



HAL
open science

Les stipulations de constatation

Joël Moret-Bailly

► **To cite this version:**

Joël Moret-Bailly. Les stipulations de constatation. Revue de la Recherche Juridique - Droit prospectif, 2000, pp.489-513. hal-01571208

HAL Id: hal-01571208

<https://hal.science/hal-01571208>

Submitted on 1 Aug 2017

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

LES STIPULATIONS DE CONSTATATION

**Joël Moret-Bailly, maître de conférences à l'Université Jean Monnet de Saint Étienne
membre du Centre de recherches critiques sur le droit (CE.R.CRI.D.)**

Résumé : Un certain nombre de stipulations contractuelles ont pour objet, non la prévision de droits et obligations, mais la simple constatation de situations de fait. Néanmoins, ces stipulations peuvent avoir une grande incidence quant à la mise en œuvre des droits et obligations en ce que l'établissement de la réalité factuelle influence la qualification. Ces stipulations posent notamment difficulté lorsque leur véracité est douteuse. En effet, leur nature hybride, normes contractuelles relatives à des états de fait, pose question quant aux corps de règles mobilisables à leur propos. Il apparaît, en fin de compte, que les règles relatives à la validité et aux effets des contrats ne peuvent leur être appliquées. Leur analyse ne peut donc être menée qu'eu égard aux règles relatives à la preuve et à l'interprétation des contrats.

1. Les contrats, ayant pour objet d'organiser des relations entre des parties en recherchant des effets de droit, sont traditionnellement présentés comme des ensembles de droits et obligations¹. Cependant, l'étude de la jurisprudence et de certains contrats, fait apparaître nombre de stipulations² dont l'objet réside, non dans la prévision de droits et obligations, mais dans la constatation de situations de fait.

Il s'agira, par exemple, d'une clause selon laquelle l'acheteur d'une chose déclare l'avoir examinée et en connaître les vices, de la clause selon laquelle une partie déclare avoir effectué un paiement entre les mains d'un tiers, de la clause selon laquelle une partie déclare qu'elle a pris connaissance de documents extérieurs à l'écrit qu'elle signe (clause de référence), ou qu'elle a lu l'ensemble des clauses du contrat, ou, s'il s'agit d'une caution, qu'elle a une parfaite connaissance de la situation financière du débiteur principal. Il s'agira encore d'une stipulation selon laquelle l'ouverture du paquet d'un logiciel est réputée effectuée en connaissance de documents contractuels, d'une stipulation selon laquelle des parties font état de l'importance que revêtent, pour elles, certaines clauses d'un contrat, les qualifiant de déterminantes, ou encore de celle révélant les motifs déterminant la conclusion d'un contrat.

On notera, dès à présent, que les constatations que peuvent contenir ces stipulations, que nous nommerons, par commodité, "stipulations de constatation", peuvent concerner l'une seulement, deux ou plusieurs parties à un contrat. Ainsi, plusieurs parties peuvent-elles conjointement constater l'importance que revêt, pour elles, telle ou telle stipulation, aussi bien qu'une partie peut, seule, manifester sa connaissance des vices inhérents à une chose.

2. Or, ces stipulations, qui ne paraissent, *a priori*, que de peu de conséquences, semblent destinées à produire d'importants effets. Deux exemples suffiront à le montrer. Tout d'abord, dans le cas d'une clause ayant pour objet d'affirmer la connaissance, par un acheteur non professionnel, des vices d'une chose vendue par un professionnel, l'intérêt de la stipulation se mesure au fait que la garantie des vices cachés, dans un contrat liant un professionnel et un non professionnel, est d'ordre public³. De ce fait, la clause qui

¹ F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *Droit civil, Les obligations*, 6^{ème} édition, Dalloz, 1996, n°16.

² Nous utilisons ici le terme "stipulation" dans son acception générale, synonyme de "clause", et non dans son sens particulier désignant la clause qui rend créancier, opposée à l'obligation, rendant un contractant débiteur.

³ J. Calais-Auloy et F. Steinmetz, *Droit de la consommation*, Dalloz, 4^{ème} édition, 1996, n°209.

écarter ou limiter cette garantie est illicite. On comprend, dès lors, tout l'avantage qui réside dans une stipulation qui met, par avance, par une constatation de fait, l'acheteur dans l'impossibilité d'invoquer efficacement la garantie, puisque l'une des conditions de sa mise en œuvre - le caractère caché du vice - fait défaut. De même, dans le cas d'une "clause d'indivisibilité", qui déclare que toutes les stipulations d'un contrat sont déterminantes de la volonté des parties, il ne s'agit encore que de la constatation d'une situation de fait, mais dont l'effet est considérable, puisqu'elle vise, en cas d'annulation de l'une des clauses, à étendre cette nullité au contrat tout entier. Elle interdit donc pratiquement à l'un des cocontractants, par exemple en matière de bail, d'invoquer la nullité de telle clause sous peine de voir le contrat totalement anéanti. On constate ainsi, d'une part, que de telles stipulations permettent d'aboutir régulièrement à un résultat que le législateur cherche à éviter; on imagine, d'autre part, l'utilisation qui peut être faite de tels mécanismes dans le cadre, notamment, de contrats d'adhésion, par des cocontractants en situation de puissance économique. On aura conçu, ce faisant, que si le fait de constater une situation dans un contrat ne suscite, par principe, pas de difficulté, il en va tout autrement si le constat est *mensonger*, son but résidant alors dans le fait de tourner des dispositions justement destinées à s'imposer sans restriction. En outre, on peut souligner la faible présence, d'un point de vue quantitatif, en jurisprudence, d'affaires portant sur de telles clauses⁴. Cette faible importance peut éventuellement être interprétée comme un indice de l'efficacité de ces stipulations et de leur caractère *a priori* peu contestable.

3. Cette première approche permet de saisir le caractère en quelque sorte hybride des stipulations de constatation : celles-ci ont pour objet, d'une part, l'établissement de faits dont la véracité peut être douteuse; elles sont destinées, d'autre part, à produire des résultats en ce qui concerne les droits et obligations résultant de contrats. Ainsi, les questions relatives aux stipulations de constatation semblent concerner à la fois et aussi bien le droit "de fond" des contrats que le droit relatif à leur preuve.

De ce dernier point de vue, une nouvelle ambiguïté surgit. En effet, l'objet des stipulations de constatation réside dans l'établissement de certains faits destinés à produire des effets de droit, donc de *faits juridiques*, dans le cadre des archétypes des *actes juridiques*, les contrats. Cette situation oblige à effectuer la distinction entre les "actes juridiques" et les "actes instrumentaires". Dans cette perspective, on estime traditionnellement que les premiers désignent des manifestations ou accords de volonté destinés à produire des effets de droit, les seconds ne correspondant qu'à la forme que peuvent revêtir des actes juridiques ou même l'établissement de faits juridiques. Ainsi, il s'avère nécessaire de distinguer, dans un même acte, le *negotium*, ce qui est prévu, et

⁴ Cette affirmation résulte d'une évaluation personnelle. Il ne s'est pas avéré possible, en effet, de procéder à une sélection automatique, dans les différentes banques de données, des arrêts concernant cette question. Celle-ci concerne, en effet, des clauses très différentes les unes des autres, dont le traitement s'effectue dans l'application de textes généraux, comme les art. 1134 ou 1341 c. civ., cette caractéristique ne permettant pas la discrimination des arrêts se rapportant à notre objet, d'autres arrêts aux objets les plus variés.

En outre, cette faible importance quantitative dans la jurisprudence ne permet pas d'en déduire une faible importance contentieuse. Ainsi, si l'on admet que le contentieux est constitué de l'ensemble des décisions des juridictions et que la jurisprudence se caractérise par sa portée essentiellement normative, n'intégrant, ainsi, que certaines décisions, principalement de la Cour de cassation et publiées, on ne saurait déduire de la faible importance de l'invocation de stipulations de constatation en jurisprudence des conclusions quant à leur plus ou moins forte utilisation contentieuse. Sur la distinction théorique entre contentieux et jurisprudence, cf. notamment, E. Serverin, Juridiction et jurisprudence : deux aspects des activités de justice, *Droit et société*, n°25, 1993, 339-349; E. Serverin et A. Jeammaud, Concevoir l'espace jurisprudentiel, *Rev. trim. dr. civ.*, 1992, 301-304; C. Bérroujon, Pour une analyse empirique entre contentieux et jurisprudence, *Rev. trim. dr. civ.*, 1992, 304-305.

l'instrumentum, le support de la prévision⁵. Cette distinction est importante du fait qu'un doute peut planer sur le type d'actes dont il s'agit lorsque le législateur emploie ce terme. C'est le cas, par exemple, dans l'art. 1341 al. 1 c. civ., qui dispose (c'est nous qui soulignons) : "il doit être passé *acte* devant notaires ou sous signatures privées de toutes choses excédant une somme ou une valeur fixée par décret, même pour dépôts volontaires, et il n'est reçu aucune preuve par témoins contre et outre le contenu aux *actes*, ni sur ce qui serait allégué avoir été dit avant, lors ou depuis les *actes*, encore qu'il s'agisse d'une somme ou valeur moindre". On imagine, dès à présent, l'importance de cette distinction en ce qui concerne les stipulations de constatation, puisque de leur qualification d'acte ou de fait dépendra le mode de preuve qui leur sera attaché.

Ce dernier point revêt une importance particulière. En effet, nombre de questions relatives aux stipulations de constatation concernent les conséquences à attacher à celles dont la véracité est douteuse. L'une des questions qui surgira dans leur mise en œuvre consiste à savoir si le juge sera lié par elles lorsque l'une des parties contestera la véracité des faits prétendument constatés, ou s'il pourra les écarter comme non véridiques. Par exemple, un plaideur, lié par la clause selon laquelle il a pris connaissance de l'ensemble des stipulations contractuelles, pourra-t-il contester sa connaissance d'une clause figurant en petits caractères dans un document annexe? Ou encore, une caution pourra-t-elle contester la véracité de l'affirmation relative à sa bonne connaissance de la situation financière du bénéficiaire? De même, un plaideur pourra-t-il s'affranchir des conséquences d'une stipulation selon laquelle il prétend que toutes les clauses du contrat sont déterminantes de son consentement? Enfin, un acheteur ayant adhéré à un contrat stipulant sa connaissance des vices d'une chose pourra-t-il contester la véracité de cette connaissance?

4. Pour résoudre ces questions, on pourrait être tenté de rapprocher les stipulations de constatation les clauses dites "de style"⁶, par exemple la clause qui stipule que le contrat est conclu "sous toutes réserves", ou encore celle qui précise que le contrat conclu est "lu et approuvé". Ces clauses peuvent, en effet, contenir des constatations, par exemple le fait qu'un contrat a bien été "lu", autrement dit que l'un des cocontractants a bien pris connaissance de son contenu. Celles-ci se définissent en fonction de l'habitude - parfois qualifiée de "mécanique"⁷ - avérée ou supposée de leur utilisation dans certains contrats, la question se posant alors de leur interprétation : peuvent-elles, du fait de leur caractère habituel, être considérées comme exprimant la volonté des parties en ce qui concerne tel contrat en particulier? On sait que la réponse à cette question est, selon la jurisprudence, positive⁸, sauf en cas d'incohérence entre le contenu de ces clauses et d'autres clauses du contrat. Dans ce dernier cas, le juge peut écarter une clause de style

⁵ Cf., par exemple, F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *Introduction au droit*, 3^{ème} édition, 1996, n°272. D'après le Dictionnaire juridique Henri Capitant, XX, ces termes obéissent aux définitions suivantes : "Negotium : Terme latin signifiant "occupation", "affaire", utilisé pour désigner, dans l'acte juridique, l'opération en laquelle il consiste, par opposition à *instrumentum*, écrit qui le constate"; "Instrumentum : Terme latin signifiant "document", "pièces", utilisé pour désigner dans un acte juridique l'écrit qui le constate, par opposition au *negotium*. Synonyme, acte instrumentaire"; "Acte : Latin, *actus*, au sens d'action; latin juridique, *actum*, au sens d'acte instrumentaire. (...) 2/ (souvent nommé acte juridique). Opération juridique (*negotium*) consistant en une manifestation de la volonté ayant pour objet ou pour effet de produire une conséquence juridique (...); s'oppose à fait juridique, acte matériel et acte instrumentaire. 3/ (plus précisément appelé en ce sens acte instrumentaire). Ecrit (souvent nommé *instrumentum*) rédigé en vue de constater un acte juridique (...) ou un fait juridique (...) et dont l'établissement peut être exigé soit à peine de nullité (*ad solemnitatem*; acte dit formaliste ou solennel) soit à fin de preuve (*ad probationem*; écrit probatoire)".

