu'ils ont contribué à remettre en question le principe *pacta sunt servanda* et le dogme de l'intangibilité du contrat.

49. *Les effets sur la jurisprudence.* - En revanche, la relecture du droit privé au prisme de la Constitution a eu une influence très marquée sur la pensée ultérieure et sur la jurisprudence¹³¹, comme le démontre le fait que la plupart des arrêts font référence aux principes constitutionnels.

Les clauses générales présentes dans le Code civil et les normes concernant la validité des contrats et le comportement des parties ont été interprétées et intégrées à la lumière des principes de dignité et de solidarité. Il nous semble important de souligner que cela entraîne un changement de paradigme par rapport au droit libéral classique : des considérations différentes, qui impliquent une remise en discussion de l'équilibre établi par les contractants, sont intégrées dans les décisions. Ces normes influencent aussi l'interprétation de la cause et de la *meritevolezza* : sur le fondement de ces deux notions, on intègre des buts différents, en proposant de contrôler les exercices de l'autonomie privée sous l'angle de l'utilité sociale. Néanmoins, nous souhaitons mettre en lumière que l'influence effective de cette rationalité sur les décisions jurisprudentielles se rapportant à la cause doit être questionnée : elle sera examinée dans la partie II, afin de déceler les rationalités des applications contemporaines de la cause.

50. *La problématisation de la constitutionnalisation du droit privé.* - En même temps, il nous semble que, dans l'analyse de la rationalité des arrêts qui font référence aux principes constitutionnels, cette référence et son effective influence sur les décisions doivent être questionnées. D'abord, parce qu'il faut considérer que la référence à la Constitution est, souvent, un expédient argumentatif afin de donner légitimité ultérieure à la décision¹³². Pourtant, la simple référence à la Constitution n'implique pas automatiquement l'application des principes qui y sont consacrés.

¹³¹ N. LIPARI, « Per un diritto secondo ragione », *Riv. dir. civ.*, 2018, p. 1427 et s.

¹³² U. BRECCIA, « Problema costituzionale e sistema privatistico », *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, p. 694-695.

Ensuite, il faut considérer que les normes constitutionnelles évoluent dans le temps et sont transformées par le contexte économique et par la science juridique¹³³ : ainsi, les divergences très profondes qui subsistaient entre les soubassements politiques de la Constitution et des normes européennes ont été atténuées par une interprétation des principes constitutionnels à la lumière des principes économiques européens et, donc, une limitation de l'objectif de redistribution des ressources visé par les règles constitutionnelles¹³⁴.

51. *Les différences entre ces approches et celle de l'Union européenne.* - Une fois les rationalités de ces transformations identifiées, on peut comprendre les différences entre réglementations apparemment similaires. En particulier, l'identification de ces rationalités permet de cerner les différences et les contradictions potentielles entre la réglementation de l'Union européenne et les ordres juridiques nationaux sur la protection du consommateur et d'autres sujets spécifiquement identifiés comme méritant une protection spéciale, et celles de la moitié du XX^e siècle concernant la réglementation de certains contrats spécifiques¹³⁵, ou les interventions faisant applications des principes constitutionnels ou faisant preuve de solidarisme.

Les interventions concernant, par exemple, le contrat de travail¹³⁶ et le bail d'habitation¹³⁷, ainsi que les décisions effectivement fondées sur les articles 2 et 3

¹³³ M. LUCIANI, « L'interprete della Costituzione rispetto al rapporto fatto-valore. Il testo costituzionale nella sua dimensione diacronica », *Diritto e società*, 2009, p. 1 et s. ; F. LANCHESTER, *La costituzione tra elasticità e rottura*, Giuffrè, 2011, *passim*. Sur l'influence du droit civil sur la Constitution v. S. PATTI, « La cultura del diritto civile e la Costituzione », *Riv. crit. dir. priv.*, 1999, p. 191 et s.

¹³⁴ M. BARCELONA, *Clausole generali e giustizia contrattuale*, *op.cit.*, *passim*; R. ROLLI, *Il diritto privato nella società 4.0*, Cedam, 2018, p. 137 et s. ; R. ALESSI, « Diritto europeo dei contratti e regole dello scambio », *Eur. dir. priv.*, 2000, p. 967 et s. ; L. NIVARRA, « Dalla "crisi" all'"eclissi": ovvero, da un paradigma all'altro », *Eur. dir. priv.*, 2017, p. 808 et s.

¹³⁵ La réglementation de certains contrats spéciaux a conduit des auteurs à parler de crise du contrat déjà à partir de la moitié du dernier siècle, v. H. BATIFFOL, « La "crise du contrat" et sa portée », dans *Archives de philosophie du droit*, t. XIII, Sirey, 1968, p. 13 et s. ; F. TERRÉ, PH. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, *op. cit.*, p. 43.

¹³⁶ Concernant le droit italien v. M. BARBERA, « I lavoratori subordinati e le organizzazioni collettive », dans L. NIVARRA (dir.), *Gli anni Settanta del diritto privato*, Giuffrè, 2006, p. 315 et s.

¹³⁷ Concernant le droit italien, v. F. PADOVINI, « I locatari », dans L. NIVARRA (dir.), *Gli anni Settanta del diritto privato*, Giuffrè, 2006, p. 443 et s.

de la Constitution, étaient le résultat d'un choix politique qui se posait en opposition à l'approche libérale classique. À travers ces lois, il n'était pas question de permettre au mécanisme concurrentiel de se déployer correctement, mais de réaliser une distribution différente des ressources par rapport à celle qui aurait été le résultat de la négociation. Ces normes étaient le résultat d'un conflit social, lors duquel la conception libérale était questionnée et disputée par une autre¹³⁸. En revanche, la réglementation européenne pose comme objectif la réalisation et la protection du marché concurrentiel¹³⁹. Elle vise à éliminer les entraves à la concurrence et à intervenir sur les contrats qui, en raison de *market failures*¹⁴⁰, ne permettent pas la meilleure allocation possible des ressources. Par conséquent, les *rationes* et les finalités de ces deux typologies d'interventions dans le contrat, bien que toutes les deux se démarquent de la conception classique, sont différentes. Ces évolutions ne peuvent donc pas être considérées comme un phénomène continu, mettant en cause l'autonomie de la volonté ; au contraire, il est nécessaire de marquer la rupture qui intervient entre elles et de les reconstruire selon leur rationalité.

2) Théories contemporaines et rôles de la cause et de la *meritevolezza*

52. Les applications de la cause ont évolué au fil des années et ont subi une véritable transformation vers la fin du XX^e et le début du XXI^e siècle : le renouveau de la cause en France et le développement de la cause concrète en Italie ont préparé le terrain pour les applications contemporaines. Les transformations théoriques analysées précédemment ont impliqué une approche nouvelle du contrôle du contrat par le juge et, donc, aussi des utilisations de la cause. Il convient de constater que ces transformations n'ont pas été déterminées par une innovation normative, mais

¹³⁸ L. NIVARRA, *Diritto privato e capitalismo*, op. cit., p. 26 et s.

¹³⁹ J. ROCHFELD, « De la confiance du consommateur ou du basculement d'un droit de la protection de la partie faible à un droit de régulation du marché », dans *Approche critique du vocabulaire juridique européen : la confiance*, *Les Petites affiches* 16 février 2009, chron. 21.

¹⁴⁰ Les normes européennes ont été inspirées aussi par les fondements théoriques de l'analyse économique du droit, comme il ressort de la prise en considérations des *markets failures*. Sur les notions fondamentales de l'analyse économique du droit, v. R. COOTER et TH. ULEN, *Law and Economics*, Berkeley Law, 6^e éd., 2016 ; A. T. KRONMAN et R. A. POSNER, *The Economics of Contract Law*, Little, Brown & Cie, 1979.

par une jurisprudence innovante : l'interprétation des articles des Codes a évolué, en prenant en considération d'autres paramètres et en poursuivant des buts nouveaux.

53. *Le « renouveau de la cause »*. - En France, cette période d'innovation et d'expérimentation jurisprudentielle, qui a précédé des transformations législatives, a été qualifiée de « renouveau de la cause ». Il ne s'agit pas de ressasser cette période, ni toutes les analyses qui en ont été proposées en doctrine ; pour les besoins de notre démonstration, il est en revanche nécessaire d'examiner les apports des arrêts marquant le renouveau de la cause et d'en déceler la rationalité. Nous nous efforcerons d'établir qu'elles découlent de la conception nouvelle du contrat que nous avons dégagée.

Les origines théoriques de ce mouvement, qui a complètement modifié la conception de la notion de cause et a été à la base des applications les plus récentes de la cause, puis des normes issues de la réforme de 2016, peuvent être retracées à partir des nouvelles conceptions du contrat et de la fonction du droit privé qui ont été exposées plus haut. Pour cela, il s'agit d'analyser les apports de la jurisprudence qui ont conduit à renouveler la notion de la cause. Schématiquement, trois étapes jurisprudentielles peuvent être identifiées comme points nodaux de cette transformation : les litiges concernant les clauses de réclamation, l'arrêt *Chronopost*¹⁴¹ et l'arrêt *Point Club vidéo*¹⁴². Les faits à la base de ces affaires sont bien connus, ainsi que leurs diverses interprétations doctrinales. Nous nous concentrerons sur les racines de ces décisions, la rationalité dont elles sont porteuses et les changements qu'elles impliquent par rapport au contrôle du contrat.

¹⁴¹ Cass. com. 22 oct. 1996, n° 93-18.632, in *Bull. civ.*, IV, n° 261 ; *D.*, 1997, somm. 175, obs. Delebecque ; *RTD civ.*, 1997, p. 418, obs. J. Mestre ; *D.*, 1997, p. 121, note A. Sériaux ; *JCP G.*, 1997, I, p. 4002, obs. M. Fabre-Magnan ; *CCC*, 1997, comm. 24, obs. L. Leveneur ; *Defrénois*, 1997, art. 36516, p. 333, obs. D. Mazeaud ; *D. Affaire*, 1997, chron. 235 comm. D. Delebecque ; *D.*, 1997, chron. 145, comm. D. Larroumet.

¹⁴² Cass. 1^{re} civ., 3 juill. 1996, n° 94-14.800, *Bull. civ.* I, n° 286, *D.*, 1997, p. 500 note Reigné ; *RTD civ.*, 1996, p. 901, obs. Mestre ; *RTD com*, 1997, p. 308, obs. B. Bouloc ; *Defrénois*, 1997, p. 336, obs. D. Mazeaud.

54. *Le contentieux des clauses de réclamation.* - Les clauses de réclamation modifient la structure du contrat d'assurance, en liant la couverture prévue par la police au moment où la requête indemnitaire a été formulée plutôt qu'à la vérification du sinistre.

Ces clauses, élaborées dans les contrats anglo-saxons, se sont diffusées car elles permettent aux assureurs d'évaluer d'une façon plus certaine les risques auxquels ils sont exposés. En même temps, elles ont des effets désavantageux pour l'assuré (et aussi pour les tiers), car elles causent des vides de couverture. La diffusion de ces clauses, surtout dans le cadre de l'assurance de responsabilité civile, a occasionné des nombreuses querelles jurisprudentielles quant à leur validité. Après quelques décisions qui les avaient considérées valides¹⁴³, la jurisprudence les a constamment jugées nulles pour absence de cause¹⁴⁴. Cette solution a été confirmée par rapport aux clauses de garantie subséquente¹⁴⁵ et aux clauses qui ne tombent pas dans le champ d'application de la loi du 4 mars 2002¹⁴⁶. Ensuite, l'article 80 de la loi du 1^{er} août 2003 (loi de sécurité financière) a fixé le champ et le contenu minimum des clauses de réclamation licites¹⁴⁷.

¹⁴³ Cass. 1^{re} civ., 29 novembre 1978, *Bull. civ.*, I, n° 366.

¹⁴⁴ Y. LAMBERT-FAIVRE et L. LEVENEUR, « La durée de la garantie dans les assurances de responsabilité : fondement et portée de la nullité des clauses "réclamation de la victime" », *D.*, 1993, p. 13. La Cour de cassation a en fait affirmé que : « *le versement des primes pour la période qui se situe entre la prise d'effet du contrat d'assurance et son expiration a pour contrepartie nécessaire la garantie des dommages qui trouvent leur origine dans un fait qui s'est produit pendant cette période ; que la stipulation de la police selon laquelle le dommage n'est garanti que si la réclamation de la victime, en tout état de cause nécessaire à la mise en œuvre de l'assurance de responsabilité, a été formulée au cours de la période de validité du contrat, aboutit à priver l'assuré du bénéfice de l'assurance en raison d'un fait qui ne lui est pas imputable et à créer un avantage illicite comme dépourvu de cause au profit du seul assureur qui aurait alors perçu des primes sans contrepartie ; que cette stipulation doit en conséquence être réputée non écrite* ». Cass. civ. 1^{re}, 19 décembre 1990, (7 arrêts), *Bull. civ.*, I, n° 303.

¹⁴⁵ Y. LAMBERT-FAIVRE et L. LEVENEUR, *Droit des assurances*, Dalloz, p. 511.

¹⁴⁶ J. BIGOT, J. KULLMANN et L. MAYAUX, *Les assurances des dommages*, L.G.D.J., 2017 p. 608 et s.

¹⁴⁷ L. MAYAUX, « La durée de la garantie en assurances de responsabilité depuis la loi de sécurité financière du 1^{er} août 2003, les rayons et les ombres », *Rec. gén. droit ass.*, 2003, p. 647 et s. ; « La validité des clauses "de réclamation" dans les contrats d'assurances de responsabilité en droit français », *Rev. Lamy droit civ.*, 2005, juillet-août, p. 57 et s. ; G. COURTIEU, « Assurance de responsabilité, durée de la garantie : la nouvelle donne », *Resp. civ. ass.*, 2003, XII, chronique 30.

55. *Les innovations portées par cette jurisprudence.* - La jurisprudence en matière de clauses de réclamation fut très innovante pour plusieurs raisons. D'abord, elle a fait application de la cause afin de sanctionner ces clauses, ce qui était une véritable nouveauté. Alors que la doctrine et la jurisprudence, sauf quelques rares exceptions, considèrent que la cause de l'obligation est objective (donc, chaque clause n'a pas une cause propre), l'utilisation de la cause dans le contentieux des clauses de réclamation implique d'évaluer comment ce type de clause affecte la structure du contrat et l'échange concrètement réalisé. Nous souhaitons mettre en évidence que la clause de réclamation n'élimine pas la cause de l'obligation de payer la prime : même si la couverture qui en résulte est réduite, elle est toutefois présente. Cette jurisprudence implique pourtant une évaluation de la légitimité de cette affectation de la cause de l'obligation de l'assuré par rapport à ce qu'il reçoit de l'assureur. En d'autres termes, le contrôle effectué est celui de la proportionnalité de l'engagement des parties et celui de l'acceptabilité de la disproportion créée par la clause de réclamation. En réalité, dans les cas examinés, la contrepartie n'est pas absente, mais simplement moins consistante par rapport aux polices rédigées selon le modèle *loss occurrence*. Cette considération a été le fondement de plusieurs critiques : la jurisprudence de la Cour de cassation ne prend pas en considération tous les éléments qui devraient fonder le jugement sur le déséquilibre ; spécialement, elle ne tient pas compte du fait que, dans le cas des polices *claims made*, la prime est habituellement calculée aussi par rapport à l'étendue moins importante de la couverture¹⁴⁸.

Il nous paraît que ces innovations dans l'utilisation jurisprudentielle de la cause ont été possibles et influencées par la fin du dogme de l'autonomie de la volonté et, donc, de l'immuabilité de ce qui a été convenu par les parties. La prise en considération du contexte dans lequel le contrat a été conclu et, donc, de l'asymétrie entre les parties et du caractère imposé de ces clauses, ont permis de déconstruire la présomption de validité de ces clauses.

¹⁴⁸ J. BIGOT, J. KULLMANN et L. MAYAUX, *Les assurances des dommages*, op. cit., p. 605 et s.

56. *L'arrêt Chronopost*. - L'arrêt *Chronopost*¹⁴⁹ marque un tournant décisif dans le renouveau de la cause : dans ce cas très connu, il s'agissait d'évaluer la validité d'une clause de limitation de responsabilité stipulée dans un contrat de transport à court terme. La Cour de cassation sanctionne la clause, en construisant son argumentation sur l'article 1131 ancien du Code civil. L'arrêt consolide l'extension de l'appréciation et de l'application de la cause aux clauses du contrat : afin d'évaluer l'existence d'une contrepartie, il est nécessaire d'évaluer les effets des clauses sur l'obligation principale. Dans cette perspective, même une clause qui ne concerne pas directement l'objet de l'obligation peut affecter la cause et, ainsi, être jugée nulle.

En outre, cette évaluation est effectuée *in concreto*. La Cour de cassation ne prend pas en considération le modèle contractuel, mais l'accord spécifique conclu par les parties et les objectifs poursuivis par celles-ci à travers le contrat. Cette approche a permis de considérer que l'obligation fondamentale du transporteur ne se bornait pas à la livraison du bien - qui a eu lieu -, mais intégrait aussi la livraison dans le terme agréé¹⁵⁰. Nous souhaitons mettre en lumière que cette conclusion n'est pas le résultat d'une interprétation subjective, qui prend en considération les mobiles des parties, mais d'une analyse objective¹⁵¹ du contrat en tant qu'opération économique¹⁵², en tant qu'échange évalué par rapport à ce qui a été convenu. Dans cette logique, la livraison dans le délai prévu est considérée comme une obligation essentielle, et son élision à travers la clause de limitation de responsabilité est perçue comme une suppression de la cause. En d'autres termes, comme la livraison dans le délai prévu intégrait la cause du paiement du prix par l'expéditeur, la clause de limitation de responsabilité privait quasiment de conséquences l'inexécution de l'obligation de livraison et devait donc être réputée non écrite¹⁵³.

¹⁴⁹ Cass. com. 22 oct. 1996, n° 93-18.632, précité.

¹⁵⁰ J.-M. GUÉGUEN, « Le renouveau de la cause en tant qu'instrument de la justice contractuelle », *D.*, 1999, chron. 352, n° 12.

¹⁵¹ P. LOKIEC, *Contrat et pouvoir*, L.G.D.J., 2004, p. 148.

¹⁵² J. GHESTIN, *Cause de l'engagement et validité du contrat*, *op. cit.*, p. 195-196.

¹⁵³ Sur les évolutions concernant les clauses limitatives de réparation v. D. MAZEAUD, « Clauses limitatives de réparation : les quatre saisons », *D.*, 2008, p. 1776 et s.

57. *Cause et proportionnalité.* - Comme il a été mis en lumière par rapport à la jurisprudence portant sur les clauses de réclamation, le fait d'évaluer comment la clause affecte la cause de l'obligation implique un changement de paramètre d'évaluation du niveau d'affectation de la cause. En réalité, même dans le cas de la clause limitative de responsabilité, la contrepartie du paiement de la livraison est affectée par la clause, mais n'est pas éliminée. Dans ce cas, la Cour de cassation sanctionne la limitation de la proportionnalité des engagements des parties¹⁵⁴. Il nous semble nécessaire de mettre en exergue le passage logique innovant relatif à l'appréciation de la cause : on examine le contrat *in concreto*, en évaluant l'opération économique. Cela implique qu'on considère comme obligation essentielle du transporteur, pour laquelle l'expéditeur paye le prix, non seulement la livraison, mais aussi la livraison dans le délai convenu. La clause de limitation prive de contrepartie l'engagement car elle rend sans conséquences l'inexécution de l'obligation du transporteur¹⁵⁵. En raison de ce nouveau contrôle de la rationalité de l'accord, une partie de la doctrine a affirmé que l'arrêt *Chronopost* établissait une « police des contrats », qui limiterait la liberté des parties¹⁵⁶.

58. *Une approche fonctionnaliste.* - D'un autre point de vue, il faut souligner que, bien que la cause soit toujours évaluée par rapport à l'obligation, c'est la clause qui est frappée de nullité. En revanche, le contrat, modifié, reste valide et de plein effet¹⁵⁷. Une approche fonctionnaliste est adoptée, qui vise en même temps la conservation de l'accord et la suppression d'un élément perçu comme irrationnel par rapport à l'échange programmé¹⁵⁸.

¹⁵⁴ R. SEFTON-GREEN, *La notion d'obligation fondamentale : comparaison franco-anglaise*, th. Paris, 1997, p. 330.

¹⁵⁵ J. GHESTIN, *Cause de l'engagement*, *op. cit.*, p. 190 ; D. MAZEAUD, obs. sous Cass. com. 22 oct. 1996, n° 93-18.632, *Défrenois*, 1997, art. 36516, p. 333.

¹⁵⁶ H. CAPITANT, F. TERRÉ et Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t. 2, *Obligations, Contrats spéciaux, Sûretés*, Dalloz, 2000, p. 155.

¹⁵⁷ L. FIN-LANGER, *L'équilibre contractuel*, L.G.D.J., 2002, p. 312-313.

¹⁵⁸ J. GHESTIN, *Cause de l'engagement*, *op. cit.*, p. 184-186. G. ROUHETTE, *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, th. Paris, 1965, t. 1, p. 463-464 avait mis en évidence qu'une clause apparemment marginale peut affecter l'obligation essentielle.

59. *Les influences à la base de l'arrêt.* - Deux autres aspects méritent d'être soulignés : d'un côté, la décision de la Cour de cassation est clairement influencée par le fait que le contrat était un contrat d'adhésion, imposé par le transporteur et non négocié par les clients¹⁵⁹. De l'autre, l'influence du droit de la consommation et, en particulier, l'approche de la directive sur les clauses abusives¹⁶⁰ et de la loi de transposition du 1^{er} février 1995, est évidente. Cette « contamination » montre que la rationalité d'un droit spécial peut influencer et modifier l'application d'une règle centrale du droit commun, comme la cause. En outre, cela démontre que même des clauses qui ne concerneraient pas directement l'objet du contrat peuvent affecter la cause.

Ces considérations ont été confirmées par la jurisprudence ultérieure : dans l'arrêt *Faurecia II*¹⁶¹, dans le même sillage que l'arrêt *Faurecia I*, la Cour de cassation a affirmé que les clauses limitatives de responsabilité ne doivent pas être considérées comme automatiquement nulles. Par contre, il faut évaluer si la limitation de responsabilité rend illusoire la contrepartie et, comme il ressort du raisonnement de la Cour, pour cette évaluation il est déterminant que le contrat ait été négocié ou pas et, donc, que la clause n'ait pas été imposée¹⁶².

60. *L'arrêt Point-club vidéo.* - L'arrêt *Point-club vidéo*¹⁶³ constitue une autre étape du renouveau de la cause. Il partage avec la jurisprudence susmentionnée le terrain de l'appréciation de la cause ; toutefois, il s'en démarque quant au caractère du contrôle.

¹⁵⁹ J. GHESTIN, *Cause de l'engagement*, *op. cit.*, p. 186.

¹⁶⁰ *Ibid.*, p. 180, 186, 195. Dans une perspective critique, H. CAPITANT, F. TERRÉ et Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t. 2, *op. cit.*, p. 155 et s.

¹⁶¹ Cass. com., 29 juin 2010, n° 09-11.841, *Bull. civ. IV*, n° 115 ; *D.*, 2010, p. 1832, note D. Mazeaud ; *JCP G*, 2010, n° 8, p. 787, note D. Houtcieff ; *JCP E*, 2010, p. 1790, note Ph. Stoffel-Munck ; *RDC*, 2010, p. 1220, obs. Y.-M. Laithier ; *RTD civ.*, 2010, p. 555, obs. B. Fages. V. aussi Cass. com., 9 juin 2009, n° 08-10.350, *RDC*, 2009, p. 1359, obs. D. Mazeaud ; Cass. com., 30 mai 2006, n° 04-14.974, *Chronopost 5*, *Bull. civ. IV*, n° 132 ; *D.*, 2006, p. 2288, note D. Mazeaud ; *AJ*, 2006, p. 1599, obs. Delpech ; *D.*, 2006, pan. 2638, obs. et s. Amrani-Mekki et Fauvarque-Cosson ; *D.*, 2007, pan. 111, obs. Kenfack ; *RDC*, 2006, p. 1075, obs. Y.-M. Laithier ; in *RDC*, 2006, p. 1224, obs. Carval.

¹⁶² J. ROCHFELD, v. *Cause*, *op. cit.*, n° 54.

¹⁶³ Cass. 1^{re} civ., 3 juill. 1996, n° 94-14.800, précité.

D'un côté, il faut souligner que la Cour de cassation évalue la cause dans la dynamique concrète de l'échange. Le contrôle ne se limite pas à la constatation de l'existence d'une contrepartie ; on prend en considération ce qui a été spécifiquement convenu par les contractants. En outre, il ressort que le raisonnement de la Cour a été influencé par la disparité remarquable entre les parties, qui faisait en sorte que le loueur des cassettes n'était pas en mesure d'évaluer les possibilités de succès de l'activité entrepreneuriale.

61. *La subjectivation de la cause.* - De l'autre côté, la Cour de cassation adopte une conception subjective de la cause¹⁶⁴. Les mobiles des parties et, en particulier, la recherche d'un profit sont pris en compte dans l'évaluation de l'existence de la cause. Une fois constatée l'absence de rentabilité du contrat pour un contractant, la Cour statue dans le sens de la nullité de l'accord. Cette jurisprudence étend le contrôle au-delà de l'échange, qui était pourtant effectif (location des cassettes contre le prix de la location). Cette opération est contestable, non seulement en raison de l'insécurité à laquelle elle donne lieu, mais aussi parce qu'elle semble mêler cause et vices du consentement. En outre, il nous semble que le contrôle de rationalité de l'engagement, qui reçoit sa validation par la dynamique de marché, doit être effectué par rapport à l'échange réalisé et non aux mobiles de l'une des parties¹⁶⁵. L'arrêt *Point club vidéo* substitue au rapport objectif de marché l'évaluation de la valeur d'usage de la prestation pour l'une des parties, alors que la rentabilité de l'exploitation du commerce n'avait fait l'objet d'aucun engagement des parties (on ne pourrait même pas arguer qu'elle était entrée dans le champ contractuel).

¹⁶⁴ D. MAZEAUD, « Les nouveaux instruments de l'équilibre contractuel. Ne risque-t-on pas d'aller trop loin ? », dans CH. JAMIN et D. MAZEAUD (dir.), *La nouvelle crise du contrat*, L.G.D.J., 2003, p. 143.

¹⁶⁵ Plus en général, sur le rôle des mobiles et la subjectivation de la cause v. l'analyse de TH. GENICON, « Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé », dans W. DROSS ET TH. FAVARIO (dir.), *Un ordre juridique nouveau ? Dialogues avec Louis Josserand*, Mare & Martin, 2014, p. 202 et s. ; J. ROCHFELD, « Les techniques de prise en considération des motifs dans le contrat en droit français », *RDC*, 2013, p. 1601 et s.

Aussi, en raison de ces ambiguïtés, la jurisprudence *Point club vidéo* sera abandonnée par la tendance jurisprudentielle qui a suivi.

62. *Le contexte nouveau d'évaluation de la cause.* - Au-delà des différences entre les décisions, nous souhaitons insister sur leur point commun : les applications de la cause qu'elles ont consacrées auraient été inconcevables sur la base de l'approche classique. Il est vrai que le cadre théorique concernant le contrat et l'autonomie privée dans lequel s'est développé le renouveau de la cause est différent. D'abord, les obligations du contrat sont évaluées *in concreto* ; ensuite, les asymétries informationnelles et de pouvoir contractuel entre les parties ont une importance dans la décision ; enfin, lorsque le dispositif marchand n'a pas pu fonctionner correctement lors de la détermination du contenu du contrat, le seuil pour considérer la cause absente est inférieur.

Nonobstant l'absence de vices de la volonté et la subsistance, au moins formelle, de contreparties, la cause est jugée absente. En réalité, ce qui est sanctionné est l'irrationalité, soit d'un contrat, soit d'une clause, inadéquat par rapport aux buts de l'opération économique et qui n'ont pas été librement négociés par les contractants, mais imposés par la partie forte.

63. *Les évolutions de la cause en Italie.* - En Italie aussi, on a assisté à une évolution de la cause dans le temps. Les racines de cette transformation sont au moins partiellement différentes car, comme nous l'avons souligné, après le Code de 1942 la notion de cause était liée à la conception de l'ordre socio-économique fasciste. L'instrumentalisation du contrat par rapport à l'ordre corporatif avait imposé une notion de cause comme fonction économique-sociale de l'accord et, donc, l'évaluation de l'utilité de celui-ci pour la société. La notion de *meritevolezza* des contrats atypiques répondait à la même logique : en fait, le Code civil italien est le seul à prévoir une telle condition de validité du contrat. Après la Libération, la réaction des juristes privatistes, ayant recours à une interprétation formaliste et dogmatique de l'ordre juridique, attachée aux principes libéraux classiques, avait impliqué une forme d'abolition de la notion de *meritevolezza* d'un point de vue

juridique et la limitation de l'application de la cause. Cette perspective s'est modifiée en plusieurs étapes, dont il convient d'esquisser les traits fondamentaux.

64. *La cause comme fonction économique-individuelle.* - Le premier est le renouvellement de l'interprétation de la cause par M. G. B. Ferri, qui, s'inscrivant dans le sillage du libéralisme classique, propose de considérer la cause comme fonction économique-individuelle du contrat¹⁶⁶. Cette construction vise à dépasser la conception de la cause en tant qu'outil de contrôle du contrat par rapport à un paradigme de socialisation extérieur à l'opération économique, ultérieur à celui de la licéité. L'auteur affirme que la cause exprime la dimension fonctionnelle du contrat, mais qu'elle doit être évaluée par rapport aux intérêts des contractants ; la cause, libérée des connotations dirigistes, vise à contrôler que l'accord respecte les buts de l'ordre juridique. Ce contrôle ne doit pas, par conséquent, assujettir l'autonomie privée à des finalités sociales *lato sensu*. Dans cette logique, l'attention des interprètes est axée sur l'opération spécifique réalisée à travers le contrat, analysée par rapport aux principes libéraux propres du système¹⁶⁷.

65. *Les implications de cette théorie.* - La conception de la cause comme fonction économique-individuelle a, en premier lieu, permis d'abandonner une interprétation dirigiste. Toutefois, en second lieu, elle a revêtu une importance opérationnelle limitée, la pratique ayant montré que ce contrôle reste presque borné à celui de la licéité¹⁶⁸. L'étape suivante, qui permet une utilisation plus ample de la cause et de la *meritevolezza*, est déterminée par l'élaboration de la notion de cause concrète. Cette notion, à laquelle il est aussi fait référence comme cause *in concreto* (nonobstant les distinctions mises en lumière par la doctrine¹⁶⁹), construite sur la base de la conception de la cause comme fonction économique-individuelle, fournit

¹⁶⁶ G. B. FERRI, *Causa e tipo del negozio giuridico, op.cit.*

¹⁶⁷ Dans cette perspective, par exemple, la cause a été interprétée dans les jugements qui ont retenu la validité du contrat autonome de garantie. Sur ce sujet v. E. NAVARRETTA, *Il contratto autonomo di garanzia*, dans G. GITTI, M. MAUGERI et M. NOTARI (dir.), *I contratti per l'impresa*, I, Il Mulino, 2012, p. 560 et s.

