

# TABLE DES MATIÈRES

## TOME I

PRÉFACE .....	9
SOMMAIRE .....	11
PRINCIPALES ABRÉVIATIONS.....	13
INTRODUCTION .....	19

### PREMIÈRE PARTIE LA RECONNAISSANCE DE L'*IMPERIUM* DES CONTRACTANTS

<b>TITRE I – L'<i>imperium</i> des contractants et les préalables nécessaires à la résolution des litiges contractuels.....</b>	<b>55</b>
CHAPITRE I – La qualification.....	57
Section 1 – La qualification judiciaire encadrée .....	59
Sous-Section 1 – L'existence du contrat .....	59
§ 1. Typologie des accords et clauses excluant la qualification contractuelle.....	60
A. Les clauses excluant la valeur contractuelle des documents préparatoires .....	60
1/ Les incertitudes de la qualification judiciaire des documents préparatoires.....	60
2/ L'encadrement de la qualification des documents préparatoires : les clauses « document non contractuel », « subject to contract ».....	63
B. Les accords définitifs excluant la qualification contractuelle .....	64
1/ L'engagement d'honneur.....	64
2/ Les lettres de confort ne comportant qu'un engagement moral.....	67
§ 2. La réception judiciaire de l'éviction de la qualification contractuelle.....	70
A. La tendance à la résistance des juges français.....	70
1/ Les engagements d'honneur.....	70
2/ Les clauses « subject to contract » et autres clauses écartant la valeur contractuelle des documents préparatoires.....	80
B. L'abdication de principe des juges anglais et américains.....	83
1/ Le respect de principe des clauses excluant l'existence d'un contrat .....	84
2/ Les tempéraments au respect de principe des clauses excluant l'existence d'un contrat .....	88
Sous-Section 2 – Le type de contrat .....	94
§ 1. Le choix de la qualification par les parties.....	98
A. Le titre du contrat et la clause de qualification .....	99
B. La justification de la qualification choisie au regard des prestations essentielles du contrat .....	100
1/ Contrats simples.....	101
2/ Contrats complexes.....	106

§ 2.	La portée du choix de la qualification par les parties sur la qualification judiciaire.....	110
A.	La qualification choisie par les parties oriente la qualification judiciaire .....	110
1/	Le respect par le juge de la qualification choisie par les parties.....	111
2/	La nécessaire cohérence de la qualification choisie au regard de l'ensemble du contrat et du comportement des parties .....	113
B.	La qualification adoptée et non contestée par les parties écarte parfois le pouvoir judiciaire de requalification .....	115
Section 2 –	La qualification judiciaire liée : le renfort de l'article 12 alinéa 3 du Nouveau Code de procédure civile .....	118
§ 1.	Domaine matériel .....	121
A.	Des conditions minimales certaines.....	121
1/	La libre disponibilité des droits.....	121
2/	Un accord exprès .....	123
B.	Des conditions supplémentaires éventuelles .....	125
1/	L'absence de contradiction avec les prétentions des parties.....	125
2/	L'hypothèse des qualifications impossibles ou aberrantes .....	126
§ 2.	Domaine temporel .....	127
A.	La possibilité d'un accord sur la qualification avant la survenance d'un litige.....	127
B.	La portée élargie de l'article 12 alinéa 3 du nouveau Code de procédure civile .....	129
CHAPITRE II –	L'interprétation .....	133
Section 1 –	La prévention de l'interprétation judiciaire .....	135
§ 1.	La prévention de l'interprétation judiciaire au stade de la rédaction du contrat .....	136
A.	La clarification et la précision du contenu du contrat .....	136
1/	Les clauses de définition .....	137
2/	La délimitation du champ d'application des clauses contractuelles .....	141
B.	La « chasse aux incohérences » .....	142
§ 2.	La prévention de l'interprétation judiciaire lors de la découverte de la difficulté d'interprétation : l'avenant interprétatif et les clauses d'interprétation unilatérale .....	143
A.	Conditions.....	143
B.	Effets .....	145
Section 2 –	L'encadrement de l'interprétation judiciaire.....	146
§ 1.	Le choix des méthodes d'interprétation.....	147
A.	Les méthodes judiciaires d'interprétation des contrats.....	147
1/	Caractères généraux et descriptif des méthodes d'interprétation .....	147
2/	Caractère non impératif des méthodes légales et prétoriennes d'interprétation des contrats .....	151
B.	L'encadrement conventionnel du choix des méthodes d'interprétation .....	154
1/	L'éviction des règles légales ou jurisprudentielles d'interprétation des contrats.....	154
2/	La création de méthodes particulières d'interprétation : l'exemple des clauses de priorité.....	162
§ 2.	Le choix des éléments interprétatifs .....	168
A.	Les éléments interprétatifs à la disposition du juge en l'absence de clause.....	168