⁶ Lecomte, Les clauses de style, *Rev. trim. dr. civ.* 1935, 305 et s; D. Denis, La clause de style, *Études Flour*, 1979, 117 et s.

⁷ J. Carbonnier, *Traité de droit civil, tome 4, Les obligations*, 18^{ème} édition, 1994, n°142.

⁸ Civ. 3, 3 mai 1968, *Bull. civ.* III, n°184, 146; Civ. 3, 8 juillet 1971, *Bull. civ.* III, n°442, 117.

en faisant prévaloir la prévision particulière au contrat en cause sur la prévision habituelle⁹. Ce faisant, celui-ci ne fait qu'utiliser le pouvoir général qu'il tire de l'art. 1156 c. civ., selon lequel il doit, dans l'interprétation du contrat, rechercher la "commune intention des parties contractantes"¹⁰.

Les stipulations que nous étudions ne sauraient être confondues avec les "clauses de style". Les stipulations de constatation se définissent, en effet, non en fonction d'habitudes de rédaction, mais au regard de leur objets, de leurs contenus, même si elles peuvent également, si elle deviennent habituelles, être, également et concurremment, qualifiées de clauses de style. Celles-ci ne posent pas, en fait, comme question principale, celle de leur concordance avec la volonté des parties; elles posent un autre type de questions, relatif à leur rôle et à leur utilité dans le champ contractuel.

5. Il apparaît ainsi que pour définir le régime juridique des stipulations de constatation, il est nécessaire de déterminer si leur mise en œuvre relève du droit du fond des contrats où du droit relatif à leur preuve. Dans cette perspective, si l'on considère ces clauses comme créatrices de droits et obligations, leur incidence doit s'apprécier au regard de l'article 1134 du code civil : il faut alors confronter les stipulations de constatations aux règles relatives à la validité et aux effets des contrats. Si l'on y voit, au contraire, de simples stipulations probatoires, c'est par rapport aux règles de preuve qu'il convient d'apprécier leur efficacité juridique. Nous voudrions ici démontrer l'inapplicabilité des premières règles (I), avant d'essayer de résoudre les difficultés d'application relatives aux secondes (II).

I. - L'inapplicabilité des règles relatives à la validité et aux effets des contrats

6. De prime abord, pour que les stipulations de constatation soient juridiquement efficaces et lient le juge, il faut qu'elles soient valables. Or, on constate qu'il est très malaisé d'appliquer à ces clauses les règles générales relatives à la validité des stipulations contractuelles (A). Cet état de fait s'explique si l'on considère l'impossibilité de ramener les conséquences de ces clauses aux effets habituels des contrats (B).

A. - L'application malaisée des règles relatives à la validité des contrats

7. La validité des stipulations de constatation peut être examinée sous trois angles privilégiés. On peut se poser, tout d'abord, la question de l'articulation entre les stipulations de constatation et les vices du consentement (a). On peut se poser, ensuite, la question de la cause de ces obligations, au moins dans l'hypothèse des contrats synallagmatiques, puisqu'un seul des cocontractants peut très bien s'engager par la constatation d'un état de fait (b). On peut se demander, enfin, si, dans le cadre du droit de la consommation, ces clauses ne pourraient être qualifiées d'abusives, du fait que l'on peut soupçonner un cocontractant de l'avoir imposée à l'autre (c).

a. Stipulations de constatation et vices du consentement

⁹ F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *op. cit.*, n°425.

¹⁰ Art. 1156 : "on doit dans les conventions rechercher quelle a été la commune intention des parties contractantes, plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes". On peut également penser à l'art. 1161, selon lequel "toutes les clauses des conventions s'interprètent les unes par les autres, en donnant à chacune le sens qui résulte de l'acte entier".

8. La question de l'articulation entre une stipulation de constatation et le dol s'est posée en 1995, devant la Cour de cassation¹¹. Un acte de cautionnement mentionnait, en effet, dans son article 6, que le signataire "reconn[aissait] contracter son engagement de caution en pleine connaissance de la situation financière et juridique présente du débiteur principal dont il lui appartiendra, dans son intérêt, de suivre personnellement l'évolution".

Dans ses moyens, l'auteur du pourvoi prétendait que son consentement à l'acte de cautionnement était vicié par dol puisque "la banque", "à l'époque de son engagement, lui avait caché que l'entreprise de son fils était en déconfiture". Ainsi, "en privilégiant à tort l'article 6, sans s'expliquer sur la condition de bonne foi devant exister au moment de la conclusion du contrat de caution, la cour d'appel [aurait] violé les articles 1116 et 1134, alinéa 3, du Code civil"¹².

La Cour de cassation n'admet pas cette argumentation, estimant que "la cour d'appel a relevé les termes de l'article 6 de l'acte de cautionnement, signé par M. René Cotrez ainsi que par son épouse, selon lesquels celui-ci reconnaissait contracter son engagement en pleine connaissance de la situation financière et juridique "présente" du débiteur principal dont il lui appartiendrait - dans son intérêt - de suivre personnellement l'évolution indépendamment des renseignements que la banque pourrait lui communiquer; qu'elle a constaté, en l'absence de preuve des éléments constitutifs du dol et sans inverser la charge de cette preuve, que M. Cotrez n'avait pu, lors de son engagement, méconnaître tant la dénonciation de la convention de compte courant intervenue le 15 décembre 1989 que le rejet par la banque des chèques présentés en paiement".

9. Cette décision ne saurait étonner. Le dol, en effet, est constitué, selon l'art 1116 c. civ. par des "manœuvres" déterminantes du consentement¹³. La jurisprudence assimile à ces manœuvres le silence coupable, la réticence dolosive¹⁴. Or, dans l'hypothèse envisagée, la stipulation de constatation a justement pour fonction d'établir la connaissance des faits dont on pourra déduire l'absence de réticence. On constate ainsi que la stipulation de constatation, loin de permettre une action en annulation sur le fondement du dol, peut justement permettre de lutter contre son invocation. En outre, d'un point de vue plus général, le dol s'entend de manœuvres antérieures à la conclusion du contrat, alors que les stipulations de constatation constituent, non pas l'origine, mais un résultat du consentement. Elles ne sauraient donc, en elles-mêmes, être constitutives de dol. On peut ainsi conclure à l'impossibilité de l'invocation efficace d'une stipulation de constatation pour démontrer l'existence d'un dol, celle-ci permettant justement d'éviter la preuve de celui-là.

10. Cette argumentation semble, en outre, parfaitement reproductible en ce qui concerne l'erreur. En effet, si l'on admet que celle-ci est constituée par une fausse représentation de la réalité¹⁵, il semble quasiment impossible de faire annuler une stipulation de constatation pour erreur puisqu'une telle clause a justement pour objet l'établissement de faits potentiellement contestables.

b. La cause des stipulations de constatation

¹¹ Civ. 1, 4 avril 1995, pourvoi n°92-20.370, inédit.

¹² Sur l'extension de l'exigence de bonne foi, prévue en ce qui concerne l'exécution des conventions, à la conclusion des contrats, cf. F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *op. cit.*, n°177.

¹³ Art. 1116 : "Le dol est une cause de nullité de la convention lorsque les manœuvres pratiquées par l'une des parties sont telles, qu'il est évident que, sans ces manœuvres, l'autre partie n'aurait pas contracté.

Il ne se présume pas, et doit être prouvé".

¹⁴ F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *Les obligations*, *op. cit.*, n°225.

¹⁵ F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *op. cit.*, n°200.

11. La question de la cause des obligations est traditionnellement résolue à partir de la distinction des notions de cause objective et de cause subjective. La cause objective peut être assimilée, dans les contrats synallagmatiques, à la *cause de l'obligation* critiquée, identique pour cette obligation, quel que soit le contrat. La cause subjective correspond, quant à elle, à la *cause du contrat*, aux raisons particulières pour lesquels les parties ont décidé de contracter¹⁶.

1. La cause objective

12. L'analyse de la cause objective des stipulations de constatation amène à se poser la question de la contrepartie attachée à ces obligations. En effet, selon l'art. 1131 du code civil, "l'obligation sans cause ou sur une fausse cause (...) ne peut avoir aucun effet", la nullité alors encourue étant absolue¹⁷. Ainsi, si les stipulations de constatation n'ont pas de contrepartie, elles sont annulables dans tous les contrats qui les contiennent¹⁸. Dans cette perspective, force est de constater que leur cause n'est pas aisée à déterminer. En effet, le fait qu'un cocontractant déclare connaître le vice affectant une chose ou qu'il affirme avoir pris connaissance de l'ensemble des clauses d'un contrat ne semble pas recevoir de contrepartie dans le sens d'une stipulation dont la cause serait justement la stipulation de constatation.

13. Cette analyse n'est néanmoins que de faible portée. En effet, la sanction de l'absence de cause objective est destinée à protéger le cocontractant dont le but poursuivi n'est pas réalisable¹⁹. Or les stipulations que nous analysons ne permettent pas à proprement parler à une partie d'atteindre un but déterminé, qui pourrait être réalisable ou non; elles permettent simplement d'affirmer l'existence d'une situation de fait : l'idée d'absence de cause apparaît dès lors tout à fait inadaptée. Par ailleurs, et surtout, on ne peut s'interroger sur la contrepartie de l'engagement que si la clause considérée fait naître une obligation. Or, nous le verrons, il est plus que douteux que les stipulations de constatation aient pour objet la prévision d'obligations²⁰. Les règles relatives à la cause objective apparaissent donc inapplicables à ce type de clauses.

2. La cause subjective

14. La cause subjective s'identifie, quant à elle, avec les mobiles des parties, son illicéité rendant la convention annulable. Dans ce cadre, l'art. 1133 c. civ. prévoit que "la cause est illicite quand elle est prohibée par la loi, quand elle est contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public".

Or, nous avons d'emblée constaté que l'intérêt de certaines stipulations de constatation résidait dans le fait qu'elles permettent de tourner des dispositions gênantes. Tel est le cas, par exemple des "clauses d'indivisibilité" qui déclarent l'ensemble des clauses d'un contrat déterminantes de la volonté des parties dans le but de faire tomber le contrat tout entier si l'une de ses dispositions est annulée, cette éventualité empêchant l'un des cocontractants d'invoquer la nullité d'une clause illégale par crainte de subir l'anéantissement du contrat. Dans cette perspective, la règle destinée à être tournée peut-être d'ordre public, par exemple en matière de baux d'habitation²¹ ou de vices cachés

¹⁶ F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *op. cit.*, n°312 et s.

¹⁷ F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *op. cit.*, n°336, et notamment note n°5.

¹⁸ Cette question ne concerne donc, par hypothèse, que les stipulations dans lesquelles un seul des cocontractants est amené à constater.

¹⁹ F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *op. cit.*, n°317.

²⁰ Cf. *infra*, B), c).

²¹ Au moins en ce qui concerne le premier titre de la loi n°89-462, du 6 juillet 1989, dont l'art. 2 précise que ses dispositions "sont d'ordre public".

entre un professionnel et un non professionnel²². On peut alors se demander si une stipulation de constatation ne pourrait être déclarée illicite comme "contraire à l'ordre public". Cette solution semble devoir être rejetée. Ce n'est pas, en effet, dans ces hypothèses, la stipulation de constatation en elle-même qui est contraire à la règle d'ordre public, puisqu'elle se contente de faire référence à une situation de fait. Le fait d'éviter la règle d'ordre public ne résultera, en fait, pas de l'application de telle ou telle clause, mais de l'articulation entre plusieurs clauses, dont la stipulation de constatation. Celle-ci ne constitue, dans cette hypothèse, qu'une partie d'un tout.