¹⁶⁸ E. NAVARRETTA, *Sub art. 1343*, dans *Comm. Gabrielli*, Utet, 2011, p. 596-599.

¹⁶⁹ R. ROLLI, *Causa in astratto e causa in concreto, op. cit.*, p. 82.

le cadre théorique à l'intérieur duquel la jurisprudence fait aujourd'hui application de la cause.

66. *La cause concrète.* - D'un côté, la cause concrète renforce le processus en cours, en permettant de dépasser la logique de typisation et détachant définitivement le contrôle sur le fondement de la cause de celui concernant le type. L'objet de l'analyse est, désormais, le contrat effectivement conclu par les parties, pris en considération dans son contexte. L'analyse ne se résout pas à la vérification des éléments normativement prévus par la loi, mais prend en considération le contrat en tant qu'instrument de réalisation d'un échange spécifique¹⁷⁰.

Afin d'éviter d'éventuelles ambiguïtés terminologiques, il faut souligner que la notion de cause concrète en droit italien se différencie de celle retenue en droit français. Cette dernière notion, en fait, est normalement superposée à celle de cause subjective et implique la prise en compte des mobiles individuels qui ont poussé les parties à contracter, indépendamment de la structure objective de l'opération économique. La concrétisation du contrôle comporte donc une analyse de l'utilité et de l'intérêt subjectif que chaque partie a envers la contrepartie. La première, en revanche, est une notion opposée à celle de cause abstraite, et est conçue comme la raison spécifique qui justifie chaque contrat, dégagée par l'analyse de ce qui a été convenu par les parties.

67. *La consécration jurisprudentielle de la cause concrète.* - La cause concrète trouve sa consécration jurisprudentielle dans un célèbre arrêt de 2006, où l'on affirme que la cause est : « *la synthèse (et donc raison concrète) de la dynamique contractuelle, et non aussi de la volonté des parties. Cause, encore inscrite dans l'orbite de la dimension fonctionnelle de l'acte, mais cette fois, fonction individuelle du contrat individuel et spécifique, indépendamment du*

¹⁷⁰ Cass., ord., 8 febbraio 2019, n. 3863, in *Banca dati Pluris* ; Cass., ord., 9 marzo 2018, n. 5825; Cass., ord., 4 maggio 2018, n. 10752, *Fallimento*, 2018, p. 972, note L.A. Bottai ; Cass., ord., 9 giugno 2017, n. 14444, *Fallimento*, 2018, p. 62, note I.L. Nocera; Cass., 17 ottobre 2014, n. 22045, *Fallimento*, 2015, p. 435, note P. Vella ; Cass., sez. un., 23 gennaio 2013, n. 1521, *Fallimento*, 2013, p. 149, note Fabiani.

stéréotype abstrait [...] »¹⁷¹. Cette définition projette la cause dans sa dimension dynamique¹⁷², car en concevant la cause dans une perspective fonctionnelle, en tant qu'outil d'évaluation du contrat de la part du juge, elle conduit le juge à évaluer les résultats poursuivis à travers l'opération économique. Il faut pourtant tourner notre attention vers les fonctions de ce contrôle et les paramètres qu'il faut adopter dans sa réalisation.

La cause concrète devient un outil qui protège les choix et les intérêts des parties¹⁷³, visant à faire en sorte qu'à travers les contrats soient poursuivis des intérêts compatibles avec l'ordre juridique¹⁷⁴. Cette considération mérite d'être approfondie, afin d'éviter les simplifications paternalistes ou volontaristes dont elle a quelques fois fait l'objet.

68. *Le cadre du contrôle*. - Nous souhaitons mettre en lumière que, si le contrôle de l'adéquation du contrat à des intérêts sociaux est abandonné, il n'est pourtant pas vrai que la fonction de protection et le paramètre de celle-là se résument aux intérêts des parties¹⁷⁵. Il nous semble que la différence substantielle entre la cause comme conçue par le législateur de 1942 et la cause concrète consacrée par la jurisprudence depuis 2006 ne réside pas dans l'existence d'un paramètre extérieur à l'accord des parties afin de juger de la validité du contrat. Selon nous, elle réside dans la nature de ce paradigme et dans le rapport que celui-ci entretient avec l'ordre du marché et avec le rôle de la volonté des parties par rapport aux finalités de l'ordre juridique. La différence réside dans le paramètre adopté, car il reprend la logique libérale et non celle corporative.

69. *Le paradigme du contrôle*. - L'ordre juridique libéral conçoit l'accord comme étant le meilleur moyen afin de poursuivre l'intérêt général, et la libre négociation comme instrument afin d'atteindre la meilleure allocation des

¹⁷¹ Cass., 8 maggio 2006, n. 10490, *Corr. giur.*, 2006, p. 1718, note F. Rolfi.

¹⁷² A. CATAUDELLA, *I contratti. Parte generale*, Giappichelli, 2000, p. 21.

¹⁷³ E. NAVARRETTA, *La causa e le prestazioni isolate*, Giuffrè, 2000, p. 236 et s. ; C. ANGELICI, *Alla ricerca del « derivato »*, Giuffrè, 2016, p. 129.

¹⁷⁴ G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, *op. cit.*, p. 192.

¹⁷⁵ R. ROLLI, *Causa in astratto e causa in concreto*, *op. cit.*, p. 93.

ressources. Ce qui est usuellement oublié, et qu'il faut donc rappeler, est qu'on considère que le contrat reflète et respecte les intérêts des parties seulement dans la mesure où il est socialement intelligible ; et il l'est seulement dans la mesure où il respecte la logique de l'échange¹⁷⁶ sur un marché concurrentiel. Le rapport entre l'acte d'autonomie et l'ordre juridique, par conséquent, n'est pas un rapport de limitation, mais un rapport d'implémentation. On considère que l'autonomie peut se déployer correctement et que le résultat, c'est-à-dire le contrat, doit être protégé juridiquement seulement si ce résultat est socialement intelligible, c'est-à-dire qu'il est rationnel selon le paradigme de l'ordre concurrentiel. C'est dans cette perspective qu'il faut appréhender le problème de la cause et l'historicité du paradigme de son évaluation qui, par conséquent, change dans le temps, aussi en raison de l'évolution du système juridique. Le paradigme de rationalité par rapport auquel ce contrôle est exercé est modifié sur la base des évolutions dont nous avons esquissé les traits fondamentaux. Dans cette perspective, la notion de cause concrète permet d'exercer un nouveau contrôle du contrat, fondé sur la conception nouvelle de la rationalité du système : la cause concrète assume la valeur opérationnelle dont la cause en tant que fonction économique-individuelle était dépourvue.

70. Ainsi clarifiés les soubassements théoriques du champ de notre analyse, il faudra mettre en évidence le paradigme et la rationalité de ce contrôle en droit contemporain, ce qui doit être fait à travers l'analyse de la jurisprudence et des interprétations de la doctrine¹⁷⁷.

¹⁷⁶ M. BARCELLONA, *Della causa*, Cedam, 2015, p. 143 et s.

¹⁷⁷ Dans la partie II, nous examinerons les contrôles réalisés en droit contemporain en Italie et en France sur le fondement de la cause et de la *meritevolezza* et des règles nouvelles portant sur le « contenu du contrat ».

3) Dépassement de la cause au profit de contrôles fondés sur le « contenu du contrat »

71. *La réforme du Code civil.* - Après une gestation de plusieurs années, le législateur français a réformé en profondeur le droit commun des contrats du Code civil. Avec l'ordonnance du 10 février 2016, suivie par la loi de ratification du 20 avril 2018, le droit des contrats (ainsi que le régime général et la preuve des obligations) a fait l'objet d'une réécriture d'ensemble. La cause a été la victime illustre de cette réforme. Cependant, comme la doctrine majoritaire le reconnaît (et déjà aussi la jurisprudence), il s'agit d'une révolution principalement terminologique, parce que le contrôle exercé sur le fondement de la notion de cause a été maintenu¹⁷⁸. Cette considération, que nous partageons, sera examinée plus en détail dans la partie II. Ici, il convient de mettre en évidence la transformation des concepts mobilisés et la rationalité portée par cette réforme.

72. *Les motivations de la réforme.* - Les raisons qui sont à la base de la réforme, ainsi que les finalités poursuivies par le législateur, sont martelées dans le « Rapport de présentation au Président de la République » : nécessité d'une mise à jour du Code, d'une simplification, et d'un regain d'attractivité du droit des contrats. Concernant ce dernier aspect, la référence aux rapports *Doing Business* de la Banque Mondiale, qui ont dans le passé fait l'objet de vives critiques, est fort instructive afin de comprendre le contexte dans lequel le législateur a réfléchi au droit privé et à ses fonctions. L'objectif d'attractivité et d'efficacité du droit encadre la réflexion, mettant en exergue une approche marchande des normes et des résultats que celles-ci emportent.

¹⁷⁸ O. DESHAYES, TH. GENICON et Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, LexisNexis, 2018, p. 327 et s. ; G. WICKER, « La suppression de la cause par le projet d'ordonnance : la chose sans le mot ? », *D.*, 2015, p. 1557 ; PH. SIMLER, *Commentaire de la réforme du droit des contrats et des obligations*, L.G.D.J., 2016, p. 26-27 ; G B. FERRI, « “Une cause qui ne dit pas son nom”. Il problema della causa del contratto e la riforma del terzo libro del “Code civil” », *Riv. dir. comm.*, 2017, p. 1 et s.

Dans cette perspective, la cause, considérée comme une notion obscure, floue et source d'imprévisibilité, a été éliminée du Code. En même temps, les contrôles du contrat, qui étaient effectués sur le fondement de cette notion, ont été maintenus. La notion de « contenu du contrat », qui nous semble grandement synthétiser celles d'objet et de cause, autorise en réalité un contrôle plutôt intrusif, sur le fondement de règles employant une terminologie a-technique et des notions floues, dont il est nécessaire d'interpréter la portée normative.

73. *Les normes nouvelles.* - L'article 1162 du Code civil peut être utilisé afin d'effectuer le même contrôle que celui effectué traditionnellement sur le fondement de la cause du contrat, c'est-à-dire le contrôle de licéité de l'accord.

Les articles 1168 à 1170 du Code civil semblent quant à eux reproduire l'état de la jurisprudence dominante avant la réforme. L'article 1168 du Code civil clarifie le principe libéral classique selon lequel les parties sont les meilleurs juges de la valeur de l'obligation, de sorte que la lésion n'est pas une cause de nullité du contrat. L'article 1169 du Code civil, prévoyant la nullité d'un contrat renfermant une contrepartie dérisoire ou illusoire, rappelle la jurisprudence sur l'existence de la cause de l'obligation. En outre, l'article 1170 du Code civil affirme que « *toute clause qui prive de sa substance l'obligation essentielle du débiteur est réputée non écrite* ». La proximité avec la jurisprudence *Chronopost*, et donc avec la perspective objective qui analyse le rapport entre les prestations et non les mobiles des parties, est marquée. L'analyse plus détaillée de la réforme, de la jurisprudence et de la doctrine permettra de démontrer ce propos.

74. *Le périmètre de la problématique.* - Pourtant, le sujet du débat n'est pas vraiment la permanence du contrôle du contenu du contrat qui était exercé sur le fondement de la cause, mais plutôt l'étendue du contrôle et les éléments et critères qui sont à prendre en considération, ainsi que la rationalité du système. Par conséquent, il nous semble que, même après la réforme et la mort textuelle de la cause, la problématique demeure intacte et actuelle. D'autant plus que la véritable nouveauté introduite par la réforme est la fragmentation entre contrat de gré à gré

et contrat d'adhésion, et le contrôle prévu par l'article 1171 du Code civil. Dès lors que l'appréciation du déséquilibre ne peut porter ni sur l'objet principal, ni sur le prix, cet article pourrait être considéré comme étranger à la cause. En réalité, il nous semble très important au regard de la problématique examinée pour plusieurs raisons : d'abord, car la rationalité dont il est porteur, provenant des droits spéciaux, influence l'interprétation des autres normes ; ensuite, car la jurisprudence utilise de plus en plus le critère du déséquilibre significatif afin d'évaluer l'existence de la cause ; enfin, car les frontières entre contrôle de l'objet et son exclusion sont en réalité plus floues que ce que l'on croit habituellement et donc, même les clauses qui ne le concernent pas directement (comme la clause limitative de responsabilité) peuvent affecter la cause.

75. *Le contrat d'adhésion et la fragmentation du droit des contrats.* - La nouveauté la plus remarquable de la réforme en termes d'originalité est sans doute l'article 1171 du Code civil. Cette règle montre l'influence grandissante du droit de la consommation et du droit de la concurrence sur le droit commun des contrats. Cette influence s'est, dans un premier temps, exprimée dans les applications jurisprudentielles de certaines règles¹⁷⁹ ; ensuite, elles ont directement pénétré la législation de droit commun.

La réforme de 2016 a introduit la catégorie de contrat d'adhésion. Cette notion, d'abord élaborée par la doctrine¹⁸⁰, n'avait pas été reconnue jusqu'à l'ordonnance du 10 février 2016¹⁸¹. La force de cette innovation a été clairement perçue par la doctrine qui, avant la réforme, se demandait s'il y avait encore, en France, un droit commun des contrats¹⁸² et, après celle-là, a affirmé que la réforme

¹⁷⁹ CH. GOLDIE-GENICON, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, L.G.D.J., 2009, p. 317 et s.

¹⁸⁰ L'expression a été élaborée par R. SALEILLES, *De la déclaration de volonté*, Pichon, 1901 ; sur cette notion dans une perspective historique v. F. CHÉNEDÉ, « Raymond Saleilles, le contrat d'adhésion », *RDC* 2012, 1^{re} partie p. 241 et s. ; 2^e partie p. 1017 et s.

¹⁸¹ La notion de contrat d'adhésion vient des transformations économiques et sociales dérivant de la société industrialisée et de la consommation de masse ; v. PH. MALAURIE, L. AYNÈS et PH. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, *op. cit.*, p. 224.

¹⁸² Y. LEQUETTE, « Y aura-t-il encore en France, l'an prochain, un droit commun des contrats ? », *RDC* 2015, p. 616 et s.

a été porteuse d'une « philosophie générale »¹⁸³ et que, désormais, il n'y a plus un seul contrat, mais deux¹⁸⁴.

Le contrat d'adhésion est défini comme « *celui qui comporte un ensemble de clauses non négociables, déterminées à l'avance par l'une des parties* »¹⁸⁵. Aux contrats d'adhésion s'applique l'article 1171 du Code civil, qui établit que « *dans un contrat d'adhésion, toute clause non négociable, déterminée à l'avance par l'une des parties, qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite.*

L'appréciation du déséquilibre significatif ne porte ni sur l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation »¹⁸⁶.

Cette règle a fait, et fait toujours, l'objet d'un vif débat concernant son opportunité, son champ d'application et sa finalité¹⁸⁷. Pour ce qui nous intéresse ici, il faut signaler plusieurs éléments : d'abord, sa source d'inspiration, ensuite, la rationalité qu'elle porte.

¹⁸³ T. REVET, « Une philosophie générale ? », *RDC* 2016, hors-série *Réforme du droit des contrats : quelles innovations ?*, p. 5 et s.

¹⁸⁴ C'est-à-dire, le contrat de gré à gré et le contrat d'adhésion.

¹⁸⁵ Version de l'article 1110 du Code civil issue de la loi de ratification du 10 avril 2018, applicable aux contrats conclus depuis le 1^{er} octobre 2018. La version initiale, issue de l'ordonnance de 2016, concerne les contrats conclus entre le 1^{er} octobre 2016 et le 30 septembre 2018 (elle était la suivante : « *le contrat d'adhésion est celui dont les conditions générales, soustraites à la négociation, sont déterminées à l'avance par l'une des parties.* »).

¹⁸⁶ Version de l'article 1171 du Code civil issue de la loi de ratification du 10 avril 2018, applicable aux contrats conclus depuis le 1^{er} octobre 2018. La version initiale, issue de l'ordonnance de 2016, concerne les contrats conclus entre le 1^{er} octobre 2016 et le 30 septembre 2018 (elle était la suivante : « *Dans un contrat d'adhésion, toute clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite.*

L'appréciation du déséquilibre significatif ne porte ni sur l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation. »).

¹⁸⁷ M. CHAGNY, « La généralisation des clauses abusives », dans Ph. STOFFEL-MUNCK (dir.), *Réforme du droit des contrats et pratique des affaires*, Dalloz, 2015, p. 47 et s. ; Ph. STOFFEL-MUNCK, « Clauses abusives : on attendait Grouchy... », *Droit et patrimoine*, octobre 2014, p. 56 ; N. DISSAUX, « Clauses abusives : pour une extension du domaine de la lutte », *Droit et patrimoine*, octobre 2014, p. 53 ; J. JÉRÔME, « Une source d'échec : les clauses abusives entre droit de la consommation et droit commun des contrats », dans G. LARDEUX, A. SERIAUX et V. ÉGEA (dir.), *Le droit spécial des contrats à l'épreuve du nouveau droit commun*, PUAM, 2017, p. 95 et s. ; T. REVET, « L'incohérent cantonnement, par l'Assemblée nationale, du domaine du contrat d'adhésion aux contrats de masse », *D.*, 2018, p. 124 et s. ; N. BLANC, « Contrat d'adhésion et déséquilibre significatif après la loi de ratification », *RDC*, 2018, hors-série *Le nouveau droit des obligations après la loi de ratification du 20 avril 2018*, p. 20 et s.

76. *Les sources d'inspiration.* - Concernant les sources d'inspiration, elles se situent dans les articles L. 212-1 du Code de la consommation et L. 442-6¹⁸⁸ du Code de commerce¹⁸⁹. En raison de la sanction retenue et du champ d'application, qui exclut les clauses concernant le prix et l'objet principal, il est raisonnable d'affirmer que l'influence du Code de la consommation a prévalu¹⁹⁰. Cependant, quelle que soit la source prioritaire, il faut souligner que les deux règles ont comme finalité (directe ou indirecte) la protection de la compétitivité du marché. En d'autres termes, le contenu du contrat est contrôlé à travers une « police des clauses »¹⁹¹, visant à éliminer de l'accord ces clauses qui créent un déséquilibre significatif.

Le législateur a pris conscience de l'inadéquation de la pratique contractuelle à la théorie classique, selon laquelle le contenu du contrat serait le produit du consentement libre et éclairé, donc expression de rationalité : ce présupposé est inopérant lorsque le contrat est imposé par l'une des parties. Désormais, la négociation est l'élément qui garantit que le sujet a non seulement pris connaissance, mais aussi déterminé activement le contenu du contrat. Lorsque la négociation n'a pas eu lieu, l'intervention du juge est alors justifiée, afin de corriger les distorsions de l'accord dues aux asymétries qui caractérisent la relation entre les parties.

¹⁸⁸ Depuis l'ordonnance n° 2019-359 du 24 avril 2019, cette règle est désormais prévue par l'article L 442-1 du Code de Commerce.

¹⁸⁹ D. FENOUILLET, « Le juge et les clauses abusives », *RDC*, 2016, p. 359 et s. Sur le rapport entre l'art. 1171 code civil et les droit spéciaux v. M. CHAGNY, « Le droit des pratiques restrictives de concurrence et la réforme du droit commun des contrats », *RTD com.* 2016, p. 451 et s. ; X. LAGARDE, « Questions autour de l'article 1171 du Code civil », *D.*, 2016, p. 2174 et s.

¹⁹⁰ Comme l'affirme aussi le Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, sous-section 3 : « *les critères d'appréciation du déséquilibre sont déjà connus puisqu'ils sont inspirés de ceux fixés dans le code de la consommation et qu'ils résultent de la transposition de la directive 93/13/CEE du 5 avril 1993 sur les clauses abusives* » ; M. CHAGNY, « La généralisation des clauses abusives », dans Ph. STOFFEL-MUNCK (dir.), *Réforme du droit des contrats et pratique des affaires*, Dalloz, 2015, p. 49 et s. ; X. LAGARDE, « Questions autour de l'article 1171 du Code civil », *D.*, 2016, p. 2174.

¹⁹¹ M. MEKKI, « Réforme du droit des obligations : clauses et substance de l'obligation essentielle (C. civ., art. 1170) », *JCP Notariale et Immobilière*, 18 novembre 2016, p. 5 et s. ; en outre, on a défini à travers l'art. L. 442-6 du Code de commerce une « police des marchés », v. X. LAGARDE, *D.*, 2016, p. 2174 et s.

77. *La rationalité.* - La rationalité et les buts qui étaient poursuivis sur le fondement des droits spéciaux rebondissent et pénètrent dans le droit commun, en lui transmettant (au moins partiellement) leur propre logique.

Désormais, la fin de la conception du marché comme ordre spontané et du consentement comme expression de rationalité se reflètent aussi dans la réglementation des contrats de droit commun. Le critère de catégorisation adopté est différent : ce n'est plus la qualité d'un contractant, mais l'effective négociation du contrat qui prévaut. Le fondement théorique, en revanche, est le même : dans certains cas, nonobstant le consentement non vicié et le respect de l'ordre public, le contenu du contrat doit être soumis au contrôle du juge, afin que celui-ci puisse vérifier l'équilibre et la rationalité de l'engagement¹⁹².

78. *L'article 1143 du Code civil.* - Concernant les nouveaux contrôles du contenu du contrat, il importe de mentionner l'article 1143 du Code civil, qui codifie une nouvelle forme de violence, en prévoyant que « *il y a également violence lorsqu'une partie, abusant de l'état de dépendance dans lequel se trouve son cocontractant à son égard, obtient de lui un engagement qu'il n'aurait pas souscrit en l'absence d'une telle contrainte et en tire un avantage manifestement excessif* ». La règle, qui rappelle certaines solutions jurisprudentielles audacieuses¹⁹³ inspirées par les droits spéciaux¹⁹⁴, prévoit un nouveau vice du consentement¹⁹⁵.

¹⁹² F. ROUVIÈRE, « Les valeurs économiques de la réforme du droit des contrats », *RDC*, 2016, p. 600 ; U. BRECCIA, « Tempi e luoghi del diritto dei contratti », *I contratti*, 2018, p. 16-17 ; R. FORNASARI, « La meritevolezza della clausola *claims made* », *Resp. civ. prev.*, 2017, p. 1378 et s.

¹⁹³ Cass. 1^{re} civ., 3 avr. 2002, n° 00-12.932, *Bull. civ.*, 2002, I, n° 108 ; *D.*, 2002, p. 2844 et s., obs. D. Mazeaud ; *CCC*, 2002, n° 121, obs. L. Leveneur.

¹⁹⁴ O. DESHAYES, TH. GENICON et Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Commentaire article par article*, LexisNexis, 2018, p. 254-256.

¹⁹⁵ Un parcours évolutif analogue en Italie est examiné par A. GENTILI et V. CINTIO, « I nuovi "vizi del consenso" », *Contr e impr.*, 2018, p. 148 et s.

Cet article, dont le champ d'application a été limité par la réforme¹⁹⁶, prévoit de nombreuses conditions d'application¹⁹⁷. Lorsque ces circonstances sont réunies, il est prévu une sanction du déséquilibre du contrat résultant de l'état de dépendance de l'une des parties. Dans ces cas, on considère que l'acte d'autonomie ne mérite pas de protection juridique, car il n'est pas l'expression d'un consentement qui aurait pu se former librement.

79. *L'article 1186 du Code civil.* - Enfin, il nous faut mentionner l'article 1186 du Code civil¹⁹⁸ : comme l'a affirmé la doctrine, cet article est « *hanté par la théorie de la cause* »¹⁹⁹. Il résume dans le même texte deux règles différentes, dont l'interprétation est controversée. Les alinéas 2 et 3 règlent l'interdépendance contractuelle, qui avait été théorisée et réglée, avant la réforme, sur le fondement de la cause²⁰⁰. L'alinéa 1^{er}, en revanche, est très ambigu : une partie de la doctrine a affirmé qu'il serait dépourvu de contenu normatif ; une autre partie a affirmé qu'il faudrait lui attribuer un champ d'application effectif²⁰¹. Le texte est ambigu et il en

¹⁹⁶ L'ordonnance a écarté l'état de faiblesse envisagé dans le projet d'ordonnance ; la loi de ratification de 2018 a ajouté au texte issu de l'ordonnance de 2016 les termes « à son égard » (modification qualifiée d'interprétative par la loi, donc applicable rétroactivement aux contrats conclus depuis le 1^{er} octobre 2016).

¹⁹⁷ Un état de dépendance à l'égard du cocontractant ; l'abus de cet état par celui-ci ; un avantage manifestement excessif. Sur ces conditions, v. O. DESHAYES, TH. GENICON et Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, op. cit., p. 257 et s.

¹⁹⁸ L'art. 1186 prévoit que « *un contrat valablement formé devient caduc si l'un de ses éléments essentiels disparaît.*

Lorsque l'exécution de plusieurs contrats est nécessaire à la réalisation d'une même opération et que l'un d'eux disparaît, sont caducs les contrats dont l'exécution est rendue impossible par cette disparition et ceux pour lesquels l'exécution du contrat disparu était une condition déterminante du consentement d'une partie.

La caducité n'intervient toutefois que si le contractant contre lequel elle est invoquée connaissait l'existence de l'opération d'ensemble lorsqu'il a donné son consentement ».

¹⁹⁹ O. DESHAYES, TH. GENICON et Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, op. cit., p. 392.

²⁰⁰ Cass., ch. mixte, 13 avr. 2018, n° 16-21.345 et 16-21.947, *JCP G* 2018, p. 543 note F. Buy ; Cass. ch. mixte, 17 mai 2013, n° 11-22.768, in *Bull. civ.*, 2013 ch. Mixte, n. 1 ; *D.*, 2013, p. 1658, note D. Mazeaud ; in *RDC*, 2013, p. 1331, note Y.-M. Laithier. TH. GENICON, « Les contrats interdépendants », *I Contratti*, 2011, p. 108 et s. ; et s. AMRANI-MEKKI, « Indivisibilité et ensembles contractuels : l'anéantissement en cascade des contrats », *Défrenois*, 2002, p. 355 et s. ; et s. BROS, *L'interdépendance contractuelle*, th. Paris 2, 2001 ; J.-B. SEUBE, *L'indivisibilité et les actes juridiques*, 1999, Litec ; B. TEYSSIÉ, *Les groupes de contrats*, L.G.D.J., 1975.

²⁰¹ À propos de ce débat v. O. DESHAYES, TH. GENICON et Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, op. cit., p. 393 et s.

résulte une difficulté à en déceler une signification autonome ; il semble rappeler la doctrine de la disparition de la cause, qui avait été abandonnée par la jurisprudence et qui ne trouve pas de correspondance dans d'autres systèmes juridiques proches du droit français²⁰². En outre, il pose problème par rapport à la définition de ce qui doit être considéré comme « élément essentiel », dont la disparition entraînerait la caducité du contrat. L'ambiguïté du texte porte à s'interroger sur l'intégration, dans les éléments essentiels, des mobiles des parties et donc des buts poursuivis par celles-ci. Dans cette perspective, la jurisprudence *Point Club vidéo*, qui n'a pas été reprise par les articles 1168 à 1170 du Code civil, pourrait être réaffirmée par le biais de l'article 1186 du même Code.

80. *Conclusion.* - L'élimination de la notion de cause n'a pas entraîné la résolution de la problématique abordée, ni sa disparition. En revanche, la réforme s'inscrit dans le sillage évolutif que nous avons esquissé et, pourtant, questionne l'interprète sur le même sujet. Les règles prévues par les articles 1168, 1169, 1170 du Code civil reproduisent l'état de la jurisprudence dominante avant la réforme. La codification de la catégorie du contrat d'adhésion et l'introduction de l'article 1171 du Code civil montrent l'influence grandissante du droit de la consommation et du droit de la concurrence sur le droit commun des contrats. Les articles 1143 et 1186 du Code civil établissent des contrôles nouveaux du contrat dont la jurisprudence déterminera les critères d'application et les limites.

En général, nous souhaitons mettre lumière que, surtout avec le nouvel article 1171 du Code civil, la réforme effectue un pas de plus sur la route esquissée, d'autant plus que, comme on le verra, la notion de cause (et aussi les nouveaux articles 1169 et 1170 du Code civil) sont aussi pensés par la jurisprudence à travers le prisme du déséquilibre significatif. Les connexions théoriques et pratiques entre ces règles, outre que les implications de ce contrôle, seront examinées dans la partie II.

²⁰² V. la doctrine de la *frustration of purpose* en *common law* ou la § 313, al. 1 BGB, qui ne concernent pas la validité du contrat.

Conclusion de la partie I

81. L'analyse des théories économiques qui ont influencé la théorie des contrats a permis de mettre en exergue la manière dont la conception de l'ordre concurrentiel et du marché détermine la conception des contrôles admis sur le contrat. La transformation de la doctrine de la cause et de ses applications jurisprudentielles découle alors du questionnement de la théorie classique. Dans cette perspective, le développement de la construction européenne a induit une approche nouvelle, aussi dans les finalités, de la théorie des contrats. Au niveau national, se sont développés des courants qui ont proposé de nourrir la théorie des contrats des principes de solidarité et d'égalité et, donc, de rééquilibrer des rapports de force inégaux. Tous ces courants ont amené à reconsidérer les paramètres et les critères du jugement concernant l'existence de la cause, en raison de la transformation du paradigme de rationalité sur lequel ce jugement est fondé.

Après avoir exposé les traits de ce cadre renouvelé, il convient d'examiner la doctrine contemporaine, afin de déceler les rationalités prédominantes et l'ordre systématique de la cause actuellement. C'est vers la jurisprudence contemporaine et ses interprétations qu'il faut désormais tourner notre attention.

II) LE RENOUVELLEMENT DES APPLICATIONS DE LA CAUSE ET DE LA MERITEVOLEZZA

Introduction

82. Le cadre théorique élaboré dans la partie I peut aider à rendre plus intelligibles les transformations contemporaines concernant les contrôles sur le fondement de la cause et de la *meritevolezza*. En réalité, comme les applications classiques de ces notions découlaient d'une conception spécifique du marché, le questionnement de cette conception implique aussi un renouvellement des applications de la cause et de la *meritevolezza*. Ce processus, lié à la crise du contrat et initié en France pendant les années 1990, se consolide en droit contractuel contemporain en Italie et en France. La réforme du Code civil français est venue approfondir ce mouvement.

Les juges contrôlent, sur le fondement de la cause et de la *meritevolezza*, les clauses du contrat et les actes tout entiers. Même si ces contrôles répondent à la même rationalité, il est nécessaire de les distinguer dans la pratique. En effet, les différentes conséquences sur l'opération économique sous-jacente (c'est-à-dire, son anéantissement ou la simple modification de l'accord), conduisent à des modalités différentes d'appréciation des critères à prendre en considération lors de l'évaluation de la cause et de la *meritevolezza*. De surcroît, cette distinction a été consacrée par la réforme du Code civil de 2016, qui distingue la nullité du contrat (article 1169), les clauses réputées non écrites (articles 1170, 1171 et 1184). En outre, dans la mesure où les innovations découlant du cadre réglementaire européen et des droits spéciaux prévoient surtout des contrôles des clauses du contrat, l'influence de ces normes et de leur rationalité a été plus évidente au regard du contrôle des clauses.

