

La neutralisation d'une clause du contrat : quel avenir, après la réforme, pour cette sanction prétorienne du manquement au devoir de bonne foi ?

Patricia Franc

Docteur en droit

Citation de l'article : P. Franc, « La neutralisation d'une clause du contrat : quel avenir, après la réforme, pour cette sanction prétorienne du manquement au devoir de bonne foi ? », D^{oc} Publication, Les Editions de l'Immatériel, 2018, pp. 24-32.

Résumé :

En matière contractuelle, se pose, après la réforme du droit des contrats, la question du devenir de la sanction consistant pour le juge à neutraliser une clause du contrat invoquée de mauvaise foi. Avant la réforme, le juge, prenant quelques libertés avec les textes, recourait parfois à cette sanction. En l'état actuel des nouveaux textes, rien ne l'autorise à en faire usage. Il pourrait toutefois, comme par le passé, continuer à utiliser cette sanction. Plusieurs arguments militent en ce sens, même si le débat en la matière reste ouvert et pourrait le rester au moins dans un avenir proche, témoignant d'une mutation toujours à l'œuvre.

Abstract :

After the reform of contract law, a number of issues arose. There is, for instance, the question of the future of the sanction which consists of judges neutralising a contract clause, when there is a breach of the duty of good faith. Before the reform, judges were using this sanction without following step by step the legislation. Neither the former law nor the new one includes this sanction. However, judges today are able, should they find it necessary, to refer to this sanction. Certain discussions follow this direction even if the overarching subject continues to be open and is likely to remain so in the near future.

Article :

Avant la réforme du droit des contrats, le siège du devoirⁱ de bonne foi dans les relations contractuelles était l'article 1134 alinéa 3 du Code civilⁱⁱ. La sanction du manquement à ce devoir de bonne foi n'étant pas précisée, la jurisprudence avait alors utilisé des sanctions variéesⁱⁱⁱ. La plus classique était la sanction de l'inexécution du contrat, *i.e.* des dommages et intérêts^{iv}, la résolution ou la résiliation du contrat. C'était considérer la bonne foi comme une obligation découlant du contrat, lui faire intégrer le champ "obligationnel" du contrat^v, ce que certains auteurs n'admettaient pas^{vi}. Une sanction plus audacieuse encore fut utilisée, la neutralisation de la force obligatoire du contrat par le juge, l'exemple le plus emblématique étant celui de l'inefficacité de la clause résolutoire invoquée de mauvaise foi^{vii}. Une telle sanction a pu être expliquée par l'idée que toute clause comporte la stipulation implicite d'être mise en œuvre de bonne foi. Si un contractant actionne une clause de mauvaise foi, il se place en dehors du contrat et ne peut plus se prévaloir de sa force exécutoire. La clause est alors comme anesthésiée. Elle ne disparaît pas pour l'avenir, elle ne "sort" pas du contrat, elle est seulement neutralisée à un moment de la vie du contrat parce qu'à ce moment précis, elle a été invoquée de mauvaise foi. Elle pourra jouer dans d'autres circonstances, à la condition d'être invoquée de bonne foi. Cette neutralisation d'une clause a largement divisé la doctrine française^{viii}. Quel sera l'avenir de cette sanction après la réforme du droit des contrats ?

Depuis l'ordonnance du 10 février 2016^{ix}, la bonne foi dans les relations contractuelles est régie par l'article 1104 du Code civil^x, complété par l'article 1112^{xi}. Si cette seconde disposition apporte des précisions concernant l'étendue du préjudice réparable en cas de manquement au devoir de bonne foi durant la phase des négociations précontractuelles, l'article 1104 reste, lui, silencieux sur la question des sanctions^{xii}. La jurisprudence qui s'était développée avant la réforme utilisait les sanctions générales de l'inexécution ou de la mauvaise exécution du contrat. Elles sont désormais recensées à l'article 1217 du code civil^{xiii}. Mais qu'advient-il de la "neutralisation" d'une clause du contrat^{xiv}, restée si controversée^{xv} parce qu'elle entraîne une modification par le juge de la substance même des obligations convenues entre les parties ?