En outre, il faut, pour entraîner la nullité sur le fondement de la cause subjective, que le motif retenu soit déterminant de la volonté des parties. Or, les stipulations de constatation ne sont souvent que des stipulations accessoires des contrats, leur adoption ne pouvant que difficilement être considérée comme déterminante du consentement²³. Ensuite, les stipulations de constatation ne recouvrent pas, à l'évidence, des hypothèses dans lesquelles les parties poursuivent un but commun ou dans lesquelles celles-ci concluent malgré leur conscience de l'illicéité de l'acte. Elles recouvrent, au contraire, des hypothèses dans lesquelles un cocontractant utilise son habileté à l'encontre de l'autre²⁴. Enfin, du point de vue de la sanction, l'illicéité de la cause d'une clause particulière peut entraîner la chute du contrat²⁵. Or, on a remarqué que certaines stipulations de constatation, notamment les "clauses d'indivisibilité", avaient justement pour objet d'entraîner une telle conséquence. Par conséquent, leur appliquer cette sanction risquerait d'aboutir au même résultat que leur accorder pleine efficacité. Il est vrai, néanmoins, qu'il appartiendra au juge de rechercher quelle incidence la nullité de la clause doit avoir sur l'ensemble du contrat²⁶.

c. Le caractère abusif des stipulations de constatation

15. Du fait des conséquences que peuvent entraîner les stipulations de constatation, on peut se demander, si, dans le cadre des contrats de consommation, celles-ci ne pourraient pas être qualifiées d'abusives. Pour ce faire, elles devraient, selon l'art. L. 132-1 al. 1 c. conso. "créer, au détriment du non professionnel ou du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat".

Dans cette perspective, un type de stipulations de constatation est reconnu par le législateur comme pouvant être abusif dans les conditions définies par l'art. L. 132-1 al. 1 c. conso.²⁷. Est ainsi prohibée la clause ayant pour objet "de constater de manière irréfragable l'adhésion du consommateur à des clauses dont il n'a pas eu, effectivement, l'occasion de prendre connaissance avant la conclusion du contrat"²⁸. Le législateur vise, à travers cette définition, les "clauses de référence", selon lesquelles une partie déclare adhérer à des stipulations contractuelles figurant dans des documents annexes.

²² J. Calais-Auloy et F. Steinmetz, *op. cit.*, n°209.

²³ Excepté le cas dans lequel une stipulation prévoit que toutes les clauses sont déterminantes du consentement. Cependant, dans ce cas, ce n'est pas cette clause que l'on cherchera à faire tomber.

²⁴ Sur le débat dont fait l'objet cette exigence de "motif connu par l'autre partie", F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *op. cit.*, n°344.

²⁵ F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *op. cit.*, n°340.

²⁶ F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *op. cit.*, n°395; O. Gout, *Le juge et l'annulation du contrat*, thèse P.U.A.M., 1999, XX.

²⁷ En revanche, aucune stipulation de constatation n'est déclarée abusive par le pouvoir réglementaire. Art. L. 132-1 al. 2 c. conso.. Cf. F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *op. cit.*, n°309-310.

²⁸ Selon l'art. L. 132-1 al. 3 c. conso., "une annexe au présent code comprend une liste indicative et non exhaustive de clauses qui peuvent être regardées comme abusives si elles satisfont aux conditions posées par le premier alinéa. En cas de litige concernant un contrat comportant une telle clause, le demandeur n'est pas dispensé d'apporter la preuve du caractère abusif de cette clause". La clause que nous analysons est prévue par le point i) de cette annexe.

Cette prévision limitée de clauses pouvant être déclarées abusives, ne saurait étonner. Il n'est pas aisé, en effet, de déterminer, *a priori*, la portée de telle ou telle constatation, celle-ci dépendant en grande partie du contexte contractuel. Ainsi, de manière générale, on ne voit pas ce qu'il y aurait d'abusif dans le fait de reconnaître une situation de fait. La question du caractère abusif d'une telle clause ne se posera, en fait, que si l'on soupçonne la non-véracité d'une constatation.

16. Cependant, cet état de fait n'interdit pas au juge, au cas par cas, de qualifier certaines clauses d'abusives²⁹. Dans cette hypothèse, selon l'art. L. 132-1 al. 5 c. conso. : "(...) le caractère abusif d'une clause s'apprécie en se référant, au moment de la conclusion du contrat, à toutes les circonstances qui entourent sa conclusion, de même qu'à toutes les autres clauses du contrat (...)". Ainsi, une même clause pourra être déclarée abusive ou non selon le contexte³⁰. Cette perspective s'avère intéressante. En effet, dans notre hypothèse, d'une part, une partie déclare l'existence d'une situation de fait, *au moment de la conclusion du contrat*, d'autre part, la même déclaration pourra être, selon les cas, véridique ou non, donc abusive ou non. Enfin, la sanction des clauses abusives réside dans le fait qu'elle sont déclarées non écrites. Ainsi, seule la clause litigieuse sera écartée du contrat, qui subsistera pour le reste. Cette sanction s'avère particulièrement bien adaptée à l'hypothèse des stipulations de constatation non véridiques.

17. Néanmoins, la qualification de clauses abusives appliquée aux stipulations de constatation ne saurait être entièrement satisfaisante. Cette qualification est, en effet, circonscrite aux contrats de consommation et ne s'applique donc qu'à un domaine limité. Ainsi, pour tous les contrats conclus, soit entre professionnels, soit entre particuliers, la législation relative aux clauses abusives ne trouvera pas à s'appliquer. En outre, et surtout, d'un point de vue plus général, *ce n'est pas le caractère abusif des stipulations de constatation qui est en cause, mais la véracité des situations que celles-ci constatent*. Ainsi, si la qualification de clause abusive pourrait éventuellement être retenue en ce qui concerne certaines stipulations, celle-ci ne permettra pas de traiter, d'un point de vue général, les questions et les difficultés que celles-ci soulèvent.

Suivant ce raisonnement, on peut même se demander si la question de la validité des stipulations de constatation concernée est bien la question pertinente. On peut, en effet, légitimement se demander, s'il est pertinent de parler de "validité" d'une clause lorsqu'il s'agit de confronter le contenu de cette dernière à ce qui c'est passé en réalité : si l'on constate une divergence, entre le contenu de la clause et la réalité, il ne s'agit pas, en effet, pas la question de la nullité de la clause comme élément de *negotium*, mais celle de son retrait de l'acte comme élément de l'*instrumentum*³¹.

L'articulation entre les stipulations de constatation et les notions relatives à la validité des contrats peut ainsi être considérée comme problématique. Nous allons poursuivre cette démonstration à propos des règles relatives aux effets des conventions.

²⁹ Ce pouvoir résulte de l'interprétation de l'art. L. 132-1 al 2 et 3 c. conso. (cf. F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *op. cit.*, n°311). Le juge peut même d'office qualifier une clause d'abusive, sous réserve du respect du principe du contradictoire. Notons encore que cette qualification s'effectuera sous le contrôle de la Cour de cassation, puisque celle-ci constitue une question de droit (cf. F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *op. cit.*, n°311).

³⁰ F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *op. cit.*, n°307.

³¹ Cf. B. c., et II.

B. - L'impossible application des règles relatives aux effets des contrats

18. Nous envisagerons les rapports entre les clauses de constatation et les effets des contrats, d'une part, en ce qui concerne les parties (a), d'autre part, en ce qui concerne les tiers (b). Les conclusions auxquelles ces analyses nous auront mené nous conduiront à nous interroger sur la confrontation entre la notion de stipulations de constatation et la définition du contrat habituellement admise³² (c).

a. L'effet des stipulations de constatation entre les parties

19. Nous allons constater, dans cette analyse, que *les stipulations de constatation ne sont pas exécutoires* entre les parties à un contrat. Pour ce faire, nous allons analyser les différentes modalités d'exécution des obligations, pour constater que les stipulations de constatation ne sauraient entrer dans ces catégories conceptuelles.

L'art. 1101 c. civ. définit le contrat par ses effets, en prévoyant que "le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose". Dans cette perspective, l'art. 1136 définit l'obligation de donner en prévoyant que celle-ci "emporte celle de livrer la chose et de la conserver jusqu'à la livraison, à peine de dommages et intérêts envers le créancier"³³. Les stipulations de constatation n'entrent à l'évidence pas dans le champ de prévision de cet article, puisque celles-ci n'ont pas pour objet la prévision d'une action sur une "chose". Les stipulations de constatation ne sont donc pas exécutoires comme obligations de donner. L'art. 1142 c. civ., quant à lui, prévoit que "toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts, en cas d'inexécution de la part du débiteur". L'art. 1145 prévoit, parallèlement, que "si l'obligation est de ne pas faire, celui qui y contrevient doit des dommages et intérêts par le seul fait de la contravention". Encore une fois, on ne peut que constater que ces articles ne peuvent s'appliquer aux stipulations de constatation, puisque celles-ci ne prévoient pas de faire ou de ne pas faire quelque chose, mais qu'elles se contentent d'enregistrer une situation de fait. Ainsi, envisager l'hypothèse, par exemple, de la destruction de ce qui a été fait en violation d'une obligation de ne pas faire (art. 1143³⁴), celle de la faculté de remplacement de l'art. 1144³⁵ ou encore celle d'une astreinte, conventionnelle ou légale, n'a guère de sens. Les stipulations de constatation n'ont donc pas pour effet la création d'obligations de faire ou de ne pas faire³⁶, ne sont pas exécutoires par une action ou une abstention.

³² On ne s'étonnera pas du rattachement de cette question générale à celle des effets du contrat, sachant que ce dernier, en vertu de l'art. 1101 c. civ. ("le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose"), ne se définit pas par rapport à sa régularité mais en fonction des effets qu'il est destiné à produire.

³³ Selon F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *op. cit.*, n°1014, "les obligations de cette nature sont celles qui ont pour objet le transfert de la propriété d'une chose ou d'un autre droit réel".

³⁴ "Néanmoins le créancier a le droit de demander que ce qui aurait été fait par contravention à l'engagement soit détruit; et il peut se faire autoriser à le détruire aux dépens du débiteur, sans préjudice des dommages et intérêts, s'il y a lieu".

³⁵ "Le créancier peut aussi, en cas d'inexécution, être autorisé à faire exécuter lui-même l'obligation aux dépens du débiteur. Celui-ci peut être condamné à faire l'avance des sommes nécessaires à cette exécution".

³⁶ Le code civil prévoit, en outre, dans ses art. 1168 à 1233 "diverses espèces d'obligations". Il s'agit des obligations "conditionnelles", "à terme", "alternatives", "solidaires", "divisibles et indivisibles" et "avec clauses pénales". Néanmoins, aucune de ces "modalités" (selon l'expression employée aussi bien par F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *op. cit.*, n°978, que par Ph. Malaurie et L. Aynès, *Cours de droit civil, tome 6, Les obligations*, 8^{ème} édition, 1998, n°5) des obligations n'a d'incidence sur leur nature, définie en référence à leurs effets, au sens de l'art. 1135 c. civ..

20. Dans la même optique, on peut analyser les stipulations de constatation sous l'angle de leur extinction. Dans cette perspective, l'art. 1234 c. civ. énumère les différentes manières dont s'éteignent les obligations. Ainsi, celui-ci dispose : "les obligations s'éteignent : - par le paiement; - par la novation; - par la remise volontaire; - par la compensation; - par la confusion; - par la perte de la chose; - par la nullité ou la rescision; - par l'effet de la condition résolutoire, qui a été expliquée au chapitre précédent; - et par la prescription, qui fera l'objet d'un titre particulier". Toutes ces notions sont, à l'évidence, complètement inadaptées aux clauses qui nous occupent.

Certes, cette impossibilité d'appliquer aux stipulations de constatation les règles relatives à certains effets des obligations ne suffit pas à montrer que ces clauses ne sont pas justiciables des règles relatives au "fond" des contrats. Néanmoins, celle-ci permet, une nouvelle fois, de souligner leur originalité.

b. L'effet des stipulations de constatation vis-à-vis des tiers

21. De prime abord, les stipulations de constatation ne présentent aucune particularité du point de vue de leurs effets à l'égard des tiers. Mais, on l'a vu, ces clauses vont, indirectement, structurer les droits et obligations des parties en ce que ces droits et obligations dépendent des faits qu'elles prétendent constater. Se pose alors la question de savoir ce qui va se passer lorsque ces droits et obligations vont s'appliquer à un tiers par l'effet d'un mécanisme de transfert du contrat, qu'il s'agisse d'ailleurs d'un transfert conventionnel (cession de contrat³⁷) ou d'un transfert de plein droit (tel par exemple celui qui se produit dans le cas des chaînes de contrats).