Il convient en conséquence d'analyser, d'une part, les contrôles des clauses contractuelles (A) et, d'autre part, les contrôles de l'acte tout entier (B).

A) Les contrôles des clauses contractuelles

83. *Introduction.* - Comme nous l'avons mis en lumière²⁰³, l'une des transformations les plus remarquables induites par la nouvelle conception du contrat est le contrôle des clauses du contrat sur le fondement de la cause. Cette innovation va de pair avec une nouvelle conception du rôle de la cause, et aussi avec l'application de paramètres et critères partiellement différents de ceux de la théorie classique.

Ces évolutions profondes ne se sont pas produites au même moment dans les deux systèmes juridiques étudiés : en France, si la jurisprudence a consolidé les innovations dans les années 1990, les transformations les plus marquantes sont le résultat de la réforme de 2016 ; en Italie, la jurisprudence a suivi un parcours partiellement différent et c'est plus récemment qu'elle a effectué un contrôle des clauses du contrat sur le fondement de la cause et de la *meritevolezza*.

Dans les développements suivants, nous analyserons d'abord les contrôles des clauses en droit italien (1), ensuite les contrôles des clauses en droit français (2) et, enfin, les convergences et divergences entre les deux droits (3).

1) Contrôles des clauses en droit italien

84. *Les contrôles des clauses.* - En Italie, en raison notamment du caractère unitaire de la notion de cause, le contrôle des clauses sur le fondement de cette notion a été opéré par la jurisprudence très récemment. Effectivement, comme la cause n'est pas considérée au regard des engagements du cocontractant mais par rapport au contrat tout entier, l'évaluation des stipulations contractuelles sur le fondement de la cause est moins directe : le fait qu'une clause impacte la valeur de l'engagement d'une partie est plus difficile à prendre en considération lorsque la cause n'est pas une condition de validité de l'obligation, mais du contrat.

Cependant, un contrôle des clauses a bien été opéré ces dernières années et il l'a été d'abord grâce à la notion de *meritevolezza*, sur la base d'une doctrine ayant soutenu que ce contrôle devait être aussi effectué à l'égard des clauses individuelles

²⁰³ V. n^{os} 54 et s.

du contrat. L'analyse de cette jurisprudence et du rapport avec les droits spéciaux, mentionnés explicitement par la Cour de cassation, ainsi que le passage d'un contrôle fondé sur la *meritevolezza* vers un contrôle fondé sur la cause, permettront d'examiner le rôle de ces notions. Le sujet est d'autant plus intéressant dans une perspective comparée que les innovations principales ont eu lieu par rapport à la clause de réclamation, point nodal aussi en France²⁰⁴ de l'évolution jurisprudentielle et doctrinale.

85. *La problématique concernant les clauses de réclamation en droit italien.*

- En droit italien, la clause *claims made* est problématique, en ce sens qu'elle modifie la structure du contrat d'assurance. L'article 1917 du Code civil italien codifie le système dit du *loss occurrence*, selon lequel la couverture porte sur tous les dommages survenus pendant la durée du contrat. Il en découle que, si l'assuré conclut une série continue de polices d'assurance, il ne saurait pâtir d'un trou de garantie. Au contraire, le système *claims made* prévoit que l'assuré est indemnisé seulement si la demande en réparation est formulée pendant la durée du contrat. De plus, il y a plusieurs manières de rédiger la clause de réclamation : d'une part, en faisant en sorte qu'elle ne limite la garantie qu'en raison du moment au cours duquel la demande en réparation est formulée ; d'autre part, en faisant en sorte qu'elle limite la garantie aussi en raison du moment auquel le dommage est survenu. Dans les deux cas, l'assuré, même s'il a conclu une série continue de contrats, court le risque de ne pas avoir de couverture par rapport à certains sinistres.

86. *L'arrêt du 6 mai 2016.* - La validité de cette clause, et aussi les potentiels effets de distorsion de concurrence qu'elle crée, ont fait l'objet de plusieurs décisions. Après une série d'arrêts du fond adoptant des solutions contradictoires, l'Assemblée plénière de la Cour de Cassation²⁰⁵ a affirmé le 6 mai 2016 que : la clause *claims made* n'est pas nécessairement contraire à la bonne foi ; elle n'est pas

²⁰⁴ V. n^{os} 54-55.

²⁰⁵ Cass., sez. un., 6 maggio 2016, n. 9140, *Danno e resp.*, 2016, p. 929, note M. Gazzara, V. Allavena, M. Hazan.

limitative de responsabilité (et, donc, abusive) parce qu'elle limite l'objet du contrat, et non la responsabilité de la compagnie ; elle n'introduit pas un délai de forclusion qui rend excessivement difficile l'exercice des droits conférés par le contrat à l'assuré ; elle ne supprime pas l'aléa propre au contrat d'assurance ; la clause, étant innommée, doit être appréciée à l'aune de la *meritevolezza*, qui doit prendre en considération les éléments concrets de la situation spécifique.

L'aspect le plus innovant de cet arrêt concerne l'évaluation de la *meritevolezza* de la clause individuelle, effectuée par rapport à la cause du contrat d'assurance : même si la cause n'est pas modifiée²⁰⁶ par cette clause, sa substance est toutefois altérée, car le rapport entre les obligations des parties au contrat en est affecté. Effectivement, examiner la *meritevolezza* de la clause signifie analyser son influence sur l'effectivité des prestations et sur l'opération économique réalisée au moyen de la convention.

87. *Les critères d'appréciation de la meritevolezza.* - La Cour de Cassation mentionne certains critères à prendre en considération lors de cette appréciation : l'asymétrie en termes d'information et de pouvoir contractuel, le montant de la prime versée, les caractéristiques spécifiques du contrat. Il convient de remarquer que la Cour trace un lien entre le contrôle de la *meritevolezza* et le contrôle des clauses abusives dans les contrats conclus par les consommateurs, en affirmant que, si l'assuré n'avait pas été un professionnel, la clause de réclamation aurait été soumise à ce contrôle des clauses abusives (dont l'origine européenne est bien connue²⁰⁷). Une telle comparaison est importante, car elle implique une contiguïté entre les rationalités de ces contrôles et les buts poursuivis. Le rapprochement mérite cependant d'être appréhendé avec prudence, car la nouveauté du contrôle de la *meritevolezza* appliqué à la clause et, en conséquence, l'absence de paradigme à suivre en ce domaine, ont sans doute conduit la Cour à faire référence au critère du déséquilibre excessif.

²⁰⁶ La cause demeure l'échange entre la couverture fournie par la compagnie et la prime payée par l'assuré.

²⁰⁷ V. n° 110.

Les paramètres ainsi privilégiés n'ont pas été spécifiés plus avant : n'ont été précisés, ni le niveau d'asymétrie informationnelle et de pouvoir contractuel, ni le point d'altération de l'équilibre des obligations qui rend la clause *immeritevole* et, donc, nulle.

En réalité, comme il a été déjà remarqué par rapport au droit français²⁰⁸, la clause de réclamation n'élimine pas l'engagement de l'assureur, mais le réduit et le rend déséquilibré par rapport à la prime payée par l'assuré.

88. *Les caractéristiques du contrôle fondé sur la meritevolezza et ses difficultés d'application.* - La qualité des parties n'est pas la condition essentielle dont dépend le contrôle opéré sur le fondement de la *meritevolezza* : c'est le rapport entre les obligations des contractants qui est au centre de l'analyse ; la faiblesse d'un contractant peut être un indicateur de déséquilibre, mais il n'est pas nécessaire, ni fondamental.

L'appréciation de la *meritevolezza* permet surtout la préservation de l'équilibre entre les prestations des parties : sur ce fondement, se trouve contrôlée une clause très pénalisante pour l'assuré (et pour les tiers victimes) ; le déséquilibre qu'elle emporte entre les prestations des parties découle d'une asymétrie d'information et de pouvoir contractuel ; ce déséquilibre altère de façon significative le rapport d'échange entre la protection de l'assuré et le paiement de la prime. Dès lors que la sanction de la clause *immeritevole* ne prive pas de validité le contrat, l'intérêt de l'assuré à la couverture se trouve préservé.

Toutefois, cette approche présente aussi des aspects problématiques, en particulier parce que les critères d'appréciation de la *meritevolezza* ne sont pas établis *a priori* par la loi et que leurs modalités d'appréciation sont floues. En outre, alors qu'en droit de l'Union européenne les interventions dans le contrat visent expressément à l'encadrement du marché concurrentiel, en droit interne italien cette finalité n'est pas fixée par la loi, de sorte que les juges ont un important pouvoir d'appréciation de la *meritevolezza* de la clause. Ce pouvoir judiciaire s'accompagne

²⁰⁸ V. n° 55.

d'une considérable insécurité juridique et d'une remarquable imprévisibilité des décisions.

Enfin, si ce contrôle vise à la préservation de la cause et de la rationalité de l'échange, on peut mettre en question le fait qu'il soit limité aux clauses « atypiques », c'est-à-dire les clauses qui ne sont pas prévues et régies par le Code civil et les lois spéciales²⁰⁹. En effet, la cause du contrat peut être également affectée par des clauses « typiques », portant sur le fond des obligations des parties.

89. *La jurisprudence ultérieure.* - Postérieurement à l'arrêt du 6 mai 2016, la Cour de cassation, y compris en Assemblée plénière, a apporté des précisions sur le contrôle des clauses contractuelles fondé sur la *meritevolezza*. La plupart des décisions ont confirmé celle de 2016²¹⁰ ; quelques autres, en revanche, bien que suivant le même sillage, ont affirmé que les clauses *claims made* doivent toujours être considérées comme nulles en raison du déséquilibre et des trous de couverture qu'elles engendrent²¹¹. L'Assemblée plénière²¹² a donc été à nouveau saisie du sujet.

90. *L'arrêt du 24 septembre 2018.* - Après avoir confirmé les solutions préalables concernant la validité et l'efficacité de la clause, la Cour a abordé sa validité par rapport à la *meritevolezza* et à la cause concrète. La Cour effectue un revirement apparent : en considérant que la clause de réclamation est désormais « typique »²¹³ (en raison de plusieurs lois spéciales régissant certains secteurs de la

²⁰⁹ Sur la différence entre les contrats « typiques » et « atypiques », sur laquelle est modelée celle entre les clauses « typiques » et les clauses « atypiques », v. n° 27.

²¹⁰ V. par exemple Cass., ord., 19 gennaio 2018, n. 1465, *Foro it.*, 2018, I, c. 452 ; Cass., sez. un., 2 dicembre 2016, n°s 24645 et 24646, *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, p. 619, note M. Fermeiglia ; *Banca dati Pluris*.

²¹¹ Cass. 28 aprile 2017, n°s 10506 et 10509, *Danno e resp.*, 2017, p. 441, notes A. Palmieri et R. Pardolesi ; S. Monticelli ; L. Locatelli ; F. Greco ; *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, p. 1383, note L. Locatelli ; *Corr. giur.*, 2017, p. 1191, note G. Facci ; F.A. Magni ; *Contratti*, 2017, p. 384, note U. Carnevali.

²¹² Cass., sez. un., 24 settembre 2018, n. 22437, *Giur. it.*, 2019, p. 27, note F. Delfini ; *Corr. giur.*, 2019, p. 20, note G. Facci ; *Contratti*, p. 639, note U. Carnevali ; *Danno e resp.*, 2018, p. 675, note R. Fornasari.

²¹³ Selon la terminologie française, on pourrait dire que le modèle *claims made* est désormais nommé.

responsabilité civile), il est affirmé qu'elle n'est pas soumise au contrôle de *meritevolezza* ; toutefois, il faut examiner sa validité sur le fondement de la cause concrète du contrat d'assurance.

Cette évaluation doit être effectuée au cas par cas, sans qu'une solution unitaire et prédéterminée puisse être donnée. En dehors des secteurs réglés par la loi, où la structure de ces clauses est impérativement déterminée, leur validité doit être établie à travers l'analyse de la structure synallagmatique de la police d'assurance, afin d'évaluer si le contrat peut réaliser le but de l'opération économique ou si la clause comporte un déséquilibre manifeste qui implique l'absence de la cause *in concreto*²¹⁴. Cet équilibre concerne le rapport entre la prime payée et le risque couvert. Si la clause est jugée nulle, elle doit être remplacée par le système de *loss occurrence* ou par une clause *claims made* structurée selon l'un des modèles prévus par la loi : l'intervention modulatrice du juge doit mettre le contrat en adéquation avec les buts poursuivis par les deux contractants.

91. *Critères et finalités du contrôle. Divergences et continuité entre meritevolezza et cause* - D'un côté, la Cour affirme encore que la validité de la clause doit être effectuée *in concreto*, en prenant en considération la structure du contrat et l'échange entre la couverture et la prime. De l'autre, il nous semble que le passage du contrôle de *meritevolezza* à celui de la cause concrète n'implique, en réalité, aucun changement majeur ni par rapport à l'objet de l'analyse, ni par rapport aux critères à prendre en compte.

L'objet du contrôle demeure le rapport entre le montant de la prime et l'étendue de la couverture ; les éléments à prendre en considération sont toujours les mêmes : l'asymétrie entre les contractants (en termes de pouvoir contractuel et d'information) et l'ensemble des engagements contractuels. Il faut analyser comment la clause affecte l'échange réalisé au moyen du contrat.

Ce passage de la *meritevolezza* à la cause concrète nous semble plutôt un déguisement linguistique, qui ne modifie ni la méthode, ni la finalité du jugement.

²¹⁴ Aussi dans cet arrêt est tracé un lien entre le contrôle de la *meritevolezza* et le contrôle des clauses abusives dans les contrats conclus par les consommateurs.

Au contraire, il élargit le champ du contrôle, puisque celui fondé sur la *meritevolezza* était limité aux contrats innommés, alors que celui reposant sur la cause concrète concerne tous les contrats.

92. *Le contrôle de la clause d'un contrat de concession d'utilisation des eaux.*

- L'Assemblée plénière a utilisé la cause et la *meritevolezza* afin de sanctionner une clause d'une concession d'utilisation des eaux qui prévoyait l'obligation de payer le prix même si le concessionnaire n'exploitait pas les eaux²¹⁵. Pour ce qui nous intéresse, l'arrêt présente plusieurs intérêts. D'abord, il y est affirmé explicitement que l'appréciation de la *meritevolezza* concerne la cause concrète du contrat²¹⁶. Ensuite, nonobstant l'obscurité de plusieurs passages de l'arrêt, ce qui détermine l'*immeritevolezza* de la clause est le fait qu'elle impose le devoir de payer même si rien n'est reçu en contrepartie. Il s'agit, donc, de l'évasion de la structure d'échange qui est à la base de la concession. Enfin, la Cour fait référence au principe établi par l'article 41 de la Constitution, c'est-à-dire l'instrumentalisation de l'autonomie privée au service de l'utilité sociale ; toutefois, cette référence est rhétorique plus qu'effective. Si la clause avait été contraire aux normes constitutionnelles, elle aurait été nulle, sans aucun besoin de la médiation de la *meritevolezza* et de l'évaluation de l'échange et de l'aléa du contrat. Par conséquent, la référence à la Constitution sert la légitimation de la décision, mais n'apporte pas une rationalité différente à la décision concernant la validité de la clause.

93. *Le contrôle des clauses des pactes d'actionnaires.* - L'élargissement de l'application de la *meritevolezza* et de la cause a affecté aussi le domaine des pactes d'actionnaires, champ dans lequel les contrôles de l'autonomie privée étaient jusqu'alors très limités²¹⁷.

²¹⁵ Cass., sez. un., 17 febbraio 2017, n. 4224, *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, p. 1205, note A.M. Garofalo ; *Foro it.*, 2017, I, c. 2007, note F. Ferrara.

²¹⁶ La Cour de cassation rappelle les arrêts Cass., 10 gennaio 2012, n. 65 ; Cass., ord., 30 settembre 2015, n. 19559, précité.

²¹⁷ P.M. SANFILIPPO, « Il controllo di meritevolezza sugli statuti di società », *Giur. comm.*, 2015, I, p. 163.

94. *La clause russian roulette (dite aussi buy or sell)*. - Une fois affirmé le caractère innommé de la clause *russian roulette*, le Tribunal de Rome²¹⁸ a jugé de la validité de cette clause sur le fondement de la *meritevolezza*. La clause vise à résoudre les situations d'impasse de la gouvernance sociétaire dans le cas où la fragmentation des participations sociales ne permet pas d'élaborer des solutions partagées pour le déroulement de l'activité entrepreneuriale.

La clause fonctionne de cette façon : à la vérification d'un événement (*trigger event*), un associé estime la valeur des parts sociales et offre à un autre de lui acheter ses parts à ce prix. En application de la clause, l'associé destinataire de l'offre n'a que deux choix : soit accepter l'offre et donc vendre ses participations au prix proposé ; soit acheter les parts de l'offrant, au prix établi sur la base des critères fixés par celui-ci. L'application de la clause conduit à une concentration des participations sociales, car finalement une partie obtiendra la totalité des parts et l'autre le prix établi selon le mécanisme susvisé. Il est important d'insister sur le fait que la partie qui détermine le prix n'est pas celle qui décide d'acheter ou de céder les participations : en réalité, une partie fixe le prix et l'autre décide soit d'acheter soit de vendre les parts au prix proposé par son cocontractant. Donc, le prix est fixé unilatéralement, mais c'est l'autre partie qui décide, en raison du caractère raisonnable de ce prix, soit d'acheter soit de vendre. Ce dernier aspect implique, au moins théoriquement, que le prix soit fixé rationnellement (sauf les cas dans lesquels une partie exerce les droits prévus par la clause pour nuire à l'autre²¹⁹).

Face aux nombreux motifs de contestation de la validité et de l'efficacité de la clause²²⁰, le Tribunal de Rome en affirme la *meritevolezza*. D'abord, la clause vise la résolution d'impasses dans la gestion sociétaire et évite la liquidation de la société. Dans la poursuite de ce but, tout à fait légitime, il faut évaluer si les critères de détermination du prix permettent d'éviter un transfert déséquilibré et irrationnel

²¹⁸ Trib. Roma, 19 ottobre 2017, *Giur. it.*, 2018, p. 1136, note M. Tabellini ; *Società*, p. 543, note P. Divizia.

²¹⁹ Trib. Roma, 19 ottobre 2017, précité.

²²⁰ Sur ces aspects v. S. MAZZAMUTO, « Clausola di *roulette russa* », dans M. CONFORTINI (dir.), *Clausole negoziali*, t. II, Utet, 2019, p. 1208 et s.

des participations. Il est affirmé que la cause est équilibrée, parce que la détermination unilatérale du prix est contrecarrée par le fait que le contractant pourrait perdre sa propre participation pour le prix qu'il fixe. Ce mécanisme garantit que le prix soit adéquat à la valeur de la prestation (le Tribunal distingue donc entre *meritevolezza* et exercice abusif du droit)²²¹.

95. *Les clauses d'obligation de sortie conjointe.* - L'importance de la possibilité de réaliser un prix en adéquation avec la valorisation de la participation a été établie aussi par rapport aux clauses d'obligation de sortie conjointe : la jurisprudence²²² en affirme la *meritevolezza*, pourvu que la clause prévoie un mécanisme de juste valorisation de la participation, c'est-à-dire la valeur de marché. Dans ce cas, il n'y a aucun problème d'*immeritevolezza*, car la vente des participations a une contrepartie adéquate, c'est-à-dire le prix réalisé grâce à la vente.

96. *La clause d'option à prix fixe.* - Cause et *meritevolezza* ont été mobilisées aussi afin d'évaluer la validité des clauses d'option *put* à prix fixe²²³, en raison de la possible violation de l'interdiction de toute clause léonine²²⁴. L'option *put* à prix fixe permet de recouvrer l'intégralité de l'investissement, indépendamment des résultats de l'activité entrepreneuriale.

97. *Les contrastes jurisprudentiels.* - La Cour d'appel de Milan²²⁵ a invalidé la clause d'option *put* à prix fixe, car elle n'aurait d'autre effet que celui de

²²¹ S. MAZZAMUTO, « Clausola di roulette russa », art. précit., p. 1216-1217.

²²² Trib. Milano, decr., 22 dicembre 2014, *Banca, borsa, tit. cred.*, 2016, II, p. 84, note E. Spolidoro. En sens contraire v. Trib. Milano, ord., 25 marzo 2011, *Riv. dir. soc.*, 2011, p. 655.

²²³ App. Milano, 17 settembre 2014, *Giur. it.*, 2015, p. 898, note P. Riganti ; *Società*, 2015, p. 555, note E. Bonavera ; *Contratti*, 2015, p. 999, note C. Palomba.

²²⁴ Article 2265 Code civil. En ce sens v. Cass., 29 ottobre 1994, n. 8927, *Giur. comm.*, 1995, II, p. 478, note A. Ciaffi ; Trib. Milano, 30 dicembre 2011, *Giur. comm.*, II, p. 729, note F. Delfini ; Trib. Verona, 26 maggio 2014, *Giur. comm.*, 2015, II, p. 733, note F. Accettella. En doctrine v. E. BARCELLONA, *Clausole di put & call a prezzo predefinito*, Giuffrè, 2004, *passim* ; P. DIVIZIA, « Patto di opzioni *put and call* », *Notariato*, 2017, p. 343 et s. ; A.M. D'ORTA, « *Drag along* a prezzo predefinito: elusione del divieto di patto leonino? », *Riv. dir. comm.*, 2018, I, p. 717 et s.

²²⁵ App. Milano, 19 febbraio 2016, *Contratti*, 2016, p. 691, note A.M. Perrino ; App. Milano, 17 settembre 2014, précité ; Cass., 29 ottobre 1994, n. 8927, *Notariato*, 1995, p. 244, note U. La

transférer le risque d'entreprise sur l'associé obligé et, donc, aurait les mêmes effets qu'une clause léonine²²⁶. De l'arrêt, on peut aisément comprendre que la Cour a évalué le contexte dans lequel le pacte a été convenu et le fait que la nécessité du financement avait presque obligé (en raison de l'impossibilité de repérer d'autres sources de financement) une partie à accepter l'option *put* et, donc, le remboursement de l'investissement : cela aurait faussé la rationalité de l'engagement, car il aurait conclu un pacte totalement déséquilibré entre ce qu'il reçoit et ce qu'il donne.

Mais la Cour de cassation a cassé l'arrêt de la Cour d'Appel de Milan et a affirmé la validité du pacte²²⁷. La Haute juridiction a considéré que le pacte n'exclut pas le risque commercial ; ensuite, qu'il est au service d'une gestion profitable de l'entreprise ; enfin, qu'il n'a pas les mêmes effets que la clause léonine sur la *causa societatis*, car il ne comporte pas une exclusion constante et absolue des pertes. En d'autres termes, la *ratio* de l'interdiction doit être évaluée par rapport à la société et non relativement aux deux associés : l'interdiction de clause léonine, en revanche, s'applique lorsque la clause a un effet sur la structure de la société²²⁸.

La Cour affirme finalement que cette conclusion est renforcée par le fait que les deux contractants sont des entrepreneurs : leur *status* leur permet de comprendre la dynamique de l'accord et d'assumer des risques.

98. *La centralité du contrôle des clauses sur le fondement de la cause et de la meritevolezza*. - Ce *corpus* jurisprudentiel témoigne de la nouvelle centralité du contrôle des clauses sur le fondement de la cause et de la *meritevolezza* : ces notions deviennent centrales non seulement dans la sphère théorique, mais aussi dans la

Porta. Dans une perspective partiellement différente v. Cass., 4 luglio 2018, n.17498, *Società*, 2019, p. 13, note A. Busani.

²²⁶ Le problème avait été abordé par G. SBISÀ, « Circolazione delle azioni e patto leonino », *Contr. e impr.*, 1987, p. 816 et s. ; G. MINERVINI, « Partecipazioni a scopo di finanziamento e patto leonino », *Contr. e impr.*, 1988, p. 771 et s. ; G. PIAZZA, « La causa mista credito-società », *Contr. e impr.*, 1987, p. 803 et s.

²²⁷ Cass., ord., 4 luglio 2018, n. 17498, *Notariato*, 2018, p. 635 et s., note E. Mazzeo ; *Giur. it.*, 2019, p. 366, note A. Petrucci.

²²⁸ E. BARCELLONA, *Clausole di put & call a prezzo predefinito*, Milano, 2004, p. 53-55. En ce sens Trib. Firenze, 16 luglio 2015, *Foro it.*, 2016, I, c. 721 ; Trib. Milano, 3 ottobre 2013, *Società*, 2014, p. 688, note A. Del Bianco et D. Proverbio.

pratique. La jurisprudence et la doctrine ne se concentrent pas sur la définition des concepts, mais plutôt sur leur contexte d'application et leur valeur opérationnelle : la problématique centrale devient donc celle du contrôle à effectuer, de ses critères et de ses limites. Cette transformation peut, à notre avis, être éclairée par l'analyse des transformations théoriques mises en exergue dans la partie I et la nouvelle conception du contrat. Nous reviendrons sur les normes communautaires²²⁹, à maintes reprises mentionnées par la jurisprudence italienne en matière de clauses de réclamation²³⁰, afin d'en déceler la rationalité et de constater la tendance commune entre les droits français et italien.

2) Contrôles des clauses en droit français

99. *Introduction.* - En France, le contrôle des clauses sur le fondement de la cause a été effectué par la Cour de cassation à partir des années 1990 et la jurisprudence ultérieure a systématisé ces solutions²³¹. Une évolution notable résulte de la réforme du Code civil par l'ordonnance du 10 février 2016, qui a élargi le champ du contrôle et, surtout, a introduit le contrôle des clauses qui créent un déséquilibre excessif dans les contrats d'adhésion.

Par conséquent, après avoir examiné un arrêt récent concernant une clause de *bad leaver*, qui permet de rappeler les critères du contrôle des clauses, les nouveautés introduites par la réforme seront exposées, ainsi que la jurisprudence la plus récente qui fait référence aux règles nouvelles.

²²⁹ V. *infra* n^{os} 110 et s.

²³⁰ V. n^{os} 87 et s.

²³¹ Rappelons les nouveautés majeures apportées par la jurisprudence dans les années 1990 : le contrôle des clauses sur le fondement de la cause ; le fait que les obligations contractuelles soient évaluées *in concreto* ; l'importance des asymétries informationnelles et de pouvoir contractuel entre les parties ; l'assouplissement du seuil pour considérer la cause absente. Ce qui est sanctionné est l'irrationalité, soit d'un contrat, soit d'une clause, inadéquats par rapport aux buts de l'opération économique et qui n'ont pas été librement négociés par les contractants, mais imposés par la partie forte. V. *supra* n^{os} 54 et s.

100. *La validité de la clause de bad leaver.* - La Cour de cassation²³² a récemment jugé, sur le fondement de la cause²³³, la validité d'une clause de *bad leaver*, insérée dans un pacte d'actionnaires²³⁴.

Cette clause prévoyait qu'en cas de licenciement, l'employée aurait dû vendre toutes ses actions à la société-mère de son employeur à la moitié du prix établi par un expert nommé par le Tribunal. Après le virement, l'employée a saisi le Tribunal afin d'obtenir le paiement du prix des actions, en arguant de l'illicéité et de la nullité de la clause du pacte d'actionnaires.

D'un côté, la Cour exclut l'état de dépendance de l'employée et, donc, l'importance de celui-ci dans l'évaluation de la validité du pacte. De l'autre, elle exclut l'illicéité de la clause et l'absence de cause.

Tandis que le pourvoi, dont l'argumentation est plutôt confuse²³⁵, se concentre sur la cause du contrat, l'arrêt rendu par la Cour de cassation, qui

²³² Cass. com., 7 juin 2016, n° 14-17978, *RDC*, 2017, p. 21, obs. E. Savaux ; *Gaz. Pal.*, 6 sept. 2016, n° 30, p. 60, note J.-M. Moulin ; *BJS*, janv. 2017, n° 1, p. 23, note E. Schlumberger ; *RDS*, 2017, p. 85, note Y. Marjault ; *D.*, 2016, p. 1309 ; *JCP E*, 29 sept. 2016, p. 1504, note S. Schiller, J.-M. Leprêtre et P. Bignebat ; *JCP G*, 2016, p. 939, note F. Azoulay ; *JCP E*, 2016, p. 1554, note M. Caffin-Moi ; *D.*, 2016, p. 2042, note D. Baugard et N. Borga ; *ibidem*, p. 2365, obs. E. Lamazerolles ; *AJCA*, 2016, p. 391, obs. C. Coupet.

²³³ C'est la première affaire dans laquelle la Cour de cassation se prononce sur cette clause, même si des arrêts précédents avaient évalué des clauses similaires, v. Cass. com., 6 mai 2014, n° 13-17349, *AJCA*, 2014, p. 231, obs. J.-M. Moulin ; *Rev. sociétés*, 2015, p. 36, note M. Michineau ; *RTD civ.*, 2014, p. 642, obs. H. Barbier ; *JCP E*, 2014, p. 1317, note B.V. Dondero ; Cass. com., 3 févr. 2015, n° 13-28164, *BJS*, avr. 2015, n° 113h5, p. 188, note S. Schiller ; Cass. soc., 16 mai 2007, n° 05-45281, *JCP S*, 2007, p. 1655, note R. Vatinet ; Cass. soc., 2 févr. 2006, n° 03-47180, *JCP S*, 2006, p. 1539, note R. Vatinet.

²³⁴ En France, ainsi qu'en Italie, il y a un approfondissement du contrôle des actes liés à la vie des sociétés, v. M. MEKKI, « Réforme du droit des obligations : clauses et substance de l'obligation essentielle », *JCP N*, 18 nov. 2016, p. 5 et s. affirme : « plus généralement en droit des sociétés, certaines clauses aménageant certains droits fondamentaux rattachés à la qualité d'associé (droit de rester associé, droit de vote, devoir de contribuer aux pertes ou droit de participer aux bénéfices) sont désormais sous haute surveillance et pourraient être réputées non écrites si elles sont rédigées de manière exorbitante : clause qui porte une atteinte excessive au principe de la contribution aux pertes et de la participation aux bénéfices (C. civ., art. 1832) ; clauses de sortie qui permettraient à une société de mettre fin unilatéralement à une filiale commune sans raison légitime ; clause d'exclusion qui permettrait de faire sortir un associé (buy or sell, shot gun...) si elle repose sur des conditions potestatives ; une clause qui limiterait de manière excessive le droit de vote d'un associé ; une clause de garantie de passif environnemental qui obligerait, en raison de la gravité de la pollution, le vendeur à payer à l'acquéreur une somme plus élevée que le prix d'acquisition. » V. aussi D. SAVOURÉ, « Le contenu du contrat et le contrôle du juge », *JCP N*, 28 avril 2017, p. 1165 ss.