Soulignons tout d'abord, parmi les sanctions de l'inexécution ou de la mauvaise exécution du contrat énumérées à l'article 1217, une sanction nouvelle, qui offre à la partie victime la possibilité de "solliciter une réduction du prix". L'article 1223 en précise les contours : "Le créancier peut, après mise en demeure, accepter une exécution imparfaite du contrat et solliciter une réduction proportionnelle du prix. S'il n'a pas encore payé, le créancier notifie sa décision

de réduire le prix dans les meilleurs délais." Le texte semble suggérer une négociation, dans le cas où le prix a déjà été versé, et une décision unilatérale, sans discussion, lorsque le prix n'a pas encore été payé. Avant la réforme, le code civil contenait déjà une sanction analogue, mais seulement au travers de textes spéciaux^{xvi}. Le droit spécial pénètre donc ici le droit commun^{xvii}. Cette nouvelle solution est intéressante car elle permet une sorte de "neutralisation partielle" de la clause stipulant le prix, mais sans intervention du juge.

Le texte de l'ordonnance pourrait toutefois évoluer. En effet, le projet de loi de ratification, actuellement en discussion, ne débouchera pas sur une ratification "sèche" telle qu'elle était souhaitée^{xviii}. Ce projet a fait l'objet d'amendements^{xix}. Le texte adopté en première lecture par le Sénat le 17 octobre 2017^{xx} modifie l'article 1217 en prévoyant que la partie envers laquelle l'engagement n'aura pas été exécuté, ou l'aura été imparfaitement, pourra "obtenir" une réduction du prix et non plus seulement la "solliciter". D'une éventualité, l'on glisse vers une certitude^{xxi}. Le texte adopté par le Sénat modifie également l'article 1223, lequel devient : "En cas d'exécution imparfaite du contrat, le créancier de l'obligation peut, après mise en demeure du débiteur, décider une réduction proportionnelle du prix." Alors que le texte originel prévoit une discussion entre cocontractants lorsque le prix a été payé et une simple notification lorsqu'il n'a pas encore été payé, le texte adopté par le Sénat ne fait plus cette distinction chronologique pour ne prévoir qu'une décision unilatérale. Évincé en première intention, le juge ne manquera pas d'être sollicité dans un second temps. Il pourra l'être par le contractant qui a "décidé" une réduction du prix mais, l'ayant déjà versé, n'obtient pas la restitution à laquelle il estime avoir droit, ou par celui qui fait l'objet d'une décision unilatérale, reçoit un paiement partiel, et s'y oppose.

À côté de cette sanction de l'inexécution ou de la mauvaise exécution du contrat, permettant une neutralisation partielle de la clause stipulant le prix^{xxii}, d'autres "neutralisations" vont-elles perdurer ? Antérieurement à la réforme, bien d'autres clauses avaient été rendues inefficaces^{xxiii}, et non pas partiellement, mais totalement, parce qu'elles étaient actionnées de mauvaise foi, telles une clause de mobilité^{xxiv}, une clause résolutoire^{xxv}, ou encore une clause de libération^{xxvi}. L'on peut donc s'interroger sur le maintien ou non de ces autres "neutralisations". Certains auteurs ont proposé des modifications^{xxvii} du texte de l'ordonnance, mais la sanction de la mauvaise foi contractuelle par la neutralisation d'une clause du contrat n'en fait pas partie. Quant au juge, s'affranchira-t-il des textes, comme il a pu le faire avant la réforme ? Il est bien sûr

impossible d'avoir une certitude, d'autant plus que le processus de ratification de l'ordonnance n'est pas, à l'heure où ces lignes sont écrites, achevé.