22. L'effet de la cession réside dans le fait que le cessionnaire succède aux droits et obligations du cédant³⁸. Dans cette perspective, il ne semble exister aucune particularité des stipulations de constatation qui interdirait leur transmission de la même manière que les autres clauses. En revanche, il apparaît que, du fait de l'originalité de leur objet, leur transmission puisse se voir privée d'effet.

L'objet des stipulations de constatation, en effet, est la mise à jour d'un certain état de fait pouvant avoir des conséquences dans le champ contractuel. Ainsi, on peut sans doute admettre la pleine force de la transmission d'une "clause d'indivisibilité" selon laquelle le créancier et le débiteur assortissent du caractère déterminant l'ensemble des clauses d'un contrat, puisque le créancier et le débiteur sont désignés de manière abstraite et que cette clause est intimement liée à toutes les autres. Mais une stipulation de constatation peut ne concerner que le débiteur cédé, et ce en considération de sa personne. Par exemple, tel débiteur déclare qu'il a pris connaissance, avant sa conclusion, de "conditions générales" associées à un contrat, lesquelles figurent dans un document annexe. On peut, dans ce cas, s'interroger quant à l'incidence de cette stipulation sur le cessionnaire. Plus précisément, admettant, avec la doctrine majoritaire, que le transfert d'un contrat équivaut au transfert de droits et obligations, devra-t-on considérer qu'il s'agit ici de la transmission d'un droit, créance ou dette, objets de transmission³⁹, ou bien devra-

³⁷ Sur la question controversée de la nature juridique de la cession de contrat, cf. F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *op. cit.*, n°1212-1213; J. Carbonnier, *op. cit.*, n°324; Ph. Malaurie et L. Aynès, *op. cit.*, n°779 et s.

³⁸ *Idem.* Ph. Malaurie et L. Aynès, *op. cit.*, n°779, proposent une analyse différente dans le sens où ils considèrent que "la cession de contrat a pour objet le remplacement d'une partie par un tiers au cours de l'exécution du contrat. A la différence de la cession de créance ou de la délégation, il s'agit non seulement de transmettre à ce tiers un droit ou une obligation, mais surtout de l'investir de la qualité de partie. La cession de contrat permet au contrat de survivre au changement de l'une des parties". Mais cette analyse ne conteste pas que l'objet de la cession consiste dans la transmission de droits et d'obligations.

³⁹ Sur cette conception implicitement retenue chez les auteurs, qui traitent, notamment, de la cession de contrat, après la cession de créance et la cession de dettes, cf. notamment, F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *op. cit.*, n°1212-1213; J. Carbonnier, *op. cit.*, n°324; Ph. Malaurie et L. Aynès, *op. cit.*, n°779 et s.

t-on considérer que la constatation d'un état de fait ne constitue pas, en tant que telle, un droit ou une obligation, et est donc insusceptible de cession?

23. Un auteur a récemment proposé une autre analyse de la cession de contrat, fondée sur la différenciation des concepts de "force obligatoire" et de "contenu obligationnel du contrat". Dans cette conception, la cession de contrat se résoudrait à une cession de la source des obligations, "la norme dotée de la force obligatoire", mais non de son contenu, les obligations nées du contrat. Selon cet auteur, en effet, "ce qui caractérise la cession de contrat c'est, précisément, qu'elle n'affecte pas directement les obligations nées du contrat, mais qu'elle touche, en quelque sorte plus profondément, à la norme contractuelle elle-même, le changement de débiteur ou de créancier des obligations n'étant qu'une des conséquences possibles de cette modification de la norme"⁴⁰.

Dans cette conception, la clause selon laquelle un contractant originaire, nommément désigné, affirme, par exemple, connaître telle situation factuelle, serait bien transmise comme l'ensemble du contrat, mais sans doute privée d'efficacité puisque ce contractant nommément désigné a changé. On peut toutefois s'interroger quant à l'efficacité d'une clause visant, non pas telle personne dénommée, mais, plus abstraitement, "le débiteur" ou "le créancier". Dans cette hypothèse, devra-t-on considérer ces qualités abstraitement et génériquement, faisant valoir la clause, ou concrètement, en références aux acteurs du contrat avant sa cession, aboutissant à priver la clause d'efficacité? La réponse à cette question renvoie, à notre sens, à l'application des règles relatives à l'interprétation des normes contractuelles, donc, *in fine*, au pouvoir d'appréciation du juge.

L'ensemble des questions posées par les développements qui précèdent engage, en fait, la conception que l'on adopte à propos des notions de droits et obligations et de celle, corrélative, de contrat.

c. Stipulations de constatation et normativité contractuelle

24. Nous pouvons synthétiser les développements précédents en constatant que les stipulations de constatation n'ont pas vocation, entre les parties, à être exécutées, et que leur sort est incertain vis-à-vis des tiers, relativement à leur transmission. Nous rappelons, en outre, que leur analyse dans les cadres conceptuels relatifs à validité des conventions n'est guère satisfaisante⁴¹. Ces développements nous conduisent donc à nous interroger sur la nature de ces clauses et notamment sur leur conciliation avec les définitions des normes contractuelles habituellement admises⁴².

Dans cette optique, les auteurs soulignent souvent la difficulté de s'accorder sur une définition du contrat⁴³. Néanmoins, l'accord semble assez large autour d'une définition selon laquelle le contrat constituerait un "accord de volonté destiné à créer des obligations"⁴⁴. Dans cette perspective, certains soulignent la différence conceptuelle entre le contrat et la convention, la seconde, plus large que le premier qui n'en constituerait qu'un type particulier, étant destinée à prévoir "tout effet de droit"⁴⁵. On peut néanmoins

⁴⁰ P. Ancel, Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat, *op. cit.*, n°56, 809.

⁴¹ Cf. *supra*, A).

⁴² Ces considérations s'inscrivent dans un courant de réflexion plus large à propos de la nature de la normativité contractuelle. Sur cette question, on peut citer P. Amselek, L'acte juridique à travers la pensée de Charles Eisenmann, *La pensée de Charles Eisenmann (direction P. Amselek.)*, Economica 1986, 31-65; P. Ancel, Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat, *Rev. trim. dr. civ.*, 1999, 771-810.

⁴³ Par exemple, J. Ghestin, La notion de contrat, *D.* 1990, chron., 147.

⁴⁴ F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *op. cit.*, n°16.

⁴⁵ Cf. J. Carbonnier, *op. cit.*, n°15, qui ajoute au champ du contrat le transfert de propriété, analyse non retenue, en ce qui concerne le transfert de propriété, par F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *op. cit.*, n°45, par ailleurs en accord avec l'analyse proposée.

douter de l'intérêt d'une telle distinction. Certains auteurs estiment, en effet, que "la distinction du contrat et de la convention n'a plus guère d'intérêt; elle ne se rencontre pas dans les codes modernes. Dans la pratique, et même parfois dans le code civil, on emploie indifféremment les deux termes"⁴⁶. D'autres entérinent implicitement cette analyse en ne traitant pas de la question⁴⁷. D'autres enfin, donnent du contrat une définition qui englobe les effets des conventions, considérant que "le contrat est un accord de volontés, qui sont exprimées en vue de produire des effets de droit et auxquels le droit objectif fait produire de tels effets"⁴⁸.

25. On peut, tout d'abord, se demander si les stipulations de constatation résultent bien d'accords de volonté. En effet, celles-ci peuvent être soit conjointes, comme les "clauses d'indivisibilité", soit unilatérales, comme les déclarations de connaissance de vices d'une chose ou de l'information concernant des documents extracontractuels. Néanmoins, d'une part, les stipulations de constatation, même unilatérales, prennent place dans des ensembles contractuels, synallagmatiques ou unilatéraux, à propos desquels l'accord de volonté ne fait pas de doute; d'autre part, on peut sans difficulté imaginer un accord à propos d'un constat, si les deux parties estiment conjointement que celui-ci est important dans le cadre du contrat. La question déterminante réside donc, en définitive, dans l'adéquation entre les stipulations de constatation et le second élément de définition des contrats, la prévision de "droits et obligations".

26. Dans cette perspective, on peut considérer que les stipulations de constatation n'ont pas pour objet la création ou la constatation de droits, puisqu'elles se contentent de constater des états de fait, même si elles sont utilisées dans le cadre de la mise en œuvre de droits, en précisant que l'on se trouve bien dans telles conditions - par exemple, la connaissance du vice de la chose, qui ne peut donc plus être considéré comme caché - qui permettent la réalisation d'un droit.

Dans la même logique, on doit se demander si les stipulations de constatation entraînent la création d'obligations. Dans ce cadre, on peut affirmer que "l'obligation est un lien de droit (...) entre deux personnes en vertu duquel l'une d'elle, le *créancier*, peut exiger de l'autre, le *débiteur*, une prestation ou une abstention"⁴⁹. Cette définition se réfère implicitement à l'art. 1101 c. civ., qui définit le contrat comme un ensemble d'obligations, et l'obligation en fonction des conséquences, donner, faire ou ne pas faire, qui peuvent lui être associés⁵⁰. Néanmoins, nous avons déjà constaté que les stipulations de constatation ne peuvent se classer dans les obligations de donner, de faire ou de ne pas faire⁵¹; de manière plus générale nous constatons, à présent, que celles-ci ne peuvent permettre au créancier d'exiger du débiteur une prestation ou une abstention. On peut donc affirmer que les stipulations de constatation n'ont pas pour objet la création de droits ou d'obligations, partant, qu'elles n'entrent pas dans les catégories de contenus classiquement censées constituer les contrats.

Dès lors, si l'on considère que les juridictions, nullement critiquées à ce propos par la doctrine, analysent les stipulations de constatation au moyen des règles relatives au

⁴⁶ F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *op. cit.*, n°45.

⁴⁷ Ph. Malaurie et P. Aynès, *op. cit.*, n°343, chez qui la convention, caractérisée par l'accord de volonté, s'oppose au contrat unilatéral.

⁴⁸ J. Ghestin, *op. cit.*, page 156.

⁴⁹ F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *op. cit.*, n°2. Cf. également Carbonnier, *op. cit.*, n°2; Ph. Malaurie et L. Aynès, *op. cit.*, n°1, qui se contentent de l'élément "lien de droit", sans s'attacher aux conséquences qui peuvent lui être associées.

⁵⁰ "Le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose".

⁵¹ Cf. *supra*, a).

droit des contrats, comme des stipulations contractuelles ordinaires⁵², il s'agit de considérer, soit que la catégorie conceptuelle "droits et obligations" doit être élargie pour accueillir les stipulations de constatation, soit que les contrats peuvent contenir en leur sein d'autres normes juridiques que les seuls droits et obligations, autrement dit, que la normativité contractuelle est plus variée et plus étendue qu'on ne le présente habituellement⁵³. C'est à cette seconde analyse que nous souscrivons. En effet, défendre la première comporte le risque de déstabiliser cette pierre angulaire du droit des obligations que constitue la notion d'obligation; cette posture présente également le risque d'entraîner une confusion entre existence et mise en œuvre des droits.

27. On est ainsi amené à considérer que les contrats ne se définissent pas tant par leur contenu que par leur origine. On peut ainsi estimer, reprenant la définition d'un auteur, que "le contrat est un accord de volontés, qui sont exprimées en vue de produire des effets de droit et auxquels le droit objectif fait produire de tels effets"⁵⁴. Cette analyse, qui considère que le contrat tire sa force de la volonté dans la mesure où la loi le prévoit⁵⁵, entraîne un certain nombre de conséquences : elle conduit, d'une part, à nier la dualité des notions de "contrat" et de "convention"; elle permet, d'autre part et surtout, d'intégrer théoriquement les stipulations de constatation dans le champ contractuel.

Dans cette optique théorique, un auteur a récemment proposé de donner toute sa portée à l'articulation entre deux concepts : la force obligatoire, d'une part; le contenu obligationnel du contrat, d'autre part. En effet, selon cet auteur, "ce qu'on appelle force obligatoire du contrat ne se réduit pas à son contenu obligationnel. (...) Ce caractère obligatoire a le même sens pour le contrat et pour la loi; il signifie que la norme née du contrat va s'imposer aux parties comme s'imposerait à elles une norme légale. (...) Au fond, il s'agit seulement de prendre au sérieux l'article 1134 du code civil, qui ne dit pas que les parties sont tenues d'obligations, mais que le contrat leur tient "lieu de loi" "⁵⁶. Et l'auteur de mettre en exergue nombre d'objets non obligationnels de normes contractuelles, notamment le transfert, l'extinction ou la création d'un droit ou d'une situation juridique nouvelle, "ne se ramenant pas à une relation entre un créancier et un débiteur"⁵⁷.