1/ Une conception extensive des éléments interprétatifs en droit français .....	168
2/ Une conception restrictive des éléments interprétatifs en droit anglais.....	170
B. L'encadrement du choix des éléments interprétatifs.....	176
1/ Les clauses adoptant une conception large des éléments interprétatifs : les clauses de voisinage.....	177
2/ Les clauses limitant l'étendue des éléments interprétatifs : les clauses d'intégralité.....	178
CHAPITRE III – La preuve.....	193
Section 1 – La validité des clauses affectant le pouvoir d'appréciation du juge en matière de preuve.....	197
§ 1. Les clauses relatives aux procédés de preuve et à leur force probante.....	197
A. Les clauses relatives aux procédés de preuve .....	198
B. Les clauses relatives à la force probante .....	202
§ 2. Les « clauses de constatation » et l'appréciation des faits.....	204
Section 2 – Examen critique des clauses écartant le pouvoir d'appréciation du juge en matière de preuve.....	209
§ 1. Les spécificités des clauses affectant le pouvoir d'appréciation du juge en matière de preuve .....	209
A. Le fait et l'acte.....	209
B. Le fait et le droit .....	211
C. Le fond, la preuve et l'ordre public .....	212
1/ Le fond et la preuve .....	212
2/ Droits disponibles et ordre public .....	214
§ 2. Les clauses affectant l'office du juge en matière de preuve et les finalités du droit de la preuve .....	217
A. Clauses affectant le pouvoir d'appréciation du juge en matière de preuve et sécurité juridique .....	217
B. Clauses affectant le pouvoir d'appréciation du juge en matière de preuve, unilatéralisme et vraisemblance.....	218
Conclusion du titre I .....	227
<b>TITRE II – L'imperium des contractants et les sanctions de l'invalidité et de l'inexécution du contrat.....</b>	<b>229</b>
CHAPITRE I – Les contractants évincent le juge du prononcé des sanctions .....	231
Section 1 – Les contractants évincent le juge du prononcé de l'anéantissement du contrat .....	233
§ 1. L'anéantissement du contrat invalide .....	233
A. La nullité conventionnelle.....	234
1/ La reconnaissance de la nullité conventionnelle .....	235
2/ La nature juridique de la nullité conventionnelle.....	236
3/ Les effets de la nullité conventionnelle .....	238
B. Les nullités automatiques et unilatérales.....	239
§ 2. L'anéantissement du contrat inexécuté.....	246
A. La clause résolutoire.....	247
1/ La rédaction de la clause résolutoire.....	248
2/ L'efficacité de la clause résolutoire : l'éviction du pouvoir d'appréciation du juge .....	251
B. La résolution unilatérale.....	255