Face à ce questionnement, des comparaisons européennes ou internationales peuvent toutefois se montrer riches d'enseignements. La sanction de la neutralisation de la force obligatoire du contrat, fondée sur la bonne foi ou des notions sœurs, est connue. Ainsi, l'article 1:103 du projet de cadre commun de référence indique-t-il que la mauvaise foi "peut interdire à son auteur d'exercer ou de se prévaloir d'un droit ou d'un moyen en demande ou en défense dont il aurait autrement disposé"^{xxviii}. Le droit allemand connaît cette neutralisation, prévue au § 226 du BGB^{xxix}, de même que le droit Belge^{xxx}. La notion de bonne foi se rapproche aussi du "principe de cohérence" - *promissory estoppel* dans les droits de *common law* - qui interdit de se contredire au détriment d'autrui. Ainsi, le créancier qui tolère pendant des années la défaillance de son débiteur puis met brutalement en oeuvre la clause résolutoire se verra empêché de l'invoquer. Au Québec, dont le droit civil est proche de la *common law*, cette sanction existe aussi. Elle est qualifiée de "fin de non-recevoir"^{xxxi}. De même, toujours sous l'empire de la *common law*, le Royaume-Uni et les États-Unis connaissent le mécanisme des *clean hands*, qui procède d'une logique proche^{xxxii}. Ces exemples venus d'autres législations inciteront peut-être le juge français à maintenir la sanction originale qu'il avait imaginée avant la réforme, cela d'autant que la jurisprudence, par sa modération, semble à même de rassurer ses détracteurs^{xxxiii}.

*

* *

La sanction de la mauvaise foi en matière contractuelle n'était pas envisagée avant la réforme du droit des contrats. Elle ne l'est pas davantage aujourd'hui. Néanmoins, les sanctions traditionnelles de l'inexécution du contrat pourront être utilisées, comme par le passé. Par ailleurs, la réforme a fait entrer dans le droit commun une sanction qui existait dans certains droits spéciaux : la neutralisation partielle de la clause fixant le prix. Elle pourrait être actionnée pour sanctionner la mise en oeuvre de mauvaise foi d'une disposition du contrat. Enfin, comme il le faisait auparavant, le juge pourrait continuer, même en l'absence de texte, de neutraliser une clause du contrat lorsqu'elle est mise en oeuvre de mauvaise foi. La modération des décisions les plus récentes ne peut que rassurer les auteurs craignant une immixtion du juge dans ce qui relève de la loi des parties. En d'autres termes, cette construction jurisprudentielle pourrait survivre à la récente transformation du droit des contrats, laissant peut-être entrevoir de nouvelles mutations.

ⁱ Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, JORF n°0035 du 11 février 2016, texte n°25 : le terme "devoir" est utilisé.

ⁱⁱ Ancien article 1134 alinéa 3 : "Elles (les conventions) doivent être exécutées de bonne foi."

ⁱⁱⁱ Pascal Ancel, *"Les sanctions du manquement à la bonne foi dans l'exécution du contrat"*, p. 61, in Mélanges D. Tricot, Litec-Dalloz, 2011

^{iv} Ex. arrêt Huard, Cass. com., 3 novembre 1992, n°90-18547, Bull. IV, n°338, p. 241, rendu après CA Paris, 31 mai 1990 : "(...) en privant M. Huard des moyens de pratiquer des prix concurrentiels, la société BP n'avait pas exécuté le contrat de bonne foi (...)". La condamnation de la société BP à des dommages et intérêts était, de ce fait, justifiée. Le manquement à la bonne foi est là considéré comme une faute contractuelle. *Idem* arrêt Chevassus Marche, Cass. Com., 24 novembre 1998, n°96-18357, Bull. IV, n°277, p. 232, rendu après CA Paris, 5 juillet 1996. Plus récemment : Cass. civ. 3e, 21 mars 2012, n°11-14174, Bull. III, n°49, rendu après CA Rouen, 6 janvier 2011 ; Cass. com., 7 octobre 2014, n°13-21086, Bull. IV, n°143 rendu après CA Versailles, 14 mai 2013

^v V. l'article de Pascal Ancel cités *supra* note 3

^{vi} Philippe Stoffel-Munck, *L'abus dans le contrat, essai d'une théorie*, thèse, LGDJ, 2000, §328 à §341, sp. §340 : L'auteur conteste l'approche obligationnelle de la bonne foi. Elle ne peut pas être intégrée dans le contrat sous forme d'obligations contractuelles. Le manquement ne peut être sanctionné que par des dommages et intérêts et sur le fondement de la responsabilité civile délictuelle. L'auteur sort du champ contractuel tout ce qui ne correspond pas aux prestations économiques échangées par les contractants.