En ce qui concerne les stipulations de constatation, les conceptions qui ne réduisent pas le contrat à un ensemble de droits et obligations, permettent d'admettre que ces clauses particulières, bien que n'ayant pas pour objet de prévoir des droits et obligations, n'en appartiennent pas moins pleinement aux contrats dans lesquels elles prennent place.

28. Néanmoins, le fait qu'elles ne soient pas justiciables d'analyses en termes de validité ou d'effet des conventions pousse à affiner encore leur analyse. Dans cette perspective, constatant leur appartenance à la sphère contractuelle malgré leur contenu non obligationnel, on peut se demander si ces stipulations ne figurent pas dans des contrats du fait de la qualité d'écrits de ces derniers. Ainsi, si les stipulations de constatation font incontestablement partie du *negotium* des actes envisagés en ce qu'elles

⁵² Cf. *infra*, A).

⁵³ Cf. P. Amsselek, *op. cit.*; P. Ancel, *op. cit.*.

⁵⁴ J. Ghestin, *op. cit.*, p. 156.

⁵⁵ Sur cette analyse, désormais classique, et notamment ses liens avec l'analyse kelsennienne et ses rapports avec la théorie de l'autonomie de la volonté, cf. J. Ghestin, *op. cit.*, 148-149; cf. également, F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *op. cit.*, n°27, qui estiment que "le pouvoir reconnu aux volontés individuelles n'est pas originaire, mais *dérivé*". On pourra se référer en outre, à propos de la place de la théorie de l'autonomie de la volonté dans l'élaboration du code civil, au point de vue historique développé par J.-L. Halpérin, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, P.U.F., 1996, n°14, qui conclut à son absence sous le titre : "la liberté sous surveillance des contrats".

⁵⁶ P. Ancel, Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat, *op. cit.*, 774-775, n°4 et 5.

⁵⁷ *Idem*.

rendent bien compte d'un contenu normatif⁵⁸ voulu les parties, justifiant, éventuellement, l'application des règles relatives à l'interprétation des contrats⁵⁹, les règles qui permettent principalement leur mise en œuvre seraient celles qui se rapportent, non au fond, mais à la forme des actes envisagés, règles se rapportant au contrat considéré non comme *negotium*, mais comme *instrumentum*, non en tant qu'acte juridique, mais en tant qu'acte instrumentaire, traduisant la volonté des parties de préconstitution de moyens de preuves.

II. - L'application des règles relatives à la preuve et à l'interprétation des contrats

29. Nous avons noté, dès l'introduction, que les questions posées par les stipulations de constatation avaient à voir avec la véracité des situations dont elles rendaient compte. Et c'est bien sur ce terrain que la Cour de cassation traite la question⁶⁰. En effet, dans un arrêt du 3 décembre 1991, la première chambre civile décide, à propos d'une vente de véhicule automobile, "qu'après avoir constaté que les conditions générales de vente figuraient au verso du bon de commande, la cour d'appel a relevé que ce document portait au recto la mention imprimée suivante : "L'acheteur déclare avoir pris connaissance des conditions générales de vente et de garantie inscrites au verso et les accepter dans toute leur teneur"; qu'ayant encore retenu que Mme Suret-Messy avait apposé sa signature au dessous de cette mention imprimée, l'arrêt attaqué a pu en déduire qu'en signant le bon de commande litigieux, l'intéressée avait adhéré à son contenu, spécialement aux conditions générales de vente figurant au verso, dont elle avait déclaré avoir pris connaissance et les avoir accepté"⁶¹.

Cet arrêt constitue une parfaite illustration de la manière dont fonctionnent les stipulations de constatation, en référence à une logique probatoire. Dans cette affaire, en effet, l'auteur du pourvoi reprochait à une cour d'appel de ne pas avoir qualifié la clause litigieuse d'abusives, et en déduisait la violation de l'art. 1134 c. civ.⁶². La Cour ne reçoit néanmoins pas l'argument relatif aux clauses abusives, celui-ci étant invoqué pour la première fois devant elle et devant, dès lors, être déclaré irrecevable. Cependant, celle-ci répond aux arguments produits en estimant que "l'arrêt attaqué a pu en déduire qu'en signant le bon de commande litigieux, l'intéressée avait adhéré à son contenu, spécialement aux conditions générales de vente figurant au verso, dont elle avait déclaré avoir pris connaissance et les avoir acceptées". Ainsi, alors que l'auteur du pourvoi ne fondait pas son argumentation sur la violation de règles probatoires, la Cour de cassation

⁵⁸ Le contrat constitue bien, en effet, la "loi des parties", cf. P. Ancel, *op. cit.*, n°6 et 7.

⁵⁹ Par exemple, en ce qui concerne la question évoquée ci-dessus de l'interprétation des expressions "le débiteur" ou "le créancier" dans une cession de contrat.

⁶⁰ Nous n'avons trouvé qu'une exception à cette règle dans un arrêt dans lequel la Chambre commerciale de la Cour de cassation casse, sur le visa de l'art. 1134 c. civ., un arrêt refusant d'appliquer une stipulation de constatation. Cette prise de position semble néanmoins, suivant l'opinion du commentateur, à laquelle nous adhérons, liée au contexte de l'affaire, qui entraînait la Cour de cassation à vouloir faire prévaloir l'application de la dite stipulation, et donc à viser la force obligatoire du contrat. Elle ne semble donc en rien préjudicier à notre analyse : Com., 27 mars 1990, *D.* 1991, 289, note X. Testu, cf. *infra*, B.

⁶¹ Civ 1, 3 décembre 1991, *Bull. civ.* I, n°342.

⁶² Selon le premier moyen du pourvoi, "doit être déclarée inopposable à l'acheteur comme constituant une clause abusive, la mention manuscrite apposée sur le recto d'un bon de commande, par laquelle l'acheteur reconnaît avoir pris connaissance des conditions de vente inscrites au verso; qu'en l'espèce la présentation des conditions générales de vente au verso du bon de commande, non revêtu du paraphe de l'acheteur, la pâleur de l'impression et le caractère réduit des caractères rendant sa lecture difficile ne permettait manifestement pas à Madame Suret Messy d'en prendre valablement connaissance; qu'en affirmant la validité de la mention apposée sur le recto du bon de commande par Madame Suret Messy sans rechercher si celle-ci avait été effectivement et valablement informée des conditions de vente, la Cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1134 du Code Civil".

lui répond en s'inscrivant dans cette logique. On constate ainsi que la Haute juridiction refuse de raisonner en se plaçant sur le terrain de la validité de l'acte, pour rejoindre celui de la preuve⁶³.

30. Ce raisonnement permet, en outre, de donner toute leur portée aux stipulations de constatation. On peut, à cet égard, comparer l'arrêt de 1991, à un arrêt rendu par la Cour de cassation le 28 avril 1971⁶⁴. Dans cette affaire, en effet, un contrat de vente contenait une clause restrictive de responsabilité figurant au verso de factures, mais pas de stipulation selon laquelle l'acheteur déclarait connaître son existence. La Cour de cassation décide, reprenant les motifs de l'arrêt d'appel, que "le vendeur" qui n'apporte pas "la preuve que l'acheteur ait connu et accepté, lors de la conclusion de la vente, l'existence de la clause limitative de garantie" ne peut utilement invoquer son bénéfice. On constate donc, que dans l'arrêt de 1971, l'absence d'une stipulation de constatation permet à la Haute juridiction d'inverser la charge de la preuve de la connaissance d'une clause du contrat, alors que dans celui de 1991, la présence d'une stipulation de constatation détruit cette possibilité et permet de donner à la clause limitative de garantie pleine efficacité.

31. De prime abord, la question de la contrariété entre une stipulation de constatation et la "vérité" ne semble donc pas poser de difficultés techniques. En effet, celle-ci reçoit une réponse explicite du code civil qui dispose, dans son art. 1341, qu'il "n'est reçu aucune preuve par témoins contre et outre le contenu aux actes". Or, par définition, les stipulations de constatation prennent place dans des actes. Néanmoins, cette analyse pose question, relativement à la portée de l'art. 1341. En effet, l'originalité des stipulations de constatation réside dans le fait que, même si elles prennent place dans des actes, elles n'en constatent pas moins des *faits juridiques*.

Cette originalité va nous conduire à examiner successivement l'applicabilité à leur égard, tant des règles relatives à la preuve des actes juridiques à l'aide d'actes instrumentaires, que celle relative à la preuve des faits juridiques. Contrairement à ce qu'on pourrait penser, ce sont les règles relatives à la preuve des actes, telles qu'elles résultent de l'article 1341 du code civil, qui doivent ici être appliquées en principe, donnant toute leur force aux stipulations de constatation (A). Ce n'est que de manière exceptionnelle qu'il sera possible de revenir à l'application des règles de preuve des faits juridiques, c'est à dire à la liberté de la preuve, pour écarter les stipulations en question (B).

A. L'applicabilité de principe de l'article 1341 du code civil

32. Les règles probatoires sont traditionnellement classées selon l'objet à prouver, acte ou fait juridique, les actes juridiques se prouvant par écrit, les faits juridiques par tous moyens⁶⁵. Dans cette perspective, on ne peut que se demander quelles règles de

⁶³ On peut également souligner, en ce qui concerne les clauses abusives, que le législateur prohibe la clause ayant pour objet "de constater de manière irréfragable l'adhésion du consommateur à des clauses dont il n'a pas eu, effectivement, l'occasion de prendre connaissance avant la conclusion du contrat". Ce faisant, le législateur, se place bien sur le terrain de la preuve des contrats - l'impossibilité de prouver contre la clause - pour traiter la question. Cf. *infra*, I, A), c).

⁶⁴ Civ. 1, 28 avril 1971, *JCP*. 1972, II, 17280, obs. M. Boitard et A Rabut. Cette solution a été confirmée par : Civ. 1, 3 mai 1979, *Bull. civ. I*, n°128, *D.* 1980, inf. rap., 262, note Ghestin; Civ. 1, 31 mai 1983, *Bull. civ. I*, n°159; Civ. 1, 27 février 1996, *Defrénois*, 1996, 742, obs. Aubert. Ces arrêts ont en commun de sanctionner des clauses peu lisibles, cf. F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *op. cit.*, n°116.

⁶⁵ Il est néanmoins nécessaire de noter que les règles de preuve du code civil ne sont pas d'ordre public et qu'il est par conséquent possible de les écarter conventionnellement (D. Veaux, Contrats et obligations, généralités, *Juriscl. civil.*, fasc. 1, n°76 et 77). Néanmoins, cette hypothèse ne nous retiendra pas puisque le

preuve vont trouver à s'appliquer aux stipulations de constatation, puisque celles-ci ont justement pour objet de constater des faits dans des actes. Nous allons donc montrer, tout d'abord, l'inadéquation, pour analyser les stipulations de constatation, de l'analyse traditionnelle de la portée de l'art. 1341 c. civ. en fonction de l'opposition entre les actes et les faits juridiques. Nous nous attacherons, ensuite, aux conséquences, relativement à notre objet, de la division instaurée par cet article entre les "faits" établis par écrit et ceux qui ne le sont pas.

33. Dans la perspective selon laquelle la preuve des actes juridiques s'effectue par écrit et celle des faits par tous moyens, l'élément premier pour définir le régime de la preuve est la définition des deux concepts en cause. Dans cette hypothèse, puisque les faits sont constitués par ce qui n'appartient pas à la catégorie des actes, c'est de la définition de ces derniers que dépendront les domaines respectifs des deux notions⁶⁶. Ainsi, la Cour de cassation, en accord avec les analyses doctrinales, décide, le 27 avril 1977, que les actes juridiques "ont pour résultat immédiat et nécessaire, soit de créer ou de transférer, soit de confirmer ou de reconnaître, soit de modifier ou d'éteindre des obligations ou des droits"⁶⁷. Systématisant cet état du droit, certains auteurs peuvent écrire : "selon une jurisprudence constante dont le législateur s'est fait l'écho, l'exigence de la preuve préconstituée s'applique aux manifestations de volonté ayant pour but immédiat et direct soit de créer ou de transformer, soit de confirmer ou de reconnaître, soit de modifier ou d'éteindre des obligations ou des droits; elle ne s'applique pas à la preuve des faits auxquels la loi attache des conséquences qui n'ont pas été voulues par leur auteur. On reconnaît là une définition des *actes juridiques*, qui sont soumis à la règle de l'art. 1341, d'une part, et des *faits juridiques*, dont la preuve est libre, d'autre part. Telle est la distinction majeure qui sert de critère pour délimiter, quant à la matière, le domaine d'application du texte"⁶⁸. De manière plus ramassée, on admet que les actes juridiques constituent des "manifestations de volonté destinées à produire des effets de droit"⁶⁹.