1/	Vers la reconnaissance de la résolution unilatérale en droit français .....	256
2/	La consécration législative de la résolution unilatérale par le Code civil du Québec .....	265
3/	Le principe de la résolution unilatérale en droit anglais .....	272
Section 2 –	Les contractants évincent le juge du prononcé des mesures d'exécution du contrat.....	283
§ 1.	Les sanctions extra-judiciaires tendant à l'exécution par le débiteur.....	286
A.	La nullité des pénalités en Common Law .....	287
1/	Les critères et les conséquences de la distinction entre pénalités et liquidated damages .....	287
2/	Les justifications et les critiques de la prohibition des pénalités .....	291
B.	La validité mesurée des clauses comminatoires en droit français.....	294
1/	La qualification unitaire des clauses pénales et des clauses d'astreinte.....	295
2/	La question de la validité de la clause d'astreinte .....	301
§ 2.	Une sanction extra-judiciaire permettant l'exécution aux frais du débiteur : le remplacement extra-judiciaire.....	306
A.	Le remplacement en droit français.....	308
1/	Le caractère exceptionnel du remplacement extra-judiciaire en l'absence de clause.....	308
2/	L'éviction du juge : la clause de remplacement .....	312
B.	La consécration du remplacement extra-judiciaire en droit québécois.....	316
C.	Le remplacement extra-judiciaire en droits anglais et américain.....	319
1/	La nature juridique du remplacement en droits anglais et américain .....	320
2/	Le régime du remplacement en droits anglais et américain.....	322
Section 3 –	Les contractants évincent le juge du prononcé de la réfaction du contrat .....	326
§ 1.	La réfaction unilatérale.....	329
§ 2.	La clause de réfaction.....	331
CHAPITRE II –	Les contractants encadrent le pouvoir d'appréciation du juge quant au choix des sanctions.....	335
Section 1 –	Le choix du type de sanction .....	335
Sous-Section 1 –	Le choix de la sanction de l'inexécution du contrat.....	335
§ 1.	L'étendue du pouvoir d'appréciation du juge en l'absence de clause.....	339
A.	Les spécificités du droit anglais.....	340
B.	La complexité et les incertitudes du droit français .....	348
1/	L'ambivalence des pouvoirs du juge en matière d'exécution et de réparation.....	348
2/	Le pouvoir souverain d'appréciation du juge en matière de résolution.....	357
C.	Synthèse et perspectives.....	365
§ 2.	L'encadrement conventionnel du pouvoir d'appréciation du juge.....	373
A.	La limitation de l'étendue des sanctions à la disposition du juge par l'effet de clauses de renonciation .....	374
1/	Les clauses de renonciation à la résolution.....	376
2/	Les clauses de renonciation à l'exécution forcée .....	381

3/ Les clauses de renonciation aux articles 1143 et 1144 du Code civil.....	387
4/ Les clauses de renonciation à la réfaction .....	388
B. L'exclusion du pouvoir d'appréciation du juge par l'effet de clauses imposant une sanction .....	391
1/ Les clauses imposant au juge d'ordonner l'exécution .....	391
2/ Les clauses imposant au juge de prononcer la résolution .....	403
3/ Les clauses imposant au juge de prononcer la réfaction .....	409
Sous-Section 2 – Le choix de la sanction de l'invalidité du contrat .....	411
§ 1. Les contractants écartent le pouvoir du juge de prononcer la nullité .....	412
A. Le principe de prohibition des clauses de renonciation à la nullité.....	413
B. Les exceptions et tempéraments à la prohibition des clauses de renonciation à la nullité .....	417
1/ La validité exceptionnelle des clauses de renonciation à la nullité.....	418
2/ Les tempéraments à la prohibition des clauses de renonciation à la nullité : les clauses limitant le pouvoir du juge d'apprécier les conditions de la nullité.....	421
§ 2. Les contractants encadrent le pouvoir d'appréciation du juge dans le choix de la sanction.....	429
A. Le choix entre la nullité et la responsabilité appartient à la victime et non au juge.....	429
B. Le choix entre les sanctions de l'invalidité .....	432
1/ Les pouvoirs du juge en l'absence de stipulation particulière .....	432
2/ Les clauses imposant une sanction.....	436
Section 2 – Le choix de l'étendue de la sanction .....	442
§ 1. L'étendue de l'anéantissement.....	443
A. L'étendue de l'anéantissement au sein du contrat.....	443
1/ Le pouvoir du juge de choisir entre la nullité totale ou partielle .....	444
2/ L'efficacité mesurée des clauses d'indivisibilité et de divisibilité.....	449
B. L'étendue de l'anéantissement au sein des groupes de contrats.....	456
1/ L'appréciation judiciaire de l'étendue de la sanction au sein des groupes de contrats.....	457
2/ Les clauses de divisibilité et d'indivisibilité dans les groupes de contrats .....	460
§ 2. L'étendue de l'indemnisation .....	464
A. Les contractants limitent l'étendue des pouvoirs du juge dans l'évaluation des dommages-intérêts .....	466
B. Les contractants se substituent au juge dans l'évaluation des dommages-intérêts.....	469
Conclusion du titre II.....	475
CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE.....	477