^{vii} Sandrine Tisseyre, *Le rôle de la bonne foi en droit des contrats : essai d'analyse à la lumière du droit anglais et du droit européen*, thèse, 2012, pages 161 et s. L'auteur expose cette idée plus récente et controversée selon laquelle le manquement à la bonne foi peut conduire le juge à paralyser l'exercice d'une clause du contrat.

^{viii} Une partie de la doctrine, dite solidariste accueilli favorablement cette intervention du juge : Christophe Jamin, *"Plaidoyer pour le solidarisme contractuel"*, in Études offertes à Jacques Ghestin, LGDJ, 2001 ; Denis Mazeaud, *"Loyauté, solidarité, fraternité, la nouvelle devise contractuelle ?"*, in Mélanges en hommage à François Terré, Dalloz, 1999. Une autre partie, portant une vision plus libérale du contrat, redoutait ce qu'elle qualifiait d'immixtion du juge dans le contrat : Rémy Cabrillac, *"Le projet de réforme du droit des contrats"*, *JCP* 2008. I. 190 ; Philippe Malaurie, Laurent Aynès et Philippe Stoffel-Munck, *Les obligations*, LGDJ, 6e éd., 2013, n°764. Cette sanction ne fut, dans tous les cas, pas laissée à la discrétion du juge, Cass. com., 10 juillet 2007, n°06-1476 : "(...) si la règle selon laquelle les conventions doivent être exécutées de bonne foi permet au juge de sanctionner l'usage déloyal d'une prérogative contractuelle, elle ne l'autorise pas à porter atteinte à la substance même des droits et obligations légalement convenus entre les parties (...)". Les grands arrêts de la jurisprudence civile, t. 2015, p. 163 s., n°164 ; Cass. civ. 3e, 9 décembre 2009, n°04-19923, Bull. III, n°275, RDC 2010. 561, dans le même sens. D. MAZEAUD, *"Sécurité juridique versus moralité contractuelle : affaire classée ?"*, in Mélanges M.-S. PAYET, Dalloz, 2011, p. 439 ; dossier spécial "Les prérogatives contractuelles", RDC 2011/2, p. 639 et s., avec les contributions de T. Revet, D. Fenouillet, P. Delebecque, L. Aynès, D. Mazeaud, J. Raynard, F. Chénéde, O. Deshayes, A. Bénabent.

^{ix} Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, J.O. du 11 février 2016

^x Article 2 de l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 : "Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi. Cette disposition est d'ordre public."

^{xi} Article 1112 du code civil : "L'initiative, le déroulement et la rupture des négociations précontractuelles sont libres. Ils doivent impérativement satisfaire aux exigences de la bonne foi.

En cas de faute commise dans les négociations, la réparation du préjudice qui en résulte ne peut avoir pour objet de compenser la perte des avantages attendus du contrat non conclu."

^{xii} Marine Goubinat, *Les principes directeurs du droit des contrats*, thèse, 2016, p. 128, souligne un oubli "important".

^{xiii} Article 1217 du code civil : "La partie envers laquelle l'engagement n'a pas été exécuté, ou l'a été imparfaitement, peut :

- refuser d'exécuter ou suspendre l'exécution de sa propre obligation ;
- poursuivre l'exécution forcée en nature de l'obligation ;
- **solliciter une réduction du prix ;**
- provoquer la résolution du contrat ;
- demander réparation des conséquences de l'inexécution.