Cependant, on ne peut que constater que les stipulations de constatation ne constituent pas des déclarations de volonté, mais de simples déclarations, voire de simples reconnaissances d'état de faits⁷⁰. Ainsi, leur qualification "d'actes juridique" ne peut résulter que d'une confusion entre l'*instrumentum* et le *negotium* des actes analysés⁷¹. Si l'on sépare l'*instrumentum* du *negotium* des actes en cause, on ne peut que conclure que le *negotium* des stipulations de constatation ne relève pas de la catégorie

gage de l'efficacité, donc l'intérêt des stipulations de constatation, réside justement dans leur articulation avec les dispositions du code civil et notamment son art. 1341.

Dans le même registre, il apparaît important de souligner la possibilité de renonciation, notamment tacite, au bénéfice de dispositions probatoires, particulièrement dans un cadre judiciaire, par la non contestation d'une affirmation de la partie adverse (*idem*, n°80 à 82). Ainsi, la déclaration d'un plaideur contraire au contenu d'une stipulation de constatation sera considérée comme véridique si le défendeur ne lui oppose pas le contenu de cette dernière. Néanmoins, cette remarque ne peut que laisser insatisfait dans l'optique d'une systématisation du régime desdites stipulations, puisque celle-ci ne fait que renvoyer à la plus ou moins grande habileté des plaideurs.

⁶⁶ J. Ghestin et G. Goubeaux, avec le concours de M. Fabre-Magnan, *Traité de droit civil, Introduction générale*, 4^{ème} édition, 1994, n°185.

⁶⁷ Civ. 1, 27 avril 1977, *Bull. civ.*, I, n°192, *D.* 1977, 413, note C. Gaury. Encore faut-il noter que la terminologie utilisée par la Cour de cassation oppose les "faits matériels" ou "purs et simples", les faits juridiques de la doctrine, aux "faits juridiques", les actes juridiques de la doctrine.

⁶⁸ J. Ghestin et G. Goubeaux, avec le concours de M. Fabre-Magnan, *op. cit.*, n°662.

⁶⁹ Par exemple, J. Carbonnier, *Droit civil, tome 1, Introduction générale, les personnes*, PUF, 20^{ème} édition, 1996, n°10; J. Ghestin et G. Goubeaux, avec le concours de M. Fabre-Magnan, *op. cit.*, n°185.

⁷⁰ Même si elles sont destinées à produire des effets de droit dans le cadre de l'établissement de faits, donc d'une éventuelle opération de qualification. Sur la "mécanique" de la qualification, cf. J. Ghestin et G. Goubeaux, avec le concours de M. Fabre-Magnan, *op. cit.*, n°46-57.

⁷¹ Pour les définitions de ces différentes notions, cf. *supra*, note n°5.

des actes juridiques. La preuve des stipulations de constatation revient donc à la *preuve d'un fait juridique*, alors même que ces dernières empruntent le support d'actes instrumentaires. Une telle analyse pourrait conduire à considérer que la preuve de l'inexactitude, de la non-véracité du contenu de ces stipulations, peut être apportée par tous moyens⁷².

En réalité, il n'en est rien, car on oublie trop souvent que *l'article 1341 contient, non pas une, mais deux règles distinctes* : la nécessité de prouver par écrit les actes juridiques au delà d'un certain montant, d'une part, l'interdiction de "prouver contre et outre le contenu aux actes", d'autre part⁷³. C'est cette seconde règle qui se trouve mobilisée en présence de stipulations de constatation. En effet, contrairement à ce que pourraient faire croire les travaux préparatoires du code civil (1), celle-ci s'applique sans distinction aux faits et aux actes juridiques dès lors qu'ils sont constatés par écrit (2).

a. La portée de l'article 1341 selon les rédacteurs du code civil

34. Bigot-Préameneu, dans sa présentation au Conseil d'État de l'art. devenu 1341 c. civ., inchangé depuis 1804⁷⁴, en précise la philosophie générale et la portée : "à l'égard des conventions, comme elles sont le fruit de la réflexion de plusieurs, et qu'ainsi les contractants peuvent donner une forme à leur rédaction, le législateur peut exiger qu'elles soient rédigées par écrit; il peut déclarer qu'il n'admettra aucune preuve testimoniale; il doit le déclarer pour l'intérêt de tous, pour garantir les uns de leur erreur ou de leur faiblesse, pour empêcher les autres de se prévaloir de leur mauvaise foi, pour prévenir les procès et pour garantir la stabilité des propriétés. Notre projet, conforme sur ce point aux anciennes ordonnances, a consacré ces principes. (...) De la règle... *Il doit être passé acte de toutes conventions...* Il résulte qu'il ne doit être reçu aucune preuve par témoins contre et outre le contenu aux actes (...) Le projet prend toutes les précautions pour qu'elle ne puisse jamais être éludée"⁷⁵.

On constate ainsi, que les rédacteurs du code civil poursuivent un double objectif : obliger à la préconstitution des preuves, et empêcher que la règle instaurant la preuve écrite "puisse jamais être éludée", les seules exceptions admises étant constituées de celles figurant aux art. 1347 et 1348 c. civ., concernant, respectivement, les commencements de preuve par écrit et les empêchements à l'établissement de preuves écrites⁷⁶.

35. On constate, néanmoins, que le discours de Bigot-Préameneu se réfère explicitement, comme l'art. 54 de l'ordonnance de Moulins de 1566⁷⁷, dont l'art. 1341 est

⁷² En outre, la distribution des modes de preuve en fonction de l'objet à prouver connaît nombre d'exceptions. Ainsi, le droit français recèle nombre de cas dans lesquels la preuve d'un acte juridique peut être apportée par tous moyens. Il en est notamment ainsi pour les tiers à un contrat, en ce qui concerne la preuve de son existence ou de son contenu (D. Veaux, Contrats et obligations. Recevabilité des différents procédés de preuve, *Juriscl. civil*, fascicule 153, n°2). Il en est de même de la preuve d'un acte juridique d'une valeur inférieure à 5000 francs (l'art. 1341 prévoit : "il doit être passé acte devant notaires ou sous signatures privées de toutes choses excédant une somme ou une valeur fixée par décret, même pour dépôts volontaires (...)"). Le décret n°80-533, du 15 juillet 1980, fixe cette somme à 5000 francs).

⁷³ "Il doit être passé acte devant notaires ou sous signatures privées de toutes choses excédant une somme ou une valeur fixée par décret, même pour dépôts volontaires, et il n'est reçu aucune preuve par témoins contre et outre le contenu aux actes, ni sur ce qui serait allégué avoir été dit avant, lors ou depuis les actes, encore qu'il s'agisse d'une somme ou valeur moindre", J. Ghestin et G. Goubeaux, avec la concours de M. Fabre-Magnan, *op. cit.*, n°660-665.

⁷⁴ Sauf en ce qui concerne la somme à laquelle s'applique l'article, dorénavant fixée par décret.

⁷⁵ Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, tome XIII, p. 396 et 397.

⁷⁶ J. Ghestin et G. Goubeaux, avec la concours de M. Fabre-Magnan, *op. cit.*, n°668-674.

⁷⁷ "(...) avons ordonné et ordonnons que doresnavant de toutes choses excédans la somme ou valeur de cent livres pour une fois payer, seront passez contrats pardevant notaires et témoins, par lesquels

inspiré, au domaine des "*conventions*". En outre, son auteur n'opère, du point de vue de leur domaine, aucune distinction entre la première et la seconde règles énoncées. On peut en conclure que la seconde, relative à la preuve "contre et outre le contenu aux actes" n'est censée être applicable qu'aux actes "conventionnels". Cette présentation est donc de nature à entretenir la confusion entre les domaines respectifs de la première règle de l'art. 1341 c. civ., relative aux *actes juridiques*, et de la seconde, relative aux *actes instrumentaires*.

Néanmoins, dans la doctrine actuelle, la portée générale de la prohibition de l'art. 1341 est affirmée de manière unanime, même si elle est, la plupart du temps, rapportée aux actes juridiques et non aux actes instrumentaires⁷⁸. Cette conception est surtout indéniable en jurisprudence.

b. La portée de l'article 1341 selon la jurisprudence

36. D'une manière générale, on peut estimer que la Cour de cassation applique strictement la prohibition de l'art. 1341⁷⁹. Celle-ci se révèle, sur ce point, d'une grande constance, par exemple en ce qui concerne la preuve, non reçue, contre une promesse de vente d'immeuble⁸⁰, un contrat de dépôt⁸¹, une reconnaissance de dettes⁸² ou un contrat d'entreprise⁸³.

Ainsi, les limites admises par la Cour de cassation à la prohibition de l'art. 1341 ne concernent que des hypothèses dans lesquelles la "foi" à accorder à un acte instrumentaire est en jeu⁸⁴. Une cour d'appel peut, par conséquent, écarter un acte litigieux, "dénué de toute vraisemblance". Mais on constate qu'il ne s'agit pas, dans ces hypothèses, de contester la véracité du contenu d'un acte, mais de contester *l'existence même de l'acte*.

On peut, en outre, remarquer que la Cour de cassation estime que les actes font foi jusqu'à preuve contraire "de la sincérité *des faits juridiques qu'ils constatent et des énonciations qu'ils contiennent*"⁸⁵. Sachant que, dans la terminologie de la Haute

seulement sera faite et reçue toute preuve ès dites matières, sans recevoir aucune preuve par témoins, outre le contenu au contrat, ni sur ce qui serait allégué avoir été dit ou convenu avant icelui, lors et depuis. En, quoi nous n'entendons exclure les preuves des conventions particulières et autres qui seraient faits sous leurs seings, sceaux et écritures privées", in, Ph. Malaurie et L. Aynès, *Cours de droit civil, tome 1, Introduction à l'étude du droit, par Ph. Malaurie*, 2^{ème} édition, 1994, n°373, p. 137, note n°12.

⁷⁸ Par exemple, J. Carbonnier, *op. cit.*, n°95; J. Ghestin et G. Goubeaux, avec la concours de M. Fabre-Magnan, *op. cit.*, n°664. Pour un exemple plus ancien, on peut se reporter à Colin et Capitant, *Traité de droit civil*, refondu par Julliot de la Morandière, *Tome 1, Introduction générale et famille*, 1957, n°512 : "c'est qu'en effet, lorsque les parties ont pris la précaution de rédiger un écrit, on présume qu'elles n'y ont rien constaté d'erroné ni rien omis. C'est pourquoi on ne peut rien prouver par témoins *contre* le contenu de l'acte".

⁷⁹ D. Veaux, *op. cit.*, fascicule 153, n°3.

⁸⁰ Civ. 3, 20 janvier 1953, *Bull. civ.*, I, n°27.

⁸¹ Crim., 26 février 1963, *Bull. crim.*, n°91.

⁸² Com., 20 octobre 1969, *Bull. civ.*, IV, n°300.

⁸³ Civ. 3, 8 janvier 1970, *Bull. civ.*, III, n° 26.

⁸⁴ Par exemple, Civ. 1, 19 février 1953, *Bull. civ.*, I, n°153, selon lequel "les juges du fond, en présence d'un acte sous seings privés dont la réalité matérielle n'est pas contestée par celui auquel on l'oppose, peuvent refuser tout caractère sincère à ses énonciations, dès lors qu'il résulte, des faits qu'ils ont souverainement constatés, des faits qui les rendaient invraisemblables".