## TOME II

SOMMAIRE .....	485
----------------	-----

**DEUXIÈME PARTIE**  
**LE CONTRÔLE DE L'IMPERIUM DES CONTRACTANTS**

<b>TITRE I – Le contrôle du contenu du contrat .....</b>	<b>495</b>
CHAPITRE I – Le juge ajoute l'équitable.....	497
Section 1 – Les « suites » du contrat et les « clauses implicites ».....	497
§ 1. Les manifestations du pouvoir du juge de renforcer le contenu contractuel.....	498
A. Le « forçage » du contrat par le juge français.....	498
B. Les « implied terms » dégagés par les juges anglo-américains.....	501
§ 2. Les frontières du pouvoir du juge de renforcer le contenu contractuel.....	505
A. La question de l'impérativité des obligations d'ores et déjà dégagées par la jurisprudence.....	506
1/ Les obligations fondées sur l'équité sont en général d'ordre public.....	508
2/ Le déplacement de l'action des parties vers le contrôle judiciaire de l'exécution des obligations commandées par l'équité : les clauses relatives à la preuve de l'exécution.....	511
B. La question de l'impérativité du pouvoir du juge de renforcer le contenu contractuel.....	514
1/ La clause d'intégralité et les implied terms.....	517
2/ La clause d'intégralité et les « suites » du contrat commandées par l'équité.....	523
Section 2 – La contractualisation des documents publicitaires.....	528
§ 1. La contractualisation judiciaire des documents publicitaires.....	528
A. D'une tendance à l'intégration judiciaire des documents publicitaires au contenu contractuel.....	529
B. De l'ambivalence de la jurisprudence quant à la valeur contractuelle des documents publicitaires.....	531
§ 2. L'incidence des clauses et mentions écartant la valeur contractuelle des documents publicitaires.....	534
A. La mention « document non contractuel » figurant sur les documents publicitaires.....	535
B. Les clauses du contrat écartant la valeur contractuelle des documents publicitaires.....	537
CHAPITRE II – Le juge retranche l'inique.....	543
Section 1 – La lutte contre les clauses abusives.....	543
§ préliminaire : Le développement de la lutte contre les clauses abusives en France et en droit comparé.....	544
§ 1. Les clauses écartant ou aménageant l'office du juge : un terrain d'élection de la lutte contre les clauses abusives.....	547
A. Les clauses ayant pour objet ou pour effet de limiter les droits de recours du consommateur.....	548
B. Les clauses conférant un pouvoir discrétionnaire au professionnel, au détriment du consommateur et des pouvoirs normalement dévolus au juge.....	552