Les sanctions qui ne sont pas incompatibles peuvent être cumulées ; des dommages et intérêts peuvent toujours s'y ajouter."

^{xiv} Ex. Cass. com. 8 mars 2005, n°02-15783

^{xv} Frédéric Rouvière, "La remise en cause du contrat par le juge", p. 41 s., in *L'efficacité du contrat*, sous la dir. de Gwendoline LARDEUX, Dalloz, 2011.

^{xvi} Article 1644 du Code civil au titre de la garantie des vices cachés, articles 1617 et 1674 du Code civil pour le défaut de contenance ou la lésion en matière de vente immobilière. La jurisprudence l'admettait également, en dehors de ces hypothèses, dans le cadre de ventes commerciales.

^{xvii} La même pénétration du droit spécial dans le droit commun a eu lieu avec la loi du 1^{er} août 2003 pour l'initiative économique, qui a fait entrer dans le droit commun les dispositions spéciales du droit de la consommation concernant les mentions manuscrites imposées à la caution.

^{xviii} Renaud Mortier, "Pour une ratification-interprétation de l'ordonnance réformant le droit des contrats", *Droit des sociétés*, n° 10, Octobre 2017, repère 9, p. 1 ; Nicolas Molfessis, "Pour une ratification sèche de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats", *JCP G*, n° 41, 9 octobre 2017, 1045.

^{xix} "La proposition de réforme de la réforme du droit des contrats (en cours d'adoption)", 17 octobre 2017, blog de Daniel Mainguy : l'auteur ironise sur la défiance que suscite le juge : "(...) méfions-nous, encore, de ce terrible juge (...)" ; Blog du Professeur Bruno Dondero, article mis en ligne le 12 octobre 2017, "La réforme de la réforme du droit des contrats"

^{xx} Projet de loi adopté par le Sénat, ratifiant l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, n° 315, déposé le 18 octobre 2017 (mis en ligne le 20 octobre 2017)

^{xxi} Article 9 du projet de loi cité supra : "(...) 1° Au début du quatrième alinéa de l'article 1217, le mot : "solliciter" est remplacé par le mot : "obtenir" ;

^{xxii} Soulignons que le projet de loi adopté par le Sénat a été renvoyé à la commission des lois de l'Assemblée Nationale, laquelle a nommé M. Sacha Houlié rapporteur le 8 novembre 2017. La ratification en était à ce stade lorsque cet article a été transmis.

^{xxiii} Le terme "neutralisation" est également utilisé.

^{xxiv} Ex. Cass. soc. 18 mai 1999, n°96-44315, Bull. V, n°219, p. 161

^{xxv} Ex. Cass. civ. 3e, 15 déc. 1976, n°75-15377 : la clause résolutoire invoquée par le bailleur, pendant les vacances du locataire, est neutralisée par la mauvaise foi de ce dernier. Cass. civ. 1e, 31 janv. 1995, D. 1995. 389, note C. Jamin : la clause résolutoire invoquée par un banquier plus de six années après la défaillance de l'emprunteur, qui a remboursé plus de la moitié de sa dette, est neutralisée par la mauvaise foi du prêteur. Cass. civ. 1ère, 16 février 1999, n°96-21997, Bull. I, n°52, p. 35 ; Cass. civ. 3e, 17 juillet 1992, n°90-18810, Bull. III, n°254, p. 156

^{xxvi} Ex : CA Paris, 22 janvier 1992, D. 1995. Jur. 128, note H. Gaumont-Prat. Un auteur est tenu par un pacte de préférence envers un éditeur. Une clause le libère après deux refus successifs de manuscrit par l'éditeur. Pour se libérer, il propose à l'éditeur des manuscrits fantaisistes en sachant fort bien qu'ils seront refusés. Sanction : la clause de libération a été neutralisée par le juge, l'auteur n'a pas pu s'en prévaloir.

^{xxvii} Dossier "Améliorer les textes issus de la réforme du droit des contrats", *RDC* 2017, n°1, 165 s.