De même, la Cour de cassation décide, le 8 janvier 1955 (Civ. 1, 8 janvier 1955, *Bull. civ.*, I, n°13), que "les actes sous seings privés ne font foi que jusqu'à preuve contraire de la sincérité des faits juridiques qu'ils constatent et des énonciations qu'ils contiennent; qu'en jugeant que la promesse de vente dont s'agit était dénuée de toute vraisemblance, et que la lettre du conseil de Bernard du 25 avril 1932, susvisée, démontrait qu'à cette époque, ladite promesse de vente n'existait pas, la Cour a usé du pouvoir qui lui appartenait d'apprécier les faits et éléments de la cause et qu'elle a ainsi justifié légalement sa décision". Il paraît néanmoins nécessaire de signaler que le terme "foi" n'apparaît pas dans le texte de l'arrêt mais seulement dans le résumé publié au Bulletin au dessus de l'arrêt.

⁸⁵ Civ. 1, 8 janvier 1955, *op. cit.*, note n°84.

juridiction, les faits juridiques équivalent aux actes juridiques de la doctrine⁸⁶ on peut tirer de cet arrêt la confirmation du fait que la Cour, dans l'application de l'art. 1341 c. civ., n'opère aucune différence entre le contenu, "faits juridiques" ou "énonciations", donc actes ou faits juridiques, des éléments contre lesquels il s'agit de prouver.

37. On peut donc, à ce stade de l'analyse, systématiser les modalités de fonctionnement des stipulations de constatation en les rapprochant de la théorie des preuves. On peut ainsi affirmer que celles-ci représentent de parfaites illustrations de la consécration par le système juridique français, entre les parties à un contrat⁸⁷, de la prééminence de la preuve écrite sur la preuve testimoniale. On peut, par ailleurs, constater que la défense de la sécurité juridique ainsi visée par l'exigence de préconstitution de la preuve peut aller à l'encontre de la prise en compte de la "réalité" par la possible prévalence du contenu du contrat sur la volonté "réelle" des parties. Cette conclusion n'a néanmoins rien qui puisse étonner si l'on accepte que la "volonté", au sens du droit, constitue un concept juridique, une volonté "abstraite", destinée à fonder en partie, notamment d'un point de vue philosophique, le droit des contrats, et non une réalité concrète, qu'il s'agirait de retrouver⁸⁸. Et même, justement, on peut estimer que les règles de preuve sont en partie destinées à permettre de trancher les contradictions éventuelles entre les preuves relevant de différents modes, et de lier l'interprétation du juge en les hiérarchisant⁸⁹. Cependant, on se doit de constater que cette interprétation ne correspond pas à la volonté affichée par les rédacteurs du code civil, pour lesquels la seconde règle de l'art. 1341 c. civ., selon laquelle on ne peut prouver "contre et outre le contenu aux actes", ne doit s'appliquer que dans un cadre conventionnel.

Du point de vue des stipulations de constatation, on peut ainsi admettre que la preuve testimoniale ne sera, en général, pas recevable contre le contenu de ces dernières, même en cas de discordance entre leur contenu et la "vérité". Ainsi, l'efficacité de certaines stipulations se verra garantie par l'impossibilité de contester la véracité de "faits" constatés. Par exemple, il s'avérera impossible, pour un plaideur, de remettre en cause sa prétendue connaissance de l'ensemble des clauses d'un contrat, même si celle-ci n'est pas réelle, alors même que, hors la présence de la stipulation de constatation, la preuve de cette connaissance, serait à la charge de l'autre partie⁹⁰. De même, un acheteur ne pourra efficacement invoquer la garantie des vices cachés s'il a admis, dans le contrat, même en termes très généraux, sa connaissance des vices de la chose. De même enfin, une caution ne pourra, pour échapper à ses obligations, invoquer sa méconnaissance de la situation financière du débiteur principal si elle a admis cette connaissance dans le contrat de cautionnement⁹¹. En d'autres termes, le jeu de l'art. 1341 lie le juge quant à l'interprétation du contrat⁹². De ce point de vue, si l'on considère les stipulations de constatation intégrées par des professionnels à des outils contractuels, on perçoit le caractère vraisemblablement quasi impossible de la contestation de nombre de ces stipulations.

⁸⁶ Cf. *supra*, note n°67.

⁸⁷ Cette règle, en effet, ne s'applique pas aux tiers. Cf. *supra*, note n°72.

⁸⁸ Pour une réflexion sur le rôle de la volonté dans le contrat, cf. J. Hauser, *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique*, L.G.D.J., 1971; G. Rouhette, *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, thèse, Paris, 1965. En ce qui concerne les manuels, cf., par exemple, J. Ghestin, *op. cit.*, 151, qui distingue entre la volonté et son extériorisation. *Idem*, par exemple F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *op. cit.*, à propos de l'offre et de l'acceptation, n°107 et 117-118.

⁸⁹ Sur cette question de la fonction des règles de preuve, cf. X. Lagarde, *Réflexion critique sur le droit de la preuve*, thèse, L.G.D.J. 1994.

⁹⁰ Civ. 1, 3 décembre 1991, *op. cit.*, note n°61.

⁹¹ Civ. 1, 4 avril 1995, *op. cit.*, note n°11.

⁹² Si tant est que l'objet de l'interprétation soit clair.

38. A l'encontre de cette vision univoque, on pourrait néanmoins suggérer l'établissement d'un régime différencié selon la nature des "faits" constatés. Il apparaît, en effet, que les stipulations de constatation peuvent avoir pour objet des faits au sens propre, "objectifs", extérieurs à la volonté des parties, comme ceux visés par les clauses relatives à la connaissance des vices cachés d'une chose vendue; elles peuvent, en revanche, s'attacher à des constatations "subjectives", visant une disposition de volonté de l'un ou des cocontractants, comme, par exemple, les "clauses d'indivisibilité", relatives à l'importance des stipulations dans le champ contractuel. On pourrait ainsi envisager que les stipulations de constatation "objectives" relèvent du domaine probatoire de l'art. 1341, alors que les stipulations de constatation "subjectives" entraînent l'application des règles relatives à la preuve des faits juridiques. Force est néanmoins de constater que cette distinction n'est pas reçue, ni même envisagée par la jurisprudence : en cas de discordance entre le contenu d'un écrit et la volonté supposée des parties, les juges font, en tout état de cause prévaloir l'écrit. Cette position se comprend aisément dans la mesure où les juges n'ont à rechercher la volonté "réelle" des parties que si le sens de l'écrit est douteux. Or ces hypothèses, l'article 1341 s'applique dans toute sa rigueur. La seule limite à cette règle, envisagée par les juridictions à propos de clauses d'indivisibilité, réside dans la fraude à la loi, qui permet le retour exceptionnel à la liberté de la preuve.

B. Le retour exceptionnel à la liberté de la preuve

39. Il n'est pas possible, au vu de l'art. 1341 c. civ., de contester la véracité d'une constatation de fait prenant place dans un acte. Cependant l'art. 1353 c. civ. prévoit que "les présomptions qui ne sont point établies par la loi, sont abandonnées aux lumières et à la prudence du magistrat, qui ne doit admettre que des présomptions graves précises et concordantes, et dans les cas seulement où la loi admet les preuves testimoniales, à moins que l'acte ne soit attaqué pour cause de fraude ou de dol"⁹³.

L'hypothèse du dol, au sens de l'art. 1353, c'est à dire l'intention de nuire⁹⁴, ne correspond pas aux questions qui nous préoccupent, ces dernières ayant plutôt trait à la véracité du contenu des stipulations en cause. Reste donc, pour faire tomber des stipulations de constatation mensongères, l'hypothèse de la fraude à la loi. Cette hypothèse semble notamment d'emblée fort intéressante du fait de la sanction qui lui est associée. Celle-ci, en effet, adaptée au comportement incriminé, refuse l'application de la règle dont l'application est frauduleusement recherchée : "(...) l'adage "*fraus omnia corrumpit*" est utilisé pour justifier un refus d'application d'une loi dont les conditions étaient cependant réunies"⁹⁵. Ainsi, "la fraude doit avoir pour effet sa propre inefficacité"⁹⁶. En ce qui concerne les stipulations de constatation, un état de fait frauduleusement constaté sera censé ne plus l'être et la preuve de la réalité de la situation de fait visée pourra être apportée par tous moyens. Cette situation s'avère avantageuse pour le cocontractant qui a faussement et obligatoirement constaté, par exemple dans des contrats d'adhésion, et qui se voit ainsi, par exemple, opposer l'impossibilité d'invoquer la garantie des vices cachés du fait de sa prétendue connaissance du vice. Elle s'avère tout à fait adaptée en ce qui concerne le fraudeur en position de force puisque le mécanisme contesté et lui seul sera entaché d'inefficacité. En outre, celui-ci pourra se voir condamné

⁹³ C'est nous qui soulignons.

⁹⁴ Ce dol ne saurait, en effet, se confondre avec le dol de l'art. 1116 qui définit un vice du consentement. XX: déf Capitant?

⁹⁵ J. Ghestin et G. Goubeaux, avec la concours de M. Fabre-Magnan, *op. cit.*, n°813.

⁹⁶ J. Vidal, *Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français*, Dalloz, 1957, préface J. Marty, 372, ou encore "la règle juridique rendue applicable par ruse pour évincer une autre règle à laquelle le sujet était soumis ne produira pas ce résultat", J. Ghestin et G. Goubeaux, avec la concours de M. Fabre-Magnan, *op. cit.*, n°827.

au paiement de dommages-intérêts du fait du préjudice entraîné par sa fraude⁹⁷. Encore faut-il, pour ce faire, que les conditions de réalisation de cette dernière soient réunies.

40. On peut admettre que, "au sens strict, la fraude consiste à faire jouer une règle de droit pour tourner une autre règle de droit"⁹⁸. On peut, en outre, développer cette position relative à la fois au but et au fonctionnement de la fraude de la manière suivante : "le sujet cherche à obtenir un avantage dont il aurait dû être normalement privé ou à échapper à une obligation à laquelle il était tenu. Mais il ne crée nullement une apparence trompeuse. Tout est bien réel. La ruse est beaucoup plus habile. Elle consiste à créer les conditions d'application d'une règle de droit dont les effets neutralisent les conséquences juridiques défavorables de la situation initiale de l'individu. Il s'agit, en somme, de faire jouer les lois les unes contre les autres et ceci non fictivement mais en déclenchant véritablement un mécanisme apte à produire le résultat escompté; de sorte que si on laissait fonctionner normalement les règles de droit, la ruse serait couronnée de succès"⁹⁹. Dans cette optique, on peut définir l'acte frauduleux comme "tout acte juridique ou activité judiciaire irrégulier ou techniquement correct, réalisé dans une intention de tromperie et qui tend à éluder une obligation conventionnelle ou légale"¹⁰⁰. Une question classique se pose néanmoins, consistant à distinguer la fraude de la simple habileté à jouer des règles de droit¹⁰¹. Dans cette perspective, il nous suffira de constater qu'au delà de la réflexion théorique ayant pour visée l'élaboration d'un critère, la distinction des hypothèses de fraude de celle de la simple habileté dépendra de la "nécessaire appréciation des tribunaux"¹⁰².

41. Au vu de ces définitions, un certain nombre de mécanismes mettant en jeu des stipulations de constatation semblent idéalement correspondre à l'hypothèse de la fraude à la loi¹⁰³. Il en est notamment ainsi de l'utilisation desdites stipulations destinée à

⁹⁷ J. Ghestin et G. Goubeaux, avec la concours de M. Fabre-Magnan, *op. cit.*, n°834.

⁹⁸ J. Ghestin et G. Goubeaux, avec la concours de M. Fabre-Magnan, *op. cit.*, n°813.

⁹⁹ J. Ghestin et G. Goubeaux, avec la concours de M. Fabre-Magnan, *op. cit.*, n°813.

¹⁰⁰ M. Calbairac, *Considérations sur la règle *fraus omnia corrumpit**, D. 1961, chron., 169. On peut donner d'autres définitions, par exemple Ripert, *La règle morale et les obligations civiles*, 4^{ème} édition, 1949, n°157 et s, ici n°173, qui estime que "frauder la loi, c'est éluder l'application de la loi qui serait normalement applicable, parce que cette loi vient gêner les intérêts ou les volontés"; J. Mazeaud, L'adage *fraus omnia corrumpit* et son application dans le domaine de la publicité foncière, *Rép. Gén. Prat. Not.*, 1962, art. 28265, n°2, quant à lui avance que "la fraude à la loi est l'utilisation de règles légales pour échapper à la loi et accomplir un acte que cependant elle interdit"; J. Vidal, estime que "il y a fraude chaque fois que le sujet de droit parvient à se soustraire à l'exécution d'une règle obligatoire par l'emploi à dessein d'un moyen efficace, qui rend ce résultat inattaquable sur le terrain du droit positif". Pour A. Jeammaud (*Fraus omnia corrumpit*, D. 1997, chr., 19-22), enfin, la fraude "désigne une mise en scène tendant, dans le domaine des règles non-supplétives, à obtenir, par le jeu des dispositions applicables à la situation ainsi construite, un résultat juridique que n'auraient pu assurer les dispositions compétentes en l'absence d'un tel montage, ou bien à se soustraire aux conséquences de droit qu'auraient dictées ces dernières".