C.	Autres exemples de clauses limitant les pouvoirs du juge suspectées ou jugées abusives.....	555
§ 2.	Les modalités et les limites du pouvoir du juge en matière de clauses abusives.....	558
A.	Les modalités d'exercice du pouvoir du juge en matière de clauses abusives.....	558
1/	Un pouvoir d'ordre public.....	558
2/	Le choix de la sanction.....	560
B.	Les limites du pouvoir du juge en matière de clauses abusives.....	563
1/	Les limites tenant à la qualité des contractants.....	564
2/	Les limites tenant au déséquilibre « significatif », « excessif » ou « déraisonnable ».....	569
Section 2 –	Les pouvoirs d'intervention ponctuels et la recherche d'instruments de contrôle additionnels.....	574
§ 1.	Un pouvoir légal spécial de révision des clauses affectant l'office du juge : les clauses pénales manifestement excessives ou dérisoires.....	576
A.	La sanction judiciaire des clauses pénales manifestement excessives ou dérisoires.....	576
B.	Un pouvoir de sanction exceptionnel.....	578
§ 2.	La diversification des instruments de contrôle.....	582
A.	Acceptation et interprétation.....	582
B.	Ordre public et fraude.....	584
C.	Cause, obligation essentielle et économie du contrat.....	586
Conclusion du titre I	.....	591
<b>TITRE II –</b>	<b>Le contrôle du comportement des contractants</b> .....	<b>593</b>
CHAPITRE I –	Le contrôle judiciaire de la loyauté contractuelle.....	595
Section 1 –	Du contrôle judiciaire des comportements contractuels en général.....	595
§ 1.	Le contrôle judiciaire de la bonne foi et de l'abus de droit dans les systèmes de droit civil.....	596
§ 2.	Le contrôle judiciaire de la bonne foi dans les systèmes de Common Law.....	602
A.	La résistance du droit anglais.....	602
1/	Le rejet traditionnel d'un principe général de bonne foi.....	604
2/	Le débat actuel et les évolutions récentes de la jurisprudence anglaise.....	605
B.	L'assouplissement du droit américain.....	611
Section 2 –	Du contrôle judiciaire des prérogatives unilatérales et des clauses aménageant l'office du juge en particulier.....	614
§ 1.	Un instrument privilégié de contrôle des clauses aménageant l'office du juge et des prérogatives unilatérales.....	615
A.	Le contrôle des clauses aménageant l'office du juge et des prérogatives unilatérales.....	615
B.	Une redistribution des rôles respectifs du juge et des parties.....	620
§ 2.	La portée du contrôle judiciaire des clauses aménageant l'office du juge et des prérogatives unilatérales.....	622
A.	La portée modérée du contrôle judiciaire quant aux comportements sanctionnés.....	622
B.	La portée incertaine du contrôle judiciaire quant aux sanctions prononcées.....	628

CHAPITRE II – Le contrôle judiciaire de la loyauté contractuelle à l'épreuve de l' <i>imperium</i> des contractants.....	633
Section préliminaire – Bonne foi et ordre public.....	634
Section 1 – Le sort des clauses tendant à écarter ou à imposer le contrôle judiciaire de la loyauté contractuelle.....	638
§ 1. Le sort des clauses écartant le contrôle judiciaire de la loyauté contractuelle.....	638
A. Les clauses écartant l'obligation de bonne foi .....	639
B. Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité en cas de manquement à la bonne foi .....	643
§ 2. Le sort des clauses imposant un contrôle judiciaire renforcé de la loyauté contractuelle.....	647
A. Les clauses alourdissant l'obligation de bonne foi et les redites contractuelles en droit français .....	648
B. L'inefficacité des clauses imposant un contrôle judiciaire de la bonne foi en droit anglais.....	651
Section 2 – Le sort des clauses définissant les modalités ou les critères du contrôle judiciaire de la loyauté contractuelle .....	655
§ 1. La faveur du droit américain à l'égard des définitions conventionnelles de la bonne foi et autres notions floues .....	658
§ 2. L'ambivalence du droit français quant aux définitions conventionnelles de la bonne foi et autres notions floues .....	663
A. Une hostilité de principe .....	664
B. Des tolérances ponctuelles.....	669
1/ L'exemple des clauses relatives au délai de préavis .....	669
2/ L'exemple des clauses définissant la portée de l'obligation d'information .....	673
3/ L'exemple des clauses relatives aux motifs des décisions unilatérales .....	675
4/ L'exemple des clauses de non-renonciation et autres clauses relatives à l'interprétation du comportement des contractants .....	680
5/ Synthèse .....	683
Conclusion du titre II.....	687
CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE .....	689
CONCLUSION GÉNÉRALE.....	691
BIBLIOGRAPHIE.....	697
INDEX ALPHABÉTIQUE.....	791
TABLE DES MATIÈRES.....	801