²³⁵ M. CAFFIN-MOI, note sous Cass. com., 7 juin 2016, n° 14-17978, *JCP E*, 2016, p. 1554 et s. Le motif est formulé de cette façon : « alors, en outre, que l'obligation contractée sans cause ou sur une fausse cause ou sur une cause illicite est dépourvue d'effet ; que la licéité de la cause

approuve l'arrêt de la Cour d'appel, se concentre sur la cause de l'obligation. L'analyse se focalise sur « l'équilibre général du contrat » et sur la « contrepartie » : la Cour considère que la clause fait partie de l'économie du contrat et, donc, qu'elle n'est pas sans contrepartie.

Il convient de constater que l'arrêt opère une dissociation partielle entre la terminologie des motifs du pourvoi, concernant la licéité de la cause²³⁶, et le contrôle opéré, concernant l'existence de la cause²³⁷. Ce contrôle ne prend pas en considération uniquement le pacte d'actionnaires, mais toute l'opération et, donc, évalue la clause et le contrat dans leur contexte global : la contrepartie est évaluée par rapport à l'« ensemble contractuel ». Il importe de souligner que la Cour a utilisé la notion d'opération économique, mais sans la teinter de subjectivisme, comme dans l'arrêt *Point Club Vidéo*.

Notons aussi que la Cour n'a pas tranché la difficulté relative à la diminution du prix (il aurait pu être affirmé, selon une logique classique, qu'en raison de l'absence de lésion²³⁸, une réduction de la moitié du prix n'élimine pas la cause).

En revanche, elle a considéré la rationalité de la clause par rapport à l'opération tout entière.

s'apprécie au regard des mobiles ayant déterminé l'engagement des parties ; qu'en l'espèce, l'engagement de Mme X., salarié et actionnaire de la société SMART UP, de rétrocéder ses titres à un prix dégradé en cas de démission ou de licenciement trouvait sa cause dans l'imputabilité de la rupture contractuelle envisagée, ce qui supposait qu'elle fût licite ; qu'en retenant néanmoins que l'engagement litigieux trouvait sa cause dans l'équilibre général recherché par les parties dans leurs relations contractuelles, de sorte que la licéité du licenciement envisagé était sans effet sur la validité de cet engagement, la cour d'appel a violé l'article 1131 du code civil, ensemble l'article 1134 du même code ».

²³⁶ E. SAVAUX, « Pour un temps encore : la cause comme instrument de contrôle de la validité des pactes d'actionnaires », obs. sous Cass. com., 7 juin 2016, n° 14-17978, *RDC*, 2017, p. 21 et s.

²³⁷ D. BAUGARD et N. BORGA, « L'admission ambiguë des clauses de *bad leaver* », note sous Cass. com., 7 juin 2016, n° 14-17978, *D.*, 2016, p. 2042 et s.

²³⁸ G. CHANTEPIE, « La lésion, entre désir et déni », dans *Dossier : La lésion, un instrument de justice contractuel*, *AJ Contrat*, 2018, n° 3, p. 104 et s.

101. *Le nouvel article du 1170 Code civil.* - Le nouvel article 1170²³⁹ du Code civil français codifie le contrôle des clauses du contrat²⁴⁰ au regard de leur effet sur l'obligation essentielle et, donc, sur l'opération économique réalisée grâce au contrat²⁴¹. La doctrine a souligné que la règle codifie la jurisprudence rendue depuis l'arrêt *Chronopost*²⁴² ; toutefois, elle en élargit le champ, car le contrôle n'est pas borné aux clauses limitatives de responsabilité.

Nous souhaitons mettre en évidence que la disposition n'est pas claire : les objectifs de simplification et de lisibilité²⁴³ ont conduit le législateur à utiliser un langage atechnique²⁴⁴, dont on peut craindre que, au lieu de simplifier le droit commun des contrats, il l'obscurcisse. Si la sanction retenue - le réputé non écrit - a fait l'objet de nombreuses analyses²⁴⁵, il ne peut pas en être dit autant ni de l'effet de la clause (« priver de substance »), ni de l'objet de cet effet (« obligation essentielle »). En réalité, ni le concept de substance²⁴⁶, ni le niveau d'atteinte à celle-ci, ne sont clairs. De même, le concept d'obligation essentielle, qui avait déjà fait

²³⁹ L'article 1170 prévoit que : « *Toute clause qui prive de sa substance l'obligation essentielle du débiteur est réputée non écrite.* »

²⁴⁰ H. BARBIER, « Les grands mouvements du droit commun des contrats après l'ordonnance du 10 février 2016 », *RTD civ.*, 2016, p. 259 et s. ; dans une perspective critique Y.-M. LAITHIER, « Comment le hardship s'invite à tort en droit français », *Chron. RDC*, 2015, p. 458 et s.

²⁴¹ H. BARBIER, « Les grands mouvements du droit commun des contrats après l'ordonnance du 10 février 2016 », art. précit., p. 254.

²⁴² O. DESHAYES, TH. GENICON et Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Commentaire article par article*, op. cit., p. 292 et s.

²⁴³ V. Rapport au Président de la République, précité, sous-section 3.

²⁴⁴ O. DESHAYES, TH. GENICON et Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Commentaire article par article*, op. cit., p. 292.

²⁴⁵ V.S. GAUDEMET, *La clause réputée non écrite*, préf. Y. Lequette, Economica, 2010, *passim* ; G. CATTALANO, « Clause abusive : la Cour de cassation ouvre-t-elle la porte de l'éternité ? », *RDC*, 2019, 3, p. 73 et s. ; Cass. 1^{re} civ., 13 mars 2019, n° 17-23169, PB, *D.*, 2019, p. 1033, note A. Etienney.

²⁴⁶ Dont il a été affirmé qu'il concerne la « donnée économique », v. G. CHANTEPIE et M. LATINA, *La réforme du droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, Dalloz, 2016, p. 361 ; M. MEKKI, « Réforme du droit des obligations : clauses et substance de l'obligation essentielle », art. préc., p. 5 et s. ; sur l'ambiguïté de cette terminologie v. TH. GENICON, « Notions nouvelles et notions abandonnées, réflexion sur une révolution des mots », *RDC*, 2015, p. 630 et s. ; PH. DELEBECQUE, « Article 1168 : clause privant de sa substance l'obligation essentielle du contrat », *RDC*, 2015, p. 759.

l'objet de vives critiques²⁴⁷, peut paraître inapproprié : il est en fait difficile de saisir les frontières de cette obligation et les éléments du contrat qui en font partie.

Il nous semble que la substance de l'obligation essentielle fait référence à la contrepartie en raison de laquelle le contractant s'est engagé et, donc, à l'échange réalisé par l'opération économique : c'est donc un problème de persistance de l'engagement qui se pose. Lorsque l'obligation essentielle est considérablement affectée, l'engagement d'une partie perd son sens et, donc, son intelligibilité sociale.

Nous souhaitons mettre en évidence que l'article 1170 du Code civil ne spécifie pas le niveau d'atteinte, qui doit pourtant être évalué au cas par cas par le juge : comme pour la cause, c'est le juge qui doit déterminer le seuil au-delà duquel elle doit être réputée non-écrite. Cette évaluation, même si elle n'est pas prévue expressément, dans le sillage du jugement sur la cause, sera influencée par les circonstances du cas concret, comme la qualité des parties et la négociation de l'accord, ainsi qu'il ressort du contrôle des clauses sur le fondement de la cause effectué par la jurisprudence la plus récente.

102. *Le nouvel article 1171 du Code civil : la définition du contrat d'adhésion.* – L'article 1171²⁴⁸ du Code civil, qui s'applique aux contrats d'adhésion, comporte des problèmes de définition, qui devront être tranchés par la jurisprudence.

²⁴⁷ TH. GENICON, « Le régime des clauses limitatives de réparation : état des lieux et perspectives », *RDC*, 2008, p. 990 ; PH. JESTAZ, « L'obligation et la sanction : à la recherche de l'obligation fondamentale », dans *Mélanges P. Raynaud*, Dalloz-Sirey, 1985, p. 279.

²⁴⁸ L'article 1171 du Code civil établit que : « *Dans un contrat d'adhésion, toute clause non négociable, déterminée à l'avance par l'une des parties, qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite.*

L'appréciation du déséquilibre significatif ne porte ni sur l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation. » (version de l'article 1171 du Code civil issue de la loi de ratification du 10 avril 2018, applicable aux contrats conclus depuis le 1^{er} octobre 2018. La version initiale, issue de l'ordonnance de 2016, concernant les contrats conclus entre le 1^{er} octobre 2016 et le 30 septembre 2018, était la suivante : « *Dans un contrat d'adhésion, toute clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite.*

L'appréciation du déséquilibre significatif ne porte ni sur l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation. »)

Par rapport à la définition du contrat d'adhésion, livrée par le nouvel article 1110²⁴⁹ du Code civil, il n'est pas aisé de comprendre ce qu'est un ensemble de clauses non négociables, ni comment déterminer la négociabilité du contrat²⁵⁰. Il nous semble que la difficulté doit être tranchée à partir de la rationalité de la règle, qui est de permettre un contrôle sur les clauses lorsque le contrat a été imposé par l'un des contractants (problème mis en exergue par Saleilles et ayant conduit cet auteur à élaborer la catégorie du contrat d'adhésion). La finalité est de supprimer des clauses inefficaces et injustes, qui n'ont pas pu être négociées et, donc, qui n'ont pas été prises en considération dans l'évaluation de l'équilibre des contreparties. En revanche, aucune protection n'est accordée au contractant qui aurait pu négocier les clauses et, donc, déterminer le contenu du contrat, mais qui n'a pas pris le soin de le faire.

Il convient de souligner que de ce cadre, ressort une conception nouvelle du contrôle sur le contrat, lié à la conception théorique nouvelle que nous avons esquissée dans la partie I : si l'ordre du marché n'est plus naturel, mais doit être construit, alors aussi son respect de la part des clauses du contrat doit être vérifié et, le cas échéant, implémenté. En particulier, le contrôle n'est plus conçu comme une pratique intrusive de la part d'un tiers, visant à modifier ce qui a été convenu par les parties. Au contraire, le constat de départ est que le contrat n'est pas toujours le produit de l'accord des volontés. Par conséquent, lorsqu'il n'a pas fait l'objet de négociation, le contrôle du juge est nécessaire afin d'assurer sa rationalité, qui doit

²⁴⁹ L'article 1110 du Code civil prévoit que : « *Le contrat de gré à gré est celui dont les stipulations sont négociables entre les parties.* »

Le contrat d'adhésion est celui qui comporte un ensemble de clauses non négociables, déterminées à l'avance par l'une des parties. » (version de l'article 1110 du Code civil issue de la loi de ratification du 10 avril 2018, applicable aux contrats conclus depuis le 1^{er} octobre 2018. La version initiale, issue de l'ordonnance de 2016, concernant les contrats conclus entre le 1^{er} octobre 2016 et le 30 septembre 2018, était la suivante : « *Le contrat de gré à gré est celui dont les stipulations sont librement négociées entre les parties. Le contrat d'adhésion est celui dont les conditions générales, soustraites à la négociation, sont déterminées à l'avance par l'une des parties.* »)

²⁵⁰ N. BLANC, « Contrat d'adhésion et déséquilibre significatif après la loi de ratification », *RDC*, 2018, hors-série *Le nouveau droit des obligations après la loi de ratification du 20 avril 2018*, p. 20 et s.

être assurée parce que le fondement de la force obligatoire du contrat réside justement dans le respect de la logique de marché²⁵¹.

103. *Le nouvel article 1171 du Code civil : l'exclusion du contrôle du prix et de l'objet principal du contrat.* - L'exclusion du contrôle du prix et de l'objet principal du contrat implique un ralliement à la théorie économique sous-jacente au droit de la consommation. En considérant que le système des prix, s'il fonctionne correctement, est le meilleur moyen d'assurer la meilleure allocation des ressources²⁵², on veut protéger le déploiement de la dynamique concurrentielle à travers l'élimination des clauses qui obscurcissent la transparence du prix²⁵³. La règle de l'article 1171 du Code civil prévoit un contrôle des déséquilibres juridiques et non économiques²⁵⁴. En outre, elle élargit le champ du contrôle, qui n'est pas fondé sur le *status* des contractants, mais sur la catégorie de contrat²⁵⁵.

104. *Les frontières poreuses entre l'article 1170 et l'article 1171 du Code civil.* - Apparemment, le champ d'application et l'objet du contrôle des articles 1170 et 1171 du Code civil sont très différents. Le premier s'applique à tous les contrats à titre onéreux, lorsque le second ne s'applique qu'aux contrats d'adhésion. Le premier contrôle l'atteinte à l'obligation essentielle par la clause ; sur le fondement du second, à l'inverse, le déséquilibre portant sur l'objet principal ou le prix ne peut être sanctionné. Néanmoins, selon une analyse plus approfondie, il apparaît que ces différences doivent être nuancées²⁵⁶ : au lieu d'un rapport d'altérité, un rapport de

²⁵¹ Cette rationalité est exprimée aussi par les textes de *soft law*, qui prévoient des règles spécifiques visant à lutter contre les clauses abusives dans les contrats d'adhésion, desquels la réforme a explicitement tiré inspiration. Tel est le cas, notamment, de l'art. 4 : 110 des Principes de droit contractuel ou des articles II. – 9 : 404 et 9 : 405 Draft Common Frame of Reference.

²⁵² M.R. FERRARESE, « The Truth of the Market », dans B. LOMFELD, A. SOMMA et P. ZUMBANSEN (dir.), *Reshaping Markets: Economic Governance, the Global Financial Crisis and Liberal Utopia*, Cambridge University Press, 2016, p. 321 et s.

²⁵³ M. BARCELLONA, *Della causa*, *op. cit.*, p. 575-578 ; F. CHÉNÉDÉ, « L'équilibre contractuel dans le projet de réforme », *RDC*, 2015, p. 659.

²⁵⁴ O. DESHAYES, TH. GENICON e Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Commentaire article par article*, *op. cit.*, p. 308.

²⁵⁵ O. DESHAYES, TH. GENICON e Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Commentaire article par article*, *op. cit.*, p. 306.

²⁵⁶ Cette contiguïté était encore plus forte dans le projet de réforme, quand le champ d'application de la norme prévu par l'actuel article 1171 Code civil n'était pas borné aux contrats

continuité émerge sur le fond. Ce rapport de continuité reprend et approfondit le rapport d'influence qu'ont exercé les droits spéciaux sur la cause. Le critère du déséquilibre a influencé et influence le jugement sur la cause : il en a été ainsi avant la réforme et ce processus se poursuit après la réforme, où les arrêts faisant application des articles 1169 et 1170 Code civil utilisent le critère du déséquilibre significatif²⁵⁷. Dans les deux cas, la même rationalité est à l'œuvre, qui est celle de réprimer des clauses qui modifient considérablement et sans aucune justification l'équilibre du contrat²⁵⁸.

105. *La distinction floue entre les objets du contrôle.* - Aussi la distinction, apparemment si nette, entre les objets du contrôle mérite d'être mise en question. Nous l'avons déjà souligné par rapport à l'arrêt *Chronopost* : la clause limitative de responsabilité ne porte pas directement sur la contrepartie (elle constitue un cas d'école de clause abusive selon le droit de la consommation). Une clause qui ne concerne pas directement l'objet ou le prix peut malgré tout priver de sa substance l'obligation essentielle : il en découle que, même si le contrat n'est pas d'adhésion, la clause concernée pourrait être sanctionnée. Plus en général, c'est une évaluation globale des effets des clauses sur le contrat en tant qu'opération économique qui doit être faite, afin d'en déterminer la validité. La distinction entre l'équilibre substantiel et l'équilibre dans le processus de conclusion du contrat (c'est-à-dire la protection de la partie faible lors de l'expression de la volonté et, donc, l'élimination des clauses abusives qui, indirectement, impactent le prix²⁵⁹) est moins nette que ce qu'il apparaît de prime abord.

La fluidité de cette distinction est mise en évidence aussi par la Cour de cassation italienne dans la jurisprudence sur les clauses de réclamation, où l'on

d'adhésion, v. PH. DELEBECQUE, « Article 1168 : clause privant de sa substance l'obligation essentielle du contrat », art. précit., p. 760 ; S. BROS, « Article 1169: le déséquilibre significatif », *RDC*, 2015, p. 762.

²⁵⁷ V. n^{os} 106, 107, 161, 164, 165.

²⁵⁸ Il a été affirmé que : « articles 1170 and 1171 establish a true policy of the contractual clauses » et que ces règles favorisent l'objectivation de l'échange, v. M. MEKKI, « Reform of Contract Law and Business World », *ERCL*, 2017, p. 443 ; N. BLANC, « L'équilibre du contrat d'adhésion », *RDC*, 2019, 2, p. 155 et s.

²⁵⁹ V. aussi n^o 103.

affirme que les normes sur les clauses abusives relevant du droit de la consommation et celle sur la cause pourraient être utilisées pour poursuivre le même but. Cette contiguïté est démontrée par la jurisprudence plus récente, où la théorie de la cause est liée au critère du déséquilibre significatif.

106. *Un arrêt du 22 novembre 2018 concernant une clause limitative de responsabilité.* - Un arrêt de la Cour de cassation²⁶⁰ a exclu l'absence de validité d'une clause limitative de responsabilité : l'intérêt de cet arrêt réside dans la terminologie utilisée. Étant donné que le nouveau droit des contrats n'était pas applicable au fond du litige, la Cour a fait application de l'article L. 113-1 du Code des assurances, dont l'interprétation est liée à la théorie de la cause. Il a été affirmé que la clause ne créait pas un déséquilibre excessif entre les droits et obligations des parties et que, donc, elle « ne mettait pas à néant l'objet de la garantie ». Tandis que la seconde expression est typique du langage causaliste, la première est clairement empruntée aux droits spéciaux et au nouvel article 1171 du Code civil. Comme la cause était la notion de référence en ce domaine des clauses de responsabilité, on aurait pu s'attendre à une référence à la « privation de substance », plutôt qu'au déséquilibre. Cela rend évident la contiguïté entre les deux critères et comment celui du déséquilibre peut influencer l'autre, en élargissant les maillons du contrôle.

107. *Loyer et déséquilibre significatif.* - Une association analogue entre cause et déséquilibre significatif a été faite par la Cour de cassation²⁶¹, qui devait juger de la validité d'un avenant prévoyant l'indemnisation des coûts de rénovation encourus par un bailleur. Le preneur affirmait la nullité du pacte pour absence de cause, car le montant très modeste du loyer était la contrepartie des travaux d'amélioration qui devaient être réalisés par le bailleur. La Cour de cassation

²⁶⁰ Cass. 3^e civ., 22 nov. 2018, n° 17-26424, *LEDA*, janv. 2019, p. 5, obs. C. Charbonneau.

²⁶¹ Cass. 3^e civ., 12 juill. 2018, n° 17-20497, *Gaz. Pal.*, 8 janv. 2019, p. 27, obs. D. Houtcieff ; Cass. 3^e civ., 18 avr. 2019, n° 18-10693, *Gaz. Pal.*, 17 sept. 2019, p. 222, obs. D. Houtcieff.

confirme l'arrêt de la Cour d'appel et affirme que le pacte d'indemnisation ne causait pas un déséquilibre significatif.

Il y a pourtant une tendance, de la part de la jurisprudence faisant application de la cause, à raisonner en termes de déséquilibre : cela implique une fluctuation des lignes de distinction entre les articles nouveaux²⁶² ; en outre, cette tendance témoigne explicitement de l'influence des droits spéciaux sur le contrôle du contrat qui était auparavant opéré sur le fondement de la cause et qui sera effectué, après la réforme, sur le fondement des règles concernant le « contenu du contrat ». De plus, vu l'abondante jurisprudence concernant le déséquilibre significatif qui s'est formée en matière consumériste et concurrentielle, il est probable que la jurisprudence qui fera application du critère du déséquilibre significatif lors de l'évaluation du contenu du contrat sera influencée par la jurisprudence afférente au droit de la consommation et au droit des pratiques restrictives de concurrence.

108. La réforme du Code civil a consolidé les innovations jurisprudentielles et, en même temps, élargi considérablement les possibilités d'intervention du juge, aussi grâce à l'introduction de la catégorie du contrat d'adhésion. Il importe alors de mettre en évidence les rapprochements avec le droit italien : une analyse des règles européennes et nationales qui ont inspiré le contrôle des clauses permettra de déceler la rationalité du contrôle des clauses sur le fondement de la cause et de la *meritevolezza*, ainsi que de prendre en considération l'unité systématique de ces innovations.

3) Convergences et divergences entre les droits français et italien

109. *Introduction.* - Comme le démontre la jurisprudence que nous avons analysée, ainsi que la réforme du Code civil français, les rapprochements entre les systèmes juridiques français et italien sont pluriels et témoignent d'un parcours évolutif inspiré par la même rationalité et visant des buts analogues. Les racines

²⁶² D. HOUTCIEFF, « La cause et le déséquilibre », obs. sous Cass. 3^e civ., 12 juill. 2018, n° 17-20497, *Gaz. Pal.*, 8 janv. 2019, p. 27.

historiques, qui justifient une légère différence temporelle, ont été dévoilées. Il s'agit désormais de mettre en lumière les rapprochements, ainsi que de démontrer que ces transformations peuvent être comprises dans le cadre théorique tracé dans la partie I. Il convient, d'abord, de mettre en exergue la matrice commune de ces transformations, dont nous avons présenté l'influence sur la jurisprudence. Ensuite, il faut comprendre les implications de ce nouveau contrôle et ce qu'il implique pour la théorie de la cause et de la *meritevolezza*.

110. *La matrice consumériste et sa rationalité*. - La nécessité de produire des règles qui s'appliquent à un ensemble global de situations force les autorités européennes à trouver des critères généraux²⁶³ au moyen desquels saisir les problématiques susmentionnées et les buts poursuivis²⁶⁴. L'un de ces critères est le statut des sujets sur le marché et dans la relation contractuelle.

L'exemple le plus remarquable de cette approche est la législation consumériste²⁶⁵. La protection du consommateur, instrument de la construction et de l'établissement du marché unique²⁶⁶, a été depuis longtemps fixée comme l'une des priorités de l'Union européenne. La résolution du Conseil du 14 avril 1975²⁶⁷ fixe le programme préliminaire de la CEE sur la protection et l'information du consommateur, après laquelle plusieurs interventions sectorielles se sont

²⁶³ F. DENOZZA, « In viaggio verso un mondo re-incantato? Il crepuscolo della razionalità formale nel diritto neoliberale », *ODCC*, 2016, p. 442-443.

²⁶⁴ C'est-à-dire, le fait que le contrat ne soit pas efficient à cause d'asymétries informationnelles et donc qu'il ne respecte pas la logique concurrentielle du marché, v. n^{os} 37-43.

²⁶⁵ Sur la logique différente du Code civil et des droits de la consommation et de la concurrence v. Y. LEQUETTE, « Recodification civile et prolifération des sources internationales », dans *Livre du bicentenaire*, Dalloz-Litec, 2004, p. 177. Cependant, il ne faut pas penser que la conception de la catégorie du consommateur soit statique et qu'elle n'évolue pas dans le temps ; sur les notions différentes de consommateurs v. M. COESTER, « Party Autonomy and Consumer Protection », *EuCML*, 2014, p. 172 et s. ; P. NEBBIA, *Unfair Contract Terms in European Law*, Hart Publishing, 2007, p. 69 et s.

²⁶⁶ M.W. HESSELINK, « Towards a Sharp Distinction between b2b and b2c? On Consumer, Commercial and General Contract Law after the Consumer Rights Directive », art. précit., p. 58 et s. Sur la fonction du droit de la consommation, notamment liée au bon fonctionnement du marché v. M. MEKKI, *L'intérêt général et le contrat. Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, L.G.D.J., 2004, p. 25 ; P. NEBBIA, *Unfair Contract Terms*, op. cit., p. 10 et s.

²⁶⁷ Concernant un programme préliminaire de la Communauté économique européenne pour une politique de protection et d'information des consommateurs, [eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:31975Y0425\(01\)&from=FR](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:31975Y0425(01)&from=FR).

succédé²⁶⁸. Parmi celles-là, la directive concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs²⁶⁹, la directive 2011/83/UE du 25 octobre 2011²⁷⁰, les très récentes directives concernant les contrats de vente de biens²⁷¹ et la fourniture de contenus numériques et de services numériques²⁷². Dans certains pays, cette tendance s'était manifestée aussi au niveau national. Par exemple, en Allemagne, la loi du 9 décembre 1976 (*Gesetz zur Regelung des Rechts der allgemeinen Geschäftsbedingungen : AGB-Gesetz*) prévoyait le contrôle des clauses abusives dans les contrats standardisés et la présomption d'illicéité de certaines clauses insérées dans les contrats conclus par un consommateur. En France les premières réglementations dans ce secteur datent de la loi 10 janvier 1978²⁷³,

²⁶⁸ Par exemple, la dir. 85/577/CEE du 20 décembre 1985 concernant la protection des consommateurs dans le cas de contrats négociés en dehors des établissements commerciaux, data.europa.eu/eli/dir/1985/577/oj ; la dir. 97/7/CE du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance, data.europa.eu/eli/dir/1997/7/oj ; la dir. 2002/65/CE du 23 septembre 2002 concernant la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs, et modifiant les directives 90/619/CEE du Conseil, 97/7/CE et 98/27/CE, data.europa.eu/eli/dir/2002/65/oj ; la dir. 2005/29/CE du 11 mai 2005 concernant les pratiques commerciales déloyales, data.europa.eu/eli/dir/2005/29/oj ; la dir. 2007/64/CE concernant les services de paiement dans le marché intérieur, modifiant les directives 97/7/CE, 2002/65/CE, 2005/60/CE ainsi que 2006/48/CE et abrogeant la directive 97/5/CE, data.europa.eu/eli/dir/2007/64/oj ; la dir. 2011/83/UE du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs, modifiant la directive 93/13/CEE du Conseil et la directive 1999/44/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 85/577/CEE du Conseil et la directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil, data.europa.eu/eli/dir/2011/83/oj.

²⁶⁹ Directive 93/13/CEE du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, data.europa.eu/eli/dir/1993/13/oj. Concernant les développements et les applications qui ont concerné cette directive v. H.W. MICKLITZ et N. REICH, « The Court and Sleeping Beauty : The Revival of the Unfair Contract Terms Directive (UCTD) », *CMLR*, 2014, p. 771 et s.

²⁷⁰ Relative aux droits des consommateurs, modifiant la directive 93/13/CEE du Conseil et la directive 1999/44/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 85/577/CEE du Conseil et la directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil, data.europa.eu/eli/dir/2011/83/oj. Sur la proposition de directive qui en est à la base v. M. LOOS, « Consumer Sales Law in the Proposal for a Consumer Rights Directive », *ERPL*, 2010, p. 15 et s. ; S. WHITTAKER, « 'Clauses abusives et garanties des consommateurs : la proposition de directive relative aux droits des consommateurs et la portée de l'harmonisation complète' », *D.*, 2009, p. 1152 et s.

²⁷¹ Directive 771/2019/UE du Parlement Européen et du Conseil du 20 mai 2019 relative à certains aspects concernant les contrats de vente de biens, modifiant le règlement (UE) 2017/2394 et la directive 2009/22/CE et abrogeant la directive 1999/44/CE.

²⁷² Directive 770/2019/UE du Parlement Européen et du Conseil du 20 mai 2019 relative à certains aspects concernant les contrats de fourniture de contenus numériques et de services numériques.

²⁷³ Relative à l'information et à la protection des consommateurs dans le domaine de certaines opérations de crédit.

qui avait établi une Commission chargée d'évaluer la légitimité de certaines clauses des contrats conclus par les consommateurs, qui devaient ensuite être réglementées par le gouvernement, mais qui n'impliquaient pas une intervention directe du juge dans l'accord²⁷⁴. Si la doctrine n'a pas tardé à se rendre compte des nouveautés qu'un droit spécifique, modelé à partir de la qualité du contractant, impliquait²⁷⁵, c'est surtout grâce aux normes européennes que cette approche nouvelle a des effets bouleversant la réglementation du droit privé²⁷⁶.

111. *Les contrôles prévus par les directives européennes.* - Les directives susmentionnées prévoient de nombreuses normes visant à faire en sorte que le consommateur soit pleinement informé²⁷⁷ et puisse déployer sa rationalité consciemment et efficacement. Parmi ces normes, la règle prévoyant la nullité des clauses entraînant, en dépit de l'exigence de bonne foi, un déséquilibre significatif des droits et des obligations des parties (sont exclues celles qui portent sur l'objet principal ou le prix, si elles sont rédigées d'une façon claire²⁷⁸), à moins que celles-ci aient été expressément négociées par les contractants, est extrêmement représentative de cette conception²⁷⁹.

²⁷⁴ J. GHESTIN, « Le pouvoir du juge d'annuler une clause en la qualifiant d'abusives malgré l'absence d'un décret prévu par la loi du 10 janv. 1978 sur l'information et la protection des consommateurs », *D.*, 1990, p. 289 et s. examine les développements jurisprudentiels concernant les clauses abusives.

²⁷⁵ M. ARMAND-PREVOST et D. RICHARD, « Le contrat déstabilisé – De l'autonomie de la volonté au dirigisme contractuel », *JCP*, 1979, I, doctr. 2952.

²⁷⁶ G. ALPA, « The Making of Consumer Law and Policy in Europe and Italy », *EBLR*, 2018, p. 592 et s. ; G. PAISANT, « À propos des vingt ans du Code de la consommation », *JCP G*, 2013, p. 1063, n° 4 souligne le rôle déterminant de l'UE dans le développement du droit de la consommation. V. aussi P. SIRENA, « Il codice civile e il diritto dei consumatori », *NGCC*, 2005, p. 277 et s.

²⁷⁷ Sur les devoir d'information v. GRUNDMANN, « Information, Party Autonomy and Economic Agents in European Contract Law », *CMLR*, p. 272 et s. ; E. HALL, G. HOWELLS et J. WATSON, « The Consumer Rights Directive – An Assessment of its Contribution to the Development of European Consumer Contract Law », *ERCL*, 2012, p. 139 et s. ; M. COESTER, « Party Autonomy and Consumer Protection », art. précit., p. 174.

²⁷⁸ Sur cet aspect v., en dernier lieu, Cour de Justice UE, 20 septembre 2017, n. C-186/16, *Ruxandra Paula Andriciuc e.a. v. Banca Românească SA*, ECLI:EU:C:2017:703, *Il Corriere giuridico*, 2018, p. 745.

²⁷⁹ Article 3 de la directive 93/13/CEE.