¹⁰¹ Selon J. Ghestin et G. Goubeaux, avec la concours de M. Fabre-Magnan, *op. cit.*, n°824, "la fraude implique quelque chose de plus que l'exclusion volontaire d'une règle de droit. Elle marque un véritable mépris pour cette règle qui se trouve bafouée. Lorsque cet élément fait défaut, il s'agit simplement d'habileté". Ainsi, n°826, "la distinction de la fraude et de l'habileté dépend donc d'une corrélation entre la règle éludée et le moyen utilisé". "(...) il y a fraude à opposer à la règle un obstacle artificiel parce que purement juridique et sans incidence réelle sur les données de fait". Selon Ripert, *op. cit.*, n°176, "frauder la loi n'est pas en écarter l'application par un moyen légal, c'est en éluder l'application dans les cas où on avait le devoir de la respecter".

¹⁰² J. Ghestin et G. Goubeaux, avec la concours de M. Fabre-Magnan, *op. cit.*, n°826. Pour A. Jeammaud, *op. cit.*, "le choix de juger l'habileté excessive au point de dégénérer en fraude - "Trop, c'est trop!" - dépend des finalités prêtées aux règles biaisées ou exploitées, et de l'importance qu'on leur accorde du point de vue de la cohérence du droit en vigueur".

¹⁰³ On doit néanmoins signaler que trois éléments sont traditionnellement présentés comme nécessaire à l'admission de la fraude : le caractère obligatoire de la règle négligée, l'efficacité du procédé mis en œuvre et

tourner l'application d'une règle d'ordre public, ce caractère étant justement associé à une norme pour qu'on ne puisse l'éluider. C'est le cas, par exemple, des clauses qui signifient la connaissance par l'acheteur des vices d'une chose, destinées à tourner l'impossibilité, dans les contrats de consommation, de renoncer conventionnellement à cette garantie¹⁰⁴. C'est encore le cas des "clauses d'indivisibilité" destinées, par exemple, à interdire au locataire l'invocation de la nullité d'une clause d'un bail pour ne pas voir tomber le contrat tout entier¹⁰⁵. Le caractère frauduleux de telles stipulations devrait permettre d'écarter l'obstacle probatoire de l'article 1341, et permettre au contractant à qui on l'oppose de prouver contre la clause. En pratique, d'ailleurs, on peut estimer que la démonstration du caractère frauduleux de la clause et celle de son caractère mensonger iront de pair.

42. Cette analyse pourraient bien inspirer les juges. Celle-ci a, en effet, été adoptée par la Cour de cassation le 6 juin 1972, à propos de stipulations destinées à protéger de l'annulation des clauses d'indexation illicites, et prévoyant que toutes les clauses du contrat de bail litigieux étaient déterminantes de la volonté des parties. Ainsi, la Haute juridiction a admis l'analyse des juges du fond qui estimaient "que "la stipulation en question, qui fait dépendre la validité" du bail "du maintien de la clause d'indexation illicite, constitue une fraude à la loi et a été imposée à tort" par la bailleuse à sa locataire; qu'ils ont pu en déduire, sans encourir les griefs formulés par le pourvoi, que l'annulation de la clause d'indexation "ne saurait, dans ces conditions, entraîner la nullité du bail"¹⁰⁶.

Un arrêt de 1990 pourrait faire croire que cette position est abandonnée puisque la chambre commerciale a censuré un arrêt d'appel dans une hypothèse comparable à celle de l'arrêt de 1972, puisqu'une stipulation précisait : "toutes les clauses du présent contrat sont de rigueur, chacune d'elles est une condition déterminante du présent contrat sans laquelle les parties n'auraient pas contracté"¹⁰⁷. Néanmoins, suivant l'opinion du commentateur, on peut estimer que cette solution recouvrait une hypothèse marginale puisque, dans cette espèce, "la nullité totale du contrat comblait les vœux du débiteur de la somme faussement indexée et de ses garants"¹⁰⁸. On peut ainsi estimer que la mise en œuvre des stipulations de constatation dans ces hypothèses peut être qualifiée de fraude à la loi¹⁰⁹.

On peut même sans doute aller plus loin et estimer, hors les hypothèses relevant de l'analyse de 1990, que le mécanisme décrit constitue *toujours*, dans

l'intention frauduleuse. Dans l'hypothèse des stipulations de constatation, l'efficacité du mécanisme ne pose pas problème puisque c'est justement celle-ci qui oblige à réflexion. L'intention frauduleuse, quant à elle, "volonté d'éluider la règle obligatoire", (J. Ghestin et G. Goubeaux, avec la concours de M. Fabre-Magnan, *op. cit.*, n°818; Vidal, *op. cit.*, p. 110 et s) peut se déduire de la construction-même des mécanismes en cause (même dans une conception "subjective" de l'intention, qui retient l'intention de nuire, cf. J. Ghestin et G. Goubeaux, avec la concours de M. Fabre-Magnan, *op. cit.*, n°818). En ce qui concerne le caractère obligatoire, enfin, on peut estimer que toutes les règles, même les règles supplétives, sont "obligatoires", dans le sens où l'on ne pourra échapper à leur application, qu'en prévoyant le contraire, cette possibilité résultant elle-même d'une norme obligatoire. Sur la signification du caractère obligatoire de la règle de droit, cf. A. Jeammaud, La règle de droit comme modèle, *D.* 1990, chron., 199-207, n°20-21.

¹⁰⁴ J. Calais-Auloy et F. Steinmetz, *op. cit.*, n°209.

¹⁰⁵ Rappelons que, au moins en ce qui concerne son premier titre, la loi n°89-462, du 6 juillet 1989, est d'ordre public.

¹⁰⁶ Civ. 3, 6 juin 1972, *D.* 1973, 151, note Ph. Malaurie.

¹⁰⁷ Com., 27 mars 1990, *D.* 1991, 289, note X. Testu.

¹⁰⁸ *Idem*, n°6.

¹⁰⁹ La Cour de cassation a néanmoins retenu une autre analyse le 9 juillet 1969, Civ. 3, *D.* 1970, 24, note Ph. Malaurie, puisque celle-ci décide que la cour d'appel "relève notamment que, dans un bail commercial, la clause d'indexation du loyer n'est qu'une clause accessoire dont l'annulation ne détruit pas l'équilibre du contrat, puisque le propriétaire conserve le droit de révision légale; que le fait d'avoir qualifiée de déterminante une telle clause, qui n'avait rien d'essentiel, ne peut permettre au bailleur d'échapper, par le jeu de l'art. 1172 c. civ., qui prévoit la nullité du contrat contenant une clause essentielle nulle, aux dispositions d'ordre public de l'art. 34 du décret du 30 septembre 1953".

l'hypothèse des indexations illicites, une fraude à la loi. Peut-on envisager, en effet, la mise en place d'un tel mécanisme pour une raison autre que la volonté de lier le débiteur par des clauses manifestement illégales¹¹⁰?

43. Il s'avère donc que le rempart de la fraude à la loi pourrait constituer une ressource dont les plaideurs et les juges pourraient user pour lutter efficacement contre les stipulations de constatation conçues pour écarter des règles destinées à s'appliquer sans restriction. Ce système se révèle également parfaitement adapté, en déclarant leur inopposabilité, à la sanction des stipulations de constatation dont l'objectif est de permettre l'obtention d'un résultat que le législateur entend prohiber.

Ce système ne permet pourtant pas de lutter efficacement contre toutes les stipulations de constatation mensongères. Il est en effet nécessaire, pour qu'il fonctionne, que, d'une part, la règle que la fraude cherche à éluder soit non-supplétive, autrement dit, d'ordre public¹¹¹, et que, d'autre part, la fraude se déduise directement de la logique interne du contrat. La Cour de cassation exige, en effet, pour sa mise en œuvre, non, bien évidemment, sa simple invocation¹¹², mais la constatation par le juge d'une "circonstance constitutive d'une fraude"¹¹³. Or ce constat semble difficile à effectuer à propos de l'affirmation du caractère mensonger d'une constatation. C'est sans doute la raison pour laquelle la Cour de cassation, dans l'hypothèse des clauses limitatives de responsabilité inscrites au verso des contrats a choisi, en l'absence de stipulation de constatation, une voie médiane consistant dans la mise à la charge du vendeur de la preuve de la connaissance effective de la clause par son cocontractant. On a néanmoins constaté que cette tentative pouvait être contrée par l'adoption d'une stipulation de constatation selon laquelle le cocontractant faisait part de sa connaissance de la clause litigieuse¹¹⁴.

Conclusion

44. A la suite de ces développements, on constate qu'il s'avère très difficile de remettre en cause les stipulations de constatation et de les priver d'effet. Celles-ci constituent donc des instruments contractuels d'une grande efficacité. Si ce résultat n'est en rien contestable dans le cas de constatations sincères, il en va autrement en cas de constats mensongers ou fictifs. Dans ces hypothèses, seule la fraude à loi pourrait permettre de les écarter, si toutefois les conditions de sa mise en œuvre sont réunies. A défaut, une solution pourrait résider, dans le cadre des contrats de consommation, dans la possibilité de déclarer ces clauses abusives. Cependant, le caractère limité aux contrats de consommation de cette possibilité n'est guère satisfaisant.

45. En outre, cette étude permet d'effectuer deux remarques complémentaires.

D'une part, du point de vue de la théorie générale des contrats, l'étude des stipulations de constatation amène à constater que les contrats ne contiennent pas que des droits et obligations. On peut donc considérer que le critère du contrat ne se trouve pas dans son contenu, droits et obligations, mais dans sa source, l'accord de volonté, le contenu de cet accord pouvant être, par suite, infiniment varié¹¹⁵.

D'autre part, celle-ci permet de confirmer, du point de vue de la théorie des preuves, que l'objet de ces règles n'est pas seulement la recherche et la prévalence de la vérité, mais également la défense d'une certaine sécurité juridique, entendue, non comme

¹¹⁰ Selon X. Testu, *idem*, qui partage cette analyse, la "fraude est pratiquement révélée par la conjugaison de l'indexation manifestement illicite et de la stipulation d'indivisibilité".

¹¹¹ Cf. A. Jeammaud, *op. cit.*, 21.

¹¹² Civ. 3, 28 novembre 1969, *Bull. civ.*, III, n°785.

¹¹³ Civ. 1, 15 juin 1961, *Bull. civ. I*, n°319.

¹¹⁴ Cf. *supra*, A'), a).

¹¹⁵ Sur cette analyse, cf. J. Ghestin, *op. cit.*, 156, P. Ancel, *op. cit.*, n°5-9.

le triomphe éventuel de la vérité, mais comme le triomphe de la prévision, y compris habile ou appuyée sur un déséquilibre des rapports de force contractuels¹¹⁶. Dans cette perspective, se fondant sur la maxime de Lacordaire, selon laquelle "entre le fort et le faible, entre le riche et le pauvre, entre le maître et le serviteur, c'est la liberté qui opprime et c'est la loi qui affranchit", on pourrait souhaiter que le législateur reprenne, en l'élargissant, notamment en droit de la consommation, la position de la Cour de cassation relative aux clauses limitatives de garantie figurant au verso des contrats, mettant la preuve de la connaissance de la clause à la charge du vendeur, et ce sans s'arrêter à une éventuelle stipulation affirmant cette connaissance¹¹⁷.

Février 2000

¹¹⁶ Sur cette question, cf., par exemple, X. Lagarde, Vérité et légitimité dans le droit de la preuve, *Droits*, n°23, 1996, 31-39; Ph. Théry, Les finalités du droit de la preuve en droit privé, *Droits*, n°23, 1993, 41-52.

¹¹⁷ Contrairement à la solution retenue dans l'arrêt de la première chambre civile du 3 décembre 1991, *Bull. civ. I*, n°342, analysé *supra*, A').