^{xxviii} Revue des contrats, 2010, n°1, p. 213 s. : Traduction française des trois premiers livres du DCFR réalisée avec le soutien de la Fondation pour le droit continental (Civil Law initiative).

"Livre III : Obligations et droits correspondants - Chapitre 1 - généralités - III - 1:103 : Bonne foi :

(1) Chacun est tenu d'agir conformément aux exigences de la bonne foi en exécutant une obligation, en exerçant un droit à l'exécution, en se prévalant d'un moyen visant à sanctionner l'inexécution ou en défense contre un tel moyen, ou en exerçant un droit de mettre fin à une obligation ou une relation contractuelle.

(2) : Ce devoir ne peut être exclu ou limité contractuellement.

(3) : **La violation de ce devoir ne donne pas directement droit aux moyens sanctionnant l'inexécution d'une obligation mais elle peut interdire à son auteur d'exercer ou de se prévaloir d'un droit ou d'un moyen en demande ou en défense dont il aurait autrement disposé.**"

^{xxix} §226 BGB : "Schikaneverbot - Die Ausübung eines Rechts ist unzulässig, wenn sie nur den Zweck haben kann, einem anderen Schaden zuzufügen.", lequel interdit l'exercice d'un droit s'il n'a pour but que de causer à l'autre un préjudice.

^{xxx} Jean van Zuylen, "Fautes, bonne foi et abus de droit", *Annales de Droit de Louvain*, vol. 71, 2011, n°3, p. 337 et s. L'auteur cite deux décisions : Mons, 10 juin 2002, R.G.A.R., 2003, p. 13780 et Liège, 17 juin 1994, J.L.M.B., 1995, p. 714 : "l'assureur qui a suspendu sa garantie méconnaît les exigences de la bonne foi s'il n'avertit pas l'assuré que, en dépit des termes et délais octroyés, celui-ci reste privé de la garantie aussi longtemps que la situation n'est pas entièrement régularisée ; ce comportement abusif "doit trouver sa sanction dans le maintien de la garantie au profit des intimés"".

^{xxxi} Pascal Ancel, "Les sanctions du manquement à la bonne foi contractuelle en droit français à la lumière du droit québécois", p. 110, *Rev. juridique Thémis*, 2011, n°45-1, p. 110

^{xxxii} Dering v. Earl of Winchelsea, 8 février 1787, 1 Cox Eq. 318, Eng. Rep. 1185 (1787) : "a man must come into a Court of Equity with clean hands". Cette notion de clean hands est aussi utilisée aux États-Unis. Elle vise à empêcher un plaignant d'utiliser un argument s'il est avancé de mauvaise foi.

^{xxxiii} Même si la jurisprudence relative à la bonne foi ne suit pas une ligne directrice claire, les décisions les plus récentes font preuve de modération. À titre d'exemple, Cass. com. 13 septembre 2016, n°14-26713, rendue au visa des articles 1134 et 1147 du code civil : "en statuant ainsi, alors qu'aucune disposition légale, ni stipulation contractuelle n'imposait au fournisseur d'eau d'informer son abonné de l'existence d'une consommation anormale, la cour d'appel a violé les textes susvisés". Thomas Génicon, "Obligation d'exécuter le contrat de bonne foi : beaucoup de modération", *RDC* mars 2017, p. 14 s. L'auteur souligne : "À l'heure où la place que la réforme a conférée à la bonne foi suscite toutes les spéculations, on ne manquera pas de relever cet arrêt du 13 septembre 2016 qui semble vouloir la contenir." Cass. civ. 3ème, 15 décembre 2016, n°15-22844, arrêt de cassation rendu à propos de charges locatives réclamées pour trois années, un an après le départ des locataires, est encore plus cinglant : "(...) si le juge peut sanctionner l'usage déloyal d'une prérogative contractuelle, il ne peut porter atteinte à la substance même des droits et obligations légalement convenus entre les parties (...)"