112. *Les objectifs poursuivis.* - Cette règle vise à corriger les asymétries informationnelles²⁸⁰ (une partie de la doctrine considère qu'elle tend aussi à remédier aux asymétries de pouvoir contractuel²⁸¹), qui caractérisent la relation entre professionnels et consommateurs. L'objectif spécifique de la règle est controversé. Certains auteurs attirent l'attention sur la protection de la partie faible²⁸²; d'autres soutiennent en revanche que la règle vise principalement la protection de la compétitivité du marché²⁸³; une partie de la doctrine enfin a argumenté que, afin de favoriser la standardisation des contrats, considérée comme efficiente, il est nécessaire que les parties ne soient pas obligées de négocier le contenu de chaque accord et, donc, que les clauses abusives soient éliminées par la loi²⁸⁴. Toutefois, les auteurs s'accordent généralement sur le fait que la règle vise le bon fonctionnement du marché²⁸⁵, afin que le choix du consommateur, normalement déterminé par le prix et l'objet, puisse être rationnel et, par conséquent, que le contrat soit efficient²⁸⁶.

²⁸⁰ S. GRUNDMANN, « EC Consumer and EC Competition Law: How Related are They? Examining the Existing EC Contract Law Sources », dans H. COLLINS (dir.), *The Forthcoming EC Directive on Unfair Commercial Practices*, Kluwer Law International, 2004, p. 211 et s.

²⁸¹ M.W. HESSELINK, « Unfair Terms in Contracts between Businesses », dans J. Stuyck et R. Schulze (dir.), *Towards a European Contract Law*, Sellier European Law Publishers, 2011, p. 132-134 ; M. WOLF, « Party Autonomy and Information in the Unfair Contract Term Directive », dans S. Grundmann, W. Kerber et S. Weatherill (dir.), *Party Autonomy and the Role of Information in the Internal Market*, De Gruyter 2001, réimpression 2012, p. 323. Sur les théories concernant les finalités de la protection des consommateurs v. K.J. CSERES, *Competition Law and Consumer Protection*, Kluwer Law International, 2005, p. 170 et s. ; S. WEATHERILL, *EU Consumer Law and Policy*, Edward Elgar, 2^e éd., 2013 ; N. REICH, « Economic Law, Consumer Interests ad EU Integration », dans H.-W. Micklitz, N. Reich et P. Rott (dir.), *Understanding EU Consumer Law*, Intersentia, 2009, p. 6 et s.

²⁸² M. W. HESSELINK, « Common Frame of Reference & Social Justice », *ERCL*, 2008, p. 262.

²⁸³ M. SCHILLING, « Inequality of Bargaining Power versus Market for Lemons: Legal Paradigm Change and the Court of Justice's Jurisprudence on Directive 93/13 on Unfair Contract Terms », *Eur. Law Rev.*, 2008, p. 336 et s.

²⁸⁴ H. SCHULTE-NÖLKE, « No Market for 'Lemons': On the Reasons for a Judicial Unfairness Test for B2B Contracts », *ERPL*, 2015, p. 210 et s.

²⁸⁵ R. ZIMMERMANN, « Contract Law Reform: The German Experience », dans S. Vogenauer et S. Weatherill (dir.), *The Harmonisation of European Contract Law*, Hart Publishing, 2006, p. 83 et s. ; H. SCHULTE-NÖLKE, « No Market for 'Lemons': On the Reasons for a Judicial Unfairness Test for B2B Contracts », art. précit., p. 209 ; SIR B. MARKESINIS, H. UNBERATH et A. JOHNSTON, *The German Law of Contract*, Hart Publishing, 2^e éd., 2006, p. 167 ; M. SERIO, « Profili comparatistici delle clausole vessatorie », *Eur. dir. priv.*, 1998, p. 78.

²⁸⁶ T.M. WILHELMSSON, « Varieties of Welfarism in European Contract Law », *Eur. Law Rev.*, 2004, p. 726-728 ; A. GENTILI, « Contratti del consumatore e diritto comune dei contratti », *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 1489 ; M. COESTER, « Party Autonomy and Consumer Protection », art. précit.,

113. *L'originalité de l'approche et ses implications.* - Il faut souligner l'originalité de cette approche par rapport à la conception classique du contrôle du contrat. Le sujet est pris en considération par rapport à la situation contractuelle concrète dans laquelle il se trouve²⁸⁷, à la possibilité effective de négocier l'accord et aux informations dont il dispose afin d'évaluer les offres concurrentes²⁸⁸. Il en découle que, si la rationalité des contractants est toujours affichée, la réglementation n'est toutefois plus unitaire : la catégorie du sujet se fragmente par rapport à la condition de l'individu sur le marché et aux problèmes structurels qu'on considère devoir résoudre, afin que le consommateur puisse effectuer le meilleur choix possible, donc le plus efficient²⁸⁹. En revanche, le contrôle portant sur les clauses abusives n'est exclu que par la négociation du contrat : dans ce cas, on considère que l'asymétrie informationnelle ne subsiste pas et que le consommateur a pu effectuer un choix pleinement rationnel.

114. Cette approche s'est étendue à de nombreux secteurs, dont les situations potentiellement déséquilibrées ont été réglées selon le statut des contractants. Tel est le cas, par exemple, des contrats bancaires et financiers, où la réglementation

p. 172 affirme que : « consumer protection law, thus, turned into “consumer law” as part of market oriented legislation ». La fonction de réglementation du marché des normes concernant la protection du consommateur a été mise en évidence par P. SIRENA, « L'integrazione del diritto dei consumatori nella disciplina generale del contratto », *Riv. dir. civ.*, 2004, p. 787 et s.

²⁸⁷ J. ROCHFELD, « 'Du statut du droit contractuel « de protection de la partie faible' : les interférences du droit des contrats, du droit du marché et des droits de l'homme », dans *Mélanges Viney*, L.G.D.J., 2008, p. 837-840 ; E. GABRIELLI, « I contraenti », dans P. Sirena (dir.), *Il diritto europeo dei contratti di impresa*, Giuffrè, 2006, p. 113 et s.

²⁸⁸ M. COESTER, « Party Autonomy and Consumer Protection », art. précit., p. 173.

²⁸⁹ Sur les intersections entre droit de la consommation et droit de la concurrence v. G. MONTI, « The Revision of the Consumer Acquis from a Competition Law Perspective », *ERCL*, 2007, p. 295 et s. ; G. AGRIFOGLIO, « Abuso di dipendenza economica e asimmetria nei contratti tra imprese (B 2 b) », *Contr. e impr.*, 2008, p. 1337 et s.

est différente par rapport à la nature des professionnels²⁹⁰, et la catégorie du client fait son apparition²⁹¹.

115. *Les contrôles des clauses des contrats b2b*. - En outre, cette logique n'est pas confinée aux secteurs où la différence entre les catégories de contractants est la plus évidente, mais elle entre aussi dans le rapport entre entreprises (*b2b*)²⁹². Nonobstant la division de la doctrine sur la nécessité d'une protection généralisée de l'entreprise faible et sur l'opportunité d'étendre à celle-ci la protection du consommateur ou de dispositifs analogues²⁹³, de plus en plus de normes sont spécifiquement destinées à corriger les déséquilibres dans les rapports *b2b*. En fait, la réalité du commerce montre que, même dans ces cas, des déséquilibres entre les contractants peuvent entraîner des distorsions du dispositif concurrentiel et, donc, justifier l'intervention du juge. Certains exemples peuvent témoigner de cette tendance.

116. *Quelques exemples de cette tendance*. - Le Livre vert sur les pratiques commerciales déloyales dans la chaîne d'approvisionnement alimentaire et non alimentaire interentreprises en Europe²⁹⁴ met en évidence la nécessité de lutter

²⁹⁰ A. COURET et ALII, *Droit Financier*, Dalloz, 2^e éd., 2012, p. 94 et s. ; F. DENOZZA, « Mercato, razionalità degli agenti e disciplina dei contratti », *ODCC*, 2012, p. 10, 35 et s. ; M. KRUIHOF et W. GERVEN, « A Differentiated Approach to Client Protection: The Example of MiFID », Ghent University Financial Law Institute Working Paper No. 2010-07, 8 juin 2010, ssrn.com/abstract=1622682.

²⁹¹ V. ROPPO, « From Consumer Contracts to Asymmetric Contracts: a Trend in European Contract Law? », *ERCL*, 2009, p. 314 et s. ; TH. BONNEAU, *Droit bancaire*, L.G.D.J., 12^e éd., 2017, p. 343 et s. ; S. PAGLIANTINI, « I nuovi luoghi di una parte generale del contratto e la Cattedrale dei contratti bancari », *Contratti*, 2018, p. 253 et s.

²⁹² V. ROPPO, « From Consumer Contracts to Asymmetric Contracts: a Trend in European Contract Law? », art. précit., 309 et s.

²⁹³ M. HESSELINK, « Towards a Sharp Distinction between b2b and b2c? On Consumer, Commercial and General Contract Law after the Consumer Rights Directive », art. précit., p. (57) 91 et s. ; H. SCHULTE-NÖLKE, « No Market for 'Lemons': On the Reasons for a Judicial Unfairness Test for B2B Contracts », art. précit., 205 et s., qui considèrent comme nécessaire un contrôle du déséquilibre aussi dans les contrats b2b et mettent lumière les fonctions différentes de l'intervention du juge.

²⁹⁴ Livre vert 31.1.2013 COM(2013) 37 final, eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/ALL/?uri=CELEX%3A52013DC0037. Ce Livre vert avait été précédé par la Résolution du Parlement européen sur un marché du commerce de détail plus efficace et plus équitable [2010/2109(INI)], 5 juillet 2011, eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX%3A52011IP0307, et par l'Acte pour le marché unique. Douze

contre les pratiques commerciales déloyales dans le marché unique, en raison de la distorsion de la concurrence que celles-ci pourraient engendrer et de la perte de compétitivité dans les chaînes d'approvisionnement alimentaire. La faiblesse de certaines parties par rapport aux autres et les possibles abus, réalisés à travers certaines clauses contractuelles, fondent la conviction de la nécessité du contrôle du contenu contractuel²⁹⁵. Cette volonté a été confirmée par un récent communiqué de presse²⁹⁶, où la Commission a réaffirmé vouloir lutter contre les pratiques commerciales déloyales afin de protéger les sujets les plus faibles de la chaîne, et par la résolution législative du Parlement européen du 12 mars 2019²⁹⁷, par la directive sur les pratiques commerciales déloyales²⁹⁸.

La directive concernant la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales²⁹⁹ pourrait être considérée comme un exemple supplémentaire. Même si la directive ne prévoit pas explicitement de distinctions entre parties fortes et faibles, elle vise à protéger les petites et moyennes entreprises, auxquelles des contractants économiquement plus puissants pourraient imposer des délais de paiement longs³⁰⁰. Dans ce cas, on prévoit des termes de paiement fixes (article 3) et un mécanisme visant à lutter contre les clauses réputées abusives (article 7).

leviers pour stimuler la croissance et renforcer la confiance – « Ensemble pour une nouvelle croissance », COM(2011) 206 du 13 avril 2011, eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/ALL/?uri=CELEX%3A52011DC0206.

²⁹⁵ La même préoccupation concernant le déséquilibre de pouvoir contractuel dans la filière agroalimentaire et les effets négatifs pour la concurrence que cela peut entraîner a été exprimée par le Conseil de la concurrence français (Avis n° 08-A-07 du 7 mai 2008 relatif à l'organisation économique de la filière fruits et légumes, spéc. par. 43-44).

²⁹⁶ Communiqué du 12 avril 2018, www.europa.eu/rapid/press-release_IP-18-2702_fr.htm.

²⁹⁷ Sur la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur les pratiques commerciales déloyales dans les relations interentreprises au sein de la chaîne d'approvisionnement alimentaire (COM(2018)0173 – C8-0139/2018 – 2018/0082(COD)).

²⁹⁸ Directive 2019/633/UE du Parlement Européen et du Conseil du 17 avril 2019 sur les pratiques commerciales déloyales dans les relations interentreprises au sein de la chaîne d'approvisionnement agricole et alimentaire.

²⁹⁹ Directive 2011/7/UE du 16 février 2011 concernant la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales, data.europa.eu/eli/dir/2011/7/oj, qui a abrogé la directive 2000/35/CE du 29 juin 2000, data.europa.eu/eli/dir/2000/35/oj. L'article 1, al. 1, de ladite directive déclare son objectif : « Le but de la présente directive est la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales, afin d'assurer le bon fonctionnement du marché intérieur, en améliorant ainsi la compétitivité des entreprises et en particulier des PME. »

³⁰⁰ V. ROPPO, « From Consumer Contracts to Asymmetric Contracts: a Trend in European Contract Law? », art. précit., p. 312-313.

117. *L'influence au niveau national de cette approche.* - Cette approche de la réglementation, centrée sur les catégories de contractants, n'est pas restée confinée aux normes ayant une origine communautaire directe ; au contraire, elle a inspiré les législateurs nationaux et a entraîné l'adoption de normes suivant, au moins partiellement, la même rationalité au niveau national. Dans certains secteurs, les législateurs ont décidé de mettre en place des dispositifs normatifs visant à encadrer l'autonomie des parties et à interdire certaines clauses, jugées nocives. Deux exemples, qui visent les contrats de distribution et de sous-traitance et les situations de dépendance économique qui normalement caractérisent ces rapports, peuvent aider à clarifier ces aspects.

118. *Le déséquilibre significatif dans le Code de commerce français.* - En France, la loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008 a modifié l'article L. 442-6 du Code de commerce³⁰¹, qui a été très récemment modifié par l'article 2 de l'ordonnance n° 2019-359 du 24 avril 2019³⁰² (ayant approfondi et renforcé le processus analysé). L'alinéa 2 de cet article (dans sa version antérieure à la réforme) prévoit la nullité de certaines clauses fort déséquilibrées. En outre, l'alinéa 1^{er}, 2) établit la responsabilité de celui qui soumet ou tente de soumettre « un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties »³⁰³. Nonobstant la prévision d'une réparation des dommages causés, en guise de sanction, la jurisprudence a considéré que les clauses abusives peuvent aussi être jugées nulles ou réputées non-écrites³⁰⁴. La situation de

³⁰¹ Sur les rapports de cette norme avec le droit de la consommation v. R. SAINT-ESTEBEN, « L'introduction par la loi LME d'une protection des professionnels à l'égard des clauses abusives : un faux ami du droit de la consommation », *RDC*, 2009, p. 1278 et s.

³⁰² Portant refonte du titre IV du livre IV du code de commerce relatif à la transparence, aux pratiques restrictives de concurrence et aux autres pratiques prohibées.

³⁰³ Sanctions qui sont aujourd'hui prévues par le nouvel article L. 442-1, al. 1, 2) du Code de commerce.

³⁰⁴ Cour d'appel de Paris 1^{er} juillet 2015, n° 13/19251, www.doctrine.fr/d/CA/Paris/2015/RC640EE8D60458E8A0AAC ; Cour d'appel de Paris 7 juin 2013, n° 11/08674, *RTD com.*, 2013, p. 500, obs. M. Chagny ; *CCC*, 2013, comm. 208, note N. Mathey ; Cour d'appel de Paris 29 octobre 2014, n° 13/11059, *D.*, 2015, p. 943, obs. D. Ferrier ; *RTD com.*, 2014, p. 785, chron. M. Chagny. Cette sanction a été explicitement retenue par le nouvel art. L. 442-4, al. 1 du Code de commerce.

dépendance et, donc, de faiblesse d'un contractant par rapport à l'autre est qualifiée au regard de la soumission ou de la tentative de soumission³⁰⁵. Cette soumission, jointe au déséquilibre³⁰⁶, entraîne la possibilité de réputer non écrite la clause abusive³⁰⁷.

119. *La rationalité de la règle.* - La *ratio* de la règle est de corriger un contrat qui ne constitue pas le résultat d'une négociation efficiente³⁰⁸ : la protection de la partie faible³⁰⁹ est étroitement liée à celle de la compétitivité du marché³¹⁰. De fait, la règle est située dans un chapitre intitulé « pratiques restrictives de concurrence ». En outre, la doctrine a affirmé que le déséquilibre du contrat, découlant d'une asymétrie informationnelle ou de pouvoir contractuel³¹¹, d'un côté, est cause d'inefficience ; de l'autre, une diffusion de contrats déséquilibrés pourrait atteindre la compétitivité du marché³¹².

³⁰⁵ Concernant les critères pour déterminer la soumission v. Cass. com., 4 oct. 2016, n° 14-28013, *RDC* 2017, p. 81, comm. M. Behar-Touchais.

³⁰⁶ Concernant la définition du déséquilibre v. Cass. com., 3 mars 2015, n° 13-27525, www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000030324689 ; Cass. com., 29 sept. 2015, n° 13-25043, www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000031268447 ; App. Paris, 4 oct. 2017, n° 16/06674, *RDC* 2017, 4, p. 53, comm. C. Grimaldi ; Cass. com., 25 janvier 2017, n° 15-23547, *RDC*, 2017, p. 470, comm. C. Grimaldi.

³⁰⁷ Sur les sanctions prévues par la loi et ses applications v. D. FERRIER et N. FERRIER, *Droit de la distribution*, LexisNexis, 8^e éd., 2017, p. 183 et s.

³⁰⁸ Les juges prennent souvent en considération l'absence de négociation afin d'infliger la sanction, v. par exemple Cass. com., 27 mai 2015, n° 14-11.387, *D.*, 2015, p. 1204, p. 2530, obs. N. Dorandeu.

³⁰⁹ D. BOSCO, « Réforme du droit des obligations et pratiques restrictives : observations sur la question des 'clauses abusives' », dans C. Bloch, A. Cerati-Gauthier et V. Perruchot-Triboulet (dir.), *L'influence de la réforme du droit des obligations sur le droit des affaires*, Dalloz, 2018, p. 17. Sur la différence entre les approches française et allemande v. S. GRUNDMANN et S.M. SCHÄFER, « The French and the German Reforms of Contract Law », *ERCL*, 2017, p. 467-468, nt. 21.

³¹⁰ Le lien entre protection de la partie faible et de la concurrence a été mis en évidence depuis longtemps : A. PIROVANO, « Logique concurrentielle et logique contractuelle », dans J. Clam et G. Martin (dir.), *Les transformations de la régulation juridique*, L.G.D.J., 1998, p. 295 ; F. GALGANO, « *Qui suo iure abutitur neminem laedit?* », *Contr. e impr.*, 2011, p. 315 ; N. IRTI, *Testo e contesto*, Cedam, 1996, p. 82-83 ; R. ROLLI, *Il diritto privato nella società 4.0*, Cedam, 2018, p. 138 et s. ; A. BIENAYMÉ, « L'intérêt du consommateur dans l'application du droit de la concurrence », *RIDE*, 1995, p. 378 et s.

³¹¹ La prise en compte du déséquilibre de pouvoir contractuel est rendue évidente par la possibilité de sanctionner aussi les clauses sur le prix, v. Cass. com. 25 janvier 2017, n° 15-23.547, *JCP G*, 2017, p. 255, obs. M. Behar-Touchais.

³¹² Trib. Com. Paris, 7 mai 2015, n° 2015000040, *RTD com.* 2015, p. 483 note M. Chagny, où l'on affirme que l'art. L. 442-6 du Code de commerce interdisant les clauses qui instaurent un déséquilibre significatif est une loi de police « nécessaire pour la sauvegarde de l'organisation politique, sociale et économique du pays ». V. aussi O. DESHAYES, TH. GENICON, Y.-M. LAITHIER,

Cette norme a fait l'objet d'une application extensive. Effectivement, elle a été appliquée aussi en dehors du contexte pour lequel elle avait été conçue : son domaine n'est plus limité aux contrats de la grande distribution³¹³. En outre, la notion de partenaire retenue est souple : la norme peut être appliquée même à un contrat ponctuel, dès lors que son exécution est continue dans le temps³¹⁴. Enfin, il arrive que les juges présument la soumission en raison du déséquilibre, sans mener des examens plus approfondis³¹⁵.

120. *L'abus de dépendance économique en Italie*. - Une conception analogue est exprimée par l'article 9 de la loi italienne du 19 juin 1998, n. 192, qui interdit l'abus de dépendance économique et établit la nullité des pactes par le biais desquels ledit abus se réalise³¹⁶. Cette règle, originellement limitée aux contrats de sous-traitance, a ensuite fait l'objet de plusieurs applications jurisprudentielles dans

Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Commentaire article par article, Paris, LexisNexis, 2016, p. 300 et s.

³¹³ Tribunal de commerce de Paris 12 décembre 2013, n° 11/18274, *RDC* 2014, p.411, obs. M. Behar-Touchais.

³¹⁴ Avis CEPC, n° 15-01 du 22 janvier 2015. Pour l'application à des contrats qui ne concernent pas des partenaires commerciaux *stricto sensu*, v. App. Paris, 21 septembre 2016, n° 14/06802, www.doctrine.fr/d/CA/Paris/2016/R2FF2E080E44F1E4ABED4 ; App. Aix-en-Provence, 10 mars 2016, n° 15/06564, www.doctrine.fr/d/CA/Aix-en-Provence/2016/R38C120C9A4D2CE74BC04 ; App. Grenoble, 10 mai 2016, n° 13/03121, www.doctrine.fr/d/CA/Grenoble/2016/R38B9E2CF57476350C1C0 ; App. Paris, 6 mars 2015, n° 13/20879, www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000030357324 ; App. Nancy, 14 fév. 2013, n° 12/00378, www.doctrine.fr/d/CA/Nancy/2013/RE1750E731F753402EBD7. *Contra*: App. Versailles, 23 juin 2016, n° 14/06181, www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000033266800 ; App. Orléans, 25 fév. 2016, n° 15/01666, www.doctrine.fr/d/CA/Orleans/2016/R54BA990E109E234656D5 ; App. Lyon, 20 mars 2014, n° 12/00427, www.doctrine.fr/d/CA/Lyon/2014/R621258B4415E58BAAFAB ; App. Paris, 7 juin 2013, n° 11/08674, www.doctrine.fr/d/CA/Paris/2013/R5C21349202E210CDA3D2.

³¹⁵ *Contra* Cass. com., 27 mai 2015, n° 14-11387, www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000030653730, où l'on affirme qu'il faut effectivement vérifier l'absence de pouvoir de négociation du partenaire faible.

³¹⁶ S. PAGLIANTINI, « L'abuso di dipendenza economica fra legge speciale e disciplina generale del contratto », dans G. Vettori (dir.), *Equilibrio e usura nei contratti*, Cedam, 2002, p. 455 et s. ; PH. FABBIO, *L'abuso di dipendenza economica*, Giuffrè, 2007 ; G. AGRIFOGLIO, « Abuso di dipendenza economica e asimmetria nei contratti tra imprese (B 2 b) », art. précit., p. 1347 et s. ; R. CASO, *Abuso di potere contrattuale e subfornitura industriale*, Università degli Studi di Trento, 2012, eprints.biblio.unitn.it/4171/1/Caso_Abuso.pdf ; R. NATOLI, *L'abuso di dipendenza economica. Il contratto e il mercato*, Jovene, 2004.

d'autres domaines, en raison du fait qu'elle serait une expression du principe général de bonne foi et d'interdiction de l'abus de droit³¹⁷.

Les deux normes introduisent un contrôle du contrat et de ses clauses qui, en raison de la relation de dépendance d'un contractant à l'égard de l'autre (et donc de l'asymétrie informationnelle et de pouvoir contractuel), ne constituent pas un équilibre efficient entre les droits et obligations des parties³¹⁸.

121. *Des règles communautaires à la cause et à la meritevolezza.* - Ces sources ont inspiré la jurisprudence dans la terminologie employée et dans la manière d'aborder le problème relatif à la clause qui affecte la cause et la *meritevolezza*. Le cadre communautaire a imposé une série de contrôles sur les clauses du contrat afin de protéger une partie considérée comme faible et de permettre le déploiement correct du mécanisme concurrentiel.

Ces règles modifient l'approche de la réglementation des rapports entre contractants typiques des codes libéraux, qui étaient fondés sur le principe de l'autonomie des parties et qui considéraient les contractants, de manière abstraite, comme égaux. Au contraire, la réglementation européenne considère le contexte concret dans lequel le contrat est conclu, et le fait que la volonté des parties puisse faire l'objet de *market failures* qui ne permettent pas au dispositif concurrentiel de fonctionner correctement.

Dans cette perspective, le juge intervient dans le contrat afin d'en conformer l'équilibre à celui qui aurait été atteint dans des conditions de concurrence optimales : par conséquent, le législateur a introduit des dispositions visant à corriger les entraves qui ne permettent pas à la négociation de fonctionner correctement. Ces règles prévoient une intervention de plus en plus approfondie des juges dans l'accord. Cette rationalité s'est étendue à l'interprétation de la cause et

³¹⁷ M. FRANZONI, « Buona fede ed equità tra le fonti di integrazione del contratto », *Contr. e impr.* 1999, p. 88 ; R. CATERINA, « Principi generali e strategie neosistematiche nel dibattito sull'autonomia contrattuale », dans S. Mazzamuto et L. Nivarra (dir.), *Giurisprudenza per principi e autonomia privata*, Giappichelli, 2017, p. 202.

³¹⁸ M. BARCELLONA, *Della causa*, art. précit., p. 578-580.

de la *meritevolezza*, dont le champ d'application n'est pas borné par le *status* des parties ou à certains cas spécifiques.

122. *La nouveauté du contrôle sur les clauses.* - L'influence communautaire a poussé à utiliser la cause et la *meritevolezza* afin de contrôler les clauses individuelles de l'accord. Ce passage, qui n'a pas fait l'objet d'une discussion aussi ample, comme on aurait pu s'y attendre, est en réalité central. Selon l'approche classique, la cause est soit présente, soit absente. Dans le second cas, c'est l'obligation et donc le contrat qui est nul. Les effets néfastes de la clause se répercutent sur le contrat : l'unité de la cause de l'obligation fait en sorte que des interventions qui modèlent les clauses ne soient pas admises. En revanche, la prise en considération de la façon dont la clause affecte la cause et la sanction afférente implique une approche nouvelle de la notion même de cause et de ses fonctions. Une « police des clauses » est mise en place, qui évalue comment la clause s'intègre dans l'opération économique réalisée par le biais du contrat. Le passage théorique est très important et dense d'implications : la cause et la *meritevolezza* deviennent des outils visant à modifier la structure du contrat.

123. *Convergences entre droits français et italien.* - Il faut aussi mettre en évidence que les critères et les paradigmes, qui sont utilisés dans la réalisation de ce contrôle, sont très similaires : les jurisprudences française et italienne prennent en considération la qualité des contractants et les éventuelles asymétries, la situation dans laquelle le contrat a été conclu, le niveau du déséquilibre engendré par la clause et son intelligibilité selon la logique du marché. Les contrôles réalisés dans les deux systèmes sont donc très similaires (et en fait, concernent souvent les mêmes typologies de clauses) et poursuivent des rationalités analogues.

Le contrôle des clauses sur le fondement de la cause et de la *meritevolezza* a été une innovation majeure dans le développement des systèmes de droit contractuel. Ce développement ne s'est pas borné aux clauses des contrats, mais s'est étendu aussi aux actes tout entiers. Il convient désormais de tourner notre attention vers ces applications de la cause et de la *meritevolezza*.

B) Le contrôle de l'acte tout entier

124. *Introduction.* - Les innovations concernant les applications de la cause et de la *meritevolezza* ne sont pas limitées aux clauses contractuelles, mais ont concerné aussi les actes tout entiers. L'essor de la jurisprudence que nous analyserons dans les paragraphes qui suivent témoigne d'une transformation majeure de ces notions, qui a attiré l'attention de la doctrine. Ces transformations, ainsi que leurs racines profondes, peuvent être éclairées grâce au cadre théorique interdisciplinaire élaboré dans la partie I. Ce cadre permet de comprendre ces transformations dans une perspective unitaire et systématique, liée à la conception du contrat.

D'abord, toutefois, il convient de mettre en évidence une différence entre les contextes italien et français, concernant les catégories des contrats qui ont été le plus ciblées par les innovations jurisprudentielles. Tandis qu'en Italie les applications le plus fréquentes de la cause et de la *meritevolezza* ont concerné les contrats aléatoires, en France elles ont concerné les contrats commutatifs. Il faut toutefois souligner que cette différence ne découle pas d'une différence du champ d'application des règles examinées : toutes les obligations, indépendamment de leur catégorisation, doivent avoir une cause ; le nouvel article 1169 du Code civil³¹⁹ s'applique à tous les contrats à titre onéreux (et donc, aux contrats commutatifs, aléatoires et unilatéraux), même si la théorie de la cause a été surtout élaborée en référence aux contrats commutatifs, comme le démontre l'affirmation selon laquelle : « la cause de l'obligation d'une partie à un contrat synallagmatique réside dans l'obligation contractée par l'autre »³²⁰.

³¹⁹ L'article 1169 du Code civil prévoit que : « *Un contrat à titre onéreux est nul lorsque, au moment de sa formation, la contrepartie convenue au profit de celui qui s'engage est illusoire ou dérisoire.* »

³²⁰ Cass. com., 9 juin 2009, n° 08-11420, *RDC*, 2009, p. 1345, obs. D. Mazeaud ; *RTD civ.*, 2009, p. 719, obs. B. Fages ; M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations, Contrat et engagement unilatéral*, I, L.G.D.J., 4^e éd., 2016, p. 436 ; Cass. 1^{re} civ., 19 déc. 1995, n° 94-11.783, *Bull. civ. I*, n° 481.

En revanche, la réforme du 10 février 2016 maintient la séparation entre les contrats à titre onéreux et ceux à titre gratuit³²¹, dont la cause était à trouver dans l'intention libérale d'une partie.

Comme nous le mettrons en évidence par rapport au droit italien³²², si les contrôles fondés sur la cause ne semblent pas toujours les mêmes à l'égard de toutes les catégories de contrats, un noyau commun peut tout de même être décelé. Par rapport au contexte français, cette analyse sera enrichie aussi par l'analyse des contrats unilatéraux : la Cour de cassation a fait récemment application de la cause afin de juger de la validité de plusieurs contrats de cautionnement.

Afin d'analyser les contrôles de l'acte tout entier en droit contemporain nous examinerons d'abord les contrôles des contrats en droit italien (1), ensuite les contrôles des contrats en droit français (2) et, enfin, nous nous concentrerons sur les convergences et les divergences entre les droits français et italien (3).

1) Contrôles des contrats en droit italien

125. *Introduction.* - L'évolution concernant les contrôles fondés sur la cause et la *meritevolezza* n'a pas concerné que les clauses, mais aussi les actes contractuels tout entiers. Dans ce domaine, la jurisprudence a été particulièrement prolifique, les contrôles traditionnellement fort limités ont fait place à un véritable essor dans l'utilisation de ces deux notions. Cette évolution n'a pas été unitaire et a comporté plusieurs contradictions dans la conception de ces notions. La reconstruction de la jurisprudence s'avère ainsi compliquée et l'interprète risque de se perdre, notamment en raison des errements jurisprudentiels. Pour ce qui nous intéresse ici, il est important, en dépit du peu de recul temporel et d'un matériau jurisprudentiel très abondant, de reconstruire les contrôles des actes tout entiers et, ensuite, d'essayer d'en déceler une rationalité.

³²¹ V. la définition de l'article 1107, alinéa 2, du Code civil et la cause de nullité prévue par l'article 1135, alinéa 2, du Code civil : « Néanmoins l'erreur sur le motif d'une libéralité, en l'absence duquel son auteur n'aurait pas disposé, est une cause de nullité ».

³²² V. n° 137.

Pour ce faire, un *caveat* de nature terminologique s'impose : la jurisprudence utilise d'une façon presque indifférente les notions de cause et de *meritevolezza*, en tant que synonymes ou à travers des périphrases (comme la *meritevolezza* de la cause). La jurisprudence ne distinguant pas nettement ces deux notions, l'analyse des arrêts porte inévitablement sur l'une et l'autre. Dans les développements à suivre, nous nous attacherons ainsi à la terminologie utilisée par la jurisprudence mais veillerons à éclairer le rapport entre la cause et la *meritevolezza* qui ressort des nombreuses décisions les mobilisant pour contrôler les contrats.

126. *Les contrats my way*. - Un courant jurisprudentiel a abordé le sujet de la validité des contrats *my way* (nommés aussi *4you* ou *for you*). Ces contrats sont des produits financiers complexes, structurés grâce à l'union de trois contrats nommés : le prêt, l'investissement et le gage. L'investisseur (usuellement, une personne physique) veut souscrire un plan financier de sécurité sociale, mais ne dispose pas de fonds nécessaires. La banque lui accorde un prêt ; toutefois, cette somme n'est pas remise à l'emprunteur, mais est réinvestie par la banque (qui joue aussi le rôle d'intermédiaire et donc obtient aussi les commissions) dans l'achat de produits financiers. En outre, ces produits sont donnés en gage à la banque comme garantie du prêt reçu.

Il faut mettre en évidence que, selon les finalités poursuivies par l'investisseur (c'est-à-dire, obtenir un patrimoine pour la retraite grâce à l'investissement), l'opération *my way* devrait être très peu risquée. En revanche, dans les cas examinés par la jurisprudence, les produits achetés comprennent aussi des participations de fonds d'investissement très risquées. Les investisseurs attaquent en justice ces contrats : les enjeux concernent non seulement la responsabilité de l'intermédiaire, mais surtout la validité de l'accord.

127. *La jurisprudence en matière de contrats my way*. - La jurisprudence a adopté dans un premier temps des positions diversifiées³²³. Ensuite, la Cour de

³²³ V. Trib. Parma, 22 settembre 2004, *ilcaso.it* ; Trib. Brindisi, 21 giugno 2005, *Danno e resp.*, 2006, p. 179, note G. Liace ; Trib. Bari, 8 giugno 2006, *ilcaso.it* ; Trib. Roma, 15 giugno 2006,

cassation est intervenue à plusieurs reprises, analysant d'une façon complète les enjeux qui sous-tendaient les litiges.

La Cour de cassation³²⁴ suit le raisonnement suivant. D'abord, il faut qualifier le contrat : s'agit-il d'un seul contrat innommé (ce qui implique la nécessité du contrôle de *meritevolezza*), ou de plusieurs contrats nommés interdépendants ? La Cour de cassation, selon l'approche désormais consolidée, affirme que la qualification du contrat doit être faite sur la base de sa cause concrète³²⁵. De là, on affirme que le contrat présente une cause unitaire, car la décomposition en trois accords est en réalité artificielle : la cause est unitaire³²⁶ parce que le but d'investissement de l'opération réalisée est unitaire³²⁷.

Ensuite, il faut examiner la validité du contrat au prisme de la *meritevolezza*, qui protège l'intérêt général³²⁸ et qui a pour objet la cause concrète.

Le résultat de ce contrôle est négatif : la Cour de cassation affirme que le *my way* ne poursuit pas d'intérêts méritant la protection de l'ordre juridique.

ilcaso.it ; Trib. Brindisi, 8 luglio 2008, *Banca, borsa, tit. cred.*, 2010, II, p. 353, note E. Sabatelli ; Trib. Prato, 5 marzo 2009, *ilcaso.it* ; Trib. Parma, 1 aprile 2009, *ilcaso.it* ; Trib. Vicenza, 14 aprile 2009, *ilcaso.it* ; App. Salerno, 30 settembre 2009, *Contratti*, 2009, p. 1015 ; App. Salerno, 25 gennaio 2010, *Banca dati DeJure* ; App. Napoli, 3 marzo 2010, *ilcaso.it* ; Trib. Ravenna, 7 novembre 2011, *ilcaso.it* ; Trib. Pisa, 15 marzo 2012, *Contratti*, 2012, p. 1013 ; Trib. Massa, 31 dicembre 2012, *ilcaso.it* ; Trib. Cagliari, 8 gennaio 2014, *Banca borsa tit. cred.*, p. 368, note A. Tucci.

³²⁴ Cass., 15 febbraio 2016, n. 2900, *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, p. 852, note G. Versaci ; *Società*, 2016, p. 721, note M. Costanza ; Cass., 10 novembre 2015, n. 22950, *Società*, 2016, p. 725, note M. Costanza ; Cass., ord., 7 febbraio 2019, n. 3679, *Resp. civ. prev.*, 2019, p. 806, note G. Fappiano ; Cass., ord., 10 gennaio 2018, n. 383, *Banca dati Pluris* ; Cass., ord. 10 gennaio 2018, n. 378, *Banca dati Pluris* ; Cass., ord., 31 maggio 2017, n. 30489, *Banca dati Pluris* ; Cass., ord., 13 dicembre 2017, n. 29985, *Banca dati Pluris* ; Cass., 17 maggio 2017, n. 12385, *Banca dati DeJure* ; Cass., 27 febbraio 2017, n. 4907, *Banca dati Pluris* ; Cass., 3 gennaio 2017, n. 37, *Banca dati DeJure* ; Cass., ord., 13 dicembre 2017, n. 29985, *Banca dati Pluris* ; Cass., 23 dicembre 2016, n. 26948, *Banca dati Pluris* ; Cass., 26 maggio 2016, n. 10942, *Banca dati Pluris* ; Cass. 29 febbraio 2016, n. 3949, *Contratti*, 2016, p. 897, note L. Buonanno.

³²⁵ Cass., 8 maggio 2006, n. 10490, précité ; Cass. 12 novembre 2009, n. 23941, *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, I, p. 448, note C. Di Leo.

³²⁶ Sur la cause comme expression de la fonction de l'opération économique v. G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico, op. cit.*, p. 370-371 ; R. ROLLI, *Causa in astratto e causa in concreto, op. cit.*, p. 65 et s. ; S. MAZZAMUTO, « Libertà contrattuale e utilità sociale », *Eur. dir. priv.*, 2011, p. 367.

³²⁷ Dans le même sens Cass., 5 febbraio 2013, n. 2736, *Contratti*, 2013, p. 1105, note F. Savasta.

³²⁸ Comme la nullité, v. Cass., sez. un., 12 dicembre 2014, n. 26242 et 26243, *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, p. 299, notes C. Scognamiglio ; N. Rizzo ; S. Pagliantini ; *Danno e resp.*, 2015, p. 592, notes R. Fornasari ; P. Laghezza.

Avant d'analyser le raisonnement qui fonde cette décision, nous souhaitons insister sur le champ de l'analyse : ce n'est pas la configuration abstraite des prestations, mais la structure effective de l'échange convenu par les parties. Les obligations sont contextualisées par rapport à la situation économique des contractants, qui est structurellement déséquilibrée à cause de l'asymétrie informationnelle et de pouvoir contractuel.

128. *Les soubassements du raisonnement de la Cour.* - La Cour retient la nullité du contrat en raison de l'altération marquée de l'équilibre contractuel. La promesse d'un bénéfice futur dérivant de l'investissement ne peut pas être réalisée et cela, non pas en raison de l'incertitude qui domine sur les marchés financiers, mais en raison de la structure des obligations et des clauses du contrat³²⁹, qui font en sorte que le client ne subisse que des pertes, alors que la banque tire tous les bénéfices. En d'autres termes, ce n'est pas le comportement des parties ni les cours des marchés qui ont causé une perte pour l'investisseur, mais la configuration des engagements des parties³³⁰. Il est mis en évidence que l'acceptation par l'investisseur d'engagements très pénalisants découle de l'asymétrie informationnelle et de pouvoir contractuel, qui a permis à la banque d'imposer l'accord à son cocontractant.

129. *La rationalité du contrôle et les finalités poursuivies.* - Ce qui est sanctionné par la Cour n'est pas la configuration abstraite du produit financier³³¹ ; la problématique concernant la validité du produit découle en revanche de l'altération inhérente de sa structure³³² : le *my way* ne réalise aucun échange, car il comporte un transfert de richesses à sens unique, de l'investisseur vers la banque³³³.

³²⁹ Cass., 15 febbraio 2016, n. 2900, précité.

³³⁰ Cass., 15 febbraio 2016, n. 2900, précité.

³³¹ Cass., 15 febbraio 2016, n. 2900 précité ; Cass., 10 novembre 2015, n. 22950, *cit.* ; Trib. Brindisi, 21 giugno 2005, précité.

³³² Cass., 15 febbraio 2016, n. 2900, précité.

³³³ M. BARCELLONA, *Della causa, op. cit.*, p. 352 et s. ; S. GUADAGNO, « I piani finanziari complessi tra tipicità e giudizio di meritevolezza », *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, p. 289.

Par conséquent, l'obligation de l'investisseur n'a aucune raison d'être parce que, compte tenu de la structure même du contrat, il n'obtiendra aucune contrepartie.

Dans cette perspective, en raison aussi du débat doctrinal concernant l'intégration des mobiles dans la cause, il faut examiner le rôle de la fonction de sécurité sociale poursuivie par le client. Par rapport à la structure de l'opération, cette fonction implique que le produit financier génère, sur une longue période, des bénéfices, pour l'investisseur, supérieurs aux coûts de l'opération. En fait, si l'aléa d'un investissement financier ne peut pas être exactement calculé *a priori*, il peut tout de même être modulé³³⁴. Cette possibilité de recevoir des bénéfices est la raison pour laquelle l'investisseur s'oblige. Par rapport à la *meritevolezza* et à la cause, la fonction de sécurité sociale n'est pas importante en tant que but d'un contractant (dans cette perspective, elle concerne la sphère des mobiles ou, le cas échéant, celle des vices du consentement), mais parce qu'elle implique une structure spécifique de l'échange entre les engagements des parties.

La nouveauté de la décision mérite d'être soulignée : d'abord, la Cour ne se borne pas à constater la présence de l'aléa, mais analyse la structure du contrat dans la perspective de l'échange réalisé ; ensuite, ce que la Cour sanctionne est le déséquilibre très marqué entre les engagements des parties, et le sanctionne en raison du contexte et de circonstances qui l'ont déterminé. Les probabilités de gains pour l'investisseur sont très exiguës, mais non absentes ; ce déséquilibre ne dépend pas d'une appréciation différente de la valeur des engagements par les contractants, mais du fait que le client ne soit pas en mesure de comprendre exactement l'échange convenu et ainsi de proposer des modifications des engagements.

130. *Le rôle des normes constitutionnelles.* - La référence aux principes constitutionnels prévus par les articles 47, alinéa 1^{er}, et 38, alinéas 2 et 5, de la Constitution, faite par un arrêt³³⁵ ne semble pas déterminante aux fins de la décision : d'abord, d'autres arrêts expriment des situations parfaitement analogues,

³³⁴ Cass., 15 febbraio 2016, n. 2900, précité.

³³⁵ Cass., 15 febbraio 2016, n. 2900, précité.

sans pour autant faire référence aux règles constitutionnelles³³⁶. Ensuite, il ne semble pas que ces règles aient déterminé le contenu de la décision : comme nous l'avons évoqué, la décision est fondée sur la structure de l'échange, l'asymétrie informationnelle et de pouvoir contractuel ; non sur la protection de l'épargne, ni sur des considérations de redistribution de la richesse. En outre, si le *my way* avait été contraire aux normes constitutionnelles, il aurait été nul, sans besoin de la médiation de la notion de *meritevolezza*. La mention des normes constitutionnelles est donc un artifice rhétorique, visant à renforcer la légitimité d'une décision novatrice.

131. *Le rapport entre meritevolezza et cause*. - Le sujet sera abordé plus en profondeur au terme de l'analyse³³⁷, où l'on aura tous les éléments pour évaluer le rapport entre cause et *meritevolezza* ; toutefois, il faut remarquer que l'autonomie du jugement portant sur la *meritevolezza* par rapport à celui relatif à la licéité implique en même temps un rapprochement, sinon une juxtaposition, entre le premier et celui portant sur l'existence de la cause concrète. L'évaluation de la structure du contrat et de son aptitude à réaliser un échange rationnel coïncide avec le jugement portant sur l'existence de la cause du contrat.

132. *Les contrats dérivés*. - Un secteur où le développement de la théorie de la cause et de la *meritevolezza* a été très riche est celui des contrats dérivés et, en particulier, des contrats de *swap*. Ces produits financiers prévoient un échange de deux flux, qui sont calculés sur le même référentiel selon des paramètres différents ou sur des sous-jacents différents. Étant donné que l'article 23 du *Testo Unico della Finanza* exclut, par rapport à ces contrats, l'applicabilité de la règle de droit sur le jeu et le pari, ils ont fait l'objet de l'attention du juge à trois points de vue : le manque d'indication du *mark-to-market* ; la réalisation d'une fonction différente de celle espérée ; l'absence d'aléa ou aléa unilatéral. L'analyse critique de ces trois courants permet de creuser la réflexion sur les utilisations de la cause et de la

³³⁶ Cass., 10 novembre 2015, n. 22950, précité.

³³⁷ V. n° 144.

meritevolezza, sur la notion d'aléa, sur les nouveaux paramètres utilisés et sur les finalités poursuivies par le biais de ces jugements.

133. *L'absence du mark-to-market, critique.* - Un premier courant a déclaré la nullité des contrats de *swap* qui ne contiennent pas l'indication du *mark-to-market*. Le *mark-to-market* est l'expression de la valeur du contrat dérivé à un moment donné³³⁸ : il ne constitue pas une dette exigible, mais permet de comprendre l'équilibre et la situation des flux à chaque stade de la vie du contrat. Ce courant affirme que le *mark-to-market* est nécessaire afin de comprendre la rationalité du contrat et, donc, que son indication en intègre la cause. Par conséquent, de son manque découle l'absence de cause et l'*immeritevolezza*³³⁹. Ce courant nous semble critiquable, car la cause du *swap* réside, en réalité, dans l'échange des flux à un moment donné. Donc, cet échange ne dépend pas de l'expression du *mark-to-market*, mais de leurs cours au terme convenu : le *mark-to-market* n'influence par le montant des prestations des parties.

134. *La divergence entre finalité déclarée et finalité réalisée, critique.* - Un deuxième courant a contrôlé la validité des dérivés selon l'aptitude du produit financier à réaliser la fonction poursuivie par le client. Les dérivés peuvent être de couverture ou spéculatifs. Étant donné que les deux catégories sont abstraitement valables, la jurisprudence s'est prononcée sur la validité d'un contrat qui ne poursuit pas la finalité déclarée ou attendue par le client (c'est-à-dire, quand le dérivé, au lieu d'être de couverture, est spéculatif). Une partie de la jurisprudence a affirmé que le contrat qui poursuit un but différent de celui envisagé est *immeritevole* et dépourvu de cause³⁴⁰.

³³⁸ F. CAPUTO NASSETTI, « Causa, alea, mark-to-market e upfront nei contratti di swap di pagamenti e opzioni sui tassi di interesse », *Giur. comm.*, 2016, II, p. 321 et s. ; A. CARLEO, C.D. MOTTURA et L. MOTTURA, « Sul "valore" di un derivato. Argomentazioni in margine alla disputa tra amministrazioni pubbliche e banche », *Contratti*, 2011, p. 385 et s.

³³⁹ App. Milano, 18 settembre 2013 ; Trib. Bologna, 29 novembre 2018, *Banca dati DeJure*; Trib. Bologna 3 luglio 2018, *Banca dati DeJure* ; App. Bologna, 11 marzo 2014, www.ilcaso.it ; Tribunale Bologna, 29 novembre 2018, in *Banca dati DeJure*.

³⁴⁰ Trib. Siena, 26 febbraio 2019, *Banca dati DeJure* ; Trib. Monza, 17 luglio 2012, www.ilcaso.it ; Trib. Prato, 13 gennaio 2017, *Banca dati DeJure* ; Trib. Treviso, 26 agosto 2015,

Ce courant nous semble également critiquable, car il repose sur une ambivalence linguistique (liée au terme « fonction ») et parce qu'il implique un contrôle sur le fondement de la cause en dépit d'autres notions qui seraient plus appropriées.

La définition de cause concrète comme fonction que le contrat vise à réaliser ne fait pas référence aux buts individuels des parties, mais à l'objectif de l'opération économique réalisée par le biais du contrat³⁴¹. Il nous semble alors nécessaire de distinguer entre la finalité de couverture, poursuivie par le client, et la finalité du contrat, c'est-à-dire l'échange entre les flux. Cela ne signifie pas que la différence entre fonction déclarée/espérée et fonction effective soit dépourvue de conséquences d'un point de vue juridique : elle peut relever du comportement de l'intermédiaire et donc, de la responsabilité et, en outre, être importante par rapport aux vices du consentement. Néanmoins, il nous semble que cette différence ne concerne pas la problématique de la cause : le but de couverture est individuel (propre à l'investisseur), et il n'est réalisé que par le biais du contrat et, donc, de l'échange des flux. Pourtant, la poursuite d'une finalité différente n'entraîne pas forcément une absence de cause : l'objet de l'analyse et les catégories à mobiliser ne relèvent pas de la nullité du contrat.

135. *Aléa unilatéral et nullité, critique.* - Un troisième courant a annulé les dérivés en cas d'« aléa unilatéral »³⁴² ou « aléa absent »³⁴³. Dans ces cas, il a été affirmé que la cause concrète est absente lorsque, *ex ante*, l'aléa est absent : il a été

www.ilcaso.it ; Trib. Verbania, 23 luglio 2015, *www.ilcaso.it* ; App. Milano, 25 maggio 2015, *Banca, borsa, tit. cred.*, 2017, II, p. 443, note G. Berti de Marinis ; Trib. Cosenza, 18 giugno 2014, *www.ilcaso.it* ; App. Milano, 18 settembre 2013, *Banca, borsa, tit. cred.*, 2014, II, p. 278, note A. Tucci ; App. Trento, 3 giugno 2013, *Giur. comm.*, 2014, II, p. 62, note C. Robustella ; A. DOLMETTA, *Trasparenza dei prodotti bancari. Regole*, Il Mulino, 2013, p. 319 ss. ; A. TUCCI, « La negoziazione degli strumenti finanziari derivati e il problema della causa del contratto », *Banca, borsa, tit. cred.*, 2013, I, p. 80 et s.

³⁴¹ V. n^{os} 66-69.

³⁴² Trib. Modena, 23 dicembre 2011, *Contratti*, 2012, p. 130, note V. Sangiovanni ; Trib. Salerno, 2 maggio 2013, *www.ilcaso.it*.

³⁴³ Trib. Genova, 30 novembre 2015, in *Banca dati DeJure* ; Trib. Torino, 10 maggio 2019, *Banca dati DeJure*.

spécifié que l'aléa est absent lorsqu'il est irréaliste, sur la base de la structure de l'accord, que le cours du marché soit favorable à l'investisseur³⁴⁴.

Nous souhaitons mettre en exergue, contrairement à ce qui est quelques fois affirmé, que la censure ne porte pas sur une répartition inégale du risque, mais sur la structure même du contrat, en vertu de laquelle l'investisseur n'a presque aucune possibilité de succès. En d'autres termes, la structure du dérivé fait l'objet de l'analyse : elle est censurée lorsque le contrat ne réalise pas un échange, mais un transfert de richesse à sens unique. Dans cette perspective, quelques arrêts ont correctement lié le problème de l'aléa à celui du *synallagma* : l'absence d'aléa (ou le soi-disant aléa unilatéral) implique l'absence de *synallagma*³⁴⁵.

Précisons que les dérivés sont sanctionnés pour absence de cause non seulement lorsque le gain de l'investisseur est impossible, mais aussi lorsqu'il est improbable. Toutefois, les arrêts ne clarifient pas les critères de cette appréciation, ni le niveau de disproportion nécessaire afin que la cause soit atteinte.

136. *Les fondements de ce courant.* - Ce troisième courant s'intègre dans le sillage des contrôles effectués sur le fondement de la cause et de la *meritevolezza* par rapport aux clauses et aux actes tout entiers et nous semble systématiquement plus correct que les autres courants. Il implique une extension de l'étendue du domaine du contrôle sur les contrats. Les juridictions ne sanctionnent pas une absence totale de contrepartie convenue ; elles sanctionnent un déséquilibre très marqué qui ne découle pas d'une libre appréciation des parties, mais du contexte dans lequel a été conclu le contrat, et des asymétries entre les contractants. Dans ces situations, aucune négociation n'est possible et donc, il n'y a aucune garantie de rationalité liée à l'évaluation des parties. Le contrat s'avère donc imposé par la partie la plus forte, en minant à la base la logique disciplinaire du marché.

Cette position, qui est à notre avis la plus adéquate afin d'analyser le problème de la cause, invite à une analyse plus approfondie du rapport entre la cause et l'aléa.

³⁴⁴ Trib. Genova, 30 novembre 2015, précité ; Trib. Torino, 10 maggio 2019, *Banca dati Dejure*.

³⁴⁵ Trib. Parma, 15 ottobre 2019, *Banca dati Giuraemilia* ; Trib. Roma, 5 giugno 2017, *Banca dati DeJure*.

137. *Le rapport entre cause et aléa.* - La jurisprudence en matière de contrats dérivés pousse le juriste à s'interroger plus profondément sur le rapport entre cause et aléa. Cela est d'autant plus important que la doctrine et la jurisprudence classiques, en distinguant les contrats aléatoires des contrats commutatifs, se limitaient à affirmer que pour les premiers, la cause s'identifiait à l'aléa. Cette affirmation est ambiguë : en ne creusant pas l'analyse de la structure du contrat aléatoire, elle masque la problématique concernant la cause. En réalité, affirmer que la cause dépend de l'existence de l'aléa attire l'attention seulement sur l'incertitude de l'évènement. Or, nous semble-t-il, le vrai sujet n'est pas uniquement l'aléa, mais la façon dont l'aléa affecte la structure des obligations.

Il est usuel de soutenir que le contrat aléatoire est nécessairement déséquilibré, car au moment de l'exécution du contrat, l'évènement incertain déterminera la partie qui tirera un bénéfice de l'accord. Toutefois, une analyse plus approfondie permet de montrer que le contrat aléatoire prévoit aussi un échange et que le jugement d'équivalence concerne cet échange. Nous faisons référence au jugement, fait au moment de la conclusion du contrat, de la possibilité pour chaque contractant d'obtenir un avantage. Par conséquent, les contrats aléatoires ne sont pas soustraits au modèle dominant de circulation de la richesse : leur particularité réside dans l'objet du jugement d'équivalence. Dans cette perspective, on peut appréhender d'une façon différente le problème de l'aléa unilatéral : la cause est absente lorsque cet échange de possibilité est, en réalité, inexistant, car le résultat découlant de l'évènement futur est déjà établi.

138. *La rente viagère et le problème de la cause.* - La cause et la *meritevolezza* ont été mobilisées par ailleurs pour évaluer la validité de la rente viagère (régie par les articles 1872 et s. du Code civil) et de la rente viagère innommée³⁴⁶. Cette dernière est un contrat innommé proche de la rente, où le

³⁴⁶ A. FUSARO, « Autonomia privata e mantenimento: i contratti di vitalizio atipico », *Fam. dir.*, 2008, p. 305 et s. ; G. BONILINI, « Ancora in tema di vitalizio assistenziale », *Contratti*, 2000, p. 870 et s. ; G. BONILINI, « Atipicità contrattuale e vitalizio alimentare », *Contratti*, 1999, p. 132 et s.

débirentier s'oblige, au lieu de l'arrérage, à effectuer des prestations d'assistance matérielle et alimentaire pour la durée de vie du crédirentier ; l'incertitude concerne alors aussi les prestations à effectuer, dont la quantité est fonction des besoins du crédirentier³⁴⁷.

Dans les deux cas, le contrat est aléatoire : la durée de vie du crédirentier (et, dans le contrat innommé, aussi ses besoins) déterminera la partie gagnante et la partie perdante³⁴⁸. Ces possibilités de gain et de perte doivent être effectives et, donc, ne doivent être pas déterminées *a priori* en raison des circonstances. Cela arrive lorsqu'au moment de la conclusion de l'accord, la vie du crédirentier, en raison de son âge avancé ou pour des motifs cliniques, ne permettra pas de recevoir des arrérages comparables au capital ou au bien cédé et, dans le cas de la rente innommée, aussi lorsque le caractère infime des prestations d'assistance par rapport au bien ou au capital causera un gain certain pour le débirentier.

139. *Problématique et solution.* - La jurisprudence a récemment abordé la problématique de la validité de la rente à travers deux perspectives. La Cour de cassation a affirmé la nullité du contrat pour absence de cause lorsque les circonstances concrètes du cas, c'est-à-dire la brièveté de l'espérance de vie du crédirentier, rendent le contrat très déséquilibré. Dans ce cas, il est certain ou presque certain que la valeur du bien, soit du capital cédé par le crédirentier, ne peut être plus élevée que le montant des rentes payées par le débirentier. L'aléa, c'est-à-dire l'incertitude sur l'équilibre final du contrat, est donc absent, car l'incertitude qui justifie l'intelligibilité sociale de l'engagement du crédirentier est en réalité absente.

Un second courant considère que le contrat est nul lorsque, en raison de la valeur remarquable du bien et du capital par rapport aux engagements d'assistance

³⁴⁷ G. PERLINGIERI, « La scelta della disciplina applicabile ai c.dd. "vitalizi impropri". Riflessioni in tema di aleatorietà della rendita vitalizia e di tipicità e atipicità nei contratti », *Rass. dir. civ.*, 2015, p. 529 et s. ; M. PARADISO, *Gioco, Scommessa, Rendita, Tratt. Sacco*, Utet, 2006, p. 318 et s. ; G. DI GIANDOMENICO et D. RICCIO, *I contratti speciali. I contratti aleatori*, *Tratt. Bessone*, XIV, Giappichelli, 2005, p. 321 et s.

³⁴⁸ Sur l'aléa juridique v. T. ASCARELLI, « Aleatorietà e contratti di borsa », *Banca, borsa, tit. cred.*, 1958, I, p. 435 et s.

convenus, le rapport entre les obligations des parties est *ex ante* évidemment disproportionné.

140. *Les rationalités des deux courants.* - Le premier courant se focalise sur l'espérance de vie du crédientier. Or, selon nous, l'absence de cause ne devrait pas être déterminée seulement à travers la brièveté de l'espérance de vie, mais également en comparant cette attente (et le montant des arrérages qui en découle) au bien, soit au capital attribué. En d'autres termes, cet élément concernant l'aléa du contrat est pris en considération par rapport à l'impact qu'il entraîne sur le rapport entre les prestations des parties³⁴⁹.

Le second courant s'attache essentiellement au rapport entre le bien cédé par le crédientier et les prestations dues par le débirentier. La cause est absente lorsqu'il apparaît, dès la conclusion du contrat, que le rapport entre les prestations est complètement déséquilibré.

Une fois ce cadre admis, il nous semble incorrect de soutenir, à l'instar d'une partie de la doctrine, que seulement le premier courant mérite d'être approuvé³⁵⁰. Il nous paraît que le principe d'évaluation à la base des deux courants est le même (comme le démontre aussi le fait que la jurisprudence fait référence aux deux principes afin d'affirmer la nullité du contrat)³⁵¹. L'objet du contrôle, ainsi que son but, sont en réalité les mêmes.

Cette jurisprudence semble confirmer notre analyse de la cause des contrats aléatoires et du rapport entre aléa et structure de l'échange : dans la mesure où le contrat aléatoire réalise un échange de possibilités, c'est cet échange qui fait l'objet du jugement de rationalité sur le fondement de la cause et de la *meritevolezza*. Il faut que, *ex ante*³⁵², cet échange de possibilités ne soit pas déterminé dans son

³⁴⁹ Cass., 23 novembre 2016, n. 23895, *Banca dati Pluris*.

³⁵⁰ A.M. GAROFALO, *Aleatorietà e causa nella rendita vitalizia e nell'interest rate swap*, ESI, 2018, p. 158-159.

³⁵¹ Cass., 31 gennaio 2017, n. 2522, *Banca dati Pluris* ; Cass., 23 novembre 2016, n. 23895, *cit.* ; Cass., 25 marzo 2013, n. 7479, *Contratti*, 2013, p. 483 ; Cass., 15 giugno 2009, n. 13869, *Notariato*, 2010, p. 271, note M. Malvano.

³⁵² Cass. 31 gennaio 2017, n. 2522, précité ; Cass., 25 marzo 2013, n. 7479, *cit.* ; D. MAFFEIS, « Alea razionale e scenari probabilistici nel vitalizio alimentare », *Giur. it.*, 2018, p. 2358.

résultat³⁵³. En effet, le jugement d'équivalence propre des parties concerne cette possibilité ; lorsque cette évaluation est complètement irrationnelle, le contrat est nul. En d'autres termes, dans ce cas aussi, le problème est celui de la proportionnalité des engagements³⁵⁴ et la divergence consentie entre l'évaluation des parties et la logique du marché, considérant aussi la position (usuellement) de faiblesse du crédientier vis-à-vis du débirentier.

141. *La vente déséquilibrée.* - La Cour de cassation a récemment abordé à nouveau le sujet de la disproportion³⁵⁵ entre un prix, trop élevé cette fois, et la valeur de participations sociales. Plus précisément, le cas concernait la vente de participations sociales à un prix manifestement supérieur à leur valeur de marché, comme constaté par un conseil technique. La Cour de cassation a confirmé la validité du contrat, en décidant que le déséquilibre économique ne prive pas le contrat de cause : le principe de l'autonomie de la volonté prévaut car les parties sont celles qui peuvent évaluer au mieux leurs propres intérêts.

Il importe de remarquer que la Cour de cassation rappelle, de manière acritique, un dogme, sans en questionner le fondement et sans considérer que toute sa jurisprudence récente en matière de cause constitue en réalité un dépassement de ce dogme.

142. *Critique de la décision.* - La décision susmentionnée nous semble critiquable car la Cour de cassation limite son contrôle sur le fondement de la cause à la proportionnalité du prix, sans se demander si le prix peut être conçu comme la contrepartie de la ressource échangée. Or le jugement d'intelligibilité qui doit être effectué sur le fondement de la cause³⁵⁶ ne concerne pas simplement le montant adéquat du prix, mais le fait que le prix convenu puisse être conçu comme

³⁵³ Cass., ord., 27 octobre 2017, n. 25624, *Giur. it.*, 2018, p. 2357, note D. Maffei ; Cass., 31 janvier 2017, n. 2522, *cit.* ; Cass., 11 mars 2016 n. 4825, *Banca dati Pluris*.

³⁵⁴ Cass., 11 mars 2016, n. 4825, précité.

³⁵⁵ La jurisprudence italienne, contrairement à la jurisprudence française, fait une distinction entre vente à vil prix (nulle) et vente à prix dérisoire (valide), sans pourtant clarifier la distinction entre les deux.

³⁵⁶ V. n^{os} 7, 22-24.

contrepartie de ce qui est échangé³⁵⁷. En d'autres termes, il faut que l'échange réalisé à travers le contrat soit intelligible et rationnel selon la logique du système de marché. Dans ce cas spécifique, il semble que les parties avaient une force contractuelle égale et qu'elles avaient négocié le contrat (le déséquilibre du prix était probablement la contrepartie d'une renonciation à une action en responsabilité) : ce n'est donc pas forcément la décision finale qui est critiquable, mais l'argumentation de la Cour.

143. *La validité du « préliminaire de préliminaire »*. - Finalement, la jurisprudence a fait application du contrôle sur le fondement de la cause concrète afin d'évaluer la validité du « préliminaire de préliminaire »³⁵⁸. Le problème qui se pose par rapport à ce type de contrat préparatoire est celui de sa validité : est-ce qu'il est admissible de fragmenter le processus de formation du contrat définitif et ajouter un ultérieur passage (le contrat « préliminaire de préliminaire ») au binôme constitué par l'avant-contrat et le contrat définitif ? C'est-à-dire, est-il admissible de conclure plusieurs contrats qui ne constituent que des passages visant la conclusion du même contrat définitif ? Est-ce que le « préliminaire de préliminaire » a une fonction économique propre et donc une cause concrète, ou n'est-il qu'une inutile duplication des accords ? L'Assemblée plénière de la Cour de cassation, en opérant un revirement, a récemment affirmé que le « préliminaire de préliminaire » a une cause concrète valide³⁵⁹, pourvu qu'il ne constitue pas une simple duplication³⁶⁰ : les parties sont libres de fragmenter la conclusion du contrat et de

³⁵⁷ M. BARCELLONA, « La causa del contratto e il “prezzo vile”: giudizio causale e trasparenza negoziale », *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, p. 506.

³⁵⁸ C'est-à-dire, un contrat qui ne prévoit pas tous les éléments du contrat définitif, mais qui oblige les parties à conclure un avant-contrat, v. G. D'AMICO, « Sul cd. preliminare di preliminare », *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 40 et s. ; F. GAZZONI, *Il contratto preliminare*, Torino, 1998, p. 47 et s. ; G. NAPOLI, « Il contratto preliminare del preliminare », *Riv. dir. civ.*, 2010, p. 81 et s.

³⁵⁹ Cass., sez. un., 6 marzo 2015, n. 4628, *Giur. it.*, 2015, p. 1069, notes A. Di Majo ; G. Palermo ; *Riv. not.*, 2015, 597, note C. Cicero ; *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, p. 609, note G. Buset ; *Contratti*, 2015, p. 550, note V. Brizzolari ; *Corr. giur.*, 2015, p. 609, notes V. Carbone ; F. Festi ; *Vita not.*, 2015, p. 813. V. aussi Cass., ord., 20 marzo 2019, n. 7868, *Giur. it.*, 2019, p. 1309, note A. Di Majo.

³⁶⁰ Dans ce cas, le deuxième contrat (donc, celui qui est usuellement nommé préliminaire) est celui qui est nul, en tant que duplication du premier.

se lier à plusieurs stades de la négociation, si cela présente une fonction économique appréciable pour la conclusion de l'accord définitif.

Le caractère concret de la cause est confirmé et renforcé : la validité du contrat n'est pas affectée par son caractère innommé. Il faut, en revanche, vérifier qu'il existe une effective contribution à la réalisation de l'opération économique.

144. *Le rapport entre cause et meritevolezza.* - Une fois analysée la jurisprudence, il convient de réfléchir au rapport entre la cause et la *meritevolezza*. Théoriquement, les notions sont différentes et ont des champs d'application divers. Néanmoins, les liens et les points de contacts, ainsi que la difficulté à déceler un champ autonome pour l'article 1322, alinéa 2³⁶¹, du Code civil, ont été mis en évidence. Il convient de constater que, si la notion de *meritevolezza* s'est émancipée de celle de licéité, elle tend toutefois à être juxtaposée à celle d'existence de la cause. Les expressions sont soit utilisées en combinaison - « cause et *meritevolezza* » - soit comme syntagmes - « *meritevolezza* de la cause », « cause *meritevole* ». Il nous semble que ces différences découlent du rôle dual de la cause, qui est à la fois élément du contrat et jugement de compatibilité avec l'ordre juridique. En revanche, au regard l'article 1322, alinéa 2, du Code civil, la *meritevolezza* est conçue seulement comme jugement. Toutefois, la valeur opérationnelle des deux notions est la même, ainsi que les contrôles des contrats réalisés sur leur fondement : il n'y a pas de distinction entre les contrôles effectués.

L'utilisation de la notion de *meritevolezza* a été aussi fonction du renouvellement jurisprudentiel : étant presque inutilisée, il y avait moins de contraintes théoriques et doctrinales et, donc, plus de possibilités d'une innovation d'envergure.

145. *Conclusion.* - Pendant les dernières années, on a assisté à un véritable essor du contrôle des contrats sur le fondement de la cause et de la *meritevolezza*.

³⁶¹ L'article 1322, alinéa 2, du Code civil italien prévoit que : « les parties peuvent conclure des contrats n'appartenant pas aux types ayant une réglementation particulière, pourvu qu'ils soient destinés à réaliser des intérêts méritant la protection de l'ordre juridique. »

Ce renouvellement a été rendu possible grâce aux innovations subies par la théorie de la cause, mais surtout, d'un point de vue opérationnel, grâce à une nouvelle conception du contrat. Le changement du paradigme intellectuel que constitue la fin de la conception sacralisée de l'autonomie de la volonté, joint au développement d'un nouveau paradigme de la conception du marché et de l'ordre concurrentiel, ont modifié la façon dont la jurisprudence conçoit le contrôle des contrats. Les juridictions ne se bornent plus à constater la simple existence d'une contrepartie, mais examinent l'échange réalisé à travers le contrat ; l'intelligibilité sociale est évaluée par rapport à la logique du marché concurrentiel : les déviations remarquables admises sont seulement celles qui découlent d'une appréciation effective, différente de ce qui est échangé. En revanche, les contrats dont le déséquilibre manifeste dérive de l'asymétrie informationnelle ou de pouvoir contractuel méritent d'être sanctionnés.

2) Contrôle des contrats en droit français

146. *Introduction.* - En France aussi, nonobstant l'élimination de la notion de cause dans le Code civil par la réforme du droit des obligations du 10 février 2016, la Cour de cassation a récemment fait une application très importante de la cause. En outre, la jurisprudence a été amenée à comparer la cause et le contrôle prévu par le nouvel article 1169 du Code civil, qui rappelle celui auparavant effectué sur le fondement de la cause de l'obligation. Comme nous le verrons, par rapport au contrat également, un élargissement du contrôle fondé sur la cause s'observe. Ce processus a été approfondi en conséquence des règles nouvelles introduites par la réforme.

147. *La cause d'une convention de prestation de services.* – En 2012, la Cour de cassation a déclaré nulle une convention de prestation de services conclue entre une société et le directeur général et président du conseil d'administration, dont l'objet concernait les tâches que devait accomplir ce dernier en raison de sa charge

sociétaire, ce qui entraînait une duplication de paiement pour les mêmes tâches³⁶². Cet arrêt fait une application classique de la cause³⁶³. Deux aspects méritent d'être mis en évidence. D'abord, la cause est évaluée *in concreto*, en prenant en considération l'opération sous-jacente du contrat (dans une perspective comparée, on remarquera que les faits du cas sont analogues à ceux qui ont donné lieu à l'arrêt de 2006 de la Cour de cassation italienne où la cause concrète a été consacrée³⁶⁴). Ensuite, nous ne partageons pas l'analyse d'une partie de la doctrine ayant affirmé que le problème du contrat litigieux était son inutilité. Il est vrai que l'arrêt concentre l'attention sur la fonction du contrat et sur la nécessité pour celui-ci d'avoir un sens économique pour les parties. Toutefois, il nous semble que le problème ne réside pas dans la simple inutilité du contrat, mais plutôt dans son inutilité en tant que conséquence du fait que le contrat de prestation de services et le contrat de management étaient conclus avec le même sujet et concernaient la même tâche. L'inutilité pour une partie est donc jointe à l'apparente irrationalité du contrat procédant du « double » paiement pour les mêmes services. Il en aurait été différemment si le sujet avait été un tiers, car l'obligation n'aurait pas alors été dépourvue de cause. En témoigne un arrêt plus récent encore de la Cour de cassation³⁶⁵, qui a jugé valide une convention de management car il n'y avait pas de coïncidence entre les sujets investis et les services à rendre sur la base du contrat.

148. *Cause et service effectif*. - La Cour de cassation s'est par ailleurs prononcée sur la validité d'un contrat de courtage³⁶⁶. Une partie contestait ici les

³⁶² Cass. com., 23 oct. 2012, n° 11-23.376, PB, *D.*, 2013, p. 686, note D. Mazeaud ; *ibidem* p. 391, obs. S. Amrani-Mekki et M. Mekki ; *Rev. sociétés*, 2013, p. 160, note A. Reygobellet.

³⁶³ Déjà dans le même sens, v. Cass. com., 14 sept. 2010, n° 09-16.084, *D.*, 2011, p. 57, note F. Marmoz ; *Rev. Sociétés*, 2010, p. 462, obs. A. Lienhard ; *ibidem*, 2011, p. 424, note J.-P. Dom ; *RJDA*, 2010, n° 1162.

³⁶⁴ Cass., 8 maggio 2006, n. 10490, précité. V. nos 66 et s.

³⁶⁵ Cass. com., 12 déc. 2018, n° 16-15217, *Gaz. Pal.*, 26 mars 2019, obs. C. Barrillon ; en ce sens v. aussi Cass. com., 5 juin 2019, n° 17-26167, <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000038629755&fastReqId=1395133109&fastPos=1>. En ce même sens, faisant application du nouvel art. 1169 Code civil par rapport à un contrat de franchise v. Trib. com. Paris, 19^e ch., 4 oct. 2017, n° 2017025630, *Gaz. Pal.*, 9 janv. 2018, p. 32, obs. D. Houtcieff.

³⁶⁶ Cass. com., 24 juin 2014, n° 12-27.908, *JCP G*, 2014, p. 1337, note J. Ghestin ; *AJCA*, 1 oct. 2014, n° 7, p. 280, obs. J. Dubarry ; *D.*, 2014, p. 2488, obs. N. Dorandeu ; *RTD civ.*, 2014, p. 884, obs. H. Barbier.

commissions payées, en affirmant que l'obligation était dépourvue de cause, car le courtier n'avait réalisé aucun service d'intermédiation et donc le paiement des commissions était complètement injustifié.

La Cour de cassation a affirmé que ce contrat était nul car il ne correspondait à aucun « service effectif ».

La décision a été remarquée surtout en raison de la terminologie utilisée : la référence à un « service effectif » provient clairement du Code de commerce³⁶⁷, tel que le fait apparaître l'article L. 442-6, alinéa 1^{er} n. 1^o (dans sa rédaction antérieure à la réforme du 24 avril 2019). Deux enseignements peuvent en être tirés. D'une part, la reprise du langage implique une reprise de la finalité et des fonctions du texte ; d'autre part, l'arrêt rappelle le courant considérant l'article L. 442-6 du Code de commerce comme une norme qui fixe l'ordre public de marché³⁶⁸, de sorte que les contrats qui violeraient cet ordre seraient privés de cause licite.

149. *Cause et profitabilité.* - La Cour de Cassation est revenue sur le rapport entre profitabilité du contrat et cause de l'obligation³⁶⁹. Au centre du litige, une licence de marque et la prévision de *minima* d'achats qui se sont révélés très élevés par rapport à la profitabilité des ventes. De là, deux questions se sont posées : la profitabilité intégrait-elle la cause de l'obligation et, donc, son absence causait-elle la nullité de l'obligation ? La disparition de la cause en cours de vie du contrat pouvait-elle entraîner la nullité de l'accord ?

À la première question la réponse de la Cour de cassation est nette : comme affirmé par la Cour d'appel, la cause de l'obligation résidait dans la mise à disposition de la marque et non dans la rentabilité du contrat.

Nous souhaitons mettre en évidence que cela implique une analyse concrète, mais objective de l'accord. L'arrêt se signale surtout pour son opposition à une

³⁶⁷ H. BARBIER, « La cause au gré du pouvoir souverain des juges du fond ? », *RTD civ.*, 2014, p. 886.

³⁶⁸ V. J. DUBARRY, « Un contrat de courtage encourt la nullité pour absence de cause s'il ne procure aucun service effectif », note sous Cass. com., 24 juin 2014, n° 12-27.908, *AJCA*, 1 oct. 2014, n° 7, p. 280 et s.

³⁶⁹ Cass. com., 18 mars 2014, n° 12-29.453, *D.* 2014, p. 1915, note D. Mazeaud ; *AJCA*, 2014, p. 78, obs. J. Dubarry.

analyse subjective de la cause, telle qu'elle avait été conçue par les partisans de la subjectivation de la cause et par la jurisprudence s'inscrivant dans le sillage de l'arrêt *Point Club vidéo*. La Cour de cassation refuse de prendre en considération les mobiles propres aux parties qui n'ont pas fait l'objet d'un engagement spécifique. L'appréciation de la cause doit être faite par rapport à ce qui est échangé, c'est-à-dire la disponibilité de la marque et les *royalties* : dans le cas spécifique, le rapport d'échange est considéré comme tout à fait raisonnable, aussi en considération du fait que les parties étaient dans des positions contractuelles presque équivalentes.

Sur le second grief, la Cour de cassation confirme encore la décision de la Cour d'appel : l'existence de la cause de l'obligation doit être appréciée au moment de la formation du contrat et non pendant son exécution.

Une solution analogue a été prise par rapport à un contrat de fourniture prévoyant des *minima* d'achats³⁷⁰ : la Cour de cassation, confirmant l'arrêt de la Cour d'appel, se limite à un contrôle souple, en affirmant que cet engagement trouvait sa contrepartie dans la mise à disposition de matériaux utilisés pour l'activité commerciale de l'acheteur.

150. *La cause de la rente viagère*. - Tandis qu'en Italie la jurisprudence la plus innovante sur la cause a concerné les contrats aléatoires, en France, elle s'est focalisée surtout sur les contrats commutatifs. Toutefois, par rapport aux contrats aléatoires des applications intéressantes de la cause méritent d'être relevées. Tel est le cas des clauses de réclamation dans le contrat d'assurance et de la rente viagère. Le Code civil français fixe certaines règles afin de faire en sorte que le contrat aléatoire présente un minimum d'équilibre³⁷¹ et la jurisprudence a élargi le champ de ces normes en affirmant que la rente est nulle si la mort du crédientier est perçue

³⁷⁰ Cass. com., 11 mars 2014 n° 12-29.820, <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000028734659>.

³⁷¹ Nous faisons référence aux articles 1974 et 1975 Code civil. Le premier prévoit que : « Tout contrat de rente viagère, créé sur la tête d'une personne qui était morte au jour du contrat, ne produit aucun effet. » Le second établit que : « Il en est de même du contrat par lequel la rente a été créée sur la tête d'une personne atteinte de la maladie dont elle est décédée dans les vingt jours de la date du contrat. »

comme imminente, même si elle ne survient pas dans les délais prévus par le Code civil³⁷². La connaissance de l'état de santé est suffisante pour entraîner la nullité, indépendamment de la raison spécifique du décès³⁷³. En outre, la rente ne doit pas être inférieure aux fruits générés par le bien, car sinon le contrat ne serait pas aléatoire³⁷⁴.

La rente pose en outre problème lorsque le rapport entre le montant des contreparties est complètement disproportionné : le contrat constitue un transfert de richesses à sens unique et ne satisfait aucun intérêt du créancier³⁷⁵. Cela implique une appréhension nouvelle de la cause par rapport aux contrats aléatoires, comme le démontre aussi la jurisprudence italienne en matière de rente, de produits financiers et dérivés. Les problèmes abordés par la jurisprudence française sont les mêmes que ceux traités par la jurisprudence italienne et les solutions apportées sont analogues.

151. *La cause de l'obligation de la caution.* - La jurisprudence française a été novatrice dans un autre domaine encore, celui de la validité du cautionnement à l'aune de la cause de l'obligation du garant. Ici, la validité était questionnée en raison de l'absence d'un quelconque avantage en faveur de la caution.

Depuis le célèbre arrêt *Lempereur*³⁷⁶, la Cour de cassation affirme que la cause de la caution réside dans l'avantage consenti par le créancier au débiteur³⁷⁷.

³⁷² Cass. 1^{re} civ., 2 mars 1977, n° 75-14.566, *Bull. civ. I*, n° 115, *RTD civ.*, 1979, p. 398, obs. G. Cornu.

³⁷³ Cass. 3^e civ., 2 févr. 2000, n° 98-10.714, *Bull. civ. III*, n° 26, *JCP G*, 2000, II, n° 10289, note J.-F. Weber ; Cass. 1^{re} civ., 16 avr. 1996, n° 93-19.661, *Bull. civ. I*, n° 184, *D.*, 1996, p. 584, note Y. Dagherne-Labbe ; *Deffrénois*, 1996, art. 36387, note A. Bénabent.

³⁷⁴ Cass. 3^e civ., 4 juill. 2007, n° 06-14.122, *Bull. civ. III*, n° 125 ; Cass. 3^e civ., 16 juill. 1998, n° 96-12.720, *Bull. civ. III*, n° 169 ; Cass. 1^{re} civ., 4 juill. 1995, n° 93-16.913, *Bull. civ. I*, n° 304.

³⁷⁵ J. ROCHFELD, v. *Cause*, *op. cit.*, n° 32.

³⁷⁶ Cass. com., 8 nov. 1972, n° 71-11.879, *Bull. civ. IV*, n° 278, *D.*, 1973, p. 753, note Ph. Malaurie ; *Gaz. Pal.*, 1973, p. 143, note D. Martin ; *RTD com.*, 1973, p. 294, obs. R. Houin.

³⁷⁷ La Cour de cassation affirme que : « la cause de l'obligation [de la caution] était la considération de l'obligation prise corrélativement par [le créancier] à savoir l'ouverture de crédit à la société [débitrice] ».

Cette solution, bien que critiquée par une partie de la doctrine³⁷⁸, a été confirmée par la jurisprudence postérieure³⁷⁹.

152. *Cause et contrats unilatéraux*. - Comme l'a affirmé la doctrine, ces arrêts récents sur la cause de l'obligation de la caution constituent une rareté³⁸⁰ : la notion de cause avait été structurée sur le modèle du contrat synallagmatique et son application dans le domaine des contrats unilatéraux était sporadique, aussi en raison de la difficulté, voire de l'impossibilité d'évaluer l'existence d'une contrepartie convenue³⁸¹. Cette jurisprudence pourrait devenir de plus en plus importante après la réforme, vu que le nouvel article 1169 du Code civil s'applique aux contrats à titre onéreux, dont les contrats unilatéraux sont une *species*. De plus, si la cause constitue la justification du transfert de richesses, elle doit exister aussi dans les contrats unilatéraux. Par conséquent, les contrats unilatéraux sont tout de même intégrés dans le paradigme utilitariste du marché et, donc, ne peuvent pas se soustraire aux règles qui structurent le cadre d'action des sujets.

153. *Cautionnement et avantage consenti*. - La Cour de cassation a statué sur la validité d'un cautionnement souscrit par une personne physique en garantie d'une

³⁷⁸ V., dans des perspectives différentes : J. FRANÇOIS, *Droit civil, Les sûretés personnelles*, Economica, 2004, p. 107 ; L. AYNES et PH. CROCQ, *Les sûretés, la publicité foncière*, 8^e ed., L.G.D.J., 2011, p. 95.

³⁷⁹ V., par exemple : Cass. com., 3 mai 2006, n° 05-11229 ; Cass. com., 16 févr. 1977, *JCP*, 1979, II, 19154, obs. Ph. Simler ; M. BOURASSIN et V. BREMOND, *Droit des sûretés*, Sirey, 2020, p. 153 et s. ; CH. GIJSBERT, « Pourquoi s'engage-t-on à payer la dette d'autrui ? (quand la cause se réinvite dans le contentieux du cautionnement) », comm. sous Cass. com., 17 mai 2017, n° 15-15.746, in *Revue des procédures collectives*, n° 1, janv. 2018, comm. 22.

³⁸⁰ D. MAZEAUD, « Une rareté : l'annulation d'un contrat de cautionnement pour absence de cause », comm. sous Cass. com. 17 mai 2017, n° 15-15746, *D.*, 2017, p. 1694 ; J. FRANÇOIS, *Droit civil, Les sûretés personnelles, op. cit.*, p. 108 ; A.-S. BARTHEZ et D. HOUTCIEFF, *Les sûretés personnelles*, dans *Traité de droit civil*, dir. J. GHESTIN, L.G.D.J., 2010, p. 331 ; F. CHÉNEDÉ, *Le nouveau droit des obligations et des contrats. Consolidations-Innovations-Perspectives*, L.G.D.G., 2016, p. 93 ; PH. THERY, *Sûretés et publicité foncière*, P.U.F., 1988, p. 72-73.

³⁸¹ C'est ainsi que certains auteurs ont affirmé que la cause de l'obligation de la caution est identique à celle d'une libéralité (v. C. BUFNOIR, *Propriété et contrat*, L.G.D.J., 1900, p. 533 ; M. CABRILLAC, CH. MOULY, S. CABRILLAC et PH. PETEL, *Droit des sûretés*, 10^e éd., L.G.D.J., 2015, p. 86-87). D'autres ont affirmé que le cautionnement est un acte abstrait, sans cause (v. H. CAPITANT, *De la cause des obligations (contrats, engagements unilatéraux, legs)*, 3^e éd., 1927, L.G.D.J., p. 412 et s.). Cette dernière analyse n'est pas pertinente dans la mesure où les règles sur la cause n'excluent pas son application aux contrats unilatéraux (v. Cass. com., 3 juin 2014, n 13-17643, *RTD civ.*, 2014, p. 884, obs. H. Barbier).

société débitrice principale qui était déjà en liquidation judiciaire³⁸². Les décisions du fond n'ont pas examiné les raisons de cet engagement, ni l'existence de quelques engagements de la part du créancier. La Cour de cassation a cassé l'arrêt de la Cour d'appel en affirmant que la connaissance de l'état de la société n'était pas suffisante pour établir la validité du cautionnement³⁸³ ; en revanche, il est nécessaire que le créancier accorde un avantage au débiteur³⁸⁴. Il appartient alors à la Cour d'appel de renvoi de se prononcer, au vu des faits, sur la proportionnalité de l'engagement.

154. *La difficile évaluation de l'avantage consenti.* - Un autre arrêt de la Cour de cassation³⁸⁵ semble aborder ce dernier aspect. Une banque acceptait de renouveler pour une période de quelques mois les lignes de crédit à une société en difficulté financière, moyennant le cautionnement, pour plusieurs années, de ses fondateurs et administrateurs. La Cour, en confirmant l'arrêt d'appel, affirma que l'obligation de la caution n'était pas dépourvue de cause en raison de la différence entre la durée du renouvellement des lignes de crédit et celle des cautionnements.

L'importance de cet arrêt pour le contrôle de proportionnalité doit toutefois être nuancée. D'abord, car l'action des cautions était principalement fondée sur les vices du consentement³⁸⁶ et la violation des obligations d'information³⁸⁷. Ensuite,

³⁸² Cass. com., 17 mai 2017, n° 15-15746, *Dalloz actualité*, 8 juin 2017, obs. X. Delpéch ; *JCP G*, 2017, p. 842, obs. Y.-M. Serinet ; *D.*, 2017, p. 1694, note D. Mazeaud ; *Gaz. Pal.*, 26 sept. 2017, p. 29, obs. D. Houtcieff ; *RDC*, 2017, p. 457, obs. D. Houtcieff ; *RDC*, 2017, p. 421, obs. Y.-M. Laithier ; *RTD civ.*, 2017, p. 640, obs. H. Barbier ; *JCP E*, 2017, p. 1667, obs. Ph. Simler ; *Gaz. Pal.*, 27 juin 2017, p. 21, obs. Ch. Albiges.

³⁸³ CH. GIJSBERT, « Pourquoi s'engage-t-on à payer la dette d'autrui ? (quand la cause se réinvite dans le contentieux du cautionnement) », art. préc. ; F. CHÉNEDÉ, « La cause est morte... vive la cause ? », *CCC*, 2016, dossier 4, spéc. n° 15.

³⁸⁴ Y.-M. SERINET, *Chron.* « Droit des contrats », *JCP G*, 2017, doct. 842, n° 4 ; PH. SIMLER, *Chron.* « Sûretés - Droit des sûretés », *JCP E*, 7 déc. 2017, n° 49, doct. 1239, n° 7.

³⁸⁵ Cass. com., 25 oct. 2017, n° 16-16839, *D.*, 2017, p. 2148 ; *AJCA*, 2018, p. 47, note E. Mouial-Bassilana ; *Gaz. Pal.*, n° 39, p. 37, note C. Berlaud ; *RTD com.*, 2017, p. 972, note D. Legeais.

³⁸⁶ Sur la juxtaposition entre cause et vices du consentement en matière de cautionnement v. A.-S. BARTHEZ et D. HOUTCIEFF, *Les sûretés personnelles*, *op. cit.*, p. 332 s.

³⁸⁷ Sur la distinction entre obligation d'information et cause v. Cass. com., 8 avr. 2015, n° 13-14447 ; M. BOURASSIN et V. BREMOND, *Droit des sûretés*, *op. cit.*, p. 138-139.

vu que le contrôle de la cause nécessite l'appréciation de faits, il doit être effectué par les juges du fond³⁸⁸, ce qui place la Cour de cassation en retrait.

155. *Les enseignements des arrêts relatifs au cautionnement.* - D'abord, dans ces arrêts, le contrôle est effectué *in concreto*, par rapport au cas d'espèce et à l'opération économique réalisée au moyen des contrats³⁸⁹ : afin d'évaluer l'avantage consenti, il est nécessaire d'analyser toute l'opération et son existence ne peut pas être déterminée abstraitement. Ensuite, dans ces arrêts, est analysée la fonction du contrat dans le contexte de l'opération, ainsi que sa rationalité.

Dans cette perspective, l'avantage consenti par le créancier au débiteur principal permet de comprendre la raison pour laquelle un tiers se porte garant de la dette, justifiant son obligation³⁹⁰. Néanmoins, la structure des contrats unilatéraux rend extrêmement difficile l'analyse de la cause et du caractère adéquat de l'avantage consenti par le créancier. Cette difficulté est augmentée par le caractère accessoire³⁹¹ de l'obligation de la caution, qui implique une difficulté ultérieure dans l'évaluation de l'échange entre les parties et, partant, des critères qui peuvent guider l'interprétation du juge : si l'évaluation de l'existence d'un avantage par le créancier est aisée, il n'en va pas de même de la proportionnalité des engagements. Dans ces cas, l'utilisation des paramètres de l'*optimum* parétien et de Kaldor Hicks, visant à évaluer l'efficacité du contrat, n'est pas appropriée³⁹².

156. *Le nouvel article 1169 du Code civil.* – Le nouvel article 1169 du Code civil prévoit qu'« un contrat à titre onéreux est nul lorsque, au moment de sa

³⁸⁸ E. MOUIAL-BASSILANA, « Cause de l'engagement de caution : l'insuffisance de l'avantage consenti par le créancier n'entraîne pas la nullité », note sous Cass. com. 25 oct. 2017, n° 16-16.839, *AJCA*, 2018, p. 47 et s.

³⁸⁹ PH. SIMLER, *Cautionnement. Garanties autonomes. Garanties indemnitaires*, 5^e éd., LexisNexis, 2015, p. 208 souligne l'importance du caractère triangulaire de l'opération dans l'évaluation des éléments et de la cause de l'obligation de la caution.

³⁹⁰ M. BOURASSIN et V. BREMOND, *Droit des sûretés*, *op. cit.*, p. 153 et s.

³⁹¹ M. BOURASSIN, *L'efficacité des garanties personnelles*, L.G.D.J., 2006, p. 259 ; PH. SIMLER, *Cautionnement. Garanties autonomes. Garanties indemnitaires*, *op. cit.*, p. 210 ; D. HOUTCIEFF, « La cause de l'obligation de la caution entre persistance et rémanence », comm. sous Cass. com., 17 mai 2017, n° 15-15746, *RDC*, 2017, p. 457 et s.

³⁹² M. BOURASSIN, *L'efficacité des garanties personnelles*, *op. cit.*, p. 23 et s.

formation, la contrepartie convenue au profit de celui qui s'engage est illusoire ou dérisoire ». Même si la notion de cause de l'obligation a été éliminée, son application résonne dans cette disposition. En réalité, comme l'a remarqué la doctrine absolument majoritaire, l'article codifie la jurisprudence concernant la cause de l'obligation. Il convient pourtant de se demander si l'utilisation d'une terminologie nouvelle implique des différences et, ensuite, d'examiner la jurisprudence la plus récente se référant à cette nouvelle règle.

157. *Le contrôle du contrat sur le fondement de l'article 1169 du Code civil.*

- Dans cette perspective, deux aspects nous semblent importants, parce qu'ils confirment certaines solutions jurisprudentielles et en écartent d'autres.

D'abord, la référence à « la contrepartie convenue au profit de celui qui s'engage ». Il nous semble que le texte confirme l'appréciation globale de ce qui était autrefois la cause, eu égard à ce que chaque partie reçoit du contrat. Cette référence à la contrepartie (et non à l'obligation) renforce le caractère concret de l'analyse par rapport à l'opération économique réalisée grâce au contrat.

Le second aspect est le caractère « illusoire ou dérisoire » de cette contrepartie qui entraîne la nullité du contrat. Les termes proviennent directement de la jurisprudence sur la cause de l'obligation. Le caractère dérisoire renvoie à la valeur de la contrepartie, lorsque le caractère illusoire semble avoir une connotation plus subjective, qui implique une représentation erronée de la part du contractant qui reçoit la contrepartie. Toutefois, il faut considérer que le terme illusoire ne constitue pas une duplication de la règle sur l'erreur, et ne semble pas rappeler une déception toute interne à la sphère du créancier. En réalité, c'est la contrepartie qui doit être illusoire, donc, ce caractère doit justement concerner la contrepartie, et non la représentation du contractant.

En outre, il est important de remarquer que le caractère, dérisoire ou illusoire, est nécessairement relationnel. En d'autres termes, il doit être évalué non d'une façon absolue, mais en considération de la contrepartie de celui qui s'engage. Ce qui doit être effectué, c'est un jugement d'acceptabilité du rapport d'échange réalisé à travers le contrat.

158. *Les influences de l'article 1169 du Code civil.* - Les transformations du droit contractuel et du paradigme de l'acceptabilité de l'échange sont importantes pour ce jugement : lors de l'évaluation du caractère dérisoire ou illusoire de la contrepartie, la nouvelle conception du contrat, du sujet et de facteurs à prendre en compte, ainsi que du contrôle de l'autonomie privée, peut modifier les standards de ce jugement.

Par rapport à ce contexte, devient de plus en plus importante, d'une façon explicite ou implicite, la nouvelle rationalité portée par les droits spéciaux. Comme nous l'avons mis en évidence³⁹³, la jurisprudence utilise de plus en plus un langage tiré du Code de commerce et, notamment, de l'article L. 442-6 (dans son ancienne version, concernant les pratiques restrictives de concurrence) dans l'application de la cause. En outre, nous souhaitons mettre en exergue que ce processus a été accéléré par l'introduction de l'article 1171 du Code civil et la référence au déséquilibre significatif, dont nous avons déjà examiné les sources d'inspiration³⁹⁴, et il le sera probablement davantage par la réforme du Code de commerce et les nouveaux articles L. 442-1 et suivants du Code de commerce (issus de l'ordonnance n° 2019-359 du 24 avril 2019)³⁹⁵. Non seulement la rationalité des droits spéciaux a pénétré le droit commun, mais elle a aussi affecté l'interprétation des autres règles (comme celle portant sur la cause et les nouveaux articles 1169 et 1170 du Code civil), pourtant apparemment distinctes.

159. *Les nouveaux articles 1143 et 1186 du Code civil.* - L'élargissement du champ d'intervention dans le contrat ressort aussi des nouveaux articles 1143 et 1186 du Code civil³⁹⁶. Ces règles n'ont pas encore fait l'objet d'applications

³⁹³ V. n°s 118, 119, 148. V. aussi *infra* n°s 161, 164, 165.

³⁹⁴ V. n° 76.

³⁹⁵ Sur cette règle v. M. BEHAR-TOUCHAIS, « Le nouveau déséquilibre significatif », *RDC*, 2019, 4, p. 37 et s.

³⁹⁶ L'article 1143 du Code civil prévoit que : « *Il y a également violence lorsqu'une partie, abusant de l'état de dépendance dans lequel se trouve son cocontractant à son égard, obtient de lui un engagement qu'il n'aurait pas souscrit en l'absence d'une telle contrainte et en tire un avantage manifestement excessif.* »

jurisprudentielles ; il importe cependant de constater qu'elles s'insèrent dans la même dynamique de transformation dont nous avons esquissé les traits.

L'article 1143 du Code civil codifie un nouveau vice du consentement fondé sur l'abus de dépendance : l'idée sous-jacente est que les contractants ne sont pas toujours sur un pied d'égalité et, lorsqu'une partie tire un avantage manifestement excessif de cette inégalité, le contrat peut être annulé. Le soubassement idéologique est évidemment différent de celui du droit classique. La référence à l'avantage manifestement excessif, en outre, impose une évaluation du rapport entre les prestations des parties, selon un critère d'intelligibilité sociale.

L'article 1186, alinéa 1^{er}, du Code civil, en revanche, est ambigu en ce qu'il paraît étendre le contrôle de rationalité à l'exécution du contrat, alors que ce contrôle devrait être réalisé sur le fondement du nouvel article 1195 du Code civil³⁹⁷, qui consacre la révision pour imprévision. Effectivement, il nous semble que la disparition d'un élément fondamental concerne en réalité, soit un changement de circonstances qui rend la prestation excessivement onéreuse, soit l'impossibilité d'exécuter non imputable au débiteur.

Les alinéas 2 et 3, quant à eux, consolident la jurisprudence sur l'interdépendance contractuelle, désormais consacrée par la Cour de cassation³⁹⁸.

Selon l'article 1186 du Code civil: « *Un contrat valablement formé devient caduc si l'un de ses éléments essentiels disparaît.*

Lorsque l'exécution de plusieurs contrats est nécessaire à la réalisation d'une même opération et que l'un d'eux disparaît, sont caducs les contrats dont l'exécution est rendue impossible par cette disparition et ceux pour lesquels l'exécution du contrat disparu était une condition déterminante du consentement d'une partie.

La caducité n'intervient toutefois que si le contractant contre lequel elle est invoquée connaissait l'existence de l'opération d'ensemble lorsqu'il a donné son consentement. »

Sur leur contenu et leurs sources d'inspiration, v. n^{os} 78-79.

³⁹⁷ Cette règle établit que : « *Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation.*

En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent convenir de la résolution du contrat, à la date et aux conditions qu'elles déterminent, ou demander d'un commun accord au juge de procéder à son adaptation. A défaut d'accord dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe. »

³⁹⁸ Cass. ch. mixte, 13 avr. 2018, n^o 16-21.345 et 16-21.947, *JCP G*, 2018, p. 543, note F. Buy ; *Gaz. Pal.*, 18 sept. 2018, p. 27, obs. D. Houtcieff ; *RTD civ.*, 2018, p. 388, obs. H. Barbier ; Cass. com., 12 juill. 2017, n^o 15-23.552, PB, *RDC*, 2017, 4, p. 11, comm. Th. Genicon ; Cass. com., 12 juill. 2017, n^o 15-27.703, PB, *RDC*, 2017, 4, p. 11, comm. Th. Genicon ; *CCC*, nov. 2017, comm. 218 L. Leveneur ; Cass. ch. mixte, 17 mai 2013, n^o 11-22.768, *Bull. civ.*, 2013 ch. mixte, n. 1, *D.*,

160. *Les applications les plus récentes de la cause.* - Après la réforme, la Cour de cassation a continué de faire application de la notion de cause afin de contrôler le contrat. En outre, comme il est arrivé par rapport aux clauses du contrat, un lien de continuité a été tracé entre la cause et les règles nouvelles. Une brève analyse de cette jurisprudence très récente, qui ne pourra que s'enrichir ultérieurement, permettra de vérifier quelles solutions ont été retenues et le champ d'application de ces règles.

161. *Vente à vil prix.* - L'enjeu de la vente à vil prix est un classique des développements sur la cause. La Cour de cassation a confirmé la nullité pour absence de cause d'une cession de participations sociales, car le prix convenu était dérisoire par rapport à la valeur des participations³⁹⁹.

Cette cession devait faire l'objet d'une vente croisée qui n'a pas eu lieu : le prix prévu par le contrat était dérisoire par rapport à la valeur des participations, et donc l'obligation était dépourvue de cause. La Cour de cassation insiste sur le fait que les parties avaient brisé l'équilibre contractuel précédemment établi. Il en ressort que la cause de l'obligation est évaluée par rapport à cet équilibre.

162. *Le caractère dérisoire du prix.* - Un autre arrêt de la Cour de cassation rendu postérieurement à la réforme de 2016⁴⁰⁰ a abordé le sujet de la nullité de la vente à vil prix. Il y a été réaffirmé que la cause doit être évaluée au moment de la conclusion du contrat et non ultérieurement. Il en résulte aussi que le prix de la contrepartie doit être évalué par rapport au bien, et non aux bénéfices qu'on attend tirer de l'exploitation du bien. La Cour a pourtant cassé l'arrêt d'appel, qui avait

2013, p. 1658, note D. Mazeaud ; *RDC*, 2013, p. 1331, note Y.-M. Laithier. V. aussi TH. GENICON, « Les contrats interdépendants », *Contratti*, 2011, p. 108 ss. ; S. AMRANI-MEKKI, « Indivisibilité et ensembles contractuels : l'anéantissement en cascade des contrats », *Défrenois*, 2002, p. 355 et s. ; S. BROS, *L'interdépendance contractuelle*, th. Paris 1, 2001 ; J.-B. SEUBE, *L'indivisibilité et les actes juridiques*, 1999, Litec ; B. TEYSSIÉ, *Les groupes de contrats*, 1975, L.G.D.J.

³⁹⁹ Cass. 3^e civ., 30 nov. 2017, n° 15-22.861, *Bull. civ.* (corrigée par Cass. 3^e civ., 21 juin 2018, n° 15-22.861).

⁴⁰⁰ Cass. com., 25 oct. 2017, n° 15-24.219, *Bull. civ.*

jugé valable la vente d'un bateau à un euro, car l'activité réalisée à travers celle-ci entraînait seulement des pertes.

163. *Les juxtapositions entre cause, caducité et imprévision.* - La Cour de cassation⁴⁰¹ a cassé un jugement du Tribunal de proximité de Marseille, qui avait fait application de règles issues de l'ordonnance du 10 février 2016 et, en particulier, du nouvel article 1186 du Code civil. L'intérêt de ce litige concerne l'application de la réforme dans le temps⁴⁰² ; toutefois, la doctrine qui a commenté l'arrêt a affirmé que, de la décision de la Cour de cassation, peuvent être tirés des enseignements concernant la cause et les règles nouvelles. D'un côté, il a été souligné que, dans le cas d'espèce⁴⁰³, la règle nouvelle la plus pertinente était l'article 1195 du Code civil (et non l'article 1186)⁴⁰⁴ ; de l'autre, que le refus d'appliquer la caducité était une confirmation du rejet de la prise en compte de la disparition de la cause en cours d'exécution du contrat⁴⁰⁵.

164. *Article 1169 du Code civil et vil prix.* - Un jugement du Tribunal de grande instance de Paris⁴⁰⁶ a abordé encore une fois le sujet du vil prix, en faisant application du nouvel article 1169 du Code civil : il a considéré qu'un contrat de location d'une résidence de vacances était nul car le prix était dérisoire. Cette décision concerne un contexte très spécifique : l'association organisatrice s'était trompée dans l'indication du prix sur la brochure, pourtant le client avait accepté l'offre (et le contrat avait été conclu) pour un prix qui ne correspondait pas du tout

⁴⁰¹ Cass. 1^{re} civ., 19 sept. 2018, n° 17-24.347, *JCP E*, 4 oct. 2018, act. n° 737 ; *LEDC*, nov. 2018, p. 2, obs. M. Latina ; *LPA*, 16 janv. 2019, p. 16 s., comm. A. Quesne.

⁴⁰² De fait, le litige concernait le contrat de maintenance d'un climatiseur conclu le 19 juin 2013 ; le contrat, donc, n'était pas soumis aux règles introduites par la réforme de 2016.

⁴⁰³ Ici, les prestations d'entretien étaient devenues beaucoup plus coûteuses en raison de la modification de la situation de l'immeuble, ce qui relève de l'imprévision plutôt que de la caducité.

⁴⁰⁴ M. LATINA, « Application dans le temps de l'ordonnance du 10 février 2016 », *LEDC*, nov. 2018, p. 2 ; A. QUESNE, « Le changement de circonstances imprévisible, source de caducité du contrat ? Approche de droit transitoire et de droit substantiel », *LPA*, 16 janv. 2019, p. 16 et s.

⁴⁰⁵ En ce sens v. aussi Cour d'Appel de Paris, 3 juillet 2019, n° 17/21047, précité, qui tisse un lien entre l'ancien article 1131 du Code civil et le nouvel article 1169 du Code civil et affirme que : « pour apprécier la validité ou la nullité du contrat pour défaut de cause, il convient d'examiner uniquement les éléments du contrat et non ses conditions d'exécution ».

⁴⁰⁶ Tribunal de grande instance de Paris, 4^e ch., 1^{re} sect., 27 juin 2017, n° 17/07192, *Gaz. Pal.*, 9 janv. 2018, p. 32, obs. D. Houtcieff.

au prix de marché, sans être inexistant pour autant. Si la décision vise clairement la résolution du problème très spécifique posé par les circonstances du cas concret⁴⁰⁷, il faut toutefois mettre en évidence qu'elle effectue un élargissement des paramètres et des critères pour apprécier la cause, car le Tribunal de grande instance choisit d'annuler le contrat en affirmant le caractère dérisoire du prix lorsque celui-ci est simplement disproportionné, mais non absent.

Il aurait pu être affirmé que le contrat était valide car, comme prévu par l'article 1168 du Code civil, le défaut d'équivalence des prestations n'est pas une cause de nullité du contrat : le prix, certes disproportionné, n'était pas inexistant. En réalité, il nous semble que le jugement du Tribunal est déterminé par les circonstances du cas concret, c'est-à-dire l'évidence de l'erreur concernant l'indication du prix de la part de l'association. Cette approche *in concreto* aurait dû conduire à prendre en considération d'autres éléments, comme l'absence de négociations et les asymétries entre les parties.

165. *Le déséquilibre comme critère de qualification de l'acte juridique.* - Finalement, la prise en considération du déséquilibre entre les obligations et les raisons de ce déséquilibre constitue un critère de qualification d'une promesse de contrat. En effet, la Cour de cassation⁴⁰⁸ a confirmé un arrêt d'appel qui avait retenu qu'une convention intitulée « promesse synallagmatique de vente et d'achat » devait être requalifiée en promesse unilatérale en raison du déséquilibre des engagements des parties⁴⁰⁹.

⁴⁰⁷ D. HOUTCIEFF, « La contrepartie convenue n'est-elle que la cause de l'obligation en pire ? », *Gaz. Pal.*, 9 janv. 2018, p. 32.

⁴⁰⁸ Cass. 3^e civ., 7 juin 2018, n° 17-18.670.

⁴⁰⁹ La Cour de cassation affirme : « [...] que l'article 11 prévoyait l'abandon des acomptes versés au promettant à titre d'indemnité d'immobilisation si le bénéficiaire ne manifestait pas son intention d'acquiescer et que, si celui-ci pouvait renoncer à acquiescer sous la seule sanction de perdre les sommes versées représentant 10 % du prix de vente hors taxes, le promettant ne pouvait renoncer à vendre et pouvait donc y être contraint, ce qui démontrait un déséquilibre significatif dans les prestations réciproques des parties, la cour d'appel, qui n'était pas tenue de procéder à une recherche que ses constatations rendaient inopérante, a pu en déduire qu'en dépit de l'intitulé de l'avant-contrat, il convenait de qualifier l'acte de promesse unilatérale de vente et a légalement justifié sa décision ».

3) Convergences et divergences entre les droits français et italien

166. *Les différences temporelles entre les droits français et italien.* - La jurisprudence française concernant le contrôle du contrat sur le fondement de la cause s'est développée dans les années 1990, en rupture avec les solutions classiques antérieures. L'analyse des arrêts s'inscrivant dans ce nouveau courant a permis de mettre en évidence les solutions qui ont été retenues et celles qui ont été abandonnées. L'évolution en Italie et en France présente une dyscrasie temporelle, liée au moment où les innovations principales ont été mises en place.

En France, la césure s'est manifestée pendant les années 1990 et la jurisprudence postérieure a systématisé et précisé ces innovations, en rejetant certaines solutions ; l'article L. 442-6 du Code de commerce a influencé le langage utilisé et la manière d'évaluer la contrepartie ; finalement, la réforme de 2016 a impliqué une nouvelle césure, avec l'introduction des articles 1169, 1143 et 1186 du Code civil.

En Italie, les évolutions principales ont eu lieu ces cinq dernières années, lorsque le contrôle sur le fondement de la cause et de la *meritevolezza* a été effectué aussi sur les clauses du contrat et que le renouvellement de la notion de *meritevolezza*, qui n'avait guère été utilisée par la jurisprudence, a été déployé afin d'élargir le champ d'intervention du juge.

L'évolution en Italie a donc été plus lente, et ce en raison de la charge idéologique imprimée par le régime fasciste sur la cause et la *meritevolezza*, ce qui a rendu d'abord nécessaire un travail d'épuration de la notion et une élaboration nouvelle.

167. *Analyse in concreto du contexte et des qualités des parties.* - Nonobstant la différence terminologique concernant la notion de cause concrète en France et en Italie, nous souhaitons mettre en évidence que la prémisse qui a permis l'évolution de la théorie de la cause et de la *meritevolezza* est le développement d'un nouveau champ d'analyse. Le fait d'évaluer le contrat conclu par les parties en relation avec l'opération économique implique une rupture par rapport à la façon dont l'analyse

doit être menée. Effectuer une analyse *in concreto* permet de dépasser le caractère formel du contrôle de l'existence de la cause, qui conduisait à une limitation de ce contrôle. Ce passage est fondé sur la transformation théorique de la conception du contrat, des contractants et du rôle du juge, dont nous avons exposé les traits dans la partie I : cette transformation implique de prendre en considération beaucoup plus d'éléments, qui étaient exclus par le contrôle formel.

168. *La transformation de l'intelligibilité sociale.* - La transformation du champ d'analyse serait incomplète et ne pourrait pas livrer toutes ses conséquences si les paramètres et les critères du contrôle n'étaient pas eux aussi modifiés. Si la cause justifie l'intelligibilité sociale et la rationalité de l'engagement, cette intelligibilité et les paramètres à prendre en considération dans son évaluation en sont bien renouvelés. En France et en Italie, la considération de l'absence de cause a été modifiée : de l'absence totale et absolue de contrepartie, donc avec une incidence pratique tout à fait limitée à des cas d'école, vers une évaluation plus invasive du contrat, concernant le déséquilibre et les raisons de ce déséquilibre, sur la base d'une nouvelle rationalité.

Le terme rationalité est souvent considéré comme neutre, dépourvu de connotations politiques, alors qu'il nous semble que la rationalité ne peut se définir que par rapport à une conception politique et un projet social. La rationalité par rapport à laquelle est fondé le jugement sur la cause et de la *meritevolezza* est celle du marché concurrentiel et de ses rouages. Pour cette raison, il est fondamental de mettre en évidence les transformations de la conception du marché dans le temps et leur influence sur le contrat, qui se répercutent sur la cause du fait de son rôle central et fondamental en droit des contrats.

169. *Une approche nouvelle.* - La nouvelle conception du sujet et du marché implique une approche différente de la réglementation. L'analyse effectuée permet d'encadrer les transformations qui ont affecté le droit contemporain des contrats dans une nouvelle perspective, grâce à laquelle les racines et les rationalités de ces mutations peuvent être mises en évidence. L'examen des évolutions dans la

conception du marché, du contrat et du sujet permet de mettre en lumière les logiques qui donnent forme à cette évolution et de souligner les discontinuités dans les processus de transformation du droit des contrats. Ces transformations se répercutent sur les systèmes nationaux et ont influencé les critères et les paramètres du contrôle du contrat : les applications de la cause et de la *meritevolezza* en ont été affectées.

170. *La transformation du paradigme.* - Le caractère irréaliste du modèle classique et donc de l'intelligibilité qui découlait du rôle de l'accord a impliqué un élargissement du contrôle sur le fondement de la cause et de la *meritevolezza* et des critères d'appréciation. Ce n'est pas le fruit du hasard si les applications les plus innovantes ont eu lieu dans des cas où les asymétries d'information et de pouvoir contractuel étaient très marquées ; le contrat ne pouvait pas alors être considéré comme le résultat de la négociation des parties, mais plutôt comme une unique volonté imposée⁴¹⁰. Ainsi, ce qui est pris en considération et sanctionné par les juges n'est pas le simple déséquilibre entre les prestations.

⁴¹⁰ Considérations qui sont à la base aussi de l'article 4 : 109 des Principes de droit contractuel européen, selon lequel : « (1) Une partie peut provoquer la nullité du contrat si, lors de la conclusion du contrat,

(a) elle était dans un état de dépendance à l'égard de l'autre partie ou une relation de confiance avec elle, en état de détresse économique ou de besoins urgents, ou était imprévoyante, ignorante,

inexpérimentée ou inapte à la négociation,

(b) alors que l'autre partie en avait ou aurait dû en avoir connaissance et que, étant données les circonstances et le but du contrat, elle a pris avantage de la situation de la première avec une déloyauté évidente ou en a retiré un profit excessif.

(2) À la requête de la partie lésée, le tribunal peut, s'il le juge approprié, adapter le contrat de façon à le mettre en accord avec ce qui aurait pu être convenu conformément aux exigences de la bonne

foi.

(3) Le tribunal peut également, à la requête de la partie qui a reçu une notification d'annulation pour profit excessif ou avantage déloyal, adapter le contrat, pourvu que cette partie, dès qu'elle a reçu la notification en informe l'expéditeur avant que celui-ci n'ait agi en conséquence. »

V. aussi l'article 3.2.7 des Principes d'Unidroit, qui prévoit que : « 1) 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. On doit, notamment, prendre en considération :

a) le fait que l'autre partie a profité d'une manière déloyale de l'état de dépendance, de la détresse économique, de l'urgence des besoins, de l'imprévoyance, de l'ignorance, de l'inexpérience ou de l'inaptitude à la négociation de la première ; et

Cependant, la jurisprudence, sans doute en raison du risque d'insécurité juridique lié à l'évaluation des prestations par les juges, a maintes fois affirmé que le simple déséquilibre n'entraîne pas la nullité de l'accord : ce déséquilibre devient important et sanctionnable lorsqu'il ne correspond pas à la logique du marché (et donc, il ne découle pas de l'appréciation subjective par le contractant de la contrepartie).

Une fois modifiée la conception naturaliste⁴¹¹ du marché concurrentiel et, donc, du contrat comme *a priori* rationnel, les exigences de contrôle et de *governance* du marché sont prises en considération aussi lors du contrôle de la cause et de la *meritevolezza*⁴¹². La rationalité du contrat n'a pas seulement pour paramètre l'existence d'un échange, mais l'acceptabilité, selon les paradigmes de marché, de ce qui a été convenu. Par rapport au contrôle des clauses, le seuil d'affectation de la cause dans le contrôle de l'acte tout entier nécessite d'être plus élevé, car c'est l'accord qui est sanctionné.

171. *Influence des droits spéciaux.* - En Italie comme en France, le contrôle de l'acte tout entier a été influencé par les droits spéciaux. En France, la jurisprudence a emprunté la terminologie du droit de la concurrence ; en Italie, la loi sur la sous-traitance de 1998 a joué un rôle déterminant.

La rationalité et les buts qui étaient poursuivis à travers les droits spéciaux rebondissent et pénètrent le droit commun, en lui transmettant (au moins partiellement) leur propre logique. Si les droits spéciaux continuent, bien évidemment, de s'appuyer sur le droit commun des contrats, celui-ci en est à son tour influencé. Il en découle que les influences de cette nouvelle modalité de

b) *la nature et le but du contrat.*

2) *Le tribunal peut, à la demande de la partie lésée, adapter le contrat ou la clause afin de le rendre conforme aux exigences de la bonne foi en matière commerciale.*

3) *Le tribunal peut également adapter le contrat ou la clause à la demande de la partie ayant reçu une notification d'annulation pourvu que l'expéditeur de la notification en soit informé sans tarder et qu'il n'ait pas agi raisonnablement en conséquence. Le paragraphe 2 de l'article 3.2.10 est alors applicable. »*

⁴¹¹ V. n° 11.

⁴¹² V., par exemple, Cass., 8 febbraio 2013, n. 3080, in *Banca dati Pluris*, qui a jugé *immeritevole* un pacte entre pharmaciens comme « *contraire à l'effective réalisation de la structure concurrentielle du marché* ».

concevoir la réglementation et ses finalités s'imposent non seulement grâce à des règles provenant de l'Union européenne, mais aussi à travers l'incidence que ces règles ont sur les ordres juridiques nationaux et sur leur application.

Désormais, la fin de la conception du marché comme ordre spontané et du consentement comme expression de la rationalité se reflètent aussi dans la réglementation générale des contrats. Le fondement théorique, en revanche, est le même : dans certains cas, nonobstant le consentement non vicié et le respect de l'ordre public, le contenu du contrat doit être soumis au contrôle du juge, afin que celui-ci puisse vérifier l'équilibre et la rationalité de l'engagement⁴¹³.

En dépit du fait que les cadres d'application des droits spéciaux et le jugement sur le fondement de la cause et de la *meritevolezza* soient différents, c'est par rapport à la conception d'intelligibilité sociale que la rationalité portée par les droits spéciaux a exercé son influence sur la cause et la *meritevolezza*.

172. *Un contrôle objectif*. - L'évolution en France et en Italie tend vers un contrôle objectif de la cause. Dans les deux systèmes, se sont manifestées des tendances à intégrer dans le contrôle fondé sur la cause les mobiles subjectifs des parties. Cependant, ces tendances ont été marginalisées. Il faut constater que cette exclusion a été plus nette en Italie, tandis qu'en France, on peut encore repérer des arrêts de la Cour de cassation qui adoptent une approche subjective⁴¹⁴. La réforme du droit des contrats semble consacrer cette tendance, même s'il faut considérer que cela dépendra aussi de l'interprétation du terme « illusoire » prévu par l'article 1169 du Code civil. Le caractère objectif du contrôle porte à exclure aussi la pertinence de la représentation des utilités tirées par chaque contractant.

173. *Abandon de la disparition de la cause*. - Dans les deux systèmes, les solutions jurisprudentielles visant à étendre le contrôle de la cause pendant

⁴¹³ F. ROUVIÈRE, « Les valeurs économiques de la réforme du droit des contrats », *RDC*, 2016, p. 600 ; U. BRECCIA, « Tempi e luoghi del diritto dei contratti », *Contratti*, 2018, p. 16-17 ; R. FORNASARI, « La meritevolezza della clausola *claims made* », *Resp. civ. prev.*, 2017, p. 1378 et s.

⁴¹⁴ V. par exemple Cass. 3^e civ., 18 avr. 2019, n° 18-10693 où la Cour mentionne les mobiles qui sont entrés dans le champ contractuel, mais semble examiner les mobiles de l'une des parties.

l'exécution du contrat ont été abandonnées. Il a été affirmé que la cause, ainsi que la *meritevolezza*, doivent être appréciées au moment de la conclusion du contrat. Après la réforme du Code civil, la consécration de l'imprévision semble résoudre ce problème, en distinguant entre les différentes hypothèses. En Italie, les vices de la cause pendant l'exécution du contrat sont abordés sur le fondement de la résiliation du contrat. L'alinéa 1^{er} de l'article 1186 du Code civil français, dont l'ambiguïté a été mise en lumière, pourrait être source de controverses sur le sujet : cela dépendra de l'interprétation et de l'application qu'en feront les juges.

174. *Complémentarité avec les nouveaux vices du consentement*. - Un dernier rapprochement concerne l'élaboration de nouveaux vices du consentement et l'élargissement du champ d'application des normes établies à leur sujet⁴¹⁵. Nonobstant les différences dans les prémisses pour l'application de ces normes (car elles sont liées au consentement), il faut souligner que le processus d'élargissement de leur champ d'application trouve ses fondements dans les mêmes basculements théoriques. Il concerne la valorisation de l'état de dépendance, qui cause la conclusion d'un contrat irrationnel. D'un côté, il y a une extension du contrôle ; de l'autre, les situations concrètes sont évaluées afin d'estimer si l'engagement des parties est rationnel.

175. *L'influence limitée des règles constitutionnelles et du solidarisme contractuel*⁴¹⁶. - Tandis que, dans le contexte français, les références au solidarisme contractuel n'ont presque pas eu d'importance dans l'élaboration jurisprudentielle de la notion de cause, dans le contexte italien, la référence aux principes constitutionnels est fréquente. Néanmoins, il nous semble que cette référence a une valeur de légitimation argumentative, plutôt qu'une effective incidence sur le

⁴¹⁵ V. le nouvel article 1143 Code civil français et, par rapport au contexte italien, A. GENTILI et V. CINTIO, « *I nuovi "vizi del consenso"* », *Contr. e impr.*, 2018, p. 148 et s.

⁴¹⁶ Rappelons que le solidarisme contractuel, en France, et la constitutionnalisation du droit privé, en Italie, sont deux courants qui ont influencé la doctrine et conduit à proposer des façons différentes d'interpréter le droit des contrats, afin de réaliser une distribution des richesses considérée plus « juste », selon une rationalité différente de celle portée par les règles européennes. V. n^{os} 45 et s.

contenu de la décision. Les contrôles des contrats effectués sur le fondement de la cause, de la *meritevolezza* et des règles sur le « contenu » du contrat ne visent pas une répartition différente des ressources ; ce n'est pas la simple justice commutative, fondée sur un mécanisme autre que celui du marché, qui est poursuivie. Les conséquences pratiques de ces références aux règles constitutionnelles sont pourtant limitées.

Conclusion de la partie II

176. L'analyse de la jurisprudence en matière de contrôle des clauses et des contrats sur le fondement de la cause, de la *meritevolezza* et des règles nouvelles portant sur le « contenu du contrat » a permis de mettre en évidence la transformation de ces notions. En France comme en Italie, ces contrôles ont connu un essor, avec un élargissement de leurs champs d'application. Ce développement peut être compris dans sa portée systémique grâce à l'analyse des transformations théoriques mises en évidence dans la partie I. Une fois abandonnée la conception classique du contrat et des contractants, et constaté le caractère irréaliste du modèle sur lequel cette conception s'appuyait, les interprétations des règles relatives à la cause et à la *meritevolezza* qui en découlaient ont pu être questionnées. Un contrôle objectif, concernant à la fois les clauses et les actes tout entiers s'est affirmé. Dépassant une interprétation formelle, limitée aux cas dans lesquels la contrepartie est complètement absente, la jurisprudence effectue une analyse *in concreto* du contexte dans lequel les contrats ont été conclus. Le déséquilibre est ciblé, lorsqu'il ne découle pas d'une libre appréciation par les parties de la valeur des engagements, mais des asymétries d'information et de pouvoir contractuel et lorsqu'il rend l'engagement irrationnel par rapport à la logique du marché concurrentiel. La logique des droits spéciaux qui exprime cette nouvelle rationalité du contrôle des actes juridiques et des clauses, a pénétré le droit commun et a influencé les applications de la cause et de la *meritevolezza*, en donnant une nouvelle justification au contrôle des actes juridiques.

CONCLUSION

177. Nous pouvons conclure qu'un contrôle de plus en plus pointu du contrat constitue une tendance du droit privé contemporain au niveau supranational, européen et aussi national. Ce contrôle n'est pas limité à la licéité du contrat, mais permet d'intervenir directement dans l'accord des parties, en modifiant certaines clauses et en imposant une certaine façon d'être à l'échange envisagé par les contractants.

Cet essor du contrôle du contrat et de ses clauses est dû à un changement majeur de la théorie du contrat, ainsi que de ses fondements économiques et philosophiques. La conception différente du marché et de l'ordre concurrentiel propre à la réglementation de l'Union Européenne a des conséquences remarquables sur la théorie de la cause et de la *meritevolezza*. Modifiant la conception de la rationalité et de l'intelligibilité sociale du contrat, et, par conséquent, le rôle du juge dans la préservation de cette intelligibilité, les applications de ces deux notions sont ainsi modifiées.

La rationalité de cette nouvelle conception du contrat pénètre dans le droit commun, surtout grâce à l'influence des droits spéciaux et à la notion de déséquilibre contractuel. Contrôle du déséquilibre, toutefois, qui ne vise pas une simple justice commutative, mais qui se justifie en raison du contexte concret dans lequel les parties ont conclu l'accord. Lorsque des asymétries informationnelles ou de pouvoir contractuel sont présentes et ne permettent pas aux parties de négocier le contrat, le déséquilibre excessif n'est plus le résultat de la libre appréciation des contractants, mais le résultat d'une distorsion, nocive pour la partie la plus faible, mais aussi pour le système économique en général. Désormais, le contrat est appréhendé au prisme de l'opération économique et de son contrôle ; aussi, à travers les notions de cause et de *meritevolezza*, se trouve révélée une certaine politique de gouvernement des relations entre les personnes